



Afonso Nunes de Figueiredo Patrão

**REMOVENDO OBSTÁCULOS AO MERCADO EUROPEU  
DE GARANTIAS IMOBILIÁRIAS:  
A AUTONOMIA CONFLITUAL NA HIPOTECA E O REFORÇO  
DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL**

Tese de Doutoramento em Direito, ramo de Direito da União Europeia, orientada por Rui Manuel Gens de Moura Ramos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Julho de 2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

REMOVENDO OBSTÁCULOS AO MERCADO EUROPEU DE  
GARANTIAS IMOBILIÁRIAS:  
A AUTONOMIA CONFLITUAL NA HIPOTECA E O  
REFORÇO DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL

Tese de doutoramento em Direito, ramo de Direito da União Europeia, orientada pelo Senhor Professor Doutor Rui Manuel Gens de Moura Ramos, apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

AFONSO NUNES DE FIGUEIREDO PATRÃO

Julho de 2015



# ÍNDICE

<b>Principais Abreviaturas .....</b>	<b>17</b>
<b>Modo de citar e outras informações.....</b>	<b>21</b>
<b>Introdução .....</b>	<b>23</b>
1. Identificação do Problema .....	23
2. Plano dos trabalhos e considerações de método .....	24
3. Limites do estudo e seus objectivos .....	25

## PONTO PRELIMINAR

### AS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS E AS LIBERDADES COMUNITÁRIAS

<b>I. Considerações prévias .....</b>	<b>27</b>
<b>II. A <i>quarta liberdade</i> e a concessão de hipoteca .....</b>	<b>29</b>
1. A construção originária da liberdade de circulação de capitais e a abrangência da hipoteca .....	32
1.1. O Tratado de Roma – o normativo inicial .....	32
1.2. Os efeitos: o primeiro nível de liberalização da circulação de capitais.....	40
1.3. O crédito hipotecário na vigência da versão originária dos Tratados .....	42
2. A liberalização da circulação de capitais.....	43
2.1. O colapso do sistema de <i>Bretton Woods</i> e a integração europeia. ....	43
2.2. A Directiva n.º 88/361/CEE e a modelação da <i>Liberdade de Circulação de Capitais</i> .....	46
2.3. A <i>segunda directiva bancária</i> e a instituição de um mercado europeu de serviços bancários.....	49
2.4. O Tratado de Maastricht e a consagração da liberalização dos capitais.....	51
2.5. Estado actual: a realização do mercado europeu de capitais .....	54
<b>III. A inserção da concessão de crédito hipotecário na <i>liberdade de prestação de serviços</i>.....</b>	<b>56</b>
<b>IV. Notas conclusivas: a concessão de hipoteca como <i>movimento de capital</i> garantido pelo Tratado .....</b>	<b>61</b>



## PARTE PRIMEIRA

### O PROBLEMA: A INEXISTÊNCIA DO MERCADO EUROPEU DE GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

<b>I. Introdução .....</b>	<b>67</b>
1. A importância da hipoteca e a escassez de hipotecas internacionais na União Europeia.....	67
2. A ausência de integração dos mercados hipotecários: consequências.....	71
3. As razões da distorção: os obstáculos à hipoteca internacional .....	73
<b>II. A aplicação da <i>lex rei sitae</i> .....</b>	<b>78</b>
1. Considerações gerais: a hipoteca e o estatuto real.....	78
2. A aplicação generalizada da <i>lex rei sitae</i> aos direitos reais.....	82
2.1. A soberania territorial e os fundamentos publicistas da aplicação da <i>lex rei sitae</i> .....	86
2.1.1. O direito internacional público e as concepções internacionalistas .....	86
2.1.2. A melhor competência — efectividade .....	89
2.1.3. A política legislativa e a articulação com o direito público.....	91
2.2. A razão <i>lógica</i> : a natureza espacialmente determinada do objecto dos direitos reais.....	93
2.3. A segurança das transacções e a tutela dos terceiros. ....	95
2.4. A boa administração da justiça e a harmonia jurídica internacional.....	97
3. A delimitação dos estatutos real e negocial: a primazia da <i>lex situs</i> . ....	98
4. A qualificação das regras do Registo Predial.....	105
4.1. A determinação do âmbito de aplicação do direito público. ....	106
4.1.1. A territorialidade do direito público: noção tradicional.....	108
4.1.2. A superação da territorialidade: a unilateralidade do direito público e o problema da aplicação de regras estrangeiras.....	110
4.2. O direito do Registo Predial: estatuto real ou regras de direito público que determinam a sua aplicação aos imóveis territoriais? .....	119
5. Consequências da sujeição da hipoteca à lei da situação da coisa para a liberdade de circulação de capitais. ....	123
<b>III. A disparidade e rigidez de regulação das garantias imobiliárias. ....</b>	<b>124</b>
1. A rigidez – remissão .....	125

2.	As disparidades de direito substantivo .....	126
2.1.	Evolução histórica da hipoteca.....	128
2.1.1.	O período romano .....	129
2.1.2.	Evolução pós-romana.....	135
2.2.	As <i>hipotecas</i> — garantias reais imobiliárias acessórias. ....	136
2.2.1.	A hipoteca no direito português. ....	139
2.2.2.	A <i>hypothèque</i> .....	147
2.2.3.	A <i>ipoteca italiana</i> .....	154
2.2.4.	A <i>Hypothek</i> do direito alemão .....	158
2.2.4.1.	A <i>Verkerhshypothek</i> — hipoteca de tráfico.....	161
2.2.4.2.	A <i>Sicherungshypothek</i> – hipoteca rigorosamente acessória. ....	168
2.2.5.	O direito espanhol.....	172
2.2.6.	O direito anglo-saxónico (Inglaterra e País de Gales). ....	181
2.2.7.	Outras garantias acessórias .....	185
2.2.7.1.	A <i>Hypothek</i> do direito austríaco .....	185
2.2.7.2.	A hipoteca bancária do direito holandês.....	186
2.2.7.3.	A <i>ejerpantebrev</i> do direito dinamarquês.....	187
2.2.7.4.	A flexibilização da <i>hypothèque</i> no Código belga.....	187
2.2.7.5.	A <i>hypoteka</i> lituana.....	187
2.3.	As <i>hipotecas independentes</i> — garantias reais imobiliárias não acessórias .....	188
2.3.1.	A <i>Grundschild</i> ou dívida fundiária do direito alemão .....	190
2.3.1.1.	Descrição sumária do instituto.....	191
2.3.1.2.	A constituição da <i>Grundschild</i> .....	196
2.3.1.3.	O regime jurídico .....	199
2.3.2.	<i>Schuldbrief</i> ou <i>cédule hypothécaire</i> do direito suíço. ....	201
2.3.2.1.	Razão de estudo de uma figura de ordenamento extracomunitário	201
2.3.2.2.	Descrição sumária do instituto .....	202
2.3.2.3.	Modalidades.....	205
2.3.3.	Outras garantias independentes .....	206
2.4.	Conclusões: a diversidade substantiva e a surpreendente identificação de aspectos comuns. ....	206
3.	As disparidades de protecção registal. ....	209
3.1.	A protecção conferida pelo Registo Predial ao titular de uma hipoteca .....	210
3.1.1.	O princípio da fé pública registal.....	211

3.1.2. Os efeitos da inscrição da hipoteca .....	215
3.2. Direitos ocultos, potencialmente conflitantes com a hipoteca. ....	216
3.3. O acesso à informação registal .....	218
<b>IV. A sujeição do crédito hipotecário a vários ramos do direito: o problema da realização da garantia.....</b>	<b>218</b>
1. A execução de uma hipoteca internacional.....	220
1.1. A disparidade das regras executivas em matéria de hipoteca.....	222
1.2. O problema da expectativa do credor: a viabilidade de execução extrajudicial da hipoteca. ....	224
2. A insolvência internacional .....	227
2.1. Intervenção comunitária — condição da integração económica.....	227
2.2. Riscos do credor hipotecário: incerteza quanto à lei aplicável e ao tribunal competente? .....	234
2.2.1. O controverso art. 5.º e a reserva dos direitos reais: a natureza e os efeitos da sua separação. ....	237
2.2.2. A <i>ratio</i> do legislador comunitário: a protecção de um credor hipotecário na insolvência internacional.....	242
2.3. A certeza da lei aplicável: incentivo à geração de hipotecas?.....	243
<b>V. Obstáculos na contratação internacional da hipoteca. ....</b>	<b>248</b>
1. A obrigatoriedade de presença física das partes — a inadmissibilidade de contratação electrónica à distância de garantias imobiliárias. ....	249
1.1. Identificação do problema .....	249
1.2. As opções legislativas dos Estados-Membros quanto a este problema .....	252
1.2.1. O sistema notarial .....	252
1.2.2. A aceitação da contratação electrónica à distância na constituição da hipoteca.....	257
1.3. A aplicação ampliada das normas que prescrevem formalidades <i>ad substantiam</i> impostas pelos sistemas de notariado latino e que proíbem o negócio hipotecário à distância. ....	263
1.3.1. A <i>lex contractus</i> estabelece a necessidade de controlo da legalidade do negócio como formalidade <i>ad substantiam</i> . ....	268

1.3.2.	<i>A lex rei sitae</i> não é a <i>lex contractus</i> e prescreve a verificação notarial da legalidade na constituição de garantias reais sobre imóveis.....	278
1.3.2.1.	A identificação das normas de aplicação necessária e imediata.....	283
1.3.2.2.	A classificação das prescrições de forma pública num sistema de notariado latino como <i>normas de aplicação necessária e imediata</i> .....	292
1.3.2.3.	A valoração de normas de aplicação necessária e imediata do Estado da situação da coisa.....	303
2.	Incitamento à contratação no Estado territorial: os obstáculos à celebração do negócio no estrangeiro.....	309
2.1.	A circulação internacional do documento público.....	314
2.1.1.	A recepção formal do documento público estrangeiro: a sua autenticidade ou força probatória extrínseca.....	316
2.1.2.	O valor dos documentos públicos estrangeiros. ....	320
2.1.3.	A solenidade do negotium e um problema de substituição.....	327
2.2.	Obrigações impostas pelo Estado territorial ao oficial titular.....	337
2.3.	O acesso à informação registal e cadastral sobre o prédio.....	340
VI.	<b>Síntese conclusiva — o problema</b> .....	<b>342</b>

## PARTE SEGUNDA

### RESPOSTAS DOUTRINAIS E NORMATIVAS: VALORAÇÃO CRÍTICA

I.	<b>Considerações prévias.</b> .....	<b>345</b>
II.	<b>Soluções de direito material</b> .....	<b>346</b>
1.	A via da unificação do direito hipotecário europeu.....	347
1.1.	A uniformização do direito hipotecário: as vantagens.....	354
1.2.	A harmonização do direito hipotecário.....	359
1.3.	Imprestabilidade da unificação ou harmonização do direito hipotecário. ....	362
1.3.1.	A impraticabilidade e as desvantagens da unificação.....	363
1.3.1.1.	A insuficiência da unificação do direito hipotecário .....	363
1.3.1.2.	Os inconvenientes da unificação do direito material .....	365

1.3.1.3. A harmonização: problemas da sua concretização e da insegurança jurídica.....	371
1.3.2. O problema da competência da UE para unificação ou harmonização dos direitos reais.....	373
1.3.2.1. O art. 345.º TFUE – uma exclusão dos direitos reais?.....	373
1.3.2.2. Os princípios de delimitação da competência da UE e a unificação do direito hipotecário.....	377
1.3.2.3. A preservação do pluralismo jurídico e das identidades nacionais.	382
1.3.2.4. A incompetência comunitária para unificação de institutos jurídico-reais e inexistência de alternativa.....	385
2. A euro-hipoteca .....	389
2.1. A euro-hipoteca como 29.º regime jurídico: a concretização de uma nova técnica de direito internacional privado material.....	389
2.2. As vantagens da euro-hipoteca.....	394
2.3. A génese histórica da ideia de euro-hipoteca .....	397
2.4. A concretização da euro-hipoteca: competência comunitária, fonte normativa e caracteres substantivos.....	400
2.4.1. A competência da UE e fonte comunitária para adopção de um regime hipotecário opcional.....	400
2.4.2. Os caracteres substantivos da euro-hipoteca.....	403
2.5. A imprestabilidade da euro-hipoteca: desnecessidade, insuficiência, injustiça e desadequação. ....	408
2.5.1. Os obstáculos aparentes: a pretensa impossibilidade de instituição de garantias independentes em sistemas causais.....	409
2.5.2. O desencanto pelos regimes jurídicos opcionais: a prática nega uma pretensa boa ideia.....	412
2.5.3. A desnecessidade de criação de um instituto jurídico novo.....	414
2.5.4. Insuficiência da euro-hipoteca para realização do mercado hipotecário europeu. ....	415
2.5.5. As garantias independentes e a injustiça do resultado.....	418
2.5.6. Dificuldades de coordenação com o direito interno e manutenção da disparidade legislativa.....	420
2.5.7. A amputação da opção legislativa no equilíbrio do crédito.....	421
3. A via dos títulos de crédito: breve referência .....	422

3.1.	A hipoteca de títulos de crédito.....	423
3.1.1.	Os modelos italiano, espanhol e alemão.....	424
3.1.2.	Imprestabilidade para o nosso problema. ....	427
3.2.	As <i>obrigações hipotecárias</i> e as congéneres de direito estrangeiro. ....	429
3.2.1.	Descrição sumária do instituto.....	429
3.2.2.	Inaptação das obrigações hipotecárias para solucionar o problema sob análise.....	434
3.3.	A titularização do crédito hipotecário. ....	438
3.3.1.	Descrição do método .....	438
3.3.2.	Razões da sua ineficácia para o nosso problema.....	441
3.4.	Conclusão: a desadequação ao nosso problema. ....	443
<b>III.</b>	<b>A via do reconhecimento mútuo das hipotecas como solução de regulação indirecta.....</b>	<b>444</b>
1.	Considerações gerais: o princípio do reconhecimento mútuo como alternativa à harmonização das legislações.....	444
2.	O princípio do reconhecimento mútuo – origem e conteúdo.....	446
3.	Princípio do reconhecimento mútuo: uma regra de conflitos oculta?.....	453
4.	As vantagens da solução do nosso problema através do princípio do reconhecimento mútuo.....	468
5.	Questões prévias: aplicabilidade do princípio do reconhecimento mútuo à <i>liberdade de circulação de capitais</i> e ao <i>direito privado</i> .....	471
5.1.	O princípio do reconhecimento mútuo e a liberdade de circulação de capitais... ..	471
5.2.	O princípio do reconhecimento mútuo e o direito privado .....	473
5.2.1.	A tese da inaplicabilidade do princípio ao direito privado.....	474
5.2.2.	Refutação: a viabilidade de mobilização do princípio ao direito privado e os seus limites.....	476
6.	Prestabilidade do <i>reconhecimento mútuo</i> na solução do nosso problema. ....	483
6.1.	Descrição do mecanismo. ....	483
6.2.	Imprestabilidade do reconhecimento mútuo .....	484
<b>IV.</b>	<b>Síntese conclusiva — a falência das actuais propostas de solução.....</b>	<b>489</b>



## PARTE TERCEIRA

### PROPOSTAS DE MINORAÇÃO DO PROBLEMA

<b>I. O direito aplicável: <i>autonomia conflitual</i> nas garantias imobiliárias. ....</b>	<b>493</b>
1. A dessacralização da <i>lex rei sitae</i> nos direitos reais e o movimento de especialização.. ..	499
1.1. As propostas americanas de superação da <i>situs rule</i> . .....	502
1.2. A lei aplicável ao <i>trust</i> sobre imóveis: uma abertura à autonomia conflitual?.....	507
1.3. A transmissão negocial dos direitos reais: a qualificação e a expansão do estatuto negocial.....	510
1.4. Os meios de transporte e as coisas em trânsito. ....	513
1.5. Garantias reais sobre coisas móveis e a inadequação da <i>lex situs</i> .....	516
1.6. Direitos sobre valores mobiliários, títulos de crédito, instrumentos financeiros e participações sociais.....	526
1.7. A protecção do património cultural .....	541
1.8. As novas propostas doutrinárias de evicção da <i>situs rule</i> .....	544
1.8.1. LOUIS D'AVOUT e a autonomia no modo de transmissão e constituição dos direitos reais. ....	545
1.8.2. BELL e PARCHOMOVSKY: a escolha da lei aplicável aos direitos reais. ....	547
1.8.3. A absorção dos direitos reais acessórios pela relação jurídica principal. ....	548
1.9. Soluções positivadas de autonomia conflitual no estatuto real .....	549
1.10. Conclusão: a <i>situs rule</i> não é hoje uma regra sagrada, enfrenta várias e importantes excepções e vem perdendo terreno para a <i>lei da autonomia</i> . ....	550
2. O princípio da autonomia conflitual.....	551
2.1. Os clássicos fundamentos e propósitos .....	551
2.2. A extensão da autonomia para além das obrigações negociais.....	560
3. Contestando a aplicação necessária da <i>lex rei sitae</i> à hipoteca convencional.....	569
3.1. A <i>lex rei sitae</i> como decorrência da soberania territorial.....	570
3.1.1. A imposição do direito internacional público.....	570
3.1.2. A efectividade. ....	574
3.1.3. A soberania económica e as razões de política legislativa.....	575
3.2. A natureza das coisas. ....	577
3.3. Interesses gerais do comércio – a segurança das transacções.....	579

3.3.1.	A crítica à tutela de terceiros na escolha da <i>lex rei sitae</i> .....	581
3.3.2.	A tutela dos terceiros no caso da hipoteca: a publicidade registal mais do que a <i>lex rei sitae</i> .....	582
3.4.	A harmonia jurídica internacional.....	586
4.	A proposta.....	588
4.1.	A autonomia conflitual como mecanismo de política legislativa europeia — o favor à integração.....	590
4.2.	Fundamentos e efeitos da autonomia conflitual nas hipotecas intracomunitárias.....	596
4.3.	O âmbito da autonomia conflitual.....	600
4.3.1.	Os limites de natureza objectiva.....	602
4.3.1.1.	Limitação às <i>hipotecas voluntárias de origem contratual</i> sobre imóveis situados em Estados-Membros.....	602
4.3.1.2.	Limitação da autonomia à escolha de uma <i>lei estadual</i> .....	605
4.3.1.3.	Limitação da escolha às ordens jurídicas dos Estados-Membros: a tutela de terceiros e o princípio do <i>numerus clausus</i> .....	608
4.3.1.4.	Impossibilidade de sujeição da hipoteca a várias leis.....	612
4.3.1.5.	A limitação da autonomia conflitual à hipoteca internacional — a proibição de internacionalização fictícia da hipoteca.....	614
4.3.2.	A ausência de limites de natureza subjectiva.....	620
4.3.2.1.	Alterabilidade da lei escolhida.....	620
4.3.2.2.	Os devedores economicamente débeis e a escolha da lei aplicável à hipoteca.....	623
4.3.3.	O modo da escolha.....	625
4.3.4.	A prioridade da hipoteca e a necessária imunização da relação com garantias ocultas, sujeitas à <i>lex situs</i> .....	627
4.4.	A modificação uniforme do critério conflitual: competência da UE?.....	629
4.4.1.	O problema da atribuição de competência em DIP.....	632
4.4.2.	O princípio da subsidiariedade e a intervenção europeia.....	645
4.5.	O carácter não inovador da nossa proposta.....	649
4.6.	As dificuldades da nossa proposta.....	651
4.6.1.	Perda de unidade do estatuto real, compatibilidade com o princípio do <i>numerus clausus</i> e opção pela lei menos protectora.....	651

4.6.2. Os problemas próprios da abordagem conflitual: perda de influência no regime material e disparidade de soluções por efeito das divergências na parte geral do direito internacional privado. ....	655
4.6.3. A relação com a lei reguladora da execução.....	662
5. Síntese conclusiva .....	666
<b>II. A forma e o local da contratação .....</b>	<b>667</b>
1. A via da desregulamentação da actividade notarial .....	668
1.1. A proposta .....	668
1.2. Improcedência da proposta de desregulamentação .....	669
2. Projectos europeus .....	671
2.1. CROBECO — <i>Cross Border Electronic Conveyancing</i> .....	671
2.1.1. Descrição.....	671
2.1.2. Apreciação e identificação de problemas .....	674
2.2. EUFides — <i>Facilitating real estate transactions in Europe</i> .....	676
2.3. EULIS .....	679
2.4. ELRN .....	681
3. A nossa proposta: cooperação internacional, contratação electrónica, eliminação de regimes discriminatórios e circulação de documentos estrangeiros.....	682
3.1. A aplicação efectiva das normas da UE: a eliminação de regras nacionais discriminatórias que limitam a competência aos notários territoriais.....	683
3.2. A titulação por notário estrangeiro: o acesso à informação predial; os deveres e obrigações impostos pelo Estado territorial; estatuto jurídico da coisa.....	686
3.2.2. O acesso à informação predial de outros Estados-Membros. ....	687
3.2.3. A cooperação entre titulares e registadores e a superação dos problemas da contratação internacional.....	687
3.3. A disparidade notarial e a subsistência de um problema de substituição .....	689
3.3.1. A inexistência de um dos problemas no negócio hipotecário.....	690
3.3.2. O problema não resolvido: a aceitação de documentos particulares em Estados que estabeleçam o controlo notarial da legalidade como normas de aplicação necessária e imediata.....	691
3.4. Os documentos electrónicos na constituição de hipoteca: a suficiência da actual regulação e a perspectiva de maior integração. ....	693

3.4.1. A suficiência da actual harmonização das normas sobre documentos electrónicos e assinaturas electrónicas.....	693
3.4.2. A confiança nas assinaturas electrónicas estrangeiras: a subsistência de um problema? .....	697
3.4.3. Um passo além do estritamente necessário: a possibilidade de contratação à distância das hipotecas.....	700
4. Síntese conclusiva .....	703
<b>III. O Registo Predial .....</b>	<b>704</b>
1. A necessária intervenção europeia quanto à <i>informação publicitada</i> : o complemento à proposta de autonomia conflitual. ....	704
2. O problema registal: .....	707
2.1. A disparidade de protecção registal. ....	708
2.1.1. O direito aplicável: autonomia conflitual no quadro registal?.....	708
2.1.2. A vigência, em todos os Estados-Membros, do princípio da fé pública registal. Uma possibilidade e uma necessidade? .....	709
2.2. A falta de transparência da informação predial.....	714
2.3. O acesso à informação registal .....	715
<b>IV. A insolvência e a execução: problemas sem solução ou dificuldades menores?.....</b>	<b>716</b>
<b>Conclusões Finais.....</b>	<b>721</b>
<b>Jurisprudência Citada.....</b>	<b>725</b>
I. <b>Jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça e do Tribunal Permanente de Justiça Internacional.....</b>	<b>725</b>
II. <b>Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia:.....</b>	<b>725</b>
III. <b>Jurisprudência de Tribunais Nacionais .....</b>	<b>734</b>
<b>Bibliografia citada.....</b>	<b>739</b>



## RESUMO

O presente trabalho incide sobre a realização do mercado hipotecário europeu, identificando os obstáculos existentes e desenhando propostas para a respectiva superação.

Perante dados estatísticos que indiciam uma compartimentação nacional dos mercados de crédito hipotecário (porquanto a hipoteca tem uma importância capital nas relações internas mas, nas transacções internacionais intracomunitárias, a hipoteca associa-se a menos de 1% de todo o crédito concedido), este trabalho começa por justificar a abrangência da constituição internacional da hipoteca no âmbito dos Tratados Europeus, demonstrando que a União Europeia tem, nos seus objectivos, a livre circulação de crédito hipotecário.

De seguida, parte-se para a identificação dos obstáculos à aceitação internacional de hipoteca, eventualmente violadores da legalidade comunitária, com o escopo de conhecer detalhadamente o problema e abrir caminho a possíveis soluções. Assim, na Primeira Parte, analisa-se a sujeição necessária da hipoteca e do registo predial à lei da situação da coisa, desenhando os respectivos fundamentos; demonstra-se a disparidade substantiva das leis hipotecárias e tabulares europeias; testemunham-se as dificuldades de execução de uma hipoteca sobre coisa situada noutro Estado-Membro; e sublinha-se a onerosidade de constituição de uma hipoteca em país estrangeiro.

Na Segunda Parte, analisam-se criticamente as propostas até agora avançadas para a solução do problema. Designadamente, avalia-se a bondade e operacionalidade da unificação ou harmonização do direito hipotecário; a introdução de uma *euro-hipoteca* como vigésimo nono regime jurídico; a titularização do crédito hipotecário já concedido; e a mobilização do princípio do país de origem. Esta análise redundará na conclusão de que as sugestões aventadas não cumprem adequadamente o objectivo, razão por que não solucionaram ainda o problema da tese.

Na Terceira Parte são materializadas propostas de solução a este problema, em boa parte já indicadas no título da tese.

Por um lado, o estabelecimento da autonomia conflitual na hipoteca, que é condicente com o movimento de especialização do direito internacional privado dos direitos reais e com o propósito de integração europeia. Demonstrar-se-á, ainda, que neste domínio, desde que tomadas algumas cautelas, não sobram razões que apontem a necessidade de aplicação da *lex rei sitae à hipoteca*.



Por outro, o reforço da cooperação internacional no domínio da constituição da hipoteca, designadamente entre notários do país de celebração do negócio hipotecário e conservadores do Estado onde o prédio a onerar se situe.

Nesta terceira parte, materializam-se sugestões a introduzir em acto jurídico unilateral comunitário que contribuiriam para a minoração dos entraves a este aspecto da liberdade de circulação de capitais.

### **PALAVRAS-CHAVE:**

Mercado hipotecário europeu; autonomia conflitual; direito internacional privado; liberdade de circulação de capitais; garantias reais.

## ABSTRACT

This dissertation concerns the implementation of a European mortgage market, identifying obstacles to its accomplishment and offering solutions to overcome them.

Considering statistical data that indicate national compartmentalisation of mortgage markets (as land security rights are essential for internal credit but, internationally, less than 1% of all international credit involves mortgages), we start by justifying the inclusion of international mortgages within the scope of European Treaties, demonstrating that the European Union objectives include the free movement of land security rights.

Next, we identify obstacles to the acceptance, by lenders, of land security rights on immovable property in other Member States. These barriers, potentially contrary to European law, must be correctly understood in order to arrive at accurate solutions. As such, in Part I, we deal with the mandatory submission of land property rights and land registry to *lex situs*, analysing its purpose; we demonstrate substantial differences in European mortgage and land registry laws; we scrutinise the execution of a mortgage on a plot situated in another Member State; and we highlight the complexity of setting up a mortgage in a foreign country.

In Part II, we assess the proposals which have so far been offered as solutions. In particular, we discuss the feasibility of unifying or harmonising mortgage laws; the introduction of *Eurohypothec* as an additional optional legal regime; the securitisation of granted mortgage loans; and the establishment of the country of origin principle. The analysis concludes that standing proposals do not adequately solve the issue at hand.

Solutions are offered in Part III of the dissertation. The first suggestion is to recognise party autonomy in mortgages (conferring the right to choose the applicable law to land security rights), in harmony with the movement of *dépeçage* of private international law on property rights and with the purpose of European integration. We demonstrate that, provided that adequate precautions are taken, there is no reason for the obligatory application of *lex situs*.

In addition, we advocate strengthening of international cooperation in the field of mortgage constitution — especially between notaries of the country where the contract is concluded and registrars of the Member State where the plot is located.

These recommendations are designed to be introduced in a European Regulation, considering that they would be a factor in dismissing barriers on the free movement of capital.

**KEYWORDS:**

European mortgage market; party autonomy; private international law; free movement of capital; land security rights.

## PRINCIPAIS ABREVIATURAS

Art.	Artigo
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil Austríaco)
AUE	Acto Único Europeu
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
CC	Código Civil Português
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CIP	Centro dos Interesses Principais
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CNot.	Código do Notariado Português
CNUE	Council of the Notariats of the European Union
CPC	Código de Processo Civil Português
CROBECO	Cross Border Electronic Conveyancing
CRPred.	Código de Registo Predial Português
DGRN	Direcção-Geral dos Registos e do Notariado
DIP	Direito Internacional Privado
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
ELRA	European Land Registry Association
ELRN	European Land Registry Network
EULIS	European Union Land Information Service
FECOM	Fundo Europeu de Cooperação Monetária
FHE	Federação Hipotecária Europeia
FMI	Fundo Monetário Internacional
GBO	Grundbuchordnung

GEDIP	Groupe Européen de Droit International Privé
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
LFDIP	Lei Suíça de Direito Internacional Privado — <i>Loi fédérale sur le droit international privé</i> de 18 de Dezembro de 1987
LMH	<i>Ley del Mercado Hipotecario</i>
NANI	Normas de Aplicação Necessária e Imediata
ONU	Organização das Nações Unidas
OPI	Ordem Pública Internacional
PRIMA	<i>Place of the Relevant Intermediary Approach</i>
RJDEAD	Regime Jurídico dos Documentos Electrónicos e da Assinatura Digital
SME	Sistema Monetário Europeu
TCE	Tratado que institui a Comunidade Europeia
TCEE	Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TIJ	Tribunal Internacional de Justiça
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TPJI	Tribunal Permanente de Justiça Internacional
TUE	Tratado da União Europeia
UCC	Uniform Commercial Code
UE	União Europeia
UEM	União Económica e Monetária

UINL	União Internacional do Notariado Latino
ZGB DDR	Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik
ZPO	Zivilprozessordnung





## MODO DE CITAR E OUTRAS INFORMAÇÕES

Os manuais e monografias são citados através da identificação do autor, título, volume (caso não seja único), edição (caso não seja a primeira ou a única), editora, local de publicação e data. Os artigos de revistas, incluídos em obras colectivas e em compilações são citados respectivamente da seguinte forma: autor, título, publicação, ano, número e/ou data e página(s); autor, título, obra colectiva, organizadores (quando existam), editora, local da publicação, data e página(s); autor, título, título da compilação, editora, local da publicação, data e página(s).

Na bibliografia final, o critério de ordenação é o alfabético. Existindo várias obras ou artigos do mesmo autor, são aqueles indicados por ordem cronológica e, tendo a mesma data, alfabeticamente por título.

Nas notas de pé de página, a primeira citação dos artigos e obras faz-se através da indicação bibliográfica completa. Nas seguintes menções, a identificação realiza-se apenas pela indicação do autor e título, abreviado, omitindo-se os demais elementos. Na hipótese de serem convocados, na mesma nota, artigos ou obras de vários autores, atende-se, quanto à ordem de citação, à pertinência de cada um(a) no quadro da exposição da matéria em causa. Se, na mesma nota, forem citadas várias vezes o mesmo artigo ou monografia, a sua identificação faz-se apenas na primeira convocação, usando-se nas demais a expressão «*cit.*».

A jurisprudência é citada pela indicação completa na sua primeira menção, usando-se nas subseqüentes referências apenas o nome pelo qual a decisão é conhecida. Todavia, como forma de obviar a uma eventual dificuldade da sua identificação, no final adita-se uma lista da jurisprudência citada, ordenada alfabeticamente pelo nome pelo qual a decisão é conhecida ou, se este não existir, por ordem cronológica.

As transcrições fazem-se no seu idioma original, evitando perdas de autenticidade na respectiva tradução, utilizando-se (além das aspas) o estilo caligráfico itálico, para facilitar a sua identificação. No que respeita às transcrições de decisões do Tribunal de Justiça, prefere-se a versão em língua portuguesa. A jurisprudência não disponível em português é citada pela versão francesa, por constituir o idioma de trabalho dos magistrados.

A elaboração desta tese beneficiou do apoio de uma Bolsa de Investigação de Formação Avançada, tipologia 4.1 (Bolsa de Investigação SFRH/BD/66317/2009), concedida pela Fundação para a Ciência e Tecnologia, atribuída pelo período de um ano, em Janeiro de 2010, tendo-se renovado por três vezes.

O presente texto não segue as regras do Acordo Ortográfico de 1990.



# INTRODUÇÃO

## 1. IDENTIFICAÇÃO DO PROBLEMA

“Menos de 1% do crédito hipotecário europeu é transfronteiriço”<sup>1</sup>. Foi este dado estatístico que nos despertou para a existência de um problema na integração do mercado europeu de garantias imobiliárias. No espaço comunitário, que se pretende isento de obstáculos à circulação de capitais, o volume de crédito internacional garantido por hipoteca é surpreendentemente baixo, ao contrário do que seríamos levados a crer pela progressiva e abundante integração económica europeia e pelo altíssimo volume de crédito hipotecário nas transacções internas. De facto, de modo porventura mais impressionante, 99% de todo crédito garantido por hipoteca é *exclusivamente interno*.

Se a hipoteca é tida, no plano interno, como *a rainha das garantias*, por alguma razão não goza de semelhante estatuto quando se trata de transacções internacionais (mesmo intracomunitárias). Os operadores económicos fogem da hipoteca e procuram *outras garantias*, pelo que aquela não surge como hipótese viável de caução de uma obrigação numa relação plurilocalizada. Concretizando: se uma empresa portuguesa pretende contrair crédito junto de um banco alemão e oferecer, como garantia, uma hipoteca sobre as instalações da sua sede (em Coimbra), a resposta mais provável da instituição de crédito será a *recusa* da garantia sobre o prédio em Portugal ou, pelo menos, a fixação de um *custo do crédito* de tal forma elevado que tornará o contrato inviável. Em consequência, *ou* a empresa se financiará junto de um banco nacional (gerando *crédito hipotecário interno*); ou oferecerá ao banco alemão outra garantia (nomeadamente de natureza pessoal); ou verá vedada a contracção do empréstimo, porventura desistindo de determinado investimento que contava fazer<sup>2</sup>.

A haver um obstáculo à constituição de hipotecas em transacções internacionais, são evidentes os prejuízos que daí advêm: os potenciais devedores estão constrictos a oferecer a capacidade venal da coisa imóvel aos bancos que laborem no seu país, perdendo todas as vantagens que a abertura concorrencial do mercado hipotecário poderia trazer; os eventuais credores não poderão usar a liberdade de circulação de capitais proporcionada pela União Europeia e conceder crédito, noutros Estados-Membros, garantido por hipoteca; o volume

---

<sup>1</sup> MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXV, 2009, pp. 743-763, p. 743.

<sup>2</sup> O facto de aludirmos a um banco como credor liga-se ao facto de a hipoteca ser, na sua grande maioria, uma garantia tomada por instituições de crédito — cfr. MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization and Europeanization of Mortgage Markets", *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 33, n.º 2, 2009, pp. 389-410, p. 394, que analisa o volume de crédito hipotecário concedido por instituições bancárias nos vários mercados nacionais, concluindo ser sempre superior a 50% e, na maioria dos Estados, se situar acima dos 90%.

de crédito total concedido será, necessariamente, menor do que seria caso não existissem barreiras à constituição de hipoteca, com prejuízos ao investimento e ao crescimento das economias europeias.

A busca das razões para aquele dado estatístico e a correcta identificação de eventuais obstáculos à realização de um *mercado hipotecário europeu* é, pois, o ponto de partida do nosso trabalho. O nosso primeiro objectivo será, assim, saber se *existe* um obstáculo à utilização internacional da hipoteca e, nesse caso, identificá-lo cabalmente. Este passo revela-se essencial para a adequada resolução de eventuais restrições à realização das liberdades fundamentais. Depois, conhecendo todos os contornos das dificuldades que se colocam, partiremos para a avaliação da bondade de propostas de solução que vêm sendo avançadas e, por fim, proporemos medidas que tendam à respectiva superação.

## 2. PLANO DOS TRABALHOS E CONSIDERAÇÕES DE MÉTODO

Para a missão que nos propusemos, entendemos necessário começar o nosso estudo por um ponto preliminar, destinado a avaliar se a *constituição internacional de hipoteca* é matéria abrangida pelas liberdades fundamentais. Na verdade, eventuais obstáculos à utilização da hipoteca em transacções internacionais só serão comunitariamente relevantes se a realização de um *mercado hipotecário europeu* for um desígnio dos Tratados. Isto é, uma tese em *Direito da União Europeia* só pode preocupar-se com o problema que identificámos se a sua solução for uma missão do *direito comunitário*. Nessa medida, começaremos por identificar, de modo sintético, descritivo e instrumental, em que medida está a utilização da hipoteca nas transacções internacionais coberta pelas regras europeias.

Ultrapassado tal momento preparatório, dedicar-nos-emos, na Primeira Parte, à identificação do problema. Procuraremos indagar *se obstáculos existem efectivamente* à utilização internacional de garantias imobiliárias e indicar, em concreto, *quais as razões* que levam os operadores económicos a afastar, esmagadoramente, a hipoteca como garantia das obrigações que contraem diariamente no espaço comunitário.

Na Segunda Parte, procuraremos avaliar as propostas de solução que a doutrina e as instituições vêm avançando. Designadamente, analisaremos a bondade, efectividade e exequibilidade das propostas de *unificação do direito hipotecário europeu*, introdução de uma *garantia imobiliária opcional que acresça aos direitos internos* (euro-hipoteca), *titularização do crédito hipotecário* e aplicação do *princípio do reconhecimento mútuo* ao crédito hipotecário. Em todas elas, procuraremos conhecer os moldes de tais propostas e identificar eventuais problemas da sua operacionalização.

Por fim, na Terceira Parte, visaremos responder aos problemas que identificarmos no primeiro momento. Avançaremos propostas de solução para as dificuldades que apontarmos, tentando minorar os óbices que orientam a utilização de hipoteca em transacções internacionais.

Deste modo, e como resulta do exposto, o nosso trabalho constituirá uma tese em *Direito da União Europeia*. Isto é, procuraremos orientar as nossas propostas, ainda que utilizando maioritariamente outros ramos do direito (o Direito Internacional Privado) para a solução de um *problema de direito europeu*. Nessa medida, justifica-se que a nossa proposta incida apenas sobre a utilização de hipotecas *no espaço comunitário* e que deixemos de fora problemas habitualmente tratados nas dissertações de direito internacional privado (como o reconhecimento de sentenças estrangeiras ou a competência internacional). De facto, não apenas veremos que estes dois problemas se não colocam no âmbito do nosso trabalho como são questões de índole internacionalprivatística que não resolvem a *questão comunitária* que suscitamos: a realização do mercado hipotecário europeu.

No fundo, ainda que boa parte das soluções que venhamos a avançar provenham do direito internacional privado, a perspectiva utilizada é *jurídico-comunitária*, razão que nos leva a tratar apenas dos problemas que possam limitar ou constranger as liberdades fundamentais.

### **3. LIMITES DO ESTUDO E SEUS OBJECTIVOS**

Como se antevê, procuramos identificar e resolver um problema concreto: por que razão não é a hipoteca imobiliária utilizada nas transacções internacionais intracomunitárias. Nessa medida, não trataremos de outros problemas, mesmo que conexos.

Assim, excluiremos no nosso estudo a análise de garantias *mobiliárias* (ainda que, em certos sistemas, possam gozar do *nomen iuris* hipoteca). Na verdade, o nosso objectivo é perceber o afastamento do comércio europeu das garantias imobiliárias, justamente aquelas que mais são utilizadas nas relações creditórias internas. Por esta razão, ainda que nos referiramos por vezes a outras cauções (sobretudo quando a similitude o justificar), deixamos de fora da nossa análise o mercado europeu de *garantias reais sobre coisas móveis*.

Não trataremos igualmente da não realização do mercado europeu de serviços bancários (é conhecido que a contratação internacional de serviços bancários na UE é inferior a 10% e que isso tem reflexos óbvios no nosso problema). De facto, não só a análise do mau funcionamento do passaporte bancário (nomeadamente no que concerne à faixa de regulação nacional que vem sendo permitida) ou da contratação internacional de outros



serviços bancários<sup>3</sup> ultrapassa o âmbito do nosso trabalho, como o nosso problema é daquele independente: importa saber porque é que, *mesmo perante bancos nacionais*, devedor e credor não consideram a constituição de uma garantia imobiliária imóvel *no estrangeiro*.

Por outro lado, e como ficou patente do exemplo que *supra* apresentámos, o nosso estudo tem subjacente relações hipotecárias entre *profissionais*, não tratando de eventuais especificidades que se possam concitar no domínio dos *contratos concluídos por consumidores* — designadamente, a opção conflitual que possamos vir a propor pode ter de ser objecto de alterações ou restrições quando se trate de um negócio celebrado entre um banco e um consumidor. A nossa opção deve-se ao facto de as particularidades das relações com consumidores reclamarem um tratamento aprofundado (importando saber em que medida a sua protecção reclama desvios às soluções gerais), o que ultrapassaria em muito o objectivo e a extensão máxima autorizada a um trabalho deste género<sup>4</sup>.

Delimitado o âmbito do nosso estudo, importa agora esclarecer que o seu objectivo não é, milagrosamente, gerar um mercado europeu de garantias imobiliárias e trazer soluções que tornem absolutamente equivalente uma hipoteca interna a uma hipoteca internacional no quadro europeu. Há incertezas e dificuldades inerentes às transacções internacionais que só seriam eliminadas perante uma plena equivalência de sistemas jurídicos e judiciários, o que não é possível. Ao invés, o que pretendemos é identificar os problemas que entram no mercado europeu de garantias imobiliárias e assinalar quais podem ser solucionados através da intervenção europeia.

---

<sup>3</sup> Sobre este problema, *vide* GÉRARD HERTIG, "Regulatory Competition for EU Financial Services", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.º 2, 2000, pp. 349-375, pp. 355ss.

<sup>4</sup> Sobre a protecção dos consumidores no quadro da criação de um mercado europeu de crédito hipotecário, ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 48ss. Repare-se, aliás, que a União Europeia pretendeu harmonizar as normas sobre a *transparência* nos contratos de crédito hipotecário *celebrados por consumidores* (intervenção restrita ao *domínio obrigacional* e à protecção do consumidor), através da *Directiva do Crédito Hipotecário* — Directiva n.º 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014. De facto, não obstante excluirmos este problema no nosso trabalho, deve reconhecer-se que a harmonização da tutela do consumidor nos contratos de crédito hipotecário vem sendo apontada como uma necessidade de internacionalização das relações hipotecárias internacionais participadas por consumidores (cfr. Considerando n.º 2 da *Directiva do Crédito Hipotecário* e ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ALFONSO YBARRA BORES, "La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea", *Revista Análiza de Derecho del Turismo*, n.º 5, 2011, pp. 115-145, p. 117). Sobre a internacionalização do esforço de protecção do consumidor, *vide* ainda ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "A defesa do consumidor no limiar do século XXI", *Globalização e Direito — Studia Iuridica* n.º 73, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 35-47, p. 39.

# PONTO PRELIMINAR

## AS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS E AS LIBERDADES COMUNITÁRIAS

### I. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

Seja no quadro da *liberdade de circulação de serviços* ou no âmbito da *liberdade de circulação de capitais*, a criação de um mercado interno de crédito hipotecário é um dos objectivos positivados da integração europeia. Este capítulo preliminar propõe-se, de forma muito sintética, a demonstrar esta asseveração.

Rigorosamente, o tratamento do ponto preliminar não é necessário ao desenvolvimento do nosso trabalho: bastará aceitar a conclusão unânime de que as liberdades comunitárias abrangem a concessão de garantias imobiliárias para que se possa partir para a identificação das causas de inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias. Todavia, porque a presente dissertação visa resolver um problema de *Direito da União Europeia*, optámos por, concisamente, demonstrar a abrangência da concessão de hipoteca pelo mercado único, *maxime* na liberdade de circulação de capitais.

A liberdade de circulação de capitais, constituindo a *quarta liberdade* comunitária<sup>5</sup>, pode ser vista, do ponto de vista do tratamento jurídico-dogmático, como o *parente pobre* das liberdades fundamentais, sendo habitualmente analisada com menor profundidade<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Cfr. n.º 2 do art. 26.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta conclusão era ainda mais clara até ao Tratado de Lisboa, pois a ligação do mercado interno à livre circulação de capitais resultava não só da correspondente norma predecessora (n.º 2 do art. 14.º do Tratado que instituiu a Comunidade Europeia [TCE]), como também da alínea c) do n.º 1 do art. 3.º, relativo à acção da Comunidade. A doutrina não é unânime no que concerne ao número de liberdades fundamentais consagradas no Tratado. Assim, se alguns Autores se referem a *quatro liberdades* (mercadorias, pessoas, serviços e capitais) — MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 497; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual de Direito Europeu*, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia, 7.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 555; HANS D. JARASS, "A unified approach to the fundamental freedoms", *Services and free movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MAD S ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 141-162, p. 141; VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA, "El sistema de la Directiva 88/361/CEE y los instrumentos jurídicos para la libre circulación de capitales", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 53-61, p. 53; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado Interior Europeo — Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Univesidad de Deusto, Bilbao, 2004, p. 18 —, outros autonomizam a *liberdade de estabelecimento* (cfr. arts. 49.ºss TFUE), referindo-se por isso a *cinco liberdades* — cfr. JÓNATAS MACHADO, *Direito da União Europeia*, 2.ª Edição, Coimbra Editora — Wolters Kluwer, Coimbra, 2014, pp. 355 e 372; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas de Aplicação Imediata e Direito Comunitário", *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-140, p. 49. Outros, ainda, sublinham a distinção entre a livre circulação de *trabalhadores* e de *cidadãos não activos*, referindo-se por isso a *seis liberdades* (mercadorias, trabalhadores, estabelecimento, serviços, capitais e cidadãos não activos) — cfr. ALFONSO MATTERA, "Le principe de la

Nessa medida, com propósito meramente instrumental e perspectiva necessariamente sintética, impõe-se a identificação do conteúdo da liberdade de circulação de capitais. Só assim poderemos determinar se, no que respeita ao crédito hipotecário internacional, existem obstáculos aos desígnios do legislador europeu.

Em segundo lugar, importará perceber se no âmbito da *liberdade de prestação de serviços* está contida a concessão de crédito hipotecário, proibindo obstáculos à concessão de mútuos caucionados por hipoteca em Estado-Membro diferente daquele onde a instituição de crédito está estabelecida, enquanto *prestação realizada mediante remuneração*.

---

reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, regionales et locales", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 2, 1998, pp. 5-17, p. 7, nota n.º 2.

Por nossa parte, parece-nos que o *direito de estabelecimento* materializa uma das dimensões da liberdade de circulação de serviços, abrangendo a afectação com carácter estável e duradouro de um prestador de serviços no Estado-Membro de acolhimento. Nessa medida, a diferença do objecto da *liberdade de prestação de serviços* e do *direito de estabelecimento* reside apenas no carácter estável da afectação: não há uma *diferente liberdade fundamental* mas apenas uma disciplina diferenciada do seu exercício duradouro. No fundo, é a *liberdade de circulação de serviços* (3ª liberdade) que é materializada pela atribuição de dois direitos subjectivos aos operadores económicos: o *direito de estabelecimento* e o *direito de prestação de serviços*. Da mesma forma, não cremos que as diferenças hoje existentes nos regimes aplicáveis à circulação de cidadãos não activos e de trabalhadores, empresários ou prestadores de serviços justifiquem uma distinção na *enunciação* da liberdade de circulação das pessoas.

<sup>6</sup> *Vide*, designadamente, a diferença de profundidade no tratamento da quarta liberdade, por comparação às demais, nas obras de MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 581; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, pp. 607ss; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 560. Esta característica não é exclusiva dos manuais portugueses; atente-se, por exemplo, no tratamento muito superficial que fazem PAUL CRAIG E GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law — Text, Cases and Materials*, 4.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 721ss, em comparação com as demais liberdades.

Como ficou patente, continuamos a utilizar a expressão "*direito comunitário*", não obstante a extinção da Comunidade Europeia operada em Dezembro de 2009. Na verdade, o art. 1.º TUE (na versão que lhe foi conferida pelo Tratado de Lisboa) determina que a União se substitui e sucede à Comunidade Europeia — à semelhança, aliás, do que era postulado pelo Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa, que, respectivamente nos arts. IV-437.º e IV-438.º, revogava os Tratados anteriores e dissolvia as organizações internacionais por eles constituídas, determinando a sua sucessão pela União Europeia aí criada.

A razão pela qual optamos por manter viva a expressão liga-se sobretudo a razões históricas, como bem sublinha MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 15, nota n.º 2. Assim, a expressão continua a ser utilizada por JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 63. Acresce que, como bem sublinha MARIA LUÍSA DUARTE, *União Europeia — Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 84, a sobrevivência da expressão se liga à dualidade metodológica, porquanto o método *comunitário* foi fortalecido no Tratado de Lisboa.

Para uma análise sistematizada das inovações do Tratado de Lisboa, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, "Tratado de Lisboa (Algumas Notas)", *Temas de Integração*, N.º 26 (2.º Semestre de 2008), 2008, pp. 115-138, pp. 121ss; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 29ss; MARIA LUÍSA DUARTE, "O Tratado de Lisboa — Uma visita guiada ao novo estatuto jurídico da União Europeia", *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 7-89, pp. 17ss; ANTÓNIO VITORINO, "As inovações do Tratado de Lisboa", *O Tratado de Lisboa — Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 17-31, pp. 17ss; FAUSTO DE QUADROS, "Avaliação global do sistema orgânico e institucional da União Europeia após o Tratado de Lisboa", *O Tratado de Lisboa — Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 33-45, pp. 33ss; PAULO DE PITTA E CUNHA, "As grandes linhas do Tratado de Lisboa", *Sombras sobre a Integração Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 279-292, pp. 279ss, e o nosso trabalho "O Direito Derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa", *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 139-167, pp. 139ss.

## II. A QUARTA LIBERDADE E A CONCESSÃO DE HIPOTECA

A liberdade de circulação de capitais será aquela cujo regime sofreu uma mutação mais espectacular desde a criação das Comunidades. Na verdade, se o início da sua regulação se pautou por um nível de integração consideravelmente menor face às demais liberdades fundamentais, certo é que, em determinados aspectos, os movimentos de capitais estão hoje dotados de um grau de liberalização que ainda não se vislumbra noutros domínios. Isto é, se a *quarta liberdade* partiu com desvantagem para a sua concretização plena, encontra-se hoje (em certos campos) mais próxima da sua cabal realização do que as demais.

Como se percebe, uma análise (ainda que muito sumária) da *quarta liberdade* implica o exame dos desígnios comunitários quanto ao modelo de integração económica. De facto, se o objectivo comunitário se alterou (no Tratado de Maastricht) de *mercado comum* para *união económica e monetária*<sup>7</sup>, tal modificação influi especialmente no âmbito dos movimentos de

---

<sup>7</sup> Não nos alongaremos quanto aos vários estádios de integração económica (expressão que, aplicada às economias nacionais, parece ter sido usada pela primeira vez por HOFFMANN — cfr. PAULO DE PITTA E CUNHA, "Conceito de Integração Económica Internacional", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 65-84, p. 66). Importa, porém, clarificar a nossa afirmação, que não é inteiramente rigorosa, já que o intuito de não nos desviarmos do propósito da nossa investigação, legou-nos a seguir a doutrina dominante e a aceitar o figurino de *mercado comum* como caracterizador do modelo de integração económica estreado no Tratado de Roma em 1957.

São identificados vários modelos ou estádios de integração económica: zona de comércio livre, união aduaneira, mercado comum, união económica e união económica e monetária. Abstraindo-nos da conhecida querela relativa ao problema de saber se os modelos, estádios ou figurinos de integração económica comportam ou não uma lógica progressiva, centremo-nos nos três últimos paradigmas (os mais avançados), procurando categorizar a organização europeia quanto à instituição de um espaço economicamente integrado (deixamos de lado as *preferências aduaneiras*, modelo muito rudimentar de integração) — MANUEL LOPES PORTO, *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias face aos desafios da globalização*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 219-221; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 489ss; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, pp. 520ss; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Os reflexos do movimento de integração económica no Direito Privado e no Direito Internacional Privado", *Da execução das decisões arbitrais e judiciais em direito internacional: Noveno Congreso, Lisboa, 2-11 de Novembro de 1972*, Secretaría General, Madrid, 1972, pp. 1-17, p. 4; PAULO DE PITTA E CUNHA, *cit.*, p. 77, e *Economia Política*, Lições Policopiadas, Lisboa, 1973, p. 174; BELA BALASSA, *Teoria da Integração Económica*, Tradução de Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1961, p. 13; RAMÓN TAMAMES E BEGOÑA G. HUERTA, *Estrutura Económica Internacional*, Tradução de J. Freitas e Silva, 5.<sup>a</sup> Edição, Dom Quixote, Lisboa, 2000, p. 205.

De uma perspectiva simplista, o *mercado comum* caracteriza-se pela ausência de obstáculos à circulação de mercadorias e demais factores de produção (trabalhadores, serviços e capitais). A livre circulação de mercadorias é assegurada através de uma união aduaneira — abolição de todos os obstáculos às transacções de produtos entre os Estados parte da zona e a adopção de uma pauta aduaneira comum no que concerne às importações e exportações de Estados exteriores à zona de integração, criando-se depois normas específicas tendentes à plena liberdade de circulação dos demais factores de produção. Cria-se um sistema de *não discriminação em razão da nacionalidade* pelo qual se eliminam obstáculos ao recrutamento de trabalhadores estrangeiros (reconhecendo-se os seus títulos e diplomas), à prestação ocasional ou duradoura de serviços por empresas estrangeiras (eliminando-se as proibições e a subordinação a licenças) e à entrada de capitais estrangeiros (eliminando-se as restrições às operações no mercado de capitais e ao acesso à propriedade por parte de entidades estrangeiras).

Já a *união económica*, além de todas as características inerentes ao *mercado comum*, implica a harmonização das políticas económicas e de certos vectores de direito nacional (fiscal, bancário, financeiro), podendo também envolver a delegação em autoridades comuns do exercício de certos domínios (política comercial, política de concorrência, etc.) com vista a um amortecimento das disparidades legislativas e regulamentares entre os Estados pertencentes à zona de integração. A harmonização tem um efeito potenciador da circulação:

---

esbatendo-se as desigualdades legislativas, regulamentares, sociais e económicas entre os Estados, os operadores económicos são mais livres de exercer actividades económicas além-fronteiras, já que a própria discrepância constitui um importante obstáculo (ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 77ss).

A *união económica e monetária*, para além do que está subjacente a uma união económica, implica ainda a eliminação do poder de os Estados manipularem a sua moeda, mediante a cessão da competência de definição e execução das políticas cambial e monetária a um órgão comum — seja através de uma moeda única, seja mediante a convertibilidade obrigatória das moedas da zona económica com taxas cambiais fixas e inalteráveis. Na verdade, abstraindo-nos da querela entre *keynesianos* e *monetaristas* quanto à natureza dos efeitos da moeda da economia real, ninguém nega que a política monetária é um importante factor de intervenção na economia. Sobre o tema, *vide* ANTÓNIO J. AVELãs NUNES, *A Moeda*, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 190ss; sobre a introdução da UEM na União Europeia, *vide* EDUARDO PAZ FERREIRA, *União Económica e Monetária: um guia de estudo*, Quid iuris?, Lisboa, 1999, pp. 86ss.

Se hoje é inequívoco ser a *união económica e monetária* o modelo de integração plasmado nos Tratados, é mais discutível se, à data do Tratado de Roma, os Tratados visavam um *mercado comum* ou já uma *união económica*. A versão originária do TCEE estabelecia o objectivo da “*criação de um mercado comum*”, concretizado quer na “*eliminação, entre os Estados-Membros, dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à importação e à exportação de mercadorias, bem como todas as medidas de efeito equivalente*”, quer na “*abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de pessoas, de serviços e de capitais*” (cfr. art. 2.º e alíneas *a*) e *c*) do art. 3.º TCEE). Com o Acto Único Europeu, foi introduzido o conceito de *mercado interno* (art. 8.º-A TCEE), ao qual a maioria da doutrina não conferiu significado inovador (MANUEL LOPES PORTO, “Anotação ao art. 26.º TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONçALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 270-271, p. 271 e *Teoria...*, p. 219; LUÍS SILVA MORAIS, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos — Novas Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 26; MANUEL CASERO MEJÍAS, “La Eurohipoteca”, tradução de «Die Eurohypothek», OTMAR STÖCKER, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 620, 1994, pp. 91-182, p. 172; DANIEL VIGNES, “Le Rapprochement des Législations”, *Dispositions Fiscales. Rapprochement des Législations (Commentaire J. Mégret — Le droit de la CEE; Vol. 5)*, 2.ª Edição, Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, 1993, pp. 299-379, p. 315. Em sentido contrário, BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 18, entende que a alteração da designação pretende significar, além do fim dos obstáculos à circulação, o propósito de abolir fronteiras internas e controlos técnicos, físicos, fiscais e monetários).

Nessa medida, a doutrina dominante entende ser o *mercado comum* o modelo de integração originariamente estabelecido, evoluindo mais tarde para uma *união económica* à medida que políticas comuns eram identificadas como indispensáveis ao funcionamento do mercado (cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 492; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 525). Esta posição não é posta em causa pela adopção de uma *Política Comercial Comum* logo na versão originária dos tratados comunitários, porquanto se entende ser esta uma implicação automática da união aduaneira (MANUEL LOPES PORTO, *Teoria...*, p. 219; LUÍS PEDRO CUNHA, “A Comunidade Europeia enquanto União Aduaneira — Disposições Fundamentais e Instrumentos da Política Comercial Comum”, *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXIX, 1996, pp. 295-379, p. 304; GORJÃO-HENRIQUES, *cit.*, pp. 497ss; TERESA MOREIRA, “Anotação ao art. 206.º TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONçALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 805-809, p. 807): se a *união aduaneira* aparece internacionalmente como um único bloco, os instrumentos de protecção da produção interna (da zona economicamente integrada) em face da produção externa (de Estados terceiros) devem ser comuns. De facto, a decisão de estabelecer *certo imposto* na pauta aduaneira comum, de prever *certa restrição quantitativa* para importações de fora do espaço economicamente integrado ou de *adoptar ou não medidas antidumping* na redacção de um código aduaneiro comum é produto de opções de política comercial que, inevitavelmente, estão cometidas a órgãos comuns.

Por nossa parte, concedendo que a Política Comercial Comum é uma decorrência da União Aduaneira (o que é, desde logo, assumido pelos Tratados — cfr. art. 206.º TFUE), cremos ser discutível a categorização da CEE como *mercado comum* no momento da sua fundação.

Na verdade, a previsão de uma *Política Agrícola Comum*, de uma *Política Comum de Transportes* e de uma *Política da Concorrência* apontam para a conclusão de que a noção doutrinal de *mercado comum* está aquém do objectivo comunitário, já na versão originária dos Tratados. Estes, aliás, reconheciam-no: o TCEE, na sua versão originária, estabelecia *por um lado*, um mercado comum caracterizado pela eliminação de todos os obstáculos à livre circulação (alíneas *a*) e *b*) do art. 3.º TCEE) e *por outro* a adopção de políticas comuns (alíneas *d*), *e*) e *f*) do art. 3.º TCEE). Com efeito, sendo certo que o estabelecimento de políticas comuns se limitava à regulamentação tida por essencial à eliminação de barreiras à circulação dos factores de produção, não pode olvidar-se que as normas dos Tratados ditavam *mais* do que uma simples proibição de restrições aos movimentos, prevendo a harmonização de disposições nacionais em diversas áreas. Nessa medida, julgamos que o modelo económico de integração previsto na versão originária dos Tratados está mais próximo de uma *união económica* do que de um mero *mercado comum*.

capitais: num modelo de *mercado comum*, a livre circulação de capitais é um *objectivo* — a realizar de forma mais ou menos profunda; numa *união económica e monetária*, a eliminação de restrições aos movimentos de capitais surge como *pressuposto*, já que as políticas cambial e monetária estão atribuídas a um órgão comum.

Por outras palavras, o grau de realização da quarta liberdade será necessariamente superior depois de estabelecida a união económica e monetária, já que esta não só implica a remoção de entraves aos movimentos de capitais como depende da inexistência de quaisquer obstáculos à circulação de moeda<sup>8</sup>. De facto, sendo inegável que a liberalização da circulação de capitais está ligada à coordenação das políticas monetária e cambial (pois os pagamentos e os investimentos internacionais serão tanto mais fáceis quanto menores forem os entraves à convertibilidade das divisas ou as flutuações cambiais), o desaparecimento de sistemas monetários nacionais, controlados individualmente por autoridades internas, acarreta a eliminação de importantes barreiras à quarta liberdade.

Assim, as mutações que foram sendo introduzidas na quarta liberdade ligam-se incindivelmente à materialização de um estágio mais avançado de integração. Por essa razão,

---

Não estamos sós nesta conclusão: de facto, a Comissão, logo em 1962, entendia que *“the Treaty of Rome, interpreting as it does the intention of its Contracting Parties to embark on full integration, and taking into account the economic conditions which govern the establishment of a unified economic area, provides for the economies of the Six to be welded into a real economic union”* [sublinhado nosso], e que *“the Treaty was rightly heedful of economic requirements in prescribing that the establishment of economic union proper should proceed in parallel with the customs union, and not lag behind”* (Relatório sobre o programa de acção da Comunidade para a segunda fase, de 24 de Outubro de 1962, Serviço de Publicações das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1962, pp. 5- 6. Vide igualmente pp. 18ss, onde a Comissão se refere à construção de uma *união económica* enquanto objectivo dos Tratados). Na doutrina, defende PAULO DE PITTA E CUNHA, "Conceito...", pp. 78 e 81, que desde 1957 se previa uma união económica.

Já no Tratado de Maastricht, o objectivo integracionista é modificado, estabelecendo-se o propósito da *“criação de um mercado comum e de uma união económica e monetária”* (art. 2.º TCE), mediante *“a adopção de uma política económica baseada na estreita colaboração das políticas económicas dos Estados-Membros, no mercado interno e na definição de objectivos comuns”* e através da *“fixação irrevogável das taxas de câmbio conducente à criação de uma moeda única, o ECU, e a definição e condução de uma política monetária e uma política cambial únicas”* (art. 3.º-A TCE). Isto é, a partir deste momento, o objectivo comunitário passou a ser, sem margem para dúvidas, a instituição de uma *união económica e monetária*. (cfr. MOTA DE CAMPOS, *cit.*, p. 55).

<sup>8</sup> Neste sentido, PIERRE WERNER, "Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de «L'Union Economique et Monétaire» dans la Communauté", *Boletim das Comunidades Europeias*, Suplemento, n.º 11, 1970, pp. 3-41, p. 10: *“Une union monétaire implique à l'intérieur la convertibilité totale et irréversible des monnaies, l'élimination des marges de fluctuation des cours de change, la fixation irrévocable des rapports de parité et la libération totale des mouvements de capitaux”* [sublinhado nosso]. No fundo, há uma *“incompatibilidade entre a liberdade dos movimentos de capitais e a autonomia da política monetária”* (DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço Financeiro Europeu — Liberalização dos movimentos de capitais e integração financeira; Realização da União Económica e Monetária*, 4.ª Edição, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1995, p. 43)

De forma não rigorosa, sobreposemos aqui os conceitos de *“moeda”* e *“capitais”*. Na verdade, ensina ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *A Moeda, cit.*, pp. 22 a 25, que *moeda* é a expressão clássica que pretende identificar um meio de troca entre mercadorias (Mercadoria-Moeda-Mercadoria [M-D-M]). Ora, numa economia monetária o operador económico parte com certo montante de moeda (ou acede ao crédito), adquire os elementos de produção e vende a mercadoria por valor superior (Moeda-Mercadoria-Moeda [D-M-D]), adquirindo a moeda o epíteto de *capital*. A isto acresce que a *moeda* é apenas um dos activos financeiros (o *activo líquido*) de que se pode compor o capital; este pode revestir a forma de títulos de crédito, bens de consumo duradouro, bens de capital, etc..

será impossível olhar às modificações operadas à livre circulação de capitais sem que, ocasionalmente, nos referiramos à construção da UEM<sup>9</sup>.

## 1. A CONSTRUÇÃO ORIGINÁRIA DA LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E A ABRANGÊNCIA DA HIPOTECA

### 1.1. O Tratado de Roma – o normativo inicial

A liberdade de circulação de capitais surgiu em 1957 como desígnio da CEE, determinando o Tratado de Roma que a acção da Comunidade implica a “*a abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais*”. Ou seja, a *livre circulação de capitais* é um propósito não apenas contemporâneo das demais liberdades como foi afirmado com igual dignidade, sugerindo que o regime substancial seria similar, em conteúdo e intensidade, àqueles que resultavam das outras liberdades — *maxime* estabelecendo obrigações precisas para os Estados-Membros e gerando, na esfera jurídica dos operadores económicos do espaço europeu, direitos subjectivos *à ausência de obstáculos*<sup>10</sup>.

Porém, no início da construção comunitária, foi inequívoca a menor ambição das normas relativas a esta liberdade, sendo evidente a prudência do legislador primário na sua redacção. Era certa a sua realização mais tardia em face das congêneres.

*Em primeiro lugar*, ao invés de estabelecer, como nas demais liberdades, uma proibição de restrições ou de discriminação em razão da nacionalidade, o Tratado previu um objectivo gradual, condicionado às exigências do mercado (disposição mais programática do que propriamente *self executing*) de onde dificilmente se podia inferir um direito subjectivo atribuído a particulares: “*Os Estados-Membros suprimirão progressivamente entre si, durante o período de transição, e na medida em que tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum, as restrições aos movimentos de capitais pertencentes a pessoas residentes dos Estados-Membros, bem como as disposições de tratamento em razão da nacionalidade ou residência das partes, ou do lugar do investimento*”<sup>11</sup>.

<sup>9</sup> Sobre a evolução histórica da UEM, *vide*, entre outros, EDUARDO PAZ FERREIRA, *União...*, pp. 86ss.

<sup>10</sup> Neste sentido, LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret (Vol. 3; Tomo 2), Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, Bruxelas, 2007, p. 149; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 9. Cfr. alínea c) do art. 3.º TCEE na versão originária. A redacção não causa surpresa, pois o *mercado comum*, enquanto modelo de integração económica, caracteriza-se justamente pela livre circulação dos factores de produção (cfr. *supra*, nota n.º 7).

<sup>11</sup> Art. 67.º TCEE, na sua redacção originária (sublinhados nossos). No mesmo sentido, CARLOS LARANJEIRO, "A União Económica e Monetária no Tratado da União Europeia", *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXXV, 1992, pp. 205-249, p. 212; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 186; PAUL CRAIG E GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 723; PHILIPPE VIGNERON E PHILLIPE STEINFELD, "La Communauté Européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leurs implications", *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3-4, 1996, pp. 401-441, p. 401; A. G.

TOTH, *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2005, p. 335; PEDRO GUERRA E ANDRADE, "Anotação aos artigos 63.º a 66.º TFUE — Os capitais e os pagamentos", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 364-370, p. 366 (que se refere à *stand-still clause*, à *conditionality clause* e às várias *escape clauses* que o regime plasmava); BRAM AKKERMANS, "Property law and internal market", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 199-246, p. 224; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 22; EDUARDA ALMEIDA DE AZEVEDO, "Os Investimentos Estrangeiros e a Livre Circulação de Capitais", *Assuntos Europeus*, vol. 3, n.º 3, 1984, pp. 373-388, p. 384 ("assim se explica que as disposições que neste se contêm se hajam limitado a consagrar mais uma intenção dos Estados membros do que, na realidade, um programa preciso e rigoroso de ações definidas a empreender num «timing» determinado"); VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA, "El sistema...", p. 54; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "Las Inversiones Directas e Inmobiliarias en el sistema del Consejo de 24 de Junio de 1988", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 63-84, p. 66; PHILIPPE ICARD, *Droit Matériel et Politiques Communautaires*, Editions ESKA, Paris, 1999, p. 317; MARIA TEREZA DE SÁ DE MENEZES, *O Euro e a Harmonização do Direito Bancário*, (policopiado), Coimbra, 1999, p. 7; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 150; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 34; CATHERINE BARNARD, *The Substantive Law of the EU — The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2004, p. 462 (que atribui esta moderação ao facto de a 4.ª liberdade estar mais ligada à política económica e, por isso, reclamar um maior período de estabelecimento); MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre Circulação de Capitais", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 377-397, p. 382. Aliás, defendem JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, "Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 69-139, p. 78, que o motivo determinante para que se não tenha consagrado um regime único de liberdade de actividade económica terá sido justamente o propósito de controlar a circulação de capitais.

Para comparação, vejam-se as normas institutivas das restantes liberdades comunitárias, na versão originária: "Sem prejuízo das disposições seguintes, são proibidas, entre os Estados-Membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente" (art. 30.º TCEE); "A liberdade de circulação de trabalhadores deve ficar assegurada, na Comunidade, o mais tardar no termo do período de transição. A livre circulação de trabalhadores implica a abolição de toda e qualquer discriminação em razão da nacionalidade, entre os trabalhadores dos Estados-Membros, no que diz respeito ao emprego, à remuneração e às demais condições de trabalho" (art. 48.º TCEE); "Os Estados-Membros suprimirão progressivamente entre si, durante o período de transição, e na medida em que tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum, as restrições aos movimentos de capitais pertencentes a pessoas residentes dos Estados-Membros, bem como as disposições de tratamento em razão da nacionalidade ou residência das partes, ou do lugar do investimento".

Nessa medida, e ao contrário do que sucedia nas demais liberdades, o Tribunal de Justiça negou o efeito directo desta disposição: Acórdão TJCE de 11 de Novembro de 1981, *Casati*, proc. 203/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981, pp. 2595, n.º 10; NURIA BOUZA VIDAL, "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS E SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 551-570, p. 561; DOMINIQUE SERVAIS, *cit.*, p. 40; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización de los movimientos de capitales en la CEE", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 196-197, 1990, pp. 281-367, p. 323; BARNARD, *cit.*, p. 463 (que sublinha que parte da motivação do tribunal foi política, porquanto o Tribunal reconheceu que "complete freedom of capital could undermine the economic policy of one of the Member States or create an imbalance in its balance of payments"); FONTAINE CAMPOS, *cit.*, p. 382. Aliás, a interpretação da condição "na medida em que tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum" era vista como uma questão de preponderante dificuldade — COMISSÃO EUROPEIA, *Nécessité et Modalités d'une action dans le domaine des capitaux — Mémoire de la Commission au Conseil*, 5 de Março 1969, COM(69)200, Bruxelas, 1969, p. 1.

Reconheça-se, porém, que a fórmula cautelosa apareceu originariamente não apenas na liberdade de circulação de capitais como em certos aspectos das demais liberdades fundamentais. Vide art. 13.º TCEE que, depois de afirmar a proibição de direitos aduaneiros entre Estados-Membros, estabelece que "os direitos aduaneiros de importação, em vigor entre os Estados-Membros, serão por estes progressivamente suprimidos durante o período de transição"; art. 56.º TCEE, que consagrava "No âmbito das disposições seguintes, suprimir-se-ão gradualmente, durante o período de transição, as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro". Sublinhe-se, ainda assim, uma diferença fundamental entre estas disposições e a norma institutiva da liberdade de circulação de capitais: nestas, a imposição é progressiva durante um período determinado, findo o qual se tornam vinculativas; ao invés, na liberdade de circulação de capitais, a ordem é menos impositiva, já que estabelece a eliminação de obstáculos "na medida em que tal for necessário ao bom funcionamento do mercado comum" (CARLOS LARANJEIRO, *Lições de Integração Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 127).



Em *segundo lugar*, a prudência dos autores dos Tratados era patente na cláusula de *stand still* do art. 71.º TCEE: em vez de proibir novas restrições ou obstáculos, o Tratado aludia a um *esforço* das autoridades nacionais. Em *terceiro lugar*, estabelecia-se uma cláusula de salvaguarda sempre que os movimentos de capitais provocassem perturbações no mercado de capitais nacional<sup>12</sup>.

Por fim, consciente de que o propósito de instituição de uma diferente velocidade para a quarta liberdade poderia ser subvertido por via do demais normativo comunitário, o legislador primário blindou o regime, intervindo nas outras liberdades. Isto é, sabendo que as regras mais generosas relativas à liberdade de prestação de serviços poderiam ser invocadas para potenciar a livre circulação de capitais (*pense-se na concessão internacional de crédito e aquisição de uma garantia imobiliária por uma instituição bancária, agora ao abrigo da liberdade de prestação de serviços*) limitou o Tratado a liberalização dos serviços bancários, colocando-a paralela à circulação de capitais<sup>13</sup>.

A moderação do legislador de Roma não criou surpresa à doutrina. Na verdade, esta cautela é própria do contexto que presidiu à elaboração do regime normativo, perpetrado por um esforço de reconstrução industrial e perante produtos financeiros em estado embrionário. Uma plena e total liberdade de circulação poderia constituir um factor adicional de desestabilização em face da insuficiente coordenação das políticas económicas nacionais<sup>14</sup>.

O inferior grau de realização desta liberdade não colocava em causa a qualificação da CEE como organização tendente à instituição de um *mercado comum*: constituindo a livre circulação de capitais um vector desse modelo de integração económica, ela materializa um *objectivo* e não um pressuposto, podendo a sua concretização obedecer a ritmo inferior ao prescrito para os demais factores de produção. Simplesmente, o *objectivo comunitário* não era

---

Curiosa, mas nem sempre notada, é a diferença de titularidade desta liberdade: se as congéneres se dirigiam aos *nacionais dos Estados-Membros*, a liberdade de circulação de capitais pretendia aplicar-se aos *residentes na Comunidade*, independentemente da sua nacionalidade — TOTH, *cit.*, p. 355.

<sup>12</sup> Cfr. art. 71.º TCEE [na versão originária] (“Os Estados-membros esforçar-se-ão por não introduzir qualquer nova restrição de câmbio na Comunidade que afecte os movimentos de capitais e os pagamentos correntes relativos a tais movimentos e por não tornar mais restritivas as regulamentações já existentes”) e art. 73.º (“No caso de os movimentos de capitais provocarem perturbações no funcionamento do mercado de capitais de um Estado-membro, a Comissão, após consulta do Comité Monetário, autorizará esse Estado a tomar medidas de protecção no domínio dos movimentos de capitais, de que fixará as condições e modalidades”). Sobre estas regras, *vide* EVELIO VERDERA Y TUELLS, “La liberalización...”, p. 294.

<sup>13</sup> Neste sentido, A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 356, e EVELIO VERDERA Y TUELLS, “La liberalización...”, p. 284. Cfr. n.º 2 do art. 61.º TCEE, que dispunha “A liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a progressiva liberalização da circulação dos capitais”. A sujeição dos serviços bancários aos limites erigidos à liberdade de circulação de capitais, aliás, foi expressamente declarada pelo Acórdão TJCE de 9 de Julho de 1997, *Parodi*, proc. C-222/95, *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-3899, n.º 8. Sobre esta jurisprudência, *vide* BRAM AKKERMANS, “Property law and internal...”, p. 229.

<sup>14</sup> Sobre a cautela do conteúdo normativo associada ao contexto do seu surgimento, cfr. JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito Comunitário: A ordem jurídica comunitária — As liberdades fundamentais na CEE*, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985, p. 493; PHILIPPE VIGNERON E PHILIPPE STEINFELD, “La Communauté...”, p. 403, nota n.º 4; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 23-24.

entendido como fim autónomo mas como *finalidade instrumental das demais liberdades*: nem o Tratado nem o direito secundário deixavam dúvidas quanto à instituição da livre *na medida em que isso se revelasse necessário ou útil* às demais liberdades<sup>15</sup>.

O objectivo da *gradual* livre circulação de capitais seria perseguido através de dois caminhos: *por um lado*, pela progressiva abolição das restrições aos movimentos de capitais entre residentes nos Estados-Membros (art. 67.º TCEE); *por outro*, pela estabilização e harmonização das políticas cambiais nacionais, visando a diminuição de obstáculos à concessão das autorizações de câmbio (art. 68.º e 70.º TCEE). Em qualquer dos domínios, o Tratado atribuía competência do Conselho para, sob proposta da Comissão e decidindo por unanimidade, adoptar directivas destinadas a harmonizar o mercado cambial (art. 70.º TCEE) e a eliminar obstáculos aos movimentos de capitais (art. 69.º TCEE), devendo a acção da CEE pautar-se pelo propósito de alcançar “*o mais alto grau possível de liberalização*”.

Não é de estranhar que a construção europeia se tenha preocupado desde os seus primórdios com a estabilidade das moedas nacionais, essencial à geração de um mercado único. É essa a razão subjacente à previsão de um capítulo relativo à balança de pagamentos, onde se cometia a cada Estado-Membro o dever de adoptar uma política económica tendente a garantir a confiança nas suas moedas e a sustentabilidade da balança de pagamentos<sup>16</sup>. Assim, previa-se a instituição de um *Comité Monetário*, a quem competia emitir pareceres e recomendações sobre a necessidade e medida da acção comunitária e de acompanhar, elaborando relatórios, a situação financeira e monetária dos Estados-Membros (n.º 2 do art. 105.º TCEE). Esta incumbência do Comité Monetário ligava-se directamente à norma que previa a superação dos objectivos de liberalização da circulação de capitais *se a sua*

---

<sup>15</sup> Neste sentido, COMISSÃO EUROPEIA, *Nécessité...*, p. 2; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, 2009, pp. 729-813, p. 783; JOSÉ CARLOS MOTTINHO DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 28; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 150; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 193; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "Las inversiones...", p. 64 (“*la eliminación de las restricciones a la libre circulación de capitales, no ha sido considerada, durante mucho tiempo, un objetivo esencial de la construcción europea*”) e "La liberalización...", p. 283; PATRÍCIA INÁCIO, *A livre circulação de capitais e os países terceiros. Possíveis justificações*, Relatório de mestrado em direito — Ciências Jurídico-Económicas, (policopiado), Lisboa, 2009, p. 3. Cfr. n.º 1 do art. 67.º TCEE, que estabelecia a eliminação dos obstáculos “*na medida em que tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum*”. Igualmente, a Directiva n.º 63/21/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1962 (segunda directiva sobre movimentos de capitais, que analisaremos melhor *infra*), estabelecia no preâmbulo que se justificava a intervenção comunitária “*considérant que l'élimination de certaines restrictions a la libre circulation des capitaux, étroitement liées à la circulation des marchandises, des personnes et des services, est nécessaire pour assurer l'établissement et le fonctionnement satisfaisants d'un marché commun dans ces domaines*”. A directiva continha quatro listas de transacções que pretendia ver incluídas no espaço de livre circulação de capitais, a salvo de quaisquer obstáculos. Para sua análise, *vide* BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *cit.*, pp. 200-201.

<sup>16</sup> Cfr. arts. 104.º-109.º TCEE, na versão originária, e EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización...", pp. 304-305.

*situação económica estadual o permitisse*: a própria Comunidade se encarregava de avaliar, em permanência, a viabilidade de suplantarem o grau de liberdade previsto<sup>17</sup>.

Curiosa é a ausência de definição de *movimentos de capitais*. Na verdade, em contraste com o que sucede nas demais dimensões do mercado comum, o Tratado não identifica o conteúdo da liberdade que institui. O seu teor foi modelado por acção das instituições que, no uso da base jurídica, foram conformando a liberdade fundamental<sup>18</sup>. Assim, logo em 1960 foi adoptada uma directiva que, nos seus anexos, elencava listas de “*movimentos de capitais*” cobertos pelo regime europeu. A intervenção comunitária classificou como *movimentos de capitais* todas as condições adequadas a promover investimento internacional no espaço europeu<sup>19</sup>. Todavia, porque o Tratado estabelecia uma *gradual* realização da liberdade, ainda que o conceito de *movimento de capitais* fosse vasto, não se determinava a imediata abolição dos obstáculos, tarefa que foi sendo desempenhada pelo direito comunitário secundário.

No que ao nosso problema diz respeito, há que sublinhar a abrangência da constituição de hipoteca pelas *listas de movimentos de capitais* de 1960. Desde então, a concessão internacional de hipoteca surge como operação que se pretende *livre*, pugnano a Comunidade pela abolição de quaisquer obstáculos à sua criação<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> Assim dispunha o segundo parágrafo do art. 71.º TCEE, na redacção originária: “Os Estados-Membros declaram-se dispostos a ultrapassar o nível de liberalização dos movimentos de capitais previsto nos números anteriores na medida em que a sua situação económica, designadamente o estado da sua balança de pagamentos, lho permita”. Sobre o Comité Monetário, vide PAULO DE PITTA E CUNHA, “Os Pressupostos da Integração Monetária”, *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 143-152, p. 146, e MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, “O Sistema Europeu de Bancos Centrais — Algumas considerações”, *Boletim de Ciências Económicas*, vols. XXXIX a XLI, 1996/1997/1998, pp. 211-294 (vol. XXXIX); pp. 329-404 (vol. XLI); pp. 277-346 (vol. XLI), p. 281.

Note-se que as disposições que ora expusemos vigoraram praticamente sem alterações durante 35 anos. A única alteração do Acto Único Europeu foi a regra deliberativa do Conselho quanto às directivas relativas à liberdade de circulação de capitais: estatuiu-se a maioria qualificada, com excepção das que implicassem um retrocesso na liberalização já atingida, que careceriam de unanimidade (art. 70.º TCEE, na versão conferida pelo n.º 4 do art. 16.º do AUE).

<sup>18</sup> Mesmo a COMISSÃO EUROPEIA, *Nécessité...*, p. 2, notava a ausência de definição dos movimentos de capitais no direito originário. Sublinhando o desenvolvimento do regime por actos de direito derivado, cfr. JOSÉ CARLOS MOTTINHO DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 494; PEDRO GUERRA E ANDRADE, “Anotação...”, p. 363; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 195; EVELIO VERDERA Y TUELLS, “Las inversiones...”, p. 66; ADRIAN GLAESNER, “Der Kapital- und Zahlungsverkehr”, *EU-Kommentar*, 2.ª Edição, JÜRGEN SCHWARZE, Nomos, Baden, 2009, pp. 764-802, p. 766; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 37; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 465; KRISTINA STÄHL, “Free movement of capital between Member States and third countries”, *EC Tax Review*, vol. 13, n.º 2, 2004, pp. 47-56, p. 48. As razões para a ausência dos Tratados parecem descobrir-se em algum receio de petrificar a regulação (LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 149).

<sup>19</sup> Referimo-nos, no texto, à “*Primeira Directiva de concretização do artigo 69.º TCEE*” (também chamada *primeira directiva sobre movimentos de capitais*), publicada no *Jornal Oficial* n.º 43, de 12 de Julho de 1960, pp. 921-932, que é tida como o *primeiro passo na instituição da liberdade de circulação de capitais*; simplesmente, o grau a liberalização incidiu sobre os *movimentos de capitais mais directamente ligados à execução dos principais objectivos do Tratado, como é o caso do direito de estabelecimento e da livre circulação de pessoas e de mercadorias*” (CARLOS LARANJEIRO, “A União...”, p. 212). Sublinhando ser este acto derivado o primeiro passo de *liberalização* dos movimentos de capitais, cfr. CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 463.

<sup>20</sup> Frisando a abrangência do crédito hipotecário pela liberdade de circulação de capitais desde 1960, cfr. CARLOS LARANJEIRO, *Lições...*, p. 131; PHILIPPE ICARD, *Droit...*, p. 323; CATHERINE BARNARD, *The*

Do regime jurídico originário, podem retirar-se duas conclusões.

*Por um lado*, a natureza insuficiente do normativo comunitário. Com efeito, mesmo depois da afirmação do princípio do efeito directo noutros domínios da integração europeia, não se admitia a invocação imediata de um *direito à inexistência de obstáculos* aos movimentos de capitais, o que o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente<sup>21</sup>.

---

*Substantive...*, p. 465. De acordo com a “Primeira Directiva de concretização do artigo 69.º TCEE, são considerados *movimentos de capitais* os investimentos directos (criação ou participação em empresas), repatriamento dos capitais, acesso ao mercado de capitais (colocando ou adquirindo títulos), transporte material de divisas ou de títulos, investimentos imobiliários, acesso ao crédito (de curto, médio ou longo prazo), constituição de contas-correntes, doações, sucessões, seguros e garantias das obrigações. Este acto foi modificado mais tarde pela Directiva n.º 63/21/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1962 (*segunda directiva sobre movimentos de capitais*, que eliminou algumas condições e reservas inicialmente impostas) e pela Directiva n.º 85/583/CEE, do Conselho, de 20 de Dezembro de 1985 (que aditou mais movimentos à lista B).

Mais do que *definir* os movimentos de capitais, o legislador optou pelo método das listas, indicando situações abrangidas pela liberdade europeia (cfr. JOSÉ CARLOS MOITINHO DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 502; ESTHER MUÑOZ ESPADA, *Bases...*, p. 24; VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA, “El sistema...”, p. 55; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, pp. 200ss; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 39). Estas listas eram temperadas por extensas cláusulas de salvaguarda, pelo que a liberação se pretendia realizada “*en procédant par petit pas*” (LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 151).

Sublinhe-se, porém, que não bastava ocorrer uma das situações elencadas nas listas para que, *ipso facto*, se estivesse perante um movimento de capitais. Na verdade, veremos melhor *infra* que o Tratado diferenciava *circulação de capitais e pagamentos*, pelo que se impunha uma distinção — cfr. Acórdão TJCE de 31 de Janeiro de 1984, *Luisi e Carbone*, processos apensos n.ºs 286/82 e 26/83, *Recueil de jurisprudence*, 1984, pp. 377ss, n.º 20: “*si le transfert matériel de valeurs, en particulier des billets de banque, fait partie de cette énumération, il n'en résulte cependant pas qu'un tel transfert doit en toutes circonstances être considéré comme un mouvement de capital*”. Neste aresto, o Tribunal tratava da compatibilidade do regime de liberdade de circulação de capitais com uma regulamentação nacional que colocava obstáculos à transferência internacional de dívidas acima de determinado montante, proibindo que dois particulares exportassem um valor superior a 500.000 liras italianas para adquirir serviços de turismo, educação e cuidados de saúde. Ora, não obstante a transferência internacional de divisas ser enquadrável num dos “*movimentos de capitais*” descritos pelas Directivas, o Tribunal considerou tratar-se de “*pagamento*” — sujeito ao regime do art. 106.º TCEE —, pois resultava do exercício de liberdades comunitárias. Cfr. MANUEL FONTAINE CAMPOS, “Livres...”, p. 382; LEO FLYNN, “Coming of Age: the free movement of capital case law 1993-2002”, *Common Market Law Review*, vol. 39, n.º 4, 2002, pp. 773-805, p. 776; DOMINIQUE SERVAIS, *cit.*, p. 40; EVELIO VERDERA Y TUELLS, “La liberalización...”, p. 329ss.

<sup>21</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 102; PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 3 (“*esta disposição não tinha efeito directo no termo do período de transição, estando dependente de uma apreciação das necessidades do Mercado Comum*”); A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 355; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional...*, p. 186.

O princípio do efeito directo, nas demais liberdades, foi desvelado pelo Acórdão TJCE de 5 de Fevereiro de 1963, *van Gend & Loos*, *Recueil de Jurisprudence*, 1963, pp. 23, onde se declarou que “*le droit communautaire, indépendant de la législation des États membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique*”. No entanto, para que os particulares possam mobilizar regras comunitárias, o aresto exige que estas sejam claras, precisas, incondicionais e não careçam de medidas complementares, nacionais ou comunitárias. Ora, a formulação da norma do art. 67.º TCEE na sua redacção inicial não reunia tais condições: a abolição das restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros não surgia como uma proibição peremptória às autoridades nacionais, atribuindo um direito aos particulares; pelo contrário, os Estados obrigavam-se a suprimir tais restrições “*progressivamente e na medida em que seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum*”; não havia uma norma *precisa, auto-suficiente, que dispense medidas complementares* ou a *atribuição incondicionada de um direito à inexistência de obstáculos*, o que o Tribunal veio a declarar no Acórdão *Casati* (*cit.* nota n.º 11) n.º 10.

Sobre o efeito directo, em geral, *vide* JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, pp. 246ss; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 346; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União Europeia*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 544ss; SOFIA OLIVEIRA PAIS, “Princípio do Efeito Direto”, *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15-39, pp. 15ss; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2014, pp.

Por outro, a inexistência de uma verdadeira cooperação monetária, como mecanismo auxiliar à *quarta liberdade*. Na verdade, apesar de se reconhecer a sua importância para a liberalização da circulação de capitais (a ponto de o Tratado estabelecer que as decisões nacionais em matéria de taxa de câmbio constituíam “*assunto de interesse comum*”<sup>22</sup>) as competências comunitárias limitavam-se à instituição do Comité Monetário, de natureza consultiva. Ora, se a actividade deste órgão tinha em vista “*promover a coordenação das políticas dos Estados-Membros em matéria monetária na medida necessária ao funcionamento do mercado comum*”, as suas funções restringiam-se à emissão de pareceres e relatórios e a sua composição (dois elementos indicados pela Comissão e dois elementos indicados pelo Conselho) não era adequada ao anunciado objectivo da coordenação da política monetária entre os Estados-Membros: razões de eficácia aconselhariam ter no fórum de discussão os indivíduos que, nos respectivos Estados-Membros, dispusessem de poderes nessa área<sup>23</sup>. Assim, a ordem monetária intracomunitária não diferia das relações que internacionalmente se estabeleciam fora da CEE, de acordo com o sistema dos acordos de *Bretton Woods*<sup>24</sup>.

Um último sublinhado se impõe. O Tratado sempre se referiu, por um lado, à livre circulação de capitais e, por outro, à livre circulação de pagamentos. Na sua versão originária,

---

519ss; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, pp. 369ss (que não o distinguem da *aplicabilidade directa*).

<sup>22</sup> Cfr. art. 107.º TCEE, na redacção originária. Assim, caso um Estado manipulasse a taxa de câmbio da sua moeda nacional sem ter em conta os objectivos de confiança na moeda e equilíbrio da balança de pagamentos, a Comissão poderia autorizar os demais Estados-Membros a tomar medidas adequadas.

<sup>23</sup> Cfr. n.º 2 do art. 105.º TCEE, na redacção originária. A inexistência de poderes compulsórios do Comité Monetário não obstou a que logo em 1962 a Comissão o considerasse “*one of the most important Community institutions so much so that the Commission would like to see its terms of reference and authority extended even further*”. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre o programa...*, p. 64. Sobre o Comité Monetário e suas funções, vide a bibliografia citada na nota n.º 17).

A ausência de qualquer competência comunitária relativa a políticas monetárias explicava-se quer pelo figurino do acordo do FMI à data vigente (que então assegurava a estabilidade dos câmbios a nível mundial) quer pela preocupação de não afectar poderes soberanos dos Estados-Membros (cfr. PAULO DE PITTA E CUNHA, “O Euro”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n.º 2, 2000, pp. 599-610, p. 600).

<sup>24</sup> A conferência de *Bretton Woods* de 1944 visou criar uma nova ordem monetária internacional, constituindo o primeiro instrumento de direito internacional destinado a regular as relações entre moedas nacionais. O sistema baseava-se na livre convertibilidade das moedas, com supremacia do dólar (única moeda convertível em ouro), sendo que todas as moedas dos países integrantes do sistema teriam o valor expresso em ouro ou indirectamente em dólares. O equilíbrio do sistema seria garantido pela actividade de uma instituição criada para o efeito — o Fundo Monetário Internacional (cfr. Artigo I do Estatuto do FMI), cuja missão era zelar pela cooperação monetária, pela estabilidade dos câmbios e pela facilitação dos pagamentos internacionais. Isto é, o sistema de *Bretton Woods* implicava a eleição de uma moeda forte convertível em ouro: as demais teriam taxas de câmbio por referência ao dólar, estabelecendo-se a livre convertibilidade entre si e assumindo os respectivos Estados o compromisso de assegurar a sua estabilidade através de intervenções nos mercados. Sobre o tema, cfr. EDUARDO PAZ FERREIRA, “O Banco Mundial cinquenta anos depois de Bretton Woods”, *Revista da Banca*, n.º 33 (Janeiro/Março de 1995), 1995, pp. 61-94, pp. 61 e 90; PAULO DE PITTA E CUNHA, “A influência do F. M. I. na orientação das políticas cambiais e na formulação de programas de estabilização”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Número Especial, Coimbra, 1980, pp. 463-484, p. 464; CARLOS LARANJEIRO, “A União...”, pp. 205ss; SAMUEL KILSZTAJN, “O Acordo de Bretton Woods e a evidência histórica. O sistema financeiro internacional no pós-guerra”, *Revista de Economia Política*, vol. 9, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 1989, pp. 88-99, pp. 88-99.

distinguiu claramente as duas dimensões: se no artigo 67.º TCEE se mencionavam exclusivamente os *capitais*, o conceito se não sobrepunha nos *pagamentos*. Efectivamente, o artigo 106.º TCEE, inserido no Título relativo à *balança de pagamentos*, cometa aos Estados-Membros a obrigação de autorizar “os *pagamentos referentes às trocas de mercadorias, serviços e capitais*” na moeda do Estado da residência do credor. Nessa medida, os *pagamentos* eram definidos como necessários *em virtude das liberdades de circulação* (*capitais inclusive*) e, por isso, beneficiaram desde mais cedo de um regime de liberalização. No fundo, o *pagamento* é a contraprestação do exercício de qualquer das liberdades comunitárias, ao passo que a circulação de capitais é tida como investimento que não corresponde a outra transacção<sup>25</sup>.

Deste *status quo* resulta que a liberdade de circulação de divisas para realizar investimentos noutro Estado-Membro era limitada: os movimentos de capitais só gradualmente seriam liberalizados, na medida em que tal fosse necessário às demais liberdades. Tal não punha em causa, porém, a circulação de moeda enquanto *pagamento*, porquanto esta era livre se resultasse do exercício das liberdades comunitárias<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, Direito Europeu e Português, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 255; JORGE COUTINHO DE ABREU, "Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo UE — Mercosul)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 705-728, p. 710; PEDRO GUERRA E ANDRADE, "Anotação...", p. 366 (“*Capital não é pagamento. Trata-se de noções que se opõem. Uma transacção financeira induzida, sem o carácter de atividade económica e com a natureza de remuneração, é, em princípio, abrangida pela liberdade de circulação de pagamentos*”); CARLOS LARANJEIRO, *Lições...*, pp. 124ss; PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 6; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 608; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 195 (“*los movimientos de capitales se conceptúan como transacciones o intercambios que tienen por objeto la colocación o la inversión de una suma de dinero; esto es, se trata de transferencias monetarias en las que el dinero se erige al objetivo material del negocio jurídico [inversiones, crédito y préstamos, así como movimientos de carácter personal], sin constituir la contrapartida dineraria a prestación alguna. Este último aspecto marca la diferencia fundamental con los pagos corrientes*”); VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA, "El sistema...", p. 54, (que define movimentos de capitais como “*transacciones financieras de carácter autónomo no afectas a entregas de mercancías o a remuneraciones por prestación de servicios o de trabajos*”); LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 150 (“*un mouvement de capital s’entend comme une opération financière qui constitue une transaction à caractère autonome et non une opération corollaire d’une autre*”); LEO FLYNN, "Coming...", p. 776; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización...", p. 285.

Na jurisprudência, esta separação é especialmente evidente no Acórdão *Luisi e Carbone* (*cit. nota n.º 20*), n.º 21 (“*Le système général du Traité fait en effet apparaître et une comparaison entre les articles 67 et 106 confirme que les paiements courants sont des transferts de devises qui constituent une contre-prestation dans le cadre d’une transaction sous-jacente, alors que les mouvements de capitaux sont des opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l’investissement du montant en cause et non la rémunération d’une prestation*”); no Acórdão TJCE de 14 de Julho de 1988, *Lambert*, proc. n.º 308/86, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 4369, n.º 10 (“*o artigo 106.º é aplicável aos pagamentos correntes, quer dizer, às transferências de divisas que constituem uma contraprestação no âmbito de uma transacção subjacente, ao passo que o artigo 67.º se aplica aos movimentos de capitais, ou seja, às operações financeiras cujo objectivo essencial é a colocação ou o investimento em causa e não a remuneração de uma prestação*”).

Em consequência, se o 106.º TCEE podia gozar de efeito directo (quando se relacionasse com uma liberdade onde aquele princípio vigorasse), o mesmo não sucedia com o art. 67.º (cfr. MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 382; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 464; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003, p. 204).

<sup>26</sup> Esta conclusão resulta de forma particularmente clara do Acórdão *Luisi e Carbone* (*cit. nota n.º 20*), n.º 29. Cfr. A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 356: “*The purpose of these provisions was to ensure that the necessary transfers of currency could be made both for the liberalization of capital movements and for the free movement of goods, persons and services, without the restrictions applicable to capital movements themselves*”.

## 1.2. Os efeitos: o primeiro nível de liberalização da circulação de capitais.

Em 1962, na passagem à segunda fase da construção do mercado único<sup>27</sup>, a Comissão elaborou um extenso e profundo relatório sobre os resultados da integração económica já alcançados. No domínio da livre circulação de capitais, os efeitos facilmente se previam da prudência de redacção das normas em causa: apenas desapareceram obstáculos a investimentos directos, transferências bancárias e concessão de mútuos de curto ou médio prazo *ligados a transacções comerciais* por nacionais de outros Estados-Membros. Assim, classificou-se a realização da quarta liberdade como um *escasso êxito*.

A primeira razão deste fracasso liga-se ao facto de a área ocupada pelo regime de *liberalização* ser muito reduzida: mantiveram-se obstáculos nas operações de mercado bolsista, na concessão de crédito internacional de longo prazo (ou desanexado de transacções comerciais), campos em que os Estados-Membros conservaram restrições e reservas. Assim, a concessão de crédito hipotecário internacional insere-se no âmbito que não foi tocado pela integração europeia, não obstante a sua referência na primeira directiva de realização da quarta liberdade: os empréstimos bancários internacionais continuaram sujeitos a restrições, tal como o acesso à propriedade e aos demais direitos reais por bancos estrangeiros<sup>28</sup>.

Em segundo lugar, a inexistente coordenação das políticas monetária e cambial criava, por si só, uma barreira à circulação de capitais (e também aos pagamentos) já que, a acrescer aos custos inerentes às conversões de moeda, o seu valor encontrava-se à mercê das operações monetárias utilizadas pelos bancos centrais e pelos governos nacionais enquanto instrumentos auxiliares da política económica. Estas políticas criavam, por vezes, restrições à convertibilidade das moedas de índole administrativa<sup>29</sup>.

Por fim, a reduzida integração de capitais até aos anos 80 pode ser justificada com as cautelas geradas pela crise do petróleo e dos acontecimentos políticos da década de setenta, o que terá levado os Estados a centrar-se nos problemas económicos internos e a Comissão a adoptar uma postura previdente, temendo o fracasso de uma política mais avançada<sup>30</sup>.

Sendo certo que esta situação duraria vinte e cinco anos, a verdade é que a Comissão anunciou o intuito de, na segunda fase de concretização do mercado comum e com base nas mesmas normas dos Tratados, apresentar propostas de dinamização da quarta liberdade: viabilização, pelos Estados-Membros, de emissão de títulos mobiliários de sociedades de um

---

<sup>27</sup> Recorde-se que o originário n.º 1 do art. 8.º TCEE estabelecia "O mercado comum será progressivamente estabelecido ao longo de um período de transição de doze anos. O período de transição será dividido em três fases, de quatro anos cada".

<sup>28</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre o programa...*, p. 18; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 25.

<sup>29</sup> BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 196.

<sup>30</sup> Cfr. ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 25; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "Las inversiones...", p. 68.

Estado-Membro em mercados bolsistas de outros Estados-Membros; liberalização de todos os créditos bancários internacionais; e harmonização de disposições fiscais nacionais que, por tributarem transferências internacionais com distintos critérios de incidência, criavam uma barreira à liberdade de circulação de capitais.

Ademais, a Comissão tomou consciência da política monetária comum como *condição* de realização do mercado único, propondo o estabelecimento de uma *moeda europeia* que não apenas facilitasse o estabelecimento da união económica como dotasse os Estados europeus de maior independência em face do dólar: a sua não previsão nos Tratados era tida como um *“obvious gap which needs to be bridged”*. Isto é, cinco anos volvidos depois da criação da CEE, a Comissão procurava solucionar a omissão dos Tratados, visando estabelecer uma verdadeira cooperação monetária e cambial entre os Estados-Membros<sup>31</sup>.

Do ponto de vista orgânico, as iniciativas incluíam o reforço dos poderes do Comité Monetário e a criação de um novo órgão de cooperação monetária que reunisse os governadores dos bancos centrais ou, para as matérias que envolvessem competências dos governos dos Estados-Membros, os governadores dos bancos centrais e os ministros das finanças. Assim, a incoerência apontada quanto à composição do Comité Monetário e suas competências veio a ser corrigida em 1964, quando é instituído um *Comité dos Governadores dos Bancos Centrais dos Estados-membros da Comunidade Económica Europeia*, composto pelas personalidades que lhe emprestam a designação e por um membro da Comissão. Este órgão, não dispondo do poder de adoptar actos jurídicos obrigatórios, tinha por missão *“desenvolver a colaboração entre os Estados-Membros”*, mediante consultas mútuas respeitantes às grandes linhas da política dos bancos centrais (em matéria de crédito, de mercado monetário e de mercado de câmbios) e um exame prévio das principais medidas adoptadas pelos bancos centrais<sup>32</sup>.

Além da criação de instâncias de cooperação, a Comissão anunciava o seu entendimento de que as autoridades nacionais deveriam ser impedidas de tomar decisões monetárias de relevo (incluindo concessão de empréstimos aos governos nacionais ou a

---

<sup>31</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre o programa...*, p. 18. Assim, a Comissão (pp. 63 e 65), divulgava um conjunto alargado de iniciativas neste domínio: *“such a co-ordination of national policies leading to their being eventually merged into one, would be incomplete, and therefore possibly ineffective, if no comparable action were undertaken in the field of monetary policy, that is to say with regard to the rules which govern the creation and movement of money in the member countries”*.

<sup>32</sup> Cfr. Decisão n.º 64/300/CEE, do Conselho, de 8 de Maio de 1964, relativa à colaboração entre os bancos centrais dos Estados-membros da CEE, cujo art. 2.º determinava que *“regra geral, a Comissão é convidada a fazer-se representar por um dos seus membros nas sessões do Comité”*. Sobre o Comité, cfr. MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, “O sistema...”, vol. XXXIX, p. 282; PAULO DE PITTA E CUNHA, “Os Pressupostos...”, p. 146. Sublinhe-se que o Comité dos Governadores dos Bancos Centrais não substituiu o Comité Monetário; pelo contrário, estabelecia-se que o presidente deste podia ser ouvido por aquele, sempre que fosse considerado conveniente (art. 3.º da Decisão n.º 64/300/CEE). De facto, nem as competências dos órgãos coincidiam, nem poderia a Comunidade, num acto de direito derivado, eliminar um órgão criado pelos Tratados.



alteração de taxa de câmbio de uma moeda nacional) sem que fossem previamente discutidas e concertadas com as demais autoridades nacionais<sup>33</sup>.

Por fim, a Comissão propunha que o recurso de um Estado-Membro ao FMI (ou a qualquer outra organização internacional do mesmo domínio) dependesse de consultas prévias no seio da Comunidade; da mesma forma, a ordem monetária internacional instituída pelos acordos de *Bretton Woods* deveria merecer uma harmonização das disposições nacionais sobre reserva de moeda e uma posição comum relativa à necessidade da sua reforma.

### 1.3. O crédito hipotecário na vigência da versão originária dos Tratados

No que ao nosso problema diz respeito, duas conclusões são evidentes.

*Em primeiro lugar*, é inequívoco que a prestação de garantias imobiliárias e a concessão de crédito hipotecário estavam, desde que foram definidos os movimentos de capitais, abrangidos pela liberdade de circulação de capitais, pois, na primeira directiva sobre os movimentos de capitais, foram expressamente mencionados na Lista A<sup>34</sup>.

*Em segundo lugar*, não gozando o regime da liberdade de circulação de capitais de *efeito directo*, dependendo a sua concretização da actuação dos Estados-Membros e estando perpetrada por cláusulas de salvaguarda (quer no Tratado, quer nas directivas de concretização), o direito da União Europeia não conferiu aos operadores económicos o *direito subjectivo* de constituírem relações jurídicas internacionais de crédito hipotecário, apesar da abrangência do crédito hipotecário na liberdade de circulação de capitais.

No fundo, o facto de a *quarta liberdade* estar limitada não gerava todas as condições para o surgimento de relações creditórias internacionais garantidas por hipoteca. Acresce a blindagem erigida no domínio da livre prestação de serviços, porquanto o Tratado determinou que os serviços que se ligassem à livre circulação de capitais (como os serviços bancários) apenas seriam liberalizados em conjunto com os capitais<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> O conceito de “*decisões de relevo*” era ilustrado com exemplos: aquelas que afectassem a criação de moeda, as alterações de taxas de juro do banco central e o estabelecimento de reservas mínimas dos bancos nacionais.

<sup>34</sup> Neste sentido, JOSÉ CARLOS MOTTINHO DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 503; CARLOS LARANJEIRO, *Livres...*, p. 131; PHILIPPE ICARD, *Droit...*, p. 323.

<sup>35</sup> Neste sentido, A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 356. Cfr. n.º 2 do art. 61.º TCEE, que dispunha “*A liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a progressiva liberalização da circulação dos capitais*”. A sujeição dos serviços bancários aos limites vigentes na liberdade de circulação de capitais, aliás, foi expressamente declarada pelo Acórdão *Parodi* (*cit. nota n.º 13*), n.º 8. No que concerne à ausência de efeito directo da *quarta liberdade*, cfr. Acórdão *Casati* (*cit. nota n.º 11*) n.º 10.

## 2. A LIBERALIZAÇÃO DA CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS.

Vimos *supra* que, desde os primórdios da construção europeia, o crédito hipotecário estava mencionado nos *movimentos de capitais* a que se referia o Tratado. Nessa medida, a inexistência de um mercado interno de garantias imobiliárias devia-se à *não liberalização* dos movimentos de capitais. O progresso da construção europeia, porém, caminhou justamente neste sentido, avançando para a realização da liberdades de circulação de capitais e, assim, do mercado hipotecário. Era evidente que a integração económica proporcionada pelas outras liberdades o reclamava, como “*complemento quase indispensável*”<sup>36</sup>.

### 2.1. O colapso do sistema de *Bretton Woods* e a integração europeia.

Como acabámos de ver, a Comissão foi defendendo que a coordenação das políticas económicas tendente ao estabelecimento do mercado comum se revelava insuficiente para atingir os objectivos da CEE<sup>37</sup>. Com efeito, a inexistência de coordenação monetária e cambial prejudicava a liberalização dos movimentos de capitais, constantemente ameaçada pelas flutuações das moedas (utilizadas ao serviço da política económica nacional).

É neste contexto que surge o propósito de instituição de *união económica e monetária*, que dependia de uma intervenção no domínio da liberdade de circulação de capitais enquanto medida abrangida pelo conjunto de medidas necessárias a atingir aquele estágio de integração: o *projecto Werner*. Neste plano, previa-se a instituição faseada da *união económica e monetária* (a partir de 1970 e a terminar em 1980) e a realização da *quarta liberdade*, enquanto respectiva condição e pressuposto<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Neste sentido, JACQUES VAN YPERSELE E JEAN-CLAUDE KOENE, *O Sistema Monetário Europeu — Origens, funcionamento e perspectivas*, Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1985, p. 31.

<sup>37</sup> Logo no *memorandum* da Comissão de 24 de Outubro de 1962 se defendia que a coordenação das políticas económicas dos Estados-Membros “*would be incomplete, and therefore possibly ineffective, if no comparable action were taken in the field of monetary policy*”, propondo a criação de um sistema de informações e consultas mútuas e o estabelecimento de uma posição comum quanto às relações monetárias com Estados terceiros.

Rigorosamente, até ao Tratado de Fusão (1965) dever-se-ia falar apenas na Comissão da CEE e, depois deste, na *Comissão das Comunidades Europeias*. Por razões de fluência no discurso, utilizaremos indiferentemente as diversas expressões (incluindo a designação actual de *Comissão Europeia*) para nos referirmos àquela instituição.

<sup>38</sup> No final da década de 60, as Comunidades enfrentaram uma acentuada flutuação das moedas nacionais dos Estados-Membros, colocando em perigo o desígnio da liberalização dos movimentos de capitais e o sistema de preços comuns no quadro da política agrícola. Nesta sequência, a Comissão apresentou ao Conselho um novo *memorandum*, em 12 de Fevereiro de 1969, “*on the co-ordination of economic policies and monetary co-operation within the Community*”, conhecido como “*Relatório Barre*”. De facto, aproveitando o facto de o Conselho de 12 de Dezembro de 1968 ter reconhecido “*the need for fuller alignment of economic policies in the Community and for an examination of the scope for intensifying monetary co-operation*”, a Comissão adoptou o objectivo da união económica e monetária como passo natural da construção europeia. Este intento colheu assentimento na Cimeira da Haia de 1 e 2 de Dezembro de 1969 que, para além de decidir o início das negociações tendentes ao primeiro alargamento das Comunidades, estabeleceu no comunicado final a “*volonté de faire progresser plus rapidement le développement ultérieur nécessaire au renforcement de la Communauté et à son développement en une union économique. Ils sont d’avis que le processus d’intégration doit aboutir à une Communauté de stabilité et de croissance. Dans ce but, ils ont convenu qu’au sein du Conseil, sur la base du mémorandum présenté par la Commission le 12 février 1969 et en étroite collaboration avec cette*”

Todavia, o projecto Werner seria prejudicado pelas convulsões no sistema monetário internacional. O sistema de *Bretton Woods* (ainda que nunca tenha funcionado nos termos previstos) colapsou quando se permitiu a flutuação do dólar (abandonando a sua ligação ao ouro), gerando instabilidade nos mercados cambiais e colocando em causa as paridades entre as moedas europeias. Assim, a reforma do FMI que se sucedeu eliminou as paridades das moedas, tornando mais livres as flutuações cambiais. A crescer, a crise petrolífera que desabou sobre as economias europeias foi causa de volatilidade monetária, criando circunstâncias francamente desfavoráveis à criação de uma união económica e monetária<sup>39</sup>.

O plano desenvolvido no relatório Werner, que conduziria à plena liberalização dos capitais, sofria um importante revês: a volatilidade das taxas de câmbio surgida pelo colapso do sistema de *Bretton Woods*, não apenas constituiu um entrave ao projecto da união económica e monetária como, por si mesma, criou importantes obstáculos à circulação de capitais, dada a inconstância dos activos financeiros dos operadores económicos.

O sucedâneo do projecto Werner foram as *serpentes monetárias*, através do acordo de Basileia de 1972 celebrado entre bancos centrais. Mediante este trato, a margem de flutuação

---

*dernière, un plan par étapes sera élaboré au cours de l'année 1970 en vue de la création d'une union économique et monétaire. Le développement de la coopération monétaire devrait s'appuyer sur l'harmonisation des politiques économiques*".

Em consequência, nomeou-se um grupo de trabalho presidido pelo ministro luxemburguês das finanças (PIERRE WERNER) destinado a estudar a forma de a concretizar. O relatório inicia-se identificando a deficiente realização da liberdade de circulação de capitais: "*L'extension de la libération des mouvements de capitaux ainsi que la réalisation du droit d'établissement et de la libre prestation des services des entreprises bancaires et financières n'ont pas assez progressé. Ce retard trouve sa cause dans l'absence d'une coordination suffisante des politiques économique et monétaire et dans des particularismes de droit ou de fait*" (PIERRE WERNER, "Rapport...", p. 9). O projecto pretendia a instituição de uma moeda única em 3 fases, num prazo de 10 anos [1980] (propósito assumido pelos Chefes de Estado e de Governo na Cimeira da Haia de 1969) ou, se não fosse possível, a consolidação definitiva das relações entre as moedas nacionais, num regime de plena interconvertibilidade. *Vide*, sobre o plano, PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Euro", p. 600; *Economia...*, p. 180; e "Reflexões sobre a União Europeia", *De Maastricht a Amsterdão — Problemas da União Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 11-23, p. 15, que atribui ao plano WERNER um propósito de irreversibilidade dos compromissos comunitários; PAULO VILA MAIOR, *A União Económica e Monetária: Ilusão ou Realidade*, (policopiado), Coimbra, 1995, p. 32; JACQUES VAN YPERSELE E JEAN-CLAUDE KOENE, *O Sistema...*, p. 39. O projecto era ambicioso, já que propunha igualmente uma reforma institucional, concretizada na criação de um sistema comunitário de bancos centrais construído à semelhança da *Federal Reserve* dos EUA (cfr. MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, "O sistema...", vol. XXXIX, p. 254).

Sobre a intervenção na liberdade de circulação de capitais como pressuposto da união económica e monetária, cfr. Relatório *Werner*, *cit.*, pp. 25ss; sobre o seu conceito, *vide* o que dissemos na nota n.º 7. No fundo, a UEM era tida como "*complemento natural da plena realização do mercado interno*" (SINEIRO DE ANDRADE, *cit.*, vol. XXXIX p. 212; PAULO DE PITTA E CUNHA, "A Integração Económica Internacional e a Unificação Monetária", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 153-157, p. 157.

<sup>39</sup> Sobre o tema, cfr. PAULO DE PITTA E CUNHA, "A influência...", p. 464, e "A Organização Mundial do Comércio na Estrutura da Ordem Económica Internacional", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, n.º 3, 1997, pp. 959-967, p. 959; SAMUEL KILSZTAJN, "O acordo...", p. 92.

No sentido de que a turbulência do sistema monetário internacional (que afectou directamente as moedas europeias) foi a responsável pelo falhanço do plano Werner, ANTÓNIO GOUCHA SOARES, "Uma união cada vez mais estreita", *Análise Social — Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIV, n.ºs 2 e 3, 1999, pp. 397-423, p. 411; PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Euro", p. 600; MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, *cit.*, vol. XIX p. 223 e 255 (que adita às causas a "*falta de empenhamento político resultante das resistências colocadas perante a transferência de competências [ou de soberania] aí implicada*").

das moedas europeias seria reduzida de 4,5% (margem que resultava da revisão ao Acordo de *Bretton Woods*) para 2,25%, sistema que ficou conhecido como o da *serpente no túnel* e que viria a fracassar por força da flutuação do dólar. Institucionalmente, foi criado o *Fundo Europeu de Cooperação Monetária* (FECOM) com o objectivo de promover a redução das margens de flutuação das moedas dos Estados-Membros, quer mediante a coordenação do mercado de capitais, quer para gerir a *serpente*<sup>40</sup>.

Mesmo perante o falhanço do projecto da *serpente no túnel*, o escopo da estabilidade monetária enquanto pressuposto de uma sã liberdade de circulação de capitais (e importante factor nas demais liberdades fundamentais) não foi abandonado. Assim, em Março de 1979 foi criado o Sistema Monetário Europeu (SME), que pressupunha uma relativa imutabilidade das taxas de câmbio entre as moedas dos Estados-Membros. O SME assentava no princípio de que as taxas de câmbio das moedas europeias eram definidas em função do ECU, unidade de conta que representava a média ponderada das moedas participantes. Nessa medida, era calculada uma grelha de taxas bilaterais a partir das taxas centrais expressas em ECU, não podendo as flutuações das moedas entre si exceder uma margem de mais ou menos 2,25% em relação a essas taxas bilaterais (à excepção da lira italiana que beneficiava de uma margem de 6%), valores mais tarde foram alargados para responder a um ataque especulativo<sup>41</sup>.

O SME é tido, pelo menos no que respeita à estabilidade duradoura das moedas europeias, como um sucesso até à sua substituição em 1999, embora se reconhecesse a sua insuficiência para uma livre e plena *união económica e monetária*. É esta circunstância que abre

---

<sup>40</sup> Ensina PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Euro", p. 601 que "*o túnel desabou, porque o dólar tornou-se uma moeda flutuante, como ainda hoje acontece*". Nesta sequência, as moedas nacionais que integravam o acordo de Basileia foram saindo (primeiro a libra esterlina, depois a lira italiana e mesmo o franco francês), pelo que "*a serpente ficou reduzida ao marco e a escasso número de moedas de países próximos da Alemanha*". Cfr. ainda LUÍS MANUEL AGUIAR DIAS, *O Descarrilamento e a Regeneração do Sistema Monetário Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 30ss; CARLOS LARANJEIRO, "A União...", p. 209; PAULO DE PITTA E CUNHA, *Economia...*, pp. 184ss, e "A Experiência do Sistema Monetário Europeu", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 379-388, pp. 380ss.

Sobre o FECOM, criado pelo Regulamento n.º 907/73, do Conselho, de 3 de Abril de 1973, vide MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, "O sistema...", p. 284.

<sup>41</sup> Sobre este tema (fazendo uma detalhada explicação do conteúdo do ECU), PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Euro", p. 601, e "A Experiência...", p. 381; MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, "O sistema...", vol. XXXIX, p. 258; DOMINIQUE CARREAU, "Le système monétaire international privé: UEM et euromarchés", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 274, 1998, pp. 309-392, p. 335; JACQUES VAN YPERSELE E JEAN-CLAUDE KOENE, *O Sistema...*, p. 50. Note-se a excepção da libra esterlina, já que o Reino Unido não participou no SME.

Sobre a cooperação monetária necessária ao sucesso do SME, vide RUI MOURA RAMOS, "O Acto Único Europeu", *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 143-178, p. 167.

caminho para a liberalização da circulação de capitais, recolhendo os frutos da estabilidade monetária e explorando as potencialidades do mercado único<sup>42</sup>.

## 2.2. A Directiva n.º 88/361/CEE e a modelação da *Liberdade de Circulação de Capitais*.

Obtida a estabilidade cambial, não estava porém realizada a liberalização dos movimentos de capitais. Ora, a compartimentação dos mercados de capitais prejudicava a construção do mercado único, porquanto a liberdade de investimento constitui pressuposto das demais liberdades comunitárias. No fundo, se inicialmente se havia pensado que a *quarta liberdade* seria a menos necessária à integração europeia (e assim, a única que não beneficiava de efeito directo), 30 anos depois chega-se à conclusão da sua essencialidade<sup>43</sup>. É neste contexto que, no Conselho Europeu de Copenhaga de 1982, se discute a alteração da quarta liberdade, conduzindo-se à celebração do Acto Único Europeu de 1986.

O *Livro Branco da Comissão* relativo ao mercado interno de 1985 foi um importante impulso. Neste documento, propunha a Comissão um caminho próximo do seguido no Acórdão *Cassis de Dijon* para a circulação de mercadorias, materializado num *princípio do país de origem* para os serviços financeiros: a autorização, supervisão e organização das actividades bancárias caberia ao Estado de origem da instituição de crédito. Através desta medida (que materializaria um *nível mínimo de integração*), conseguir-se-ia um mercado único de capitais<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> Neste sentido, MANUEL LOPES PORTO, "A União Monetária e os Processos de Convergência", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 99-127, p. 106 e *Teoria...*, p. 470; PAULO DE PITTA E CUNHA, "O Euro", p. 602, e "A Experiência...", pp. 380 e 385; LUÍS MANUEL AGUIAR DIAS, *O Descarrilamento...*, pp. 51ss; PAULO VILA MAIOR, *A União...*, pp. 94ss; CARLOS LARANJEIRO, "A União...", p. 210; MARIE-ANNICK BARTHE, *Économie de l'Union européenne*, 3.ª Edição, Economica, Paris, 2006, pp. 206ss.

Não obstante, deve reconhecer-se que, do ponto de vista institucional e da integração monetária, o SME não foi um passo decisivo, porquanto as relações cambiais continuavam a ser decididas pelos Estados-Membros — cfr. PAULO DE PITTA E CUNHA, "A Experiência...", p. 383. Assim, são as respectivas insuficiências que motivaram a sua substituição (GIAN LUIGI TOSATO, "L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCV, n.º 3, 2012, pp. 681-703, p. 682).

<sup>43</sup> Cfr. Acórdão *Casati* (*cit.* nota n.º 11) n.º 8: "*la liberté de certains mouvements de capitaux est, dans la pratique, une condition de l'exercice efficace d'autres libertés garanties par le Traité, notamment du droit d'établissement*"; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 25; VASSILI LELAKIS, "La Libération Complète des Mouvements de Capitaux ao sein de la Communauté", *Revue du Marché Commun*, n.º 320 (Setembro-Outubro), 1988, pp. 441-449, p. 447. Assim, assistimos a 30 anos de estagnação na integração de capitais (PHILIPPE ICARD, *Droit...*, p. 323; EMMANUEL APEL, *European Monetary Integration 1958-2002*, Routledge, Londres, 1998, p. 90; CARLOS LARANJEIRO, "A União...", p. 213).

<sup>44</sup> *White Paper "Completing the Internal Market"* — COM(85)310 Final, Bruxelas, 1985, §§102-104. De facto, a doutrina da década de 80 concluía *não existir, à data*, uma liberdade de circulação de capitais nas Comunidades Europeias (EDUARDA ALMEIDA DE AZEVEDO, "Os Investimentos...", p. 387), pelo que este Livro Branco é tido como o primeiro passo para a realização da quarta liberdade (cfr. BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 18).

O princípio do país de origem (ou do reconhecimento mútuo) foi inaugurado para a liberdade de circulação de mercadorias no Acórdão *Cassis de Dijon* (Acórdão TJCE de 20 de Fevereiro de 1979 *Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, proc. 120/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1979, pp. 649ss, analisado por GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo Riconoscimento e Tecniche Conflittuali*, CEDAM, Milão, 2002, pp. 12ss; PAUL CRAIG E

Os Estados-Membros, no Conselho, foram sensíveis a este propósito, tendo aprovado actos de direito derivado que ampliaram a liberdade de circulação de capitais.

*Em primeiro lugar*, a Directiva n.º 86/566/CEE, do Conselho, de 17 de Novembro de 1986, alterou as listas de 1960, eliminando regimes derogatórios até aí existentes e ampliando o elenco de movimentos a coberto da liberalização (o que constituiu uma primeira etapa de uma plena liberalização de capitais)<sup>45</sup>.

*Depois*, foi determinante a Directiva n.º 88/361/CEE, do Conselho, de 24 de Junho de 1988, fundada no objectivo comunitário de alcançar “o mais alto grau possível de liberalização”: pura e simplesmente estabeleceu a integral e absoluta liberalização dos movimentos de capitais entre residentes nos Estados-Membros (revogando o acto de 1960) a partir 1 de Julho de 1990. Isto é, o diploma comunitário determinou a proibição de qualquer obstáculo a um alargado conjunto de operações monetárias, cambiais ou de acesso ao investimento (definidas como “*movimentos de capitais*”) constituindo o salto qualitativo mais espectacular ocorrido na construção das liberdades comunitárias: instituiu-se uma *liberalização completa e incondicionada* dos movimentos de capitais<sup>46</sup>.

Outro factor de destaque na directiva é o abandono da técnica das listas e sua substituição por uma *definição* de movimentos de capitais cobertos pelo regime comunitário na nomenclatura anexa. A noção de *capitais* não é equivalente à sua acepção económica, já

---

GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 677). Pronunciar-nos-emos *infra* (pp. 442ss), com maior profundidade, sobre as virtudes e dificuldades de instituição de um mercado europeu de crédito hipotecário através do princípio do reconhecimento mútuo, bem como sobre a respectiva natureza.

<sup>45</sup> Cfr. CARLOS LARANJEIRO, "A União...", p. 213 e *Lições...*, pp. 136ss; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 39; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización...", pp. 309 e 319. Muitas restrições e medidas de protecção tinham sido abundantemente invocadas pelos vários Estados-Membros, com especial destaque para a actuação de França na sequência da crise de Maio de 68.

<sup>46</sup> Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, p. 257; LUÍS SILVA MORAIS, *O Mercado...*, p. 30; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "Las inversiones...", p. 71, e "La liberalización...", p. 338; LUIS JORQUERA GARCÍA, "Regulación de los préstamos y créditos de carácter financiero y los depósitos y cuentas corrientes, en la Directiva 88/361, de 24 de Junio de 1988, de la Comunidad Económica Europea, para la aplicación del artículo 67 del Tratado", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 105-116, p. 106; VASSILI LELAKIS, "La Libération...", p. 441; PHILIPPE ICARD, *Droit...*, p. 326; LEO FLYNN, "Coming...", p. 773; PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 4 (que sublinha, todavia, a manutenção das medidas restritivas incidentes sobre as residências secundárias); DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 49; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 463; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado...*, p. 207; MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 383. Assim, a importante distinção entre capitais e pagamentos até aí essencial, esbateu-se (cfr. MARC DASSESSE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking Law*, 2.ª Edição, Lloyd's of London Press, Ltd., Londres, 1994, p. 225).

O regime da directiva era, porém, temperado por um número considerável de excepções: a possibilidade de adoptar *medidas para regular a liquidez interna* (legitimando os Estados-Membros a regular as operações com *não residentes*, sempre que necessário fosse à liquidez bancária); *medidas indispensáveis a impedir as infracções às leis e regulamentos* (que permitia a criação de obrigações declarativas com fins administrativos e estatísticos), a existência de uma *cláusula de salvaguarda* (fortes tensões nos mercados cambiais e graves perturbações na direcção da política monetária) e a existência de *regimes transitórios* para Portugal, Espanha, Grécia e Irlanda, nos termos dos quais estes Estados-Membros poderiam manter em vigor restrições à liberdade de circulação até 1992 e 1995 (VALENTÍN AZOFRA PALENZUELA, "El sistema...", p. 57; EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización...", p. 362).

que se abrangem expressamente a aquisição de *propriedade imobiliária*, os *direitos reais sobre imóveis (como a hipoteca)* ou a *transmissão de bens de capital*, móveis ou imóveis. Isto é, vem estabelecer-se expressamente a abrangência do crédito hipotecário pelo regime da liberdade de circulação de capitais<sup>47</sup>. A acrescer, a directiva elenca exemplos de “*movimentos de capitais*” numa extensa lista que vai bem além da importação ou exportação física de valores (em títulos ou em quaisquer meios de pagamento), abarcando operações de *investimento*, acesso ao mercado mobiliário, à propriedade ou às garantias<sup>48</sup>.

Assim, o direito derivado da União, em 1988, ultrapassou os comandos do Tratado: se este era, neste particular, prudente e reservado (determinando a realização do mercado de capitais “*progressivamente*” e “*na medida em que tal for necessário ao bom funcionamento do mercado comum*”), a directiva estabeleceu a plena liberdade de circulação de capitais, em moldes próximos àqueles em que constavam nos capítulos do Tratado sobre as demais liberdades. No fundo, na falta de uma revisão do direito primário que consagrasse a plena realização do mercado de capitais, foram as instituições a dar esse passo.

---

<sup>47</sup> Cfr. art. 1.º e notas explicativas do Anexo I. Sobre a definição, cfr. LEO FLYNN, “Coming...”, p. 776. Frisando a inclusão da aquisição de imóveis (ou outros direitos reais sobre eles) na liberdade de circulação de capitais, cfr. Acórdão TJCE de 1 de Junho de 1999, *Konle*, proc. C-302/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-3099, n.º 49; Conclusões do advogado-geral GEELHOED apresentadas em 20 de Novembro de 2001, *Hans Reisch*, processos apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-2157, n.ºs 31-33; PEDRO GUERRA E ANDRADE, “Anotação...”, p. 366; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, “Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law”, *Rules for the transfer of Movable, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 239-248, p. 244; MANUEL FONTAINE CAMPOS, “Livre...”, p. 383; EVELIO VERDERA Y TUELLS, “Las inversiones...”, p. 75; LEO FLYNN, “Coming...”, p. 776; MONIQUE LUBY, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, *Konle*, proc. C-302/97”, *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 496-497, p. 497; EVELINE RAMAEKERS, *European Union Property Law — From Fragments to a System*, Intersentia, Cambridge — Antwerp, 2013, p. 49.

<sup>48</sup> Incluem-se, como exemplos não taxativos, investimento directo, investimento imobiliário, operações sobre títulos transaccionados no mercado de capitais ou no mercado monetário, operações sobre unidades de participação em fundos de investimento, as operações de conta corrente ou de depósitos junto das instituições financeiras, o acesso e à concessão de crédito, a constituição e transmissão de garantias, à celebração e execução de contratos de seguros (e transferências), e quaisquer movimentos de capitais de carácter pessoal (doações, dotes, sucessões, etc.). O *investimento directo* é definido como abrangendo a criação de sucursais, a criação de novas empresas ou participação em empresas existentes, a aquisição integral de empresas existentes, a concessão de empréstimos a longo prazo e o reinvestimento de lucros; o *investimento imobiliário* é enunciado como a aquisição de coisas imóveis ou de quaisquer outros direitos reais de gozo que sobre elas incidam; as *operações no mercado de capitais* abrangem aquisição de acções, obrigações e outros títulos, bem como a sua admissão ao mercado; a viabilidade de *contração de crédito* abrange o crédito hipotecário, o crédito ao consumo, a locação financeira e ainda as linhas de crédito de substituição e outros instrumentos de emissão de efeitos. A lista era meramente indicativa, como expressamente o legislador estabelece — Anexo I da Directiva; MARC DASSESSE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking...*, p. 226; PEDRO GUERRA E ANDRADE, “Anotação...”, p. 366; RENATA FONTANA, “Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving... in the Wrong Direction”, *European Taxation*, vol. 47, n.º 10, 2007, pp. 431-436, p. 434; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 360.

Ademais, estes *movimentos de capitais* são tidos em sentido amplo, compreendendo todas as operações necessárias à sua concretização (conclusão e execução da transacção e transferências relacionadas), por pessoas singulares ou colectivas, e abrangendo o acesso a todas as técnicas financeiras disponíveis no mercado de destino para a realização da operação, liquidação ou de cessão dos activos constituídos, repatriamento do produto da liquidação ou sua utilização no local e operações de reembolso dos créditos ou empréstimos.

Acresce ter sido o direito derivado a fixar o concreto âmbito da liberdade fundamental: é hoje jurisprudência assente que, não definindo o Tratado os conceitos de “*capitais*” ou de “*pagamentos*”, é a Directiva 88/361/CEE a determinar o alcance e o âmbito da liberdade de circulação, mesmo perante as subsequentes reformas do normativo do Tratado e mesmo depois da revogação da directiva<sup>49</sup>.

No que ao nosso problema diz respeito, é decisivamente o ponto de viragem. Se a concessão de hipoteca era já definida como *movimento de capital* (mesmo nos primórdios, quando era vigente a técnica das listas), faltava apenas a sua *liberalização*. Esta liberalização incondicionada surge justamente com a Directiva n.º 88/361/CEE.

### 2.3. A segunda directiva bancária e a instituição de um mercado europeu de serviços bancários.

Definindo-se *movimentos de capitais* como concessão de crédito, garantias, depósitos, e seguros, percebe-se a grande coincidência entre estes e os *serviços bancários* (aliás reconhecida pelo Tratado quando postulou a aplicação aos *serviços bancários* dos limites vigentes à *circulação de capitais*). Assim, as instituições intervieram no sentido da harmonização das autorizações de funcionamento das instituições de crédito, garantindo coerência entre os movimentos de capitais e os prestadores destes serviços: a *primeira directiva de coordenação bancária*<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 784; ANA PAULA DOURADO, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 95; MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 383; CARLOS LARANJEIRO, *Lições...*, p. 145; PEDRO GUERRA E ANDRADE, "Anotação...", p. 366; PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 6; PHILIPPE VIGNERON E PHILIPPE STEINFELD, "La Communauté...", p. 403; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 27; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 176; BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 225; CHRISTIAN GAVALDA E GILBERT PARLEANI, *Droit des Affaires de l'Union Européenne*, 2.ª Edição, Litec, Paris, 1998, p. 113; RENATA FONTANA, "Direct...", p. 434; D. LASOK E P. A. STONE, *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, Oxon, 1987, p. 59; WOLFGANG RINGE, "Company Law and Free Movement of Capital", *Cambridge Law Journal*, vol. 69, n.º 2, 2010, pp. 378-409, p. 381. Assim, na quarta liberdade, foram as instituições políticas a tomar a iniciativa de aprofundar a integração, havendo um papel mais reduzido do Juiz comunitário (PHILIPPE ICARD, *Droit...*, p. 317).

Quanto à manutenção da definição do âmbito da liberdade de circulação de capitais fixada pela Directiva 88/361/CEE mesmo depois da revisão do Tratado, vide Acórdão TJCE de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. Portugal [reprivatizações]*, proc. C-367/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4731ss, n.º 37: "Embora o Tratado não defina os conceitos de movimentos de capitais e de pagamentos, está assente que a Directiva 88/361, conjuntamente com a nomenclatura que lhe está anexa, tem um valor indicativo para a definição do conceito de movimentos de capitais". Esta assimilação foi afirmada pela primeira vez no Acórdão TJCE de 16 de Março de 1999, *Manfred Trummer e Peter Mayer*, proc. C-222/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-1661ss, n.ºs 20-21 (onde se determinou, como melhor veremos, que a *constituição e transmissão de hipotecas* está abrangida pelas liberdades de circulação de capitais [n.º 23]) — cfr. LEO FLYNN, "Coming...", p. 779. Isto é, não obstante o Tratado de Maastricht ter alterado as normas concernentes à liberdade de circulação de capitais, o Tribunal entendeu a manutenção dos conceitos de movimentos de capitais, considerando que a constituição de hipoteca é um *movimento de capital* por se integrar no ponto IX do Anexo I da Directiva (cfr. MONIQUE LUBY, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 1999, Manfred Trummer", proc. C-222/97", *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 495-496, p. 495; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 8). A manutenção da nomenclatura foi ainda afirmada no Acórdão TJCE de 23 de Fevereiro de 2006, *van Hilten*, proc. C-513/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, n.º 39.

<sup>50</sup> A aplicação dos limites da quarta liberdade aos serviços bancários é declarada pelo n.º 2 do art. 58.º TFUE (ex-art. 51.º TCE; ex-ex-art. 61.º TCEE). Vide a Primeira Directiva 77/780/CEE do Conselho, de 12 de



Todavia, é a adopção da *segunda directiva de coordenação bancária* (Directiva n.º 89/646/CEE, de 15 de Dezembro de 1989) que é identificada como responsável pela instituição de um mercado europeu de serviços bancários. Na verdade, a aplicação do princípio do *reconhecimento mútuo* às autorizações de exercício de actividade (isto é, a desnecessidade de uma instituição de crédito de certo Estado-Membro requerer nova licença para actuar noutro Estado-Membro, constituindo a autorização um *passaporte único*) foi determinante para que o financiamento bancário se convertesse numa realidade transnacional à escala europeia. Aliás, até aí, a aquisição de hipotecas em Estado-Membro estrangeiro era mesmo, em alguns países, *proibida para as instituições financeiras*<sup>51</sup>.

Efectivamente, no âmbito do passaporte (a autorização de funcionamento atribuída pelo Estado de origem e que atribui o direito de exercer actividade bancária nos demais Estados-Membros) encontra-se a base dos movimentos de capitais: o poder de *aceitar depósitos, conceder crédito, garantias, conselho especializado em fusões e aquisições, gestão de activos, etc.* No fundo, a permissão de funcionamento de certa instituição de crédito noutro Estado-Membro incluía decididamente a possibilidade de movimentar capitais na União e de garantir os créditos concedidos através de uma hipoteca ou outra garantia imobiliária: a *segunda directiva bancária*

---

Dezembro de 1977, relativa à coordenação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas respeitantes ao acesso à actividade dos estabelecimentos de crédito e ao seu exercício. Não obstante declarar o princípio do controlo pelo país de origem, não estabelecia o *passaporte bancário*, exigindo às instituições de crédito o licenciamento nos países de destino; este deveria ser concedido de acordo com o *princípio do tratamento nacional*, não sendo a origem noutro Estado-Membro fundamento para dificultar a concessão da licença. Sobre as suas normas, *vide* MARC DASSESSE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking...*, p. 18; MARIA DAKOLIAS, "The Second Banking Directive: the Issue of Reciprocity", *Legal Issues of European Integration*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 69-100, p. 70; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995, pp. 61ss.

<sup>51</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER, "Real estate liens as security for cross-border property finance. The Eurohypotheck — a security instrument with real prospects", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 703, 2007, pp. 2255-2277, p. 2256; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el derecho internacional privado comunitario?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 2, n.º 3, 1998, pp. 137-170, p. 145; MARC DASSESSE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking...*, p. 24; PAUL VAN DER MOLEN, "The European Integration gets deeper and wider — How does this influence Land Surveyors?", *20.Nordiska Lantmärekongressen — 8-10 July 2004*, Jävenpää, Finland, 2004, disponível na internet via [http://www.itc.nl/library/Papers\\_2004/n\\_p\\_conf/vandermolen.pdf](http://www.itc.nl/library/Papers_2004/n_p_conf/vandermolen.pdf), consultado em 28 de Janeiro de 2015, pp. 1-8, p. 2. Como exemplo de proibição de prestação de serviços bancários no estrangeiro, veja-se o da Alemanha, como nos dá conta STÖCKER, *cit.*, p. 2256.

Este acto foi depois revogado pela Directiva 2000/12/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Março de 2000, por sua vez derogada pela Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, actualmente em vigor (apesar de sucessivamente alterada), que continua a plasmar o *princípio do reconhecimento mútuo* das autorizações de funcionamento.

Para uma análise mais profunda do sistema do *passaporte único* inaugurado pela segunda directiva bancária, cfr. EVA LOMMICKA, "The Home Country Control Principle", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 295-319, pp. 300ss; GÉRARD HERTIG, "Regulatory...", pp. 350ss; PAOLO CLAROTTI, "Un pas décisif vers le marché commun des banques", *Revue du Marché Commun*, n.º 330 (Setembro-Outubro 1989), 1989, pp. 453-464, pp. 454ss; MARIA DAKOLIAS, "The Second...", pp. 72ss. O método do *passaporte* (que deixa às autoridades de supervisão nacionais e às respectivas regras o exclusivo de controlo da actividade das instituições de crédito) parece poder vir a ser mitigado com o propósito de *unificação normas de supervisão* e atribuição desta competência a uma *autoridade bancária europeia*, fenómeno conhecido por *união bancária*. Sobre esta reforma *vide* JOSÉ MANUEL QUELHAS, "Dos Objectivos da União Bancária", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LV, 2012, pp. 235-298, pp. 235ss.

determinou a viabilidade de qualquer instituição de crédito estabelecida na União conceder *crédito hipotecário* noutra Estado europeu<sup>52</sup>.

É neste contexto de liberalização dos capitais, inaugurado pelas directivas do fim dos anos 80, que a Comissão apresenta em 19 de Abril de 1989 um novo plano de criação, em várias fases, da *união económica e monetária*. No projecto, defendeu a necessidade de revisão dos Tratados estabelecendo outro modelo de integração económica e assegurando uma total liberdade de circulação de capitais entre os Estados-Membros. No fundo, recupera-se o plano WERNER depois de ultrapassada a turbulência que caracterizou a década anterior<sup>53</sup>. Desta vez, o plano é positivado e executado pelo Tratado de Maastricht.

#### 2.4. O Tratado de Maastricht e a consagração da liberalização dos capitais.

Um dos vectores sobre que incidiu o Tratado de Maastricht foi precisamente o regime da quarta liberdade: *por um lado*, consolidou-se o conceito de *mercado interno*, que identifica as quatro liberdades como condições da sua realização, noção que perdura até hoje<sup>54</sup>; *por outro*, e de forma mais impressiva, pura e simplesmente se substituíram todas as regras relativas à quarta liberdade por normas mais precisas e exigentes, redigidas à imagem das secções do Tratado que se ocupam das demais liberdades<sup>55</sup>; *por fim*, e diferentemente do

---

<sup>52</sup> Neste sentido, cfr. MARIA HELENA BRITO, "Os Contratos Bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", *Revista da Banca*, n.º 28, 1993, pp. 75-124, p. 76; JAN WOUTERS, "Conflict of Laws and the Single Market of Financial Services", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 161-208 e 284-309, p. 187; EVA LOMMICKA, "The Home...", p. 307; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 481-496, p. 481; MARC DASSESE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking...*, p. 34; GÉRARD HERTIG, "Regulatory...", p. 350; PAOLO CLAROTTI, "Un pas...", p. 455.

<sup>53</sup> EVELIO VERDERA Y TUELLS, "Las inversiones...", p. 65; MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, "O sistema...", vol. XXXIX, pp. 213 e 266. Este relatório foi o resultado do trabalho de um Comité instituído depois do Conselho Europeu de Hannover de 1988, com a missão de "estudar e propor as etapas conducentes à realização da União Económica e Monetária".

<sup>54</sup> O Tratado de Maastricht, assinado em 7 de Fevereiro de 1992, entrou em vigor a 1 de Janeiro de 1993. Assim, a alínea *c*) do art. 3.º TCE (na versão conferida pelo Tratado de Maastricht) passou a estabelecer que a acção da UE implica "um mercado interno caracterizado pela a abolição, entre os Estados-Membros, dos obstáculos à livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais", noção que se encontra hoje no art. 26.º TFUE. Porém, desapareceu o *mercado interno* enquanto princípio da organização comunitária, o que acontecia até à data de entrada em vigor do Tratado Reformador (cfr. art. 3.º TCE, nas redacções do Tratado de Maastricht, do Tratado de Amesterdão e do Tratado de Nice) — cfr. MARIA LUÍSA DUARTE, *União...*, p. 105.

<sup>55</sup> A substituição constituiu um passo largo, a ponto de a doutrina considerar este regime "*plus exigeant que celui applicable aux autres libertés de circulation consacrées par le traité*" — PHILIPPE VIGNERON E PHILIPPE STEINFELD, "La Communauté...", p. 402; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 209; LEO FLYNN, "Coming...", p. 774; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 358; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 60; KRISTINA STÄHL, "Free...", p. 47. Será esta a razão que leva JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 393, a concluir que foi o Tratado de Maastricht a introduzir a quarta liberdade. A entrada em vigor destas novas normas, como aludimos já, não é contemporânea do demais Tratado de Maastricht (que entrou em vigor a 1 de Novembro de 1993). Só a 1 de Janeiro de 1994 se substituíram as regras dos arts. 67.º a 73.º TCEE pelas novas regras dos arts. 73.º-A a 73.º-H, na redacção de Maastricht.

que sucede nas demais liberdades fundamentais, estabeleceu-se a aplicação deste regime às relações com Estados terceiros, alargando o seu âmbito<sup>56</sup>.

Identificam-se duas grandes razões para a reforma do direito primário neste domínio. Em *primeiro lugar*, e como dissemos *supra*, o dispositivo primário anterior estava já obsoleto em face da Directiva n.º 88/361/CEE, já que o acto derivado estabelecia a liberalização do mercado de capitais em termos mais arrojados do que o Tratado. Nessa medida, o legislador de Maastricht veio apenas consagrar no local próprio o avanço que havia sido prestado pelo Conselho. Ainda assim, não se esgotou o papel do acto de direito secundário: na verdade, considera o Juiz comunitário que a definição de movimentos de capitais da directiva *não caducou*, mantendo-se determinante para o alcance da quarta liberdade. Por outro lado, o seu *efeito directo* foi declarado a propósito das normas da directiva (e não por referência imediata ao direito primário), resolvendo “*o defeito congénito da liberdade de circulação do capital, elevando-a ao nível das outras liberdades*”<sup>57</sup>.

Na verdade, o poder da directiva terá sido tal que parece ter levado o legislador primário a considerar *já realizada* a liberdade de circulação de capitais. De facto, se até aí existia base jurídica para adopção de medidas tendentes à realização da quarta liberdade, permitindo a adopção de directivas (art. 69.º TCEE), tal norma foi eliminada, o que é interpretado como a conclusão de que aquela vertente do mercado único estaria já cumprida (resumindo-se a intervenção comunitária às bases jurídicas mais genéricas em matéria de aproximação de legislações)<sup>58</sup>.

---

Manteve-se, todavia, a previsão expressa de uma cláusula de salvaguarda para protecção de interesses de ordem fiscal (então no art. 73.º-D TCEE, hoje no art. 65.º TFUE). Sobre o seu concreto alcance, *vide* MATILDE LAVOURAS, "Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LI, 2008, pp. 3-62, pp. 13ss; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 588.

<sup>56</sup> Cfr. CEES PETERS E JAN GOOIJER, "The Free Movement of Capital and Third Countries: Some Observations", *European Taxation*, vol. 45, 2005, pp. 475-481, p. 475; KRISTINA STÄHL, "Free...", p. 50 (que considera ser pouco clara a razão para esta extensão); MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 385; ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, p. 94. *Vide* art. 73.º-B TCEE, na redacção do Tratado de Maastricht.

<sup>57</sup> Cfr. PEDRO GUERRA E ANDRADE, "Anotação...", p. 366; PHILIPPE VIGNERON E PHILLIPE STEINFELD, "La Communauté...", p. 426; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional...*, p. 186. Sobre a mera repetição no direito originário do regime já consagrado nos actos derivados, cfr. LEO FLYNN, "Coming...", p. 773. O efeito directo foi declarado pelo Acórdão TJCE de 23 de Fevereiro de 1995, *Bordessa*, processos apensos C-358/93 e C-416/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-361ss (cfr. PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 4; ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, p. 95). Quanto à não caducidade da nomenclatura e do alcance dos movimentos de capitais, cfr. a jurisprudência citada na nota n.º 49. Sublinhando o carácter meramente consolidativo da reforma do Tratado, cfr. CEES PETERS E JAN GOOIJER, "The Free...", p. 476; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 151 (“*Les anciennes dispositions du traité de Rome ont été supprimées et cette suppression a entraîné celle du droit dérivé correspondant, qui a cependant largement servi de modèle pour la rédaction des nouvelles dispositions*”); ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 34-35.

<sup>58</sup> Neste sentido CHRISTOPH SCHMID, "Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec", *Basic guidelines for a Eurohypothec — Outcome of Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICKS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 61-68, p. 64: “*the special legal basis for the implementation of the free circulation of capital — old article 69 EC — was abolished by the Treaty of Amsterdam, as this freedom has been deemed already achieved*”. Note-se o lapso do autor ao considerar que a base jurídica foi eliminada

Em *segundo lugar*, o Tratado de Maastricht alterou o escopo da UE quanto à integração económica pretendida, estabelecendo o objectivo da união económica e monetária. Ora, a livre circulação de capitais é um dos elementos caracterizadores deste modelo, pelo que aquela liberalização se assume como um dos desígnios principais da reforma da Comunidade. A ligação entre *união económica e monetária* e a *liberalização dos movimentos de capitais* resulta evidente no calendário que fixava as etapas da sua realização, já que a execução daquela é operada pela efectivação desta. Aliás, a doutrina vem sustentando que a opção pela alteração do modelo de integração (postulando uma *união monetária*) se terá devido à convicção de que os movimentos de capitais nunca seriam verdadeiramente livres sem uma situação de estabilidade cambial plena, só alcançável pela modificação do direito primário<sup>59</sup>. O mesmo regime foi depois transposto, com poucas alterações para o Tratado de Amesterdão, que continua a garantir com esta amplitude a *quarta liberdade* comunitária.

No que ao nosso problema diz respeito, o marco para a liberalização da *concessão internacional de crédito hipotecário* não é o texto do Tratado de Maastricht mas a Directiva 88/361/CEE: ao conter normas dotadas de efeito directo (que, em Maastricht, acabaram por vir a ser acolhidas no normativo primário) mudou-se o seu regime. Na verdade, a *hipoteca internacional* sempre esteve a coberto da liberdade de circulação de capitais; o problema punha-se na reduzida efectividade deste vector da integração. Estabelecido o efeito directo

---

no Tratado de Amesterdão, o que não é exacto: o art. 69.º TCEE cessou a sua vigência no dia 1 de Janeiro de 1994, nos termos do art. 73.º-A TCEE na versão do Tratado de Maastricht. O Tratado de Amesterdão limitou-se a eliminar do texto uma norma entretanto derogada (n.º 39 do art. 1.º do Tratado de Amesterdão).

<sup>59</sup> Neste sentido, ANTÓNIO GOUCHA SOARES, "Uma união...", p. 410 ("O regular funcionamento do mercado interno dependeria de uma situação de estabilidade cambial plena, a qual seria apenas alcançada através da realização da realização de uma união económica e monetária"); CLAUDIO D'AURIA E GIOVANNI B. PITTALUGA, "Financial markets and monetary integration", *Monetary Union, Employment and Growth — The impact of the Euro as a Global Currency*, PIER CARLO PADOAN, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 37-57, pp. 45 e 55; PHILIP ARESTIS, ANDREW BROWN E MALCOM SAWYER, "From common market to EMU: an historical perspective on European economic and monetary integration", *The Euro — Evolution and Prospects*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, pp. 5-33, p. 28; PHILIPPE VIGNERON E PHILLIPE STEINFELD, "La Communauté...", p. 403. Como vimos *supra*, era já esta a ideia subjacente ao projecto Werner. A ser assim, a quarta liberdade é porventura a responsável pelo salto qualitativo que o processo de integração europeu conheceu com o Tratado de Maastricht. Em sentido contrário, PAULO DE PITTA E CUNHA, "Monetary Union and Differentiation. The external dimension", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVIII, n.º 1, 1997, pp. 113-120, p. 115, defendia que "*the single market is satisfactorily working in the context of the existing national currencies*". Repare-se, todavia, que a interligação pode ser sublinhada também na perspectiva contrária, já que também se diz que a instituição de uma união monetária depende de uma razoável integração do mercado de capitais — cfr. AVELINO GARCIA VILLAREJO, "Las Uniones Monetarias y la Cohesión Económica y Social: el ejemplo europeo", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLII, 1999, pp. 27-89, p. 38; MARIA TEREZA DE SÁ DE MENEZES, *O Euro...*, p. 20; ANÍBAL CAVACO SILVA, *Portugal e a Moeda Única*, Verbo, Lisboa, 1997, p. 19; CARLOS LARANJEIRO, "A União...", p. 212.

Não trataremos do estabelecimento da união monetária nem dos seus aspectos substanciais ou institucionais, cingindo o nosso estudo à liberdade de circulação de capitais. Sobre aquela, cfr., entre outros, ANTÓNIO AVELÃS NUNES, "A Institucionalização da União Económica e Monetária e os Estatutos do Banco de Portugal", *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XLV-A, 2002, pp. 65-98, pp. 65ss; a extensa obra de PAULO DE PITTA E CUNHA; MARIA AMÉLIA SINEIRO DE ANDRADE, "O sistema...", vol. XXXIX, pp. 212ss; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Regime Jurídico do Euro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 22ss.

da liberdade de circulação de capitais, declarou-se livre a concessão internacional da hipoteca no espaço comunitário, sendo a operação inerente à construção comunitária e portanto exigível pelos particulares<sup>60</sup>.

## 2.5. Estado actual: a realização do mercado europeu de capitais

Os Tratados de Amesterdão, Nice e Lisboa não trouxeram alterações substanciais ao normativo de 1992<sup>61</sup>. Assim, o actual regime da liberdade de circulação de capitais, emergente do n.º 1 do artigo 63.º TFUE, baseia-se na proibição genérica e categórica de “*todas as restrições aos movimentos de capitais entre Estados-Membros e entre Estados-Membros e países terceiros*”, estendendo-se (no n.º 2) igual proibição aos pagamentos. O alcance da prescrição residirá na determinação das condutas estaduais que o direito comunitário proíbe e na definição do sentido concreto da *ausência de restrições*. Estabelece-se um “*princípio de libération totale*” que é absoluto, explícito, definitivo e dotado de efeito directo<sup>62</sup>. Isto é, vigora a *liberdade de constituição de hipotecas* no espaço europeu, direito que é exigível pelos particulares.

É curiosa a mutação: se a liberdade de circulação de capitais começou por ter uma regulação *menos ambiciosa* do que as restantes, a redacção actual é comparativamente mais peremptória e mais abrangente<sup>63</sup>. Por outro lado, mantém-se a ausência de definição de

---

<sup>60</sup> Como vimos, o *efeito directo* das normas que atribuem o direito à circulação de capitais foi declarado no Acórdão *Bordessa* (*cit.* nota n.º 57), n.º 34, por via mediata — através da sua atribuição às normas da directiva de 1988. O entendimento foi depois confirmado no Acórdão TJCE de 14 de Dezembro de 1995, *Sanz de Lera*, processos apensos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, pp. I-4821, n.ºs 41 e 48, quanto às normas então redigidas para o Tratado. Cfr. A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 359; PAUL CRAIG E GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 724; CEES PETERS E JAN GOOIJER, "The Free...", p. 476.

<sup>61</sup> De facto, o Tratado de Amesterdão limitou-se a reforçar a conclusão da realização da liberdade de circulação de capitais (alterando a norma que estabelecia a paridade da liberação dos *serviços bancários* com a “*progressiva realização dos capitais*” [*vide supra* nota n.º 50], excluindo expressão “*progressiva*”; e revogando disposições transitórias [entretanto expiradas] que autorizavam a manutenção de restrições à circulação de capitais [arts. 73.º-E e 73.º-H TCEE]); o Tratado de Nice foi absolutamente omissivo no capítulo em causa; o Tratado de Lisboa limitou-se a adaptar o capítulo à nova estruturação da UE.

<sup>62</sup> LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 153; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional...*, p. 185. Quanto à natureza *absoluta*, a proibição de restrições abrange não só transferências financeiras como todas as medidas necessárias à execução das operações subjacentes (Acórdão TJCE de 24 de Junho de 1986, *Brugnoni e Ruffinengo*, proc. n.º 157/85, *Colectânea de Jurisprudência*, 1986, pp. 2013, n.º 22 [que, antes do Tratado de Maastricht, declarou que “*as duas directivas do Conselho para execução do artigo 67.º do Tratado, na medida em que pretendam realizar a liberalização completa de determinados movimentos de capitais, visam eliminar obstáculos administrativos que, embora não impondo autorizações de câmbios e não afectando a aquisição de títulos estrangeiros, não deixam de representar um obstáculo à liberalização «mais ampla» dos movimentos de capitais*”] e Acórdão TJCE de 14 de Novembro de 1995, *Svensson*, proc. C-484/93, *Colectânea de Jurisprudência* 1995, pp. I-3955, n.º 10 [considerando ilícita a norma luxemburguesa que restringia a bonificação de juros dos empréstimos para habitação aos créditos contraídos junto de bancos estabelecidos no Luxemburgo, alastrando o regime da liberdade de circulação de capitais a *quaisquer medidas*, ainda que de natureza social, que influíssem nos movimentos de capitais]). Tal era, de resto, expressamente declarado no Anexo I da Directiva 88/361/CEE. Sobre o primeiro aresto, *vide* EVELIO VERDERA Y TUELLS, "La liberalización...", p. 331. Sobre o efeito directo, cfr. *supra* notas n.ºs 57 e 60 e referências aí mencionadas.

<sup>63</sup> Neste sentido, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 585.

movimentos de capitais, o que conduz à sua concretização por referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça e dos actos adoptados pela própria União.

Importa notar, no entanto, que o Tratado admite duas grandes excepções à liberalização: *em primeiro lugar*, no que concerne à circulação de capitais entre Estados-Membros e Estados terceiros, é lícita a aplicação das restrições constantes da lei nacional adoptadas até 1993 — n.º 1 do art. 64.º TFUE (i); *em segundo lugar* há um conjunto de causas justificativas que, mediante o respeito do limite da proporcionalidade, admitem restrições à circulação de capitais a decretar pela própria UE — *as medidas que constituem um retrocesso, adoptadas por unanimidade [art. 64.º TFUE] e a cláusula de salvaguarda [art. 66.º TFUE] (ii)*<sup>64</sup>. Ademais, é ainda possível impor restrições por decisão das autoridades nacionais, *quer* nos casos de ordem fiscal, ordem pública e segurança pública estabelecidos no Tratado, *quer* com base em *motivos de interesse geral* autorizados pela cautelosa jurisprudência europeia<sup>65</sup>.

Sem prejuízo, a *vertente negativa* da liberdade de circulação de capitais está hoje realizada: vigora uma proibição entres ao investimento transnacional. Nessa medida, do ponto de vista teórico, pode hoje afirmar-se que "*citizens of the EU have the freedom to invest*

---

<sup>64</sup> Quanto à primeira categoria, estabelece-se um regime de *compatibilidade automática* dessas regras nacionais com o Tratado, estabelecendo-se assim a sua imunidade face à regra geral (ALEX CORDEWENER, "Free Movement of Capital between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed?", *EC Tax Review*, vol. 18, n.º 2009/6, 2009, pp. 260-263, p. 261; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 588). A UE, porém, tomará medidas para realizar plenamente a liberalização de capitais entre Estados-Membros e Estados terceiros (n.º 2 do art. 64.º TFUE), sem prejuízo de excepcionalmente poder agir no sentido oposto (n.º 3 do art. 64.º TFUE). Repare-se que o propósito do Tratado é a ausência de distinção entre a circulação de capitais *intra*comunitária ou com Estados terceiros (PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 2). Sobre eventuais diferenças no regime dos movimentos de capitais com países terceiros, *vide* CEES PETERS E JAN GOOIJER, "The Free...", p. 478; ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, pp. 97ss.

No que concerne à segunda categoria, recorde-se que o princípio da proporcionalidade conduz à ilicitude de medidas restritivas quando existam alternativas menos gravosas, nomeadamente mediante cooperação internacional (CORDEWENER, *cit.*, p. 261). Sobre o conteúdo do princípio da proporcionalidade enquanto limite à acção das instituições, *vide* DULCE LOPES, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, (policopiado), Coimbra, 2003, pp. 168ss, e "A articulação de competências entre União e Estados-Membros no Tratado de Lisboa", *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 91-114, p. 102; TAKIS TRIDIMAS, *General Principles of EU Law*, 2.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2006, pp. 136ss.

<sup>65</sup> Cfr. Acórdãos *Konle* (*cit.* nota n.º 47) e *Manfred Trummer e Peter Mayer* (*cit.* nota n.º 49), que aceita as restrições impostas por *motivos de interesse geral*, conquanto não sejam discriminatórias e respeitem estritamente o princípio da proporcionalidade na sua vertente de *exigibilidade* (determinando-se a demonstração de inexistência de outras medidas menos gravosas que tendam ao mesmo resultado. Com este critério, o primeiro aresto declarou ilícita a existência de um regime de autorizações para aquisição de uma segunda habitação e o segundo entendeu não estarem preenchidos estes pressupostos face a legislação austríaca que impunha a expressão da hipoteca em xelins ou em ouro. Assim, parece que só são conjecturáveis restrições lícitas (sob este domínio dos *motivos de interesse geral*) perante preocupações atinentes ao ordenamento do território, à protecção do ambiente, à protecção do consumidor e à defesa dos trabalhadores — cfr. LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 176.

Já no domínio fiscal e de cumprimento da legislação interna (as duas cláusulas expressamente previstas no n.º 1 do art. 65.º TFUE), recorde-se o Acórdão *Bordessa* (*cit.* nota n.º 57), onde o Juiz comunitário considerou que, em ordem a prevenir a infracção de leis ou regulamentos nacionais, é lícito aos Estados subordinar a exportação de moedas, notas de banco ou cheques ao portador a uma *declaração prévia*. *Vide*, ainda, MATILDE LAVOURAS, "Harmonização...", pp. 13ss.

anywhere within the 27 members of the EU” e que não são admitidos obstáculos nacionais à aquisição de direitos reais sobre imóveis situados noutra Estado-Membro<sup>66</sup>.

Esta dimensão proibitiva pode, contudo, não ser suficiente para a vigência de uma total liberdade de circulação de capitais no espaço europeu. *Por um lado*, as distorções provocadas pelos diferentes sistemas fiscais conduzem à concentração de investimentos em certos mercados; *por outro*, a dispar regulação económica condiciona as decisões dos investidores. Para este resultado pode contribuir a idade mais recente das normas relativas a este domínio, tornando mais incipiente a edificação de um mercado interno de capitais, liberto de quaisquer dificuldades de migração em virtude de se cruzar uma fronteira<sup>67</sup>.

No fundo, os obstáculos existentes ao mercado interno de capitais descobrem-se à margem do direito comunitário, nos direitos nacionais dos Estados-Membros. Se é verdade que nenhuma das quatro liberdades se basta com a eliminação de obstáculos formais à circulação (carecendo da construção de condições que tornem verdadeiramente livre a *decisão de circular*), tal assume maior importância no âmbito dos capitais (nomeadamente, no que respeita aos negócios cujo objecto é precisamente o capital, *maxime* a concessão de crédito).

### III. A INSERÇÃO DA CONCESSÃO DE CRÉDITO HIPOTECÁRIO NA LIBERDADE DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS.

Atendendo à modelação do conteúdo da *liberdade de circulação de capitais*, é este o regime que proíbe, em primeira linha, os obstáculos à geração de relações hipotecárias internacionais no espaço europeu. Todavia, não pode olvidar-se que à mesma conclusão se pode chegar por via do regime da livre circulação de serviços, havendo assim um *concurso de liberdades fundamentais* no que concerne à proibição de entraves à criação destas transacções.

---

<sup>66</sup> PETER SPARKES, "European Land Law: too narrow for second home owners in Spain", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, pp. 29-34, p. 31; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 213 ("*esta libertad fundamental es hoy en día una realidad*"); SJEF VAN ERP, "EU Charter of Fundamental Human Rights and Property Rights", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, pp. 44-49, p. 45; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 164.

Repare-se, no entanto, que até recentemente havia sinais proteccionistas no acesso ao mercado do crédito hipotecário por autoridades públicas de alguns países (cfr. MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 405, individualizando o caso italiano). Assim, o Acórdão *Konle* (*cit. nota n.º 47*), n.º 49, considerou que um regime de autorizações prévias à aquisição de uma segunda habitação "*constitui uma restrição aos movimentos de capitais, que não é indispensável para evitar as infracções à legislação nacional relativa às residências secundárias*".

<sup>67</sup> ESTHER MUÑOZ ESPADA, *Bases...*, p. 37; MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 404; BEATRIZ PÉREZ DE LAS HERAS, *El Mercado...*, p. 213.

Não cremos, como avança MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91, que a tardia realização da liberdade de circulação de capitais deva atribuir-se à crise económica. Se assim fosse, a realização da liberdade de circulação de capitais haver-se-ia cumprido nos períodos de prosperidade, o que não sucedeu cabalmente.

Na verdade, se o Juiz comunitário considera que os regimes de *liberdade de circulação de mercadorias* e da *liberdade de circulação de capitais* se excluem mutuamente (porquanto se a circulação de divisas se deve à contraprestação da compra e venda de produtos tal implica que se trate de um *pagamento* e não de um *movimento de capitais*)<sup>68</sup> o mesmo não sucede na relação entre as liberdades de circulação de capitais e de serviços, profundamente interligadas e sujeitas à mesma perspectiva. Como sublinha CALVÃO DA SILVA, a *liberdade de circulação de capitais* constitui uma “*condição necessária à liberdade de prestação de serviços financeiros e à construção do correspondente mercado integrado*”, pelo que será justamente um dos domínios onde os regimes das várias liberdades se sobrepõem<sup>69</sup>.

A colocação da concessão internacional de crédito hipotecário sob ambos os regimes é facilmente demonstrável.

*Por um lado*, como vimos *supra*, ao estabelecer-se o mercado europeu de serviços bancários, abrangeu-se expressamente a aquisição de garantias imobiliárias no âmbito da actividade das instituições de crédito nos Estados-Membros de acolhimento. Neste domínio, vigora pois uma proibição de obstáculos e de discriminação quando uma instituição de crédito pretenda conceder *mútuos garantidos por hipoteca* em Estado-Membro diferente daquele em que está estabelecida, a implicar que no âmbito desta liberdade de prestação de serviços esteja a *concessão de crédito hipotecário*<sup>70</sup>.

*Por outro lado*, em 2002 sustentou o Advogado-Geral GEELHOED que a liberdade de prestação de serviços abrange, em várias circunstâncias, a aquisição de imóveis noutros

---

<sup>68</sup> Tal resulta da separação entre *capitais* e *pagamentos*, porquanto nestes últimos a circulação de divisas não se faz em sentido próprio mas como contraprestação do exercício de outra liberdade. Ora, no caso das mercadorias, a circulação de divisas é abrangida pelo conceito de *pagamentos*. Cfr. Acórdão *Bordessa* (*cit.* nota n.º 57), n.º 12 e 14; Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 1978, *Thompson*, proc. 7/78, *Colectânea de Jurisprudência — Edição Especial Portuguesa*, 1978, pp. 765, n.º 25; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, pp. 356 e 372; e o que dissemos *supra*, p. 36.

<sup>69</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, p. 253; ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, p. 105; PIERRE LASTENOISE, "Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1995, pp. 79-120, p. 81. Aliás, esta dependência resulta do n.º 2 do art. 58.º TFUE.

Sublinhando, neste particular, a aplicação cumulativa das liberdades de circulação de capitais e de prestação de serviços, *vide* ainda ANA PAULA DOURADO, *cit.*, p. 104; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 178. Na verdade, o Tribunal de Justiça aplica de forma paralela as normas relativas às duas liberdades, o que levou a Advogada-Geral KOKOTT a sustentar que estas se mobilizam cumulativamente: “*Pode haver interferências entre o âmbito de aplicação da liberdade de estabelecimento e o âmbito de aplicação da livre circulação de capitais na medida em que o investimento de capitais pode ser funcional em relação ao estabelecimento noutro Estado-Membro, por exemplo, através de filiais ou sucursais*” (Conclusões apresentadas em 14 de Julho de 2005, *Bouanich*, proc. C-265/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, pp. I-00923, n.º 71). Regressaremos *infra* a este problema.

Note-se ser comum a utilização não rigorosa da expressão *produtos financeiros*: “*melhor se dirá serviços financeiros, pois estão em causa prestações de facere*” (JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Globalização e Direito da Banca, da Bolsa e dos Seguros: uma resposta europeia", *Globalização e Direito — Studia Iuridica n.º 73*, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 125-162, p. 126). Por qualquer das expressões pretendem designar-se as prestações ou atividades bancárias, bolsistas ou seguradoras (*ibidem*). Como é evidente, o nosso estudo dirige-se à actividade creditícia e não às demais.

<sup>70</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 46ss. Ademais, deve lembrar-se que o conceito de *serviços financeiros* abrange a concessão de empréstimos — *vide* DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 33.



Estados-Membros: depois da aquisição, o novo proprietário pode dedicar-se a arrendar a coisa, tornando-se assim num prestador de serviços (i); pode ser uma habitação secundária para férias, pelo que a sua utilização corresponde a um *benefício de serviços* abrangido nos termos da jurisprudência *Luisi e Carbone* (ii); pode o prédio adquirido destinar-se a construção, sendo que esta é decididamente um *serviço a prestar* noutro Estado-Membro (iii). Nessa medida, quaisquer obstáculos no financiamento da aquisição (nomeadamente na concessão de uma garantia imobiliária a uma instituição de crédito do Estado-Membro de origem) consubstanciarão uma restrição à sua *liberdade de prestação de serviços*<sup>71</sup>.

Por fim, a jurisprudência do Luxemburgo é peremptória ao classificar a contracção de crédito no Estado-Membro de origem para aquisição de um imóvel noutro país da União como uma *prestação de serviço* para efeitos dos Tratados, embora reconhecendo a ligação que se faz dos serviços bancários à liberdade de circulação de capitais<sup>72</sup>.

A inclusão da *concessão de crédito hipotecário* na liberdade de prestação de serviços, apesar de já abrangida pela *quarta liberdade*, coloca a questão de saber se são aplicáveis em simultâneo os dois regimes ou se um deles absorve o outro. Uma vez que a liberdade de circulação de capitais tem hoje a mesma eficácia que as demais (*maxime*, gozando de efeito directo), o

---

<sup>71</sup> Conclusões do advogado-geral GEELHOED (*cit. nota n.º 48*) n.º 31-33: “Um particular que adquire uma residência secundária pode fazê-lo, em primeiro lugar, para habitar ele próprio essa residência secundária durante uma parte do ano. Nesse caso, são as actividades incluídas no domínio da livre circulação de pessoas que estão em causa, a saber (o direito de) residir noutro Estado-Membro. É certo que a estadia nas residências secundárias só se verifica, em geral, por um período limitado do ano, mas tem sem dúvida um certo carácter permanente. Além disso, a estadia numa residência secundária interessa à livre circulação de serviços. A este respeito, remeto para o acórdão *Luisi e Carbone*, no qual o Tribunal de Justiça considerou que a livre prestação de serviços aplica-se igualmente aos beneficiários de um serviço. O uso da residência secundária comporta necessariamente serviços em benefício do particular que ocupa a residência secundária. Pense-se a este respeito, em serviços ligados à própria habitação, como as reparações, mas também às actividades turísticas. Em segundo lugar, o particular pode não utilizar ele próprio a residência secundária que adquiriu, mas arrendá-la. Nesse momento, ele próprio pode ser considerado como prestador de serviços, na acepção do artigo 50.º CE. E a terceira variante que encontramos frequentemente, é aquela em que a residência secundária é utilizada como tal uma parte do ano e arrendada o resto do tempo. Em quarto lugar, o bem imóvel pode ser adquirido principalmente como investimento ou para fins especulativos. Nesse caso, não é a utilização como residência secundária que prima, mas a mais valia esperada do terreno. Neste caso, está em jogo a livre circulação de capitais. [32] A aquisição do terreno pode, além disso, responder a fins profissionais. Nesse caso, a utilização própria não desempenha qualquer papel. O adquirente profissional utilizará sobretudo o terreno para arrendar residências secundárias, por exemplo em parques de férias. O senhorio, que oferece muitas vezes uma panóplia de outros serviços (turísticos), além do arrendamento de residências, pode então ser considerado um prestador de serviços. Na aquisição profissional, a primeira finalidade pode ser o investimento ou a especulação. A aquisição não ocorre então totalmente com vista a utilizar o terreno como residência secundária. [33] Por último, saliento que a *Salzburger Grundverkehrsengesetz 1997* visa tanto a aquisição de um terreno já construído como a de um terreno não construído. Se, no momento da aquisição, o terreno ainda não estiver construído, o adquirente deve naturalmente construir, se quiser afectar o terreno a uma residência secundária. O adquirente que constrói uma residência no seu terreno pode ser considerado como sendo beneficiário de um serviço”.

Sobre o Acórdão *Luisi e Carbone* (*cit. nota n.º 20*), que incluiu no domínio da livre circulação de serviços a circulação com o propósito de *beneficiar* de um serviço, *vide* RUI MOURA RAMOS, “Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une citoyenneté européenne”, *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 249-303, p. 268.

<sup>72</sup> Cfr. Acórdão *Parodi* (*cit. nota n.º 13*) n.º 8: “Importa a título liminar salientar que a operação que consiste em um banco estabelecido num Estado-Membro conceder um empréstimo hipotecário a alguém estabelecido noutro Estado-Membro constitui necessariamente uma prestação de serviços ligada a um movimento de capitais na acepção do artigo 61.º, n.º 2, do Tratado. Ora, de acordo com este artigo «A liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a progressiva liberalização da circulação dos capitais». Para uma análise mais profunda desta jurisprudência, cfr. BRAM AKKERMANS, “Property law and internal...”, p. 229.

problema tem relevância prática apenas quanto à extensão da proibição de restrições às relações com Estados terceiros (nos termos da liberdade de circulação de capitais — art. 63.º TFUE) ou à sua limitação às relações intracomunitárias (tal como estabelecido no domínio da prestação de serviços — art. 56.º TFUE). Nas transacções intracomunitárias, sempre será aplicável à transacção pelo menos *um dos regimes* proibitivos dos obstáculos, tornando a discussão meramente académica, sobretudo atendendo a que as limitações admissíveis (os *motivos de interesse geral* admitidos pela jurisprudência europeia) são as mesmas<sup>73</sup>.

O problema (da aplicação cumulativa ou consumpção das liberdades) tem merecido respostas diferentes da jurisprudência do Luxemburgo. Numa primeira fase, o Tribunal sustentou a sua mobilização cumulativa, com base no facto de o objecto de protecção das várias liberdades não ser idêntico, de a redacção normativa não sugerir a aplicação alternativa dos vários regimes e na conclusão de que a eventual aplicação de apenas um dos regimes podia tornar lícitas disposições nacionais que contradissem outras normas do Tratado. Esta orientação, aliás, parece resultar directamente do Tratado, que blinda os limites erigidos à circulação de capitais por via da sujeição dos serviços bancários às mesmas restrições<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> Neste sentido, ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, pp. 94ss; ALEX CORDEWENER, GEORG KOFLER E CLEMENS PHILIPP SCHINDLER, "Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec, A and B* and *Holböck*", *European Taxation*, vol. 47, n.º 8-9, 2007, pp. 371-376, p. 373; DANIÉL S. SMIT, "The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?", *EC Tax Review*, vol. 16, n.º 6, 2007, pp. 252-267, p. 252; MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 386. A aplicação dos critérios de limitação das demais liberdades comunitárias (razões de interesse geral, desde que conformes ao direito comunitário derivado aplicável e respeitando os princípios da não discriminação e da proporcionalidade) à liberdade de circulação de capitais é visível nos Acórdãos *Konle* (*cit. nota n.º 47*) e *Manfred Trummer* (*cit. nota n.º 49*). Por razões de rigor na sistematização, as condições da licitude de restrição às liberdades comunitárias serão analisadas, com maior profundidade, em momento ulterior do nosso estudo. *Vide* pp. 481ss, a propósito da viabilidade de aplicação do princípio do reconhecimento mútuo ao crédito hipotecário.

<sup>74</sup> Cfr. n.º 2 do art. 58.º TFUE (ex-art. 51.º TCE; ex-ex-art. 61.º TCEE): "*A liberalização dos serviços bancários e de seguros ligados a movimentos de capitais deve efectuar-se de harmonia com a progressiva liberalização da circulação dos capitais*". Sobre a articulação dos regimes da liberdade de circulação de capitais e da liberdade de prestação de serviços bancários, cfr. CHRISTIAN GAVALDA E GILBERT PARLEANI, *Droit...*, p. 113, e PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, pp. 10ss.

Esta primeira orientação foi adoptada pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Svensson* (*cit. nota n.º 62*) n.ºs 10-12 e 19, considerando ilícita, "*simultaneamente por violação da liberdade de circulação de capitais e da liberdade de circulação de serviços*", a norma luxemburguesa que subordinava a bonificação de juros no crédito hipotecário para aquisição de imóveis ao estabelecimento no Luxemburgo da entidade mutuante); no Acórdão *Parodi* (*cit. nota n.º 13*) n.º 10 ("*a aplicação aos serviços bancários das disposições do Tratado em matéria de serviços apenas pode ser excluída quando se está perante uma restrição à livre circulação de capitais relativamente a tais operações que seja compatível com o direito comunitário*"); no Acórdão de 28 de Abril de 1998, *Jessica Safir*, proc. C-118/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1998, pp. I-1897, n.ºs 35-36 (que aprecia a conformidade de uma norma sueca que diferenciava o regime fiscal dos seguros de vida consoante a seguradora estivesse ou não estabelecida na Suécia *quer* com o regime da livre circulação de serviços, *quer* com o regime da circulação de capitais); Acórdão *Konle* (*cit. nota n.º 47*), n.º 22, (que declarou ser incontroverso que um regime de direito interno que subordina a autorizações prévias na aquisição de segunda habitação se submete "*ao respeito das disposições do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento dos nacionais dos Estados-Membros e à liberdade dos movimentos de capitais*"); Acórdão de 21 de Novembro de 2002, *X e Y*, proc. C-436/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-10829, n.º 75 (que aplica simultaneamente os dois regimes para a apreciação do regime fiscal sueco que subordinava um diferimento do pagamento do imposto ao estabelecimento na Suécia do cessionário de acções). A concepção é explicada profundamente por ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, p. 103; ALEX CORDEWENER, GEORG KOFLER E CLEMENS PHILIPP SCHINDLER,

Mais tarde, o Tribunal restringiu a noção de *circulação de capitais*, abrangendo apenas os movimentos que não estivessem já a coberto das regras relativas a outras liberdades e declarando expressamente a aplicabilidade de apenas um dos regimes<sup>75</sup>.

---

"Free...", p. 372. Na doutrina, a orientação é defendida por RENATA FONTANA, "Direct...", p. 434; DANIEL S. SMIT, "The relationship...", p. 254; KRISTINA STÄHL, "Free...", p. 49, A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 380 (que defende dever o Tribunal apreciar a legislação nacional em confronto com "all the fundamental freedoms"); e subjaz às palavras de JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, "Unification...", p. 246.

<sup>75</sup> Será o caso do Acórdão *van Hilten* (cit. nota n.º 49). Este aresto versou sobre a compatibilidade de legislação holandesa com os regimes da liberdade de circulação de pessoas e da liberdade de circulação de capitais: a lei ficcionava, para efeitos da aplicação do imposto sucessório, que um nacional neerlandês falecido no período de dez anos após ter deixado o país seria considerado nele residente à data da sua morte. Como é bom de ver, a alteração de residência da Sra. van Hilten para a Suíça implicou um movimento de capitais em sentido lato, pois a tributação de imposto sucessório caberia ao novo Estado da residência e não ao país de origem; este movimento estaria a ser entravado pela legislação holandesa. Todavia, o Juiz comunitário (n.º 49) considerou que "que a simples transferência de domicílio de um Estado para outro não releva do artigo 73.º-B do Tratado. Com efeito, como indicou o advogado-geral no n.º 58 das suas conclusões, tal transferência não implica, em si mesma, operações financeiras ou transmissões de propriedade". Transparece a ideia que, por estar abrangida a mudança de domicílio pela liberdade de circulação de pessoas, considerou o Tribunal inaplicável o regime da circulação de capitais, restringindo assim o respectivo conceito (neste sentido, PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, p. 11; ANA PAULA DOURADO, *Lições...*, p. 104). Esta posição é mais impressionante pelo facto de contradizer expressamente o Acórdão TJCE de 11 de Dezembro de 2003, *Barbier*, proc. C-364/01, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, n.º 62, que versou sobre a mesma legislação nacional e a considerou restritiva da circulação de capitais por fazer tributar os imóveis a alienar pelos herdeiros de forma porventura mais elevada, dissuadindo assim investimentos imobiliários.

O carácter alternativo das liberdades foi afirmado de forma ainda mais peremptória no Acórdão TJCE de 3 de Outubro de 2006, *Fidium Finanz*, proc. C-452/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, n.º 34: "quando uma medida nacional diz simultaneamente respeito à livre prestação de serviços e à livre circulação de capitais, há que apreciar em que medida o exercício destas liberdades fundamentais é afectado e se, nas circunstâncias do processo principal, uma delas prevalece sobre a outra", determinando, *in casu*, que "o aspecto da livre prestação de serviços prevalece sobre o da livre circulação de capitais" (n.º 49). Esta posição contradiz a posição defendida pela Advogada-Geral que, nas suas conclusões, sustentou o carácter cumulativo das liberdades (cfr. n.º 72 e 74). Sobre o aresto, MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 387.

Depois de afirmada a *tese da consumpção* (nos termos da qual o regime da circulação de capitais não acumula com os demais), tornou-se necessário encontrar o critério de escolha, quando certa transacção se subsuma em disposições de duas liberdades.

O Advogado-Geral ALBER defendeu, como juízo, o critério da *influência dominante*: "As considerações tecidas até agora sobre as relações concorrenciais entre a livre circulação de capitais e a liberdade de estabelecimento podem ser sintetizadas com se segue: 1. Em presença de um atentado directo à livre circulação de capitais que apenas indirectamente determine um obstáculo ao estabelecimento, são aplicáveis somente as disposições referentes aos movimentos de capitais. 2. Se se verificar um atentado directo à liberdade de estabelecimento, que conduza, indirectamente, através de obstáculos ao estabelecimento, à redução do fluxo de capitais entre os Estados-Membros, apenas as disposições referentes à liberdade de estabelecimento são aplicáveis" (Conclusões do Advogado-Geral ALBER apresentadas em 14 de Outubro de 1999, *C. Baars*, proc. C-251/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-2787, n.º 26). O Tribunal parece ter seguido a proposta do magistrado, porquanto avaliou a compatibilidade da lei nacional com o regime da liberdade de estabelecimento — Acórdão TJCE de 13 de Abril de 2000, *C. Baars*, proc. C-251/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-2787, n.º 41. Este critério foi objecto de crítica, atendendo à sua extrema dificuldade: se uma medida nacional constituiria um obstáculo ilícito face aos dois regimes, como saber que qual é a que *proíbe mais*? — para mais desenvolvimento, vide ALEX CORDEWENER, GEORG KOFLER E CLEMENS PHILIPP SCHINDLER, "Free...", p. 373.

O Juiz comunitário acabou por superá-lo, adoptando o juízo da *finalidade ou objecto da legislação nacional potencialmente restritiva* no Acórdão TJCE de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, proc. C-196/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006: o Juiz comunitário considerou que a instalação de filiais ou a detenção de sociedades filhas noutra Estado-Membro (ainda que com o intuito de beneficiar de um regime fiscal mais favorável) é um direito atribuído pela liberdade de estabelecimento. Nessa medida, uma legislação nacional que tribute de forma mais gravosa a sociedade mãe pelos lucros que forem obtidos pelas suas filiais deve ser apreciada à luz da proibição das restrições à liberdade de estabelecimento, já que era esse o objecto das medidas nacionais restritivas: "Admitindo que esta legislação tenha, como alegam as recorrentes no processo principal e a Irlanda, efeitos restritivos sobre a livre prestação de serviços e sobre a livre circulação de capitais, tais efeitos são a consequência inevitável de um eventual obstáculo à liberdade de estabelecimento e não justificam, em todo o caso, uma análise autónoma da referida legislação tendo em consideração os artigos 49.º CE e 56.º CE" — n.º 33. Igualmente firmando este critério, vide Acórdãos TJCE de 12 de Dezembro de 2006 (*Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, proc. C-374/04; *Test*

Não nos deteremos neste problema. Com efeito, como aludido já, a escolha de um dos regimes para a regulação de transacções que, abstractamente, se colocariam sob as normas de várias liberdades só tem hoje relevância para transacções entre Estados-Membros e Estados terceiros, porquanto é nestas que o âmbito das liberdades difere (pois a quarta liberdade, diferentemente do que sucede com as demais, abrange as relações com Estados terceiros). Aliás, é justamente por essa razão que surgem, na jurisprudência europeia, diferenças conceptuais no seio da liberdade de circulação de capitais consoante se esteja perante movimentos de capitais entre Estados-Membros ou com Estados terceiros<sup>76</sup>.

Ora, porque o nosso estudo incide apenas sobre crédito hipotecário internacional no espaço *intracomunitário*, será irrelevante a identificação das regras que postulam a ausência de restrições a tais transacções.

Todavia, mesmo que se adoptasse a tese da *consumpção*, importando pois escolher o regime que determina a inexistência de obstáculos, é bom de ver que relevará a quarta liberdade: quer pelo *critério da influência dominante*, quer pelo *critério do objecto da legislação restritiva*<sup>77</sup>, a existência de obstáculos à concessão internacional de crédito hipotecário no espaço europeu, ainda que indirectamente possa constranger a circulação de serviços bancários, é proibida em primeira linha pelo regime dos artigos 63.ºss TFUE.

#### IV. NOTAS CONCLUSIVAS: A CONCESSÃO DE HIPOTECA COMO MOVIMENTO DE CAPITAL GARANTIDO PELO TRATADO

Em suma, não restam dúvidas que a livre prestação de garantias imobiliárias nas relações jurídicas internacionais é um dos domínios abrangidos pela integração europeia.

---

*Claimants in the FII Group Litigation contra Commissioners of Inland Revenue*, proc. C-446/04) *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, n.ºs 37-399; Acórdão TJCE de 13 de Março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, proc. C-524/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, n.º 34; Despacho do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, *Skatteverket*, proc. C-102/05, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, n.ºs 25-27; Despacho do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, *Lasertec*, proc. C-492/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, n.ºs 19-25.

Enigmático é o Acórdão TJCE de 24 de Maio de 2007, *Holböck*, proc. C-157/05, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, que repete toda a tese do *critério do objecto da legislação restritiva* mas, ao contrário do que foi decidido, aprecia a legislação nacional *por referência ao regime da circulação de capitais* (n.ºs 22-30). Nessa medida, alguma doutrina conclui que o aresto significa o regresso à primeira orientação do Tribunal (aplicação simultânea dos dois regimes). Neste último sentido, RENATA FONTANA, "Direct...", p. 434 (que lamenta a opção da aplicação alternativa presente em vários Acórdãos — p. 435).

Sobre as constantes alterações de critério, cfr. o lamento de A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 380; sobre o carácter mais abrangente da *liberdade de circulação de capitais* (o que explica a sua mobilização subsidiária), *vide* WOLF-GEORG RINGE, "Company...", p. 382.

<sup>76</sup> Sobre este assunto, *vide* a análise jurisprudencial de PATRÍCIA INÁCIO, *A livre...*, pp. 25-42, e de MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", pp. 396-397.

<sup>77</sup> Cfr. a jurisprudência elencada na nota n.º 75.

Em primeiro lugar, ao postular uma *liberdade de circulação de capitais*, o Tratado não visou apenas o transporte de moeda metálica ou de papel-moeda. Pelo contrário, a moeda bancária, a quase-moeda e o crédito são os instrumentos mais importantes no investimento, pelo que o ordenamento jurídico comunitário procurou eliminar obstáculos à circulação de depósitos bancários, às operações financeiras transnacionais e aos mecanismos ligados ao crédito, nas suas diversas dimensões. A livre concessão (e transmissão) de crédito é uma das dimensões mais importantes do regime da *quarta liberdade*, porquanto daquele dependerá o investimento no estrangeiro, objectivo primordial da instituição do regime<sup>78</sup>.

Ora, um dos mais relevantes elementos da relação creditória é a *confiança*: o potencial credor só se dispõe a estabelecer um vínculo creditício quando acredita com segurança suficiente que a contraprestação será efectivamente realizada. Tal fidúcia, geralmente, depende da constituição de uma *garantia especial*: esta é tida como parte componente do crédito, já que dela provém o seu elemento fundamental. Ou seja, a *hipoteca*, enquanto rainha das garantias e enquanto principal geradora de financiamento, está directa e inequivocamente abrangida pelo regime da liberdade de circulação de capitais, estando expressamente mencionada desde as directivas da década de 60<sup>79</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. ULRICH DROBNIG, "Secured Credit in International Insolvency Proceedings", *Texas International Law Journal*, vol. 33, n.º 1, 1998, pp. 53-70, p. 54; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 21. Assim, logo no Acórdão *Luisi e Carbone* (cit. nota n.º 20) n.º 21 o Tribunal considerou *movimentos de capitais* as "*opérations financières qui visent essentiellement le placement ou l'investissement du montant en cause et non la rémunération d'une prestation*".

A relação creditória pode assumir diferentes formas: teremos um acto de crédito "*quando há uma troca em que a uma prestação económica presente (de bens, serviços ou dinheiro) corresponde a promessa de contraprestação económica no futuro (em bens, serviços ou moeda). Não existe, pois, simultaneidade entre a prestação e a contraprestação, decorrendo entre elas um certo lapso de tempo superior ao que é necessário, por razões técnicas, a cada acto de troca, e economicamente relevante para as partes que intervêm na troca*" (ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, p. 19). Sobre os conceitos de quase-moeda e de moeda bancária, vide, do Professor, *A Moeda*, cit., pp. 65-66.

<sup>79</sup> Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Globalização...", p. 127 ("*este mercado do crédito [...] assenta na indispensável [relação de] confiança*"); ANNA GARDELLA, *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milão, 2007, p. 4; ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", p. 54 ("*credit cannot, as a rule, be granted without security*"), e "Security Rights in Movables", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 741-755, p. 741 ("*Credits, however, are granted only against security, be it upon real estate [immovables] or upon movables*"); BURKHARD JÄKEL, "Outlines of Security Interests under German Law", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE e ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 91-119, p. 91; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, Paris, 1984, p. 3 ("*le crédit appelle les garanties*"); MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, "O direito aplicável aos negócios relativos a instrumentos financeiros: a disciplina introduzida pelo novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais («Roma I»)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 149-172, p. 150. De facto, o termo "*crédito*" provém do latim *credere*, que significa crer, acreditar, confiar — SEBASTIÃO CRUZ, *Da «Solutio»: Terminologia, Conceito e Características, e análise de vários institutos afins*, Coimbra, 1962, pp. 155ss; ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, cit., p. 20.

Sobre a actualidade da classificação da hipoteca como "*rainha das garantias*", cfr. o que dizemos *infra*, nota n.º 87. Não se ignora a existência de uma corrente que defenda a abolição das garantias especiais das obrigações, porquanto serão prejudiciais à economia. De acordo com esta tese, a garantia especial concretiza-se num acordo entre duas partes tendente ao prejuízo dos terceiros; em consequência, a taxa de juro praticada pelos credores que não têm garantia será substancialmente superior, o que poderá gerar maior prejuízo do que benefício (sobre esta orientação, cfr. EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction: security rights in movable property within the

No fundo, a construção de uma união económica e monetária depende da remoção de obstáculos à constituição e transmissão internacional de garantias especiais das obrigações. Caso contrário, ainda que desapareçam as restrições teóricas à concessão de empréstimos ou à prestação de serviços, os potenciais credores não se disporão a constituir uma relação jurídica internacional por falta do elemento fundamental: a *confiança*. Este raciocínio terá fundado as opções das autoridades legiferantes comunitárias que, sem margem para dúvidas, postularam a concessão de garantias especiais como matéria inserida no âmbito de construção europeia e motivaram a intervenção da União no seu âmago, seja anunciando o propósito de harmonização dos direitos nacionais ou da imposição da viabilidade de concessão internacional da hipoteca pelas instituições de crédito<sup>80</sup>.

*Em segundo lugar*, e mesmo que assim não fosse, a liberdade de circulação de capitais abrange expressamente o acesso à propriedade imobiliária noutros Estados-Membros e nas relações de investimento com Estados terceiros, porquanto o art. 64.º TFUE se refere especificamente ao *investimento imobiliário*. Ora, se a aquisição da *propriedade* sobre prédio no estrangeiro é assegurada pelas instituições europeias, por maioria de razão também o acesso a um direito real *menor do que a propriedade* estará garantido<sup>81</sup>.

---

common market and the approach of the study", *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 6-37, p. 9; RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 3.ª Edição, Princípiã, Cascais, 2013, p. 243). No nosso trabalho, não trataremos dos efeitos económicos da existência de um sistema de garantias especiais, mas apenas das distorções existentes no mercado europeu de hipotecas.

<sup>80</sup> Quanto à *harmonização dos direitos nacionais*, lembre-se que, em 1969, a Comissão Europeia identificava a harmonização do direitos das garantias nos Estados-Membros como vector necessário à realização da quarta liberdade (COMISSÃO EUROPEIA, *Nécessité...*, p. 11). Quanto à liberdade de concessão internacional da hipoteca, a Comissão Europeia, em 1984, desencadeou o processo legislativo tendente à aprovação de uma *directiva do crédito hipotecário*, cometendo aos Estados-Membros a obrigação de autorizar as instituições de crédito a conceder crédito garantido por hipotecas sobre imóveis situados noutros Estados-Membros. Sendo certo que este acto não chegou a ser aprovado dia e que não interferia no direito civil aplicável (mas tão-somente nas autorizações concedidas aos bancos) a verdade é que este acto visava justamente realizar o objecto do nosso estudo: "*crear las condiciones necesarias para que los institutos de crédito pudiesen otorgar crédito hipotecario en los diferentes Estados miembros*" — MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 127. Sobre este projecto pronunciar-nos-emos autonomamente *infra*, pp. 479ss.

Entendamo-nos: se um operador económico que pretenda contrair crédito destinado a investir ou a consumir noutro Estado-Membro for confrontado com obstáculos à constituição de uma garantia especial junto de um credor de outro Estado-Membro, só poderá contrair crédito junto de prestamistas internos, já que só nesses inspirará a necessária *confiança*. Nessa circunstância, ainda que se possa argumentar que, uma vez concedidos, os montantes podem circular em todo o território da União, a circulação de capitais não será *livre*. O devedor, porque encontrou obstáculos à constituição de uma garantia noutro Estado-Membro, viu-se obrigado a financiar-se no seio das fronteiras nacionais, porventura com um custo maior do que se houvesse recorrido ao espaço comunitário; os potenciais credores (nomeadamente os bancos) não puderam fazer circular capitais para outro Estado-Membro, já que só no seio do seu país encontraram garantias especiais capazes de afiançar a relação creditória. Isto é, a incidível relação entre *crédito* e *garantia especial* (relação é de tal forma firme que uma das categorizações possíveis do crédito tem em atenção a natureza da garantia especial associada — ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, *cit.*, p. 25) implica que a livre concessão de crédito transfronteiriço só possa ser atingida mediante uma remoção de quaisquer obstáculos à constituição internacional de garantias.

<sup>81</sup> Neste sentido, MARIEL REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6.ª Edição, Defrénois, Paris, 2006, p. 601.

Em terceiro lugar, de forma mais contundente, a definição de *movimentos de capitais* da Directiva n.º 88/361/CEE expressamente abrangeu a constituição da hipoteca nas relações transnacionais, à qual não poderiam ser colocados quaisquer obstáculos. Nesta sequência, nunca a jurisprudência europeia revelou a mínima hesitação na declaração da *constituição de hipoteca* como movimento de capitais protegido pelos Tratados, pois materializa uma garantia essencial para a concessão de crédito destinado à aquisição de imóveis<sup>82</sup>.

Em complemento, a *Segunda Directiva Bancária* (que estabeleceu o princípio do *reconhecimento mútuo* das autorizações de funcionamento concedidas por outros Estados-Membros) permitiu às instituições de crédito celebrar os mesmos negócios a que estivessem autorizadas no país de origem, implicando a conclusão de que as instituições pretenderam internacionalizar o crédito hipotecário<sup>83</sup>.

---

Aliás, tal decorreria mesmo da versão inicial do Tratado (onde a liberdade de circulação de capitais era apresentada como *auxiliar e instrumental* das demais liberdades). Basta pensar que a geração de relações contratuais está muitas vezes dependente da confiança dos outorgantes no cumprimento das obrigações que recaiam sobre a contraparte, razão pela qual a exigência de garantias especiais das obrigações é frequentemente um elemento essencial na negociação — cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1186-1274, p. 1187.

Ao pretender a realização de um mercado único (designadamente admitindo que os operadores económicos de um Estado-Membro possam prestar serviços em toda a União) é bom de ver que só o acesso das partes às garantias das obrigações pode conduzir à realização bem sucedida dos objectivos comunitários.

<sup>82</sup> Cfr. Acórdão *Manfred Trummer* (cit. nota n.º 49), n.º 23: "as hipotecas são o meio clássico de garantir um crédito relacionado com a venda de imóveis [...]. Nestas condições, deve considerar-se que as hipotecas constituem uma «outra garantia» na acepção do ponto IX da nomenclatura, intitulado «Cauções, outras garantias e direitos de garantia». Por esta razão, o aresto é considerado a "fundamental decision on the relationship of the basic freedoms and real sureties" — BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 242; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 360; MONIQUE LUBY, "Comentário ao Acórdão *Manfred Trummer*...", p. 495; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 465. Igualmente o Acórdão *Parodi* (cit. nota n.º 13) n.º 8, estabelece que "a operação que consiste em um banco estabelecido num Estado-Membro conceder um empréstimo hipotecário a alguém estabelecido noutro Estado-Membro constitui necessariamente uma prestação de serviços ligada a um movimento de capitais na acepção do artigo 61.º, n.º 2, do Tratado".

Assim, se o art. 1.º da directiva estabelece a obrigação de os Estados-Membros suprimirem "as restrições aos movimentos de capitais efectuados entre pessoas residentes nos Estados-membros", o Anexo I (sobre a "Nomenclatura dos movimentos de capitais referidos no artigo 1.º da Directiva", declara constituírem "movimentos de capitais" a concessão de garantias ou direitos de garantia (ponto IX). Ademais, ao considerar que a concessão de crédito materializa um movimento de capitais, esclarece-se que naquela categoria *se abrange o crédito hipotecário* (cfr. nota explicativa do Anexo I da Directiva 88/361/CEE). *Vide*, sobre a abrangência da hipoteca internacional pela directiva, JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras comunidades internacionales", *Regesta — Revista de Direito Registral*, vol. 13, n.º 2, 1992, pp. 116-132, p. 119.

<sup>83</sup> Neste sentido, THOMAS WACHTER, "La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne — L'Eurohypothèque", *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188, p. 174; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 128; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007, p. 991; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 125. Cfr. Directiva n.º 89/646/CEE, do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989. Veremos *infra*, com mais pormenor, as normas desta directiva a propósito da consagração do reconhecimento mútuo nas autorizações de funcionamento.

Referimo-nos a *instituições de crédito* abdicando de algum rigor. Na verdade, no sistema financeiro labora uma rede complexa de instituições, "umas bancárias outras não bancárias; umas com capacidade para aceitar depósitos, outras sem esta capacidade; umas autorizadas a conceder crédito, outras que não o podem fazer" (ANTÓNIO J. AVELÃS NUNES, *O Crédito*, cit., p. 199). Nessa medida, a tradicional distinção entre bancos, outras instituições de crédito, sociedades financeiras e seguradoras é cada vez menos nítida, duvidando-se por isso da sua utilidade dogmática, como

Assim, qualquer que seja o prisma por onde se olhe, a eventual existência de obstáculos à constituição de garantias das obrigações constitui uma limitação à concessão de *crédito*. Nessa medida, a livre circulação de capitais, numa das suas dimensões mais importantes (a da inexistência de obstáculos à constituição de relações creditórias internacionais) depende claramente da remoção dos obstáculos à constituição de garantias entre sujeitos de diferentes Estados-Membros.

A eventual existência destes obstáculos não apenas violará as liberdades fundamentais como gerará distorções à concorrência entre as instituições bancárias, que não temerão a celebração de mútuos pelas suas congéneres estrangeiras: não existindo competição entre instituições de crédito no espaço comunitário, os potenciais devedores encontrarão um menor leque de financiadores, não acedendo às condições mais vantajosas que um mercado único poderia oferecer. No fundo, a haver tais obstáculos, o mercado hipotecário encontrar-se-ia compartimentado por fronteiras nacionais; por via dos obstáculos à concessão de garantias, apenas se encontraria a *confiança* necessária ao estabelecimento de uma relação creditória entre sujeitos do mesmo Estado-Membro<sup>84</sup>.

Esta realidade vem preocupando a doutrina que, desde as origens do processo comunitário, elaborou propostas de remoção dos obstáculos à concessão internacional de garantias das obrigações não dependentes da posse, seja mediante em soluções de uniformização do direito das garantias ou através de expedientes de direito internacional privado capazes de oferecer ao credor a necessária segurança face a um financiamento hipotecário internacional. É justamente este o problema que nos ocupará, começando por identificar os eventuais obstáculos à constituição da hipoteca noutros Estados-Membros.

---

demonstram as sucessivas alterações que, entre nós, têm sido introduzidas nos arts. 4.º e 6.º do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras. Assim, utilizaremos indiferentemente as expressões, para nos referir sempre a todos aqueles que pretendam conceder crédito.

<sup>84</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 744; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91 ("*la desaparición de las fronteras en el ámbito del crédito hipotecario supondría una rebaja en su coste y, consiguientemente en el precio de la vivienda, lo que favorecería, sin duda, principalmente a las clases más necesitadas*"); ANDREA FUSARO, "Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LXII — Nuova serie, n.º 5 (Settembre-Ottobre), 2009, pp. 553-566, p. 556; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 120.





# PARTE PRIMEIRA

## O PROBLEMA: A INEXISTÊNCIA DO MERCADO

### EUROPEU DE GARANTIAS IMOBILIÁRIAS

#### I. INTRODUÇÃO

##### 1. A IMPORTÂNCIA DA HIPOTECA E A ESCASSEZ DE HIPOTECAS INTERNACIONAIS NA UNIÃO EUROPEIA

O contrato de mútuo tem sempre associado o risco de o credor não ver satisfeito o seu direito por insolvabilidade do devedor. É nesse contexto que, historicamente, surgem as garantias especiais das obrigações, atribuindo ao financiador segurança acrescida, seja pela associação de um segundo património responsável pelo pagamento (fiança, garantia bancária autónoma, etc.), seja através do valor ou rendimento de certa coisa (penhor, consignação de rendimentos, hipoteca, etc.). Em qualquer dos casos, o mutuante procura precaver-se da insolvência do devedor, satisfazendo o seu direito com preferência face aos demais credores ou responsabilizando um terceiro pelos encargos assumidos pelo devedor.

No que toca ao crédito a longo prazo, as garantias reais sobre imóveis assumem maior relevo, porquanto a perenidade do prédio e a estabilidade do seu valor são superiores à de um património pessoal (o garante pode ter hoje património bastante mas ele ser dissipado antes do prazo por que é concedido o empréstimo)<sup>85</sup>.

A hipoteca oferece importantes vantagens: ao devedor, permite-lhe manter a coisa no seu poder, utilizando-a como lhe aprouver (designadamente, fruindo as suas utilidades e permitindo aplicá-la numa actividade económica); ao credor, atribui a segurança resultante da afectação ao crédito de coisa imóvel (tendencialmente perene), podendo executá-la e pagar-se

---

<sup>85</sup> Neste sentido, BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 482 (*"en raison de la stabilité de la valeur des biens qu'ils grèvent, les gages immobiliers sont des garanties particulièrement sûres"*). As garantias reais ganharam maior importância depois do fim da prisão por dívidas, quando surgiu no comércio jurídico o princípio segundo o qual é o património do devedor a garantia dos credores. Em consequência, os prestamistas buscaram mecanismos de prevalência sobre os credores quirografários (cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias", *Revista da Banca*, n.º 15 (Julho/Setembro), 1990, pp. 59-100, p. 62). Como veremos melhor *infra*, as garantias inicialmente geradas pelo direito romano (como o *pignus* ou a *fiducia*) revelavam-se pouco atractivas, pois implicavam habitualmente a atribuição da posse da coisa dada em garantia ao credor, procurando simultaneamente constranger o mutuário a pagar e dar publicidade à afectação da coisa ao cumprimento daquela garantia. Sobre as origens da expressão *quirografários*, cfr. PAULO CUNHA, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo I, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939, p. 118.

De acordo com a classificação do direito pátrio, o *crédito a longo prazo* é aquele que é concedido por um período superior a cinco anos. Cfr. art. 4.º do Decreto-Lei n.º 58/2013, de 8 de Maio (cfr. ANTÓNIO J. AVELÃS NUNES, *O Crédito*, *cit.*, p. 26).

à sua custa com preferência sobre os demais credores, ainda que seja entretanto alienada. Assim, a hipoteca assumiu enorme importância social: propicia o desenvolvimento económico por permitir aceder de forma eficaz ao crédito bancário para realização de investimentos, já que a coisa construída ou adquirida vai, ela própria, servir de *garantia especial* à obrigação contraída, podendo a sua utilidade económica ser posta ao serviço do devedor. Por esta razão, é tradicionalmente considerada a “*rainha das garantias das obrigações*” e está directamente relacionada com o investimento imobiliário<sup>86</sup>.

O que dizemos não tem apenas uma correspondência histórica, sendo visível na hodiernamente. Na verdade, e não obstante se vir identificando a falência das garantias clássicas desde a segunda metade do século XX, desenvolvendo-se novas formas de caucionar as obrigações de natureza global inerentes à cada vez maior circulação de riqueza (pense-se na garantia bancária autónoma, na alienação fiduciária em garantia, as garantias rotativas sobre o património das empresas)<sup>87</sup>, certo é que a hipoteca continua a ocupar um

---

<sup>86</sup> Assim, assistiu-se à massificação da hipoteca. Trata-se, aliás não só de um instrumento ao dispor dos agentes económicos, mas também uma forma das famílias acederem a habitação própria, utilizando-a como forma de aceder ao financiamento. Neste sentido, JOÃO ANTUNES VARELA, "Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais", *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI, Tomo III, 1991, pp. 47-54, p. 50; LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCCQ, *Les Sûretés — La publicité foncière*, Editions juridiques associées, Paris, 2003, p. 241; G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's modern law of real property*, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 718; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 11 e 21, (nota que a hipoteca constitui hoje não apenas um “*meio de obtenção do crédito para o hipotecador prosseguir a sua actividade mas, sobretudo, uma forma de aquisição da habitação*”; ademais, para o devedor, significa a possibilidade “*dispor da coisa, podendo aliá-la ou hipotecá-la, fazê-la frutificar*”); ULRICH DROBNIG, "Security Rights...", p. 745 (“*the decisive advantage of a non-possessory security is that the debtor may retain the charged goods*”); MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 390 (“*Mortgage markets are not just important due to their sheer volume — € 4.7 trillion outstanding mortgage loans in the European Union at the end of 2004; €11.3 trillion worldwide (EMF, 2005) — but also because most homeowners depend on them, because they fuel the economy both directly and indirectly (through equity withdrawal)*”); DORA MARTINS DE CARVALHO, "A comercialização da hipoteca", *Revista Forense*, Ano 79, vol. 282, 1983, pp. 43-65, p. 43; ANDREA BONOMI, "La nécessité d'harmonisation du droit des garanties réelles mobilières", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 497-515, p. 499 (que sublinha que, do lado do credor, a desnecessidade de desapossamento pode ser atractiva “*car leur conservation comporte des couts et des risques*”. Vide o estudo do Autor sobre o movimento de criação de garantias mobiliárias sem desapossamento, designadas muitas vezes *hipotecas mobiliárias*, e da proliferação da alienação fiduciária em garantia, enquanto reacção a inexistência de penhor sem desapossamento — *cit.* pp. 500ss); JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, 17.<sup>a</sup> Edição, Beck, Munique, 1999, p. 386 (“*Als Kreditsicherungsmittel bedeutsam sind schließlich Grundstücke. Auf sie bezieht sich das Grundpfandrecht*”).

<sup>87</sup> Não se ignora uma certa decadência da hipoteca enquanto figura de eleição, que foi agravada pela crise económica do final da década passada.

Por um lado, alguns legisladores, motivados por interesses de ordem pública que reputaram superiores ao da tutela do credor, estatuíram privilégios e outras garantias a favor de terceiros que prevalecem sobre a hipoteca no momento da execução, frustrando a confiança que os titulares haviam depositado na sua caução (cfr. ISABEL MENÉRES CAMPOS, "Duas questões sobre a efectividade da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito com o direito do credor hipotecário com o direito de retenção", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 309-331, p. 309; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, (policopiado), Coimbra, 1988, pp. 10-11, e o que dizemos *infra*, pp. 212ss). A sua preterição em face de privilégios creditórios e de outras garantias (mesmo que posteriores) trouxe uma *crise da hipoteca*, visível designadamente no direito brasileiro: a perversão da prioridade hipotecária, prejudicando o credor, conduziu a que os prestamistas a rejeitassem; como consequência, foi introduzida a *alienação fiduciária em garantia* de imóveis que, naquele sistema, ocupou o lugar que na Europa é preenchido pela hipoteca. Sobre este

papel primordial no financiamento bancário na UE. Basta atentar no facto de, no fim de 2013, o montante de crédito hipotecário *para aquisição de habitações* concedido na Europa comunitária por instituições de crédito corresponder a 46,2% do total do PIB destes países (ascendendo a 51%, se olharmos apenas à zona Euro), valores que crescem se contabilizarmos o crédito para *outras finalidades* garantido por hipoteca<sup>88</sup>.

Isto é, os dados tornam inequívoca a importância da hipoteca no crédito de longa duração e demonstram a apetência dos operadores económicos por uma garantia milenar, capaz de assegurar ao devedor a fruição da coisa e ao credor a satisfação do crédito<sup>89</sup>.

---

assunto, *vide* MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria", *Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, vol. I, n.º 1, 1980, pp. 41-57, p. 53. Sobre a crise das garantias clássicas, *cfr.* ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto Comissário — Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 10.

*Em segundo lugar*, as instituições de crédito, surpreendidas pela bolha imobiliária, estão menos confiantes na hipoteca e exigem hoje garantias adicionais (sobretudo na sequência de medidas de protecção dos devedores que tiveram directa influência na qualidade da garantia) — *cfr.* ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, "La Protección del Deudor Hipotecario en el Actual Contexto de Crisis Económica", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 58, 2012, pp. 13-209, pp. 53 e 89.

*Em terceiro lugar*, a desvalorização imobiliária dos últimos anos gerou aquilo que é conhecido como a "*strategic default*" onde o devedor decide não pagar a obrigação garantida por hipoteca (privilegiando outros créditos), por saber que a coisa onerada não será suficiente para o pagamento da obrigação (*cfr.* CURTIS BRIDGEMAN, "Are Mortgage Contracts Promises?", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 67-82, pp. 68ss).

<sup>88</sup> A informação estatística consta do relatório da Federação Hipotecária Europeia (FHE) *HYPOSTAT 2014 — A review of europe's mortgage and housing markets*, disponível na internet via [http://www.hypo.org/PortalDev/Objects/6/Files/Hypostat\\_2014.pdf](http://www.hypo.org/PortalDev/Objects/6/Files/Hypostat_2014.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015, p. 88 (*vide* também a nota explicativa pp. 96-97). A FHE é uma associação de instituições que concedem crédito hipotecário, fundada em 1967, representando, segundo dados da própria, cerca de 75% do crédito hipotecário concedido na Europa. Reiterando a informação, *vide* GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets — Report of the Forum Group on Mortgage Credit*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf), consultado em 20 de Agosto de 2012, p. 11 (o *Grupo-Fórum sobre crédito hipotecário* foi criado pela Direcção-Geral do Mercado Interno em 2003, com o propósito e identificar as barreiras à integração dos mercados hipotecários e propor medidas para a sua superação); ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 11; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 176; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário na UE — COM(2007)807 Final*, Bruxelas, 2007, p. 2 (que sublinha atingirem "os saldos em dívida dos créditos hipotecários à habitação quase 47% do PIB da UE"); PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca: Exposição da proposta e suas características principais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), Coimbra, 2008, p. 64; ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999, p. 48; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 93, 2001, pp. 369-383, p. 369, nota n.º 2.

Repare-se que, abdicando de algum rigor, abrangemos no conceito de *crédito hipotecário* o crédito caucionado por garantia imobiliária, o que implica, no mercado alemão, abranger não apenas a *Hypothek* como igualmente a *Grundschild* (hipoteca independente ou dívida fundiária). Por outras palavras, abrangemos o *Realkredit* do mercado alemão, na definição dada por WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild und Hypothek*, 2.ª Edição, Beck, Munique, 1998, p. 2.

<sup>89</sup> Esta conclusão permite suscitar uma questão: como explicar a necessidade identificada pela doutrina de desenvolvimento de figuras mais flexíveis, adequadas a um mundo onde a circulação dos capitais parece encontrar entraves na capacidade das hipotecas? Como explicar a mais recente mutação do direito das garantias a que vimos assistindo (veja-se o que dizemos *infra* sobre os direitos espanhol e francês)? Este problema distancia-se do objecto do nosso estudo, pelo que não o abordaremos. Ainda assim, os dados estatísticos demonstram que a falência das garantias clássicas não se deverá à figura da hipoteca *in se*: se assim fosse, assistiríamos, no quadro europeu, a uma diminuição do volume de crédito hipotecário concedido, o que não

Ora, num mercado economicamente integrado como o espaço europeu seria expectável que os valores estatísticos de relações jurídicas internacionais fossem próximos daqueles que analisámos. No entanto, se olharmos ao volume de crédito hipotecário que se enquadra numa relação transfronteiriça, o resultado é manifestamente diferente. De facto, a concessão de crédito hipotecário constitui realidade quase exclusivamente interna, sendo praticamente irrelevante o volume de financiamentos bancários transfronteiriços, no espaço comunitário, garantidos por hipoteca: menos de 1% de todo o crédito internacional concedido, mesmo quando consideramos relações entre credor e devedor do mesmo Estado-Membro. No fundo, *“like Nessie, the famous Loch Ness dweller, everybody speaks about cross-border residential mortgage financing but nobody has really seen anything”*<sup>90</sup>.

Trata-se de um dado surpreendente, já que o mútuo hipotecário é aquele que gera maior volume de financiamento, particularmente na construção e aquisição de imóveis. Isto é, se é verdade que os operadores económicos (instituições de crédito e pessoas jurídicas que se financiam junto destas) continuam a eleger a hipoteca como garantia especial mais conforme

---

acontece. Assim, as tendências recentes de modificação do direito das garantias parecem descobrir-se fora do regime da hipoteca, porventura nas regras falimentares, executivas ou na sua relação com privilégios creditórios.

<sup>90</sup> A expressão é de ERIC KLESTA, "Experience in Cross-Border Residential Mortgage Lending in the EU: Examples from Portugal and Greece", *Housing Finance International*, December 2003, 2003, pp. 15-20, p. 15. Os dados estatísticos (segundo os quais menos de 1% do crédito hipotecário europeu é transfronteiriço) estão publicados no estudo *Basic Guidelines for a Eurohypotheq — Outcome of the Eurohypotheq workshop November 2004/April 2005*, Mortgage Credit Foundation — Mortgage Bulletin 21/2005, Warsaw, 2005, p. 11; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito hipotecário na UE" — COM(2005)327 Final*, Bruxelas, 2005, p. 6; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finances-retail/docs/home-loans/comments/priv-es\\_eurohypotheq-es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finances-retail/docs/home-loans/comments/priv-es_eurohypotheq-es.pdf), consultado em 24 de Março de 2015, p. 8. Neste sentido, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, "Foreword", *Basic Guidelines for a Eurohypotheq — Outcome of the Eurohypotheq workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 3-4, p. 3 (*“there is no internal market of mortgage loans, it is mostly national one”*), apesar de a sublinhar que o volume total de crédito hipotecário ultrapassa *“more than four 3 trillion euros”*); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las Garantías...", p. 1187 (*“Una de las especialidades más destacables del comercio internacional, en el plano fáctico, se concreta en la preferencia de los operadores internacionales por las garantías personales”*); OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2267 (*“It is not yet possible to talk of a pan-European single market in mortgage loans, however; indeed, the mortgage market is mostly nationally orientated”*). MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91 (*“No puede olvidarse cómo el crédito hipotecario es el que mayor volumen de financiación genera, singularmente en la construcción y consiguiente adquisición de viviendas”*); ANDREAS LUCKOW, "Charts on business structures", *Basic Guidelines for a Eurohypotheq — Outcome of the Eurohypotheq workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 24-38, p. 25; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypotheq: a common mortgage for Europe", *The Conveyancer and the Property Lawyer*, 2005, pp. 32-52, p. 35 e *Looking for a model for a Eurohypotheq*, European University Institute, disponível na internet via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/Background%20Paper%20Eurohypotheq.pdf>, consultado em 9 de Outubro de 2012, p. 2 (*“trans-national mortgage lending is practically non-existent”*) e "The Integration of the Mortgage Markets in Europe (part 1)", *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 3, 2011, pp. 39-57, p. 47; GARY WAIT, "The Eurohypotheq and the English Mortgage", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, n.º 2, 2006, pp. 173-193, p. 176 (*“The EU internal market for banks has been established since 1 January 1993, but cross border financing of real estate investments continues to be an exception”*); BRAM AKKERMANS, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, Antuérpia, 2008, p. 506; KLESTA, *cit.*, p. 16.

aos interesses de ambos *nas relações internas*, também é certo que a mesma garantia é radicalmente afastada numa relação de financiamento internacional.

Estes dados sugerem uma conclusão: o mercado hipotecário *não está integrado*, remanescendo obstáculos à criação de garantias imobiliárias transnacionais no espaço europeu<sup>91</sup>. Perscrutar as razões deste afastamento de credores e devedores da mesma garantia que elegem, por toda a Europa, nas relações creditórias internas é o ponto de partida para o estudo que aqui abraçamos. Na eventualidade de estas razões redundarem em barreiras à livre contratação destas garantias, defrontaremos uma limitação à liberdade de circulação de capitais legitimadora da intervenção das instituições europeias.

Há, ainda, outro indício de existência de obstáculos à concessão de hipotecas no estrangeiro: os bancos que pretendem conceder crédito assegurado por hipoteca em Estado diferente daqueles em que estão estabelecidos consorciam-se habitualmente com instituições no Estado desse país (o que a doutrina atribui a uma manobra para obviar aos obstáculos). Isto é, os operadores recorrem a *expedientes indirectos* para exercer uma liberdade que o Tratado lhes garante<sup>92</sup>.

## 2. A AUSÊNCIA DE INTEGRAÇÃO DOS MERCADOS HIPOTECÁRIOS: CONSEQUÊNCIAS.

A Comissão reconheceu justamente a existência de *“obstáculos que limitam o nível de actividade transfronteiriça, tanto no que se refere à oferta como à procura, reduzindo assim a concorrência e a gama de escolha no mercado”*<sup>93</sup>. A eliminação destas barreiras não apenas é imposta pelos Tratados enquanto objectivo em si mesmo, como produziria vantagens noutras vertentes da integração económica europeia.

*Desde logo*, a eliminação das barreiras à integração do mercado hipotecário permitiria gerar concorrência entre as instituições de crédito. Esta originaria a atracção de um maior

---

<sup>91</sup> Neste sentido, ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 37. A integração refere-se ao *“ideal case that the same mortgage products are available in all EU countries at the same prices”* (LONDON ECONOMICS, *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets — Report for European Commission, DG-Internal Market and Services*, London, 2005, p. 4). Repare-se, porém, haver um dado estatístico contraditório: o preço do crédito hipotecário não difere grandemente entre Estados-Membros; *“this indicator could be regarded as evidencing a high level of integration in the EU mortgage credit market”* (GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 11; EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, *EBIC's Position on the Commission Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, Bruxelas, 2005, p. 2).

<sup>92</sup> OTMAR STÖCKER, "Real...", pp. 2259ss; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité Notariale Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133, pp. 54-55. Assim, o financiamento hipotecário transnacional intracomunitário está assente no estabelecimento de instituições subsidiárias no Estado de destino ou, pelo menos, em relações de *joint-venture* com bancos locais: *“however, lending across borders without the need of any sort of establishment by the lender in the Member State where the consumer debtor resides, represents less than 1% of European mortgage credit activity”* (GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 11) ou *“circunscreve-se em grande medida à aquisição de imóveis para férias ou situados nas regiões fronteiriças, constituindo ambos os sectores mercados de nicho”* (COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 6).

<sup>93</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 3.

número de financiadores a cada Estado-Membro e um aperfeiçoamento do mercado comum nas demais áreas, porquanto reforçaria a competição entre os diversos operadores económicos. Na verdade, um mercado hipotecário europeu colocaria os agentes económicos em posição similar no que tange ao acesso ao crédito, eliminando distorções que decorram das melhores condições que possam ser adquiridas em certo Estado<sup>94</sup>.

*Em segundo lugar*, a realização do mercado europeu de garantias imobiliárias importaria expressiva melhoria da situação dos devedores. Em face do aumento de concorrência entre as entidades de crédito, estes ganhariam capacidade negocial nos mútuos hipotecários, deixando de estar constrangidos a contratar com as entidades nacionais. O aumento do leque de eventuais prestamistas teria, provavelmente, um efeito de redução custo do crédito<sup>95</sup>.

*Em terceiro lugar*, a ausência de obstáculos provocaria uma dilatação do volume de crédito por efeito do aumento global da procura e da oferta. Tal incremento seria um importante factor de crescimento, pois é sabido que este não ocorre sem aquele. Os estudos apontam para um aumento na ordem os 0,7% do PIB da UE, caso se eliminassem os obstáculos à integração do mercado hipotecário<sup>96</sup>.

Sendo o domínio das garantias reais sobre imóveis uma trave mestra na realização do mercado único (e estando abrangido expressamente pelo regime da liberdade de circulação de capitais), seria expectável uma visível intervenção das instituições comunitárias, capaz não apenas de eliminar as barreiras à construção do mercado como também de fomentar a concessão de crédito hipotecário transnacional.

Sucedem, porém, que a utilização de direitos reais como elementos do crédito “*est toujours apparue comme un parent pauvre du droit communautaire privé*”<sup>97</sup>. A acção comunitária tem visto as garantias imobiliárias como domínio independente da relação creditória e descurado a respectiva regulação, não prestando suficiente atenção às disparidades legislativas em matéria de direitos reais sobre imóveis ou aos obstáculos existentes na sua aquisição sobre

---

<sup>94</sup> Neste sentido, EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9. Este efeito positivo seria maior nos mercados altamente concentrados (como o português e o dinamarquês), onde as cinco maiores instituições bancárias têm uma quota de mercado superior a 80% (cfr. SIMON LOW, MATTHEW SEBAG-MONTEFIORE E ACHIM DÜBEL, *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets*, Mercer Oliver Wyman — European Mortgage Federation, London, 2003, pp. 8 e 12).

<sup>95</sup> Neste sentido, GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 11; MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 749; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothe: a common...", p. 32; SIMON LOW, MATTHEW SEBAG-MONTEFIORE E ACHIM DÜBEL, *Study...*, p. 8; DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 27. Isto é, como bem nota EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 7, “*a functioning system of security rights is not only beneficial for creditors but also for debtors, since it lowers the price of borrowing*”.

<sup>96</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", pp. 749ss. Sobre os dados económicos, vide COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 3, e LONDON ECONOMICS, *The costs...*, p. 5.

<sup>97</sup> MARC FALLON, "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré — L'expérience de la Communauté Européenne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 253, 1995, pp. 9-282, p. 176.

prédios situadas num Estado diferente, porventura escudando-se na norma do art. 345.º TFUE. Concordantemente, os Estados-Membros também não vêm com bons olhos a existência de regulação supranacional em matérias afins à regulação da propriedade imobiliária, pretendendo resguardar este domínio na esfera estritamente interna<sup>98</sup>.

### 3. AS RAZÕES DA DISTORÇÃO: OS OBSTÁCULOS À HIPOTECA INTERNACIONAL

Chegados a este ponto, o nosso estudo começará por perscrutar as razões subjacentes à conclusão da Comissão de *inexistência de integração do mercado hipotecário*. Procuraremos identificar *os obstáculos* à realização desta vertente do mercado europeu para que, em consequência, analisemos propostas de eliminação dos entraves que encontrarmos.

Não há grande controvérsia quanto a este problema: são incontestados os factores da escassa utilização de garantias imobiliárias no crédito internacional intracomunitário, pelo que as querelas situam-se tão-somente em saber qual a *principal causa*<sup>99</sup>.

*Em primeiro lugar* aponta-se a sujeição das garantias imobiliárias à *lex rei sitae*, associada à profunda disparidade dos direitos nacionais (quer no direito substantivo, quer na protecção registal) e à rigidez da sua regulação, a conduzir a níveis de tutela muito diferentes. Apresentando as garantias imobiliárias regulação tendencialmente imperativa, surge uma importante variação da posição jurídica do credor hipotecário consoante a lei aplicável à relação jurídica (que não pode ser escolhida pelas partes). A desuniformidade substantiva associada à aplicação compulsória da *lex rei sitae*<sup>100</sup> dissuade a constituição de crédito hipotecário internacional, pois o credor é assolado com incerteza quanto à protecção conferida por um sistema que não conhece: receará a aceitação de hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro, pois necessitará de se informar e assessorar para avaliar a protecção que o instituto estrangeiro lhe atribui, repercutindo tais custos ao mutuário (que podem ser avultados, pois no Estado de situação do prédio podem coexistir vários tipos de hipoteca,

---

<sup>98</sup> Cfr. DIANA WALLIS, *European Property Rights & Wrongs*, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, p. 8; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothe: a common...", p. 32. Dedicar-nos-emos *infra* (pp. 369ss) ao conteúdo do art. 345.º TFUE.

<sup>99</sup> Versamos apenas quanto aos obstáculos de ordem *jurídica*, embora alguma doutrina identifique ainda óbices de índole política, sobre os quais não nos pronunciaremos — *vide* HANS G. WEHRENS, et al., "La cédule hypothécaire suisse et la dette foncière allemande. Étude comparative, base d'une future Eurohypotheque", *Rapport de la Commission des Affaires de la Communauté Européenne (section Marché commun) de l'Union Internationale du Notariat Latin*, UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, Fondation pour la Promotion de la Science Notariale, Amesterdão, 1988, pp. 1-30, p. 3.

<sup>100</sup> A disparidade legislativa não seria por si só um obstáculo intransponível, até porque se trata de um facto da vida em vários domínios (A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination and co-operation in respectful disagreement", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 311, 2004, pp. 9-552, p. 55). A especificidade neste domínio é que essa disparidade está associada a uma aplicação forçosa da *lex rei sitae*, o que impede a viabilidade de opção por uma lei mais adequada às pretensões das partes (EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 200).



com distinções e similitudes difíceis de compreender por operador estrangeiro). No fundo, aceitá-la implica assumir o risco de execução de uma *garantia que não conhece*, que pode ser “*tan aleatoria que resultará no solo ineficaz sino gravosa*”. Trata-se de um entrave à geração de situações internacionais, materializando “*os obstáculos jurídicos que impedem os mutuantes de propor determinados produtos em determinados mercados*”<sup>101</sup>.

---

<sup>101</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 4. A citação é de ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las Garantías...", p. 1188. Frisando a disparidade do direito hipotecário como obstáculo, cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 77 (“*En efecto, si la Ley aplicable a una situación jurídica es más severa o, simplemente, es diferente en los distintos Estados miembros, los particulares pueden sentirse «desincentivados» a circular por la UE. La diversidad de Leyes aplicables a una misma situación privada internacional en los Estados miembros opera, en estos casos, como un auténtico obstáculo a las libertades de circulación de la UE*”); JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181, p. 170 (lembrando que as instituições de crédito vêem a garantia “*comme un «corps étranger» par rapport au reste du contrat*”, recusando por isso a hipoteca); SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothe: a common...", p. 32 (“*The main problems are the differences between the laws on mortgages in the different European countries*”); ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", pp. 990 e 993 (“*De entre todas ellas, hay una que destaca sobre el resto: las grandes diferencias que existen, por una parte, en la regulación de los derechos reales de garantía sobre inmuebles – en concreto, de las hipotecas – que se contemplan en los distintos Estados miembros y, por otra, en los sistemas de publicidad registral*”); ULRICH DROBNIG, "The law governing credit security", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 57-82, p. 57 (“*rooted in the strong traditions in the domain of land law and influenced by the close connection that exists between land law and the prevailing system of land registration, these provisions diverge very sharply*”); THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 174 (“*le marché commun européen des sûretés n'a pas encore pu être réalisé en raison des différences des systèmes hypothécaires qui sont traditionnellement marqués par les droits nationaux*”) e "Die Eurohypotheke — Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM — Wertpapier Mitteilungen)*, vol. 53, n.º 2, 1999, pp. 49-70, p. 49; GARY WATT, "The Eurohypothe...", p. 176 (“*This is attributable in large part to differences between national laws governing security over immovable assets*”); LONDON ECONOMICS, *The costs...*, p. 9 (“*lenders tend to be discouraged from lending across borders by the fact that they would be bound by the legal system of the borrowers' country*”); MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 743; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias das Obrigações*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 49; ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Obrigações Hipotecárias e Titularização de Créditos Hipotecários", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 621-637, p. 623; ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito Português da Hipoteca", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 725-742, p. 725; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 42; AGNIESZKA DREWICZ-TULODZIECA, "Foreword", p. 3; ANDREAS LUCKOW, "Charts...", p. 25; ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, "Derechos de Garantía sobre Bienes Muebles", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 967-985, p. 967; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 5; SIMON LOW, MATTHEW SEBAG-MONTEFIORE E ACHIM DÜBEL, *Study...*, pp. 54 e 81; ROY GOODE, "The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 757-767, p. 757; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl\\_ploeger\\_vanloenen-en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl_ploeger_vanloenen-en.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015, p. 1; BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 223; DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration des marchés financiers*, Commentaire J. Mégret, 3.ª Edição, Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, Bruxelas, 2007, p. 364; NINA SCHERBER, *Europäische Grundpfandrechte in der nationalen und internationalen Insolvenz im Rechtsvergleich*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004, p. 152; CLAUDIO SEGRÉ, *The Development of a European Capital Market*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://aei.pitt.edu/31823/1/Dev\\_Eur\\_Cap\\_Mkt\\_1966.pdf](http://aei.pitt.edu/31823/1/Dev_Eur_Cap_Mkt_1966.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015, p. 177; NURIA BOUZA VIDAL, "Modalidades...", p. 551; ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ALFONSO YBARRA BORES, "La armonización...", p. 122; WULF-HENNING ROTH, "Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 36-67, p. 38; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria*, eScholarship, disponível na internet via <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>, consultado em 9 de Julho de 2015, p. 3; ALAIN GOURIO, "Le

A crescer, a maioria dos direitos nacionais configura a *hipoteca* como acessória em face de determinado crédito. Assim, dificulta-se a circulação da garantia, porquanto só pode ser transmitida com o crédito que assegura, tornando-a menos apelativa em face das cauções de natureza pessoal autonomamente transaccionáveis<sup>102</sup>. Este problema não alastra às regras modeladoras do crédito, pois estas não são rigidamente impostas (podendo as partes escolher a lei aplicável às obrigações assumidas)<sup>103</sup>.

---

nouveau cadre juridique juridique du crédit aux particuliers en Europe", *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 4, n.º 2, 2003, pp. 128-147, p. 142; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9. Ilustrativa da desconfiança das instituições bancárias face a sistemas jurídicos que não conhecem é a constatação de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias internacionais", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 233-282, p. 243, da designação imposta pelos bancos, quanto ao direito aplicável aos contratos, da "*lei do país em que se situa a sede do banco ou, em relação às operações realizadas por filiais ou sucursais estabelecidas noutro país, a lei do país onde se encontra sediada a filial ou estabelecida a sucursal*".

A convicção generalizada da existência dessa disparidade, associada à ligação que o direito das coisas tem com a específica realidade de cada sociedade nacional, parece justificar um enorme contraste entre o vasto número de estudos de direito comparado no domínio das obrigações e a raridade de obras dedicadas à comparação dos regimes jurídico-reais na UE (cfr. SJEF VAN ERP, "A Comparative Analysis of Mortgage Law: searching for principles", *Land Law in Comparative Perspective*, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 69-86, p. 69). A disparidade e complexidade do sistema de garantias é uma característica de uma economia viva, que gera problemas e reclama soluções para novas realidades no domínio do crédito (ROLF STÜRNER, "Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit un die europäische Zukunft", *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, ULRICH HUBER E ERIK JAYME, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992, pp. 377-388, p. 378). Quanto à multiplicidade de *tipos de hipoteca* no seio do mesmo Estado, OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012, pp. 20ss.

Aliás, a disparidade de lei aplicável associada à regra da *lex rei sitae* é justamente um dos problemas no domínio das garantias reais *mobiliárias* (cfr. EVA-MARIA KIENINGER, "Securities in Movable Property within the Common Market", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 41-66, p. 47; ROTH, *cit.*, p. 39). Neste âmbito, os problemas são sentidos com diferente intensidade: as partes podem deslocar a coisa para o Estado cujo direito conhecem e querem ver aplicado, suportando assim os respectivos custos (ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property and Federalism", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2005, pp. 72-115, p. 76), embora tal acarrete o risco de esvaziamento dos poderes do credor (veremos *infra*, pp. 511ss).

No quadro da protecção tabular, ensina ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 62 e 63, 1957, pp. 5-364 e 193-396, p. 7, que a garantia do credor está "*em saber que o hipotecador é o verdadeiro titular do direito hipotecado e que o valor deste não está comprometido por encargos anteriores, ao ponto de afectar a garantia; em poder realizar de maneira expedita o seu capital, se tiver necessidade disso*". Ora, a certeza conferida por um sistema registal quanto à titularidade do direito de quem onera a coisa varia substancialmente nos diversos sistemas registais europeus, colocando em cheque a segurança atribuída pela hipoteca ao comércio jurídico numa relação jurídica absolutamente internacional. *Vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos do Registo Predial — Terceiros para efeitos do Registo Predial*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 175ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems of Land Registration — Aspects and Effects*, NGG — Nederlandse Commissie voor Geodesie, Delft, 2002, p. 6; OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2257; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29; PLOEGER e VAN LOENEN, *cit.*, p. 1; VAN ERP, *cit.*, p. 86; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht in Europa — Skizze eines unvermessenen Gebiets", *Festschrift Tuğrulansay zum 75. Geburtstag*, SABIH ARKAN E YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 307-321, p. 309.

<sup>102</sup> ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las Garantías...", p. 1188; JESÚS CAMY ESCOBAR, "Principios fundamentales de la hipoteca", *Regesta — Boletim da Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos*, Ano 16, n.º 6 e 7, 1995, pp. 190-192, p. 190; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 23 (frisando o problema no direito lusitano). Sobre a acessoriedade, *vide infra* pp. 132ss.

<sup>103</sup> Sobre a escolha da lei aplicável à relação creditória, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", pp. 240ss; MARIA HELENA BRITO, "Os Contratos Bancários...", pp. 90ss; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention", *EC Financial Market Regulation and Company Law*, MADS ANDENAS E STEPHEN KENYON-SLADE,

Em *segundo lugar*, aponta-se a sujeição do crédito hipotecário a uma multiplicidade de normas de diferentes ramos do direito (civil, económico, financeiro, executivo, falimentar, registal). Esta vicissitude implica, quando numa relação transnacional, que a garantia seja parcialmente regulada por ordenamentos nacionais distintos<sup>104</sup>.

Em *terceiro lugar*, recorde-se que alguns sistemas notariais (*maxime* os latinos) impõem solenidades específicas na constituição de hipotecas, porventura aplicáveis a todos os imóveis aí situados. Estas condições dificilmente se compatibilizam com relações jurídicas entre distantes e desconhecidos, próprias do financiamento internacional, *maxime* quando o adquirente da garantia não tem qualquer ligação ao local da situação do prédio nem realiza o seu interesse pela utilização directa da coisa<sup>105</sup>.

No fundo, estes três fundamentos reconduzem-se à inexistência do pressuposto em que sempre assentou a constituição garantias reais: a *segurança do tráfico jurídico*, enquanto protecção conferida ao credor hipotecário quanto ao risco de incumprimento e a uma eventual modificação da sua posição por circunstâncias por si desconhecidas. Efectivamente, se nas relações internas parecem estar ultrapassados muitos dos óbices que, ao longo da História, puseram em causa a segurança do credor hipotecário (em boa parte, por responsabilidade da instituição de sistemas de Registo Predial), a colocação da relação creditória sob perspectiva absolutamente internacional gera insegurança a um potencial credor que pretenda caucionar-se através de garantia imobiliária<sup>106</sup>.

---

Sweet & Maxwell, Londres, 1993, pp. 43-79, p. 43; THIERRY VIGNAL, "Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé", *Mélanges Michel Cabrillac*, LITEC, Paris, 1999, pp. 545-557, n.º 4.

A isto acresce o facto de ter ocorrido harmonização das normas sobre o crédito hipotecário nas relações com consumidores (matéria excluída do nosso estudo), subjacente à convicção de que a imposição de regras imperativas similares quanto à transparência do negócio pode contribuir para a internacionalização destas relações jurídicas — cfr. a *Directiva do Crédito Hipotecário* — Directiva n.º 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014. As regras comunitárias dirigem-se ao domínio obrigacional, onde as partes podem optar pela lei aplicável; todavia, as suas normas imperativas tornam-se aplicáveis a todos os contratos exclusivamente conectados com as ordens jurídicas dos Estados-Membros, por força do n.º 4 do art. 3.º do Regulamento Roma I, que constituirá um contrapeso ao cada vez maior papel conferido aos operadores económicos na regulação das relações jurídicas que estabelecem (cfr., sobre a *ratio* desta norma, HORATIA MUIR WATT, "«Party Autonomy» in international contracts: from the making of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 250-283, p. 261).

<sup>104</sup> Neste sentido, MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca...*, p. 3. Pense-se, por exemplo, num crédito submetido à lei alemã, garantido sobre hipoteca sobre prédio situado em Portugal, reclamado no quadro de uma insolvência de devedor estabelecido em França, submetida ao direito gaulês.

<sup>105</sup> *Vide infra* pp. 260ss.

<sup>106</sup> No mesmo sentido, cfr. PAUL VAN DER MOLEN, "The European...", p. 2. Sobre a confiança do credor hipotecário e papel do Registo Predial na sua promoção, *vide* MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 43; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Almedina, Coimbra, 1966, pp. 121ss; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60, p. 20 ("o crédito hipotecário pode ser tanto mais facilitado, eficiente e «barato» quanto mais aperfeiçoado for o sistema de registo"); ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions", *Land Law in Comparative Perspective*, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 87-95, pp. 87ss; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "A comparative

Isto é, a sujeição das garantias imobiliárias à *lex rei sitae*, a rigidez da sua regulação e transmissão e a sua sujeição a diferentes ramos do direito (mormente no momento da sua execução) são obstáculos sérios à utilização daquelas na caução de créditos internacionais porque se traduzem num fundamento indirecto: não constituindo problemas jurídicos inultrapassáveis, têm o condão de gerar nos potenciais credores um foco de *incerteza* apto a infirmar a sua vontade negocial. Na verdade, quem exige uma *garantia especial* quer reforçar a sua segurança na relação jurídica a constituir, pelo que a incerteza neste domínio pode ser fatal na sua constituição; são os *riscos conflituais* do crédito internacional<sup>107</sup>.

Concretizemos. Se a hipoteca se sujeita à lei da situação da coisa e à protecção registal conferida pelo direito tabular desse Estado, o credor estrangeiro não conhecerá com profundidade os poderes que a garantia lhe confere ou as condições da sua transmissibilidade (realizando antecipadamente o seu crédito). Tal insegurança é potenciada pelo facto de, nas maioria dos direitos nacionais, não ser possível modelar contratualmente o conteúdo da hipoteca, restringindo ou ampliando os poderes do credor. Ademais, o efeito útil da hipoteca (a execução privilegiada da coisa onerada), depende de regras de vários ramos jurídicos — falimentar, registal, processual — que podem ser também desconhecidos do credor, pelo que a natureza internacional da relação creditória envolverá sempre risco. A acrescer, a própria constituição da hipoteca implica muitas vezes um negócio presencial, incitando-se a sua celebração no Estado de situação do prédio, porventura forçosamente redigido em língua desconhecida do credor e em documento notarial cuja valia é por si desconhecida<sup>108</sup>.

---

approach to the Torrens Title system", *Australian Property Law Journal*, vol. 20, 2012, pp. 203-223, pp. 206ss; WALTER BÖHRINGER, "Comparison of the Land Registry System in Central Europe with Other Forms of Property Law: Introduction to the Basic Features of Central European Land Registry and Apartment Ownership", *Notarius International*, vol. 2, n.º 4, 1997, pp. 166-177, p. 167.

Utilizamos a expressão "*situações absolutamente internacionais*" na acepção de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 11: situações que "*entram em contacto através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo mas a vários: são relações «plurilocalizadas»*". Sobre a apreciação da *internacionalidade*, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, p. 40.

<sup>107</sup> ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Las Garantías...", p. 1189; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, pp. 82-83; SPIROS V. BAZINAS, "The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 141-154, p. 141 (sobre a relação estabelecida entre a segurança das transacções e as garantias das obrigações no comércio internacional); FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva sobre Acuerdos de Garantía Financiera y el Gobierno de los Riesgos Conflictuales", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 6289-6305, p. 6289 (frisando os *riscos conflituais* assentes na determinação dos *poderes* do credor e sua posição jurídica em eventuais processos de insolvência ou de execução).

<sup>108</sup> Lembre-se, ainda, a disparidade fiscal quanto aos tributos inerentes à hipoteca (cfr. THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 177 e MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 404).

O problema está identificado desde a década de sessenta, quando se aventou a criação de uma garantia imobiliária europeia como solução destas limitações<sup>109</sup>. Analisemos isoladamente cada uma das dificuldades.

## II. A APLICAÇÃO DA *LEX REI SITAE*

### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS: A HIPOTECA E O ESTATUTO REAL

A constituição de uma hipoteca é uma das matérias incluídas no *estatuto real*<sup>110</sup>, o qual é normalmente definido com grande abrangência, abarcando todas matérias relativas à classificação, existência e extinção de direitos reais<sup>111</sup>.

---

<sup>109</sup> Referimo-nos ao relatório sobre o “*desenvolvimento de um mercado de capitais europeus*”, realizado para a Comissão Europeia em 1966 por um grupo de trabalho presidido por SEGRÉ (*The Development...*, pp. 37ss). Considerando que a diversidade de direitos de garantia imobiliária era uma fonte de dificuldades, propunham-se duas soluções: *por um lado*, a harmonização dos direitos nacionais; *por outro*, a introdução de uma garantia imobiliária uniforme em todos os Estados-Membros (cfr. MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, pp. 744ss).

<sup>110</sup> A expressão provém das *escolas estatutárias*, a que é atribuída a origem do DIP. A *teoria dos estatutos* não corresponde propriamente a uma tese unívoca com unidade do conteúdo ou dos pressupostos; trata-se de uma análise dos limites de aplicabilidade dos *estatutos* das cidades italianas e holandesas e seus conflitos. Sobre as escolas estatutárias italiana e francesa e o surgimento histórico do DIP, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 107ss; RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, 2.<sup>a</sup> Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1991, pp. 12ss; ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I, Princípios Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1921, pp. 294ss; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, Tomo I, 8.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, Paris, 1993, pp. 374ss; MAX GUTZWILLER, “Le développement historique du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1929-IV, Tomo 29, 1929, pp. 287-400, pp. 310ss; FRIEDRICH K. JUENGER, “A Historical Overview”, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Transnational Publishers, Inc., New York, 2001, pp. 3-43, pp. 3ss; ALEX MILLS, *The Confluence between Public and Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, pp. 28ss, e “The Private History of International Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n.º 1, 2006, pp. 1-50, pp. 4ss; ANTOINE PILLET, “Théorie Continentale des Conflits de Lois”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1924-I, Tomo 2, 1924, pp. 447-495, pp. 451ss. Para uma análise do DIP na academia lusa, vide RUI MOURA RAMOS, “Direito Internacional Privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 99-105, pp. 99ss. Sobre a evolução da lei aplicável aos direitos reais, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales (Capítulo XXIX)”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12.<sup>a</sup> Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912, p. 871; RAFAEL ARENAS GARCÍA, “El Derecho Internacional Privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*; FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ E JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, Vitoria, 2008, pp. 19-94, pp. 22ss.

Modernamente, o termo “*estatuto*” é usado no DIP para designar “*o conjunto de proposições jurídico-materiais que são chamadas por uma norma de conflitos*” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 440) ou *as questões jurídicas* que tais normas resolvem, embora não seja negligenciável uma segunda acepção atinente ao *estado*, *maneira de ser jurídica*, *status*. No fundo, a expressão pode ser tida como *regras jurídicas* ou como *estado* (cfr. NUNO ASCENSÃO SILVA, “Do estatuto pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 549-649, p. 551; RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas — Uma análise de direito material e de direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 154; PH. FRANCESCAKIS, “Conflits de Lois (principes généraux)”, *Répertoire de droit international*, Vol. I, Dalloz, Paris, 1968, pp. 470-497, p. 486; LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006, p. 36; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 117).

Pode, pois, atribuir-se a aplicação da *lex rei sitae* às coisas imóveis desde o surgimento do DIP, já que estará na *teoria dos estatutos* o primeiro esforço de resolução dos conflitos de leis. A *teoria dos estatutos* (regras doutrinárias

desenvolvidas desde o século XIV ao início do século XIX por juristas italianos, franceses e holandeses) propôs pela primeira vez um método de solução dos conflitos de leis: o estabelecimento de critérios de limitação das regras de certo *estatuto* ou *costume*. Isto é, as escolas estatutárias procuravam regular os conflitos de leis através da *determinação dos limites das regras de cada um dos estatutos ou costumes*. Antes do seu surgimento, e perante o objectivo de assegurar a uniformidade do direito aplicável, recorria-se ao direito romano, então entendido como fonte positiva de direito supra nacional (cfr. RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 13; SEBASTIÃO CRUZ, *Direito Romano (Ius Romanorum)*, Vol. I, Introdução e Fontes, 4.<sup>a</sup> Edição, Dislivro, Coimbra, 1984, pp. 90 e 91; FERRER CORREIA, *cit.*, p. 103; CARRASCOSA GONZÁLEZ, *cit.*, p. 871).

A regra da *lex rei sitae* para o estatuto real terá sido primeiramente afirmada por JACQUES DE RÉVIGNY, em 1270, a propósito das sucessões; na sua sequência, surgiram várias propostas de distinção de estatutos, conduzindo sempre à aplicação da *lex situs* às coisas: BARTOLO estabeleceu no século XIV a necessidade de se distinguir os *estatutos relativo às pessoas* (de aplicação extraterritorial) dos *estatutos que dispõem sobre as coisas*, (aplicáveis apenas às coisas situadas no respectivo território), solução igualmente afirmada por D'ARGENTRÉ. A aplicação da *lex situs* aos direitos reais sobre imóveis resistiu depois às teorias personalistas, compondo-se o *estatuto real* pelas normas e princípios relativos a *coisas* e propondo-se a sua aplicação *territorial*.

Com a instituição dos Estados nacionais, a lei passa a ser entendida como ordem do legislador, pelo que a aplicação das normas se submetia a um princípio de territorialidade, só derogável por opção do Estado (utilizando-se um *princípio formal* de escolha da lei aplicável em detrimento de um *princípio funcional* que tendia à determinação de uma regulamentação que correspondesse às expectativas das partes). Nesta concepção, a aceitação da aplicação de direito estrangeiro no foro apenas se devia à *comitas*: um “*misto, a um tempo, de uma noção de mera cortesia, e a outro, de um certo dever moral de consideração das ordens jurídicas estrangeiras que, no entanto, se não impunha vinculativamente aos Estados*” (RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 14).

Esta concepção só é ultrapassada com as propostas metodológicas de WÄCHTER e de SAVIGNY, que vêm inaugurar o DIP moderno. Segundo WÄCHTER, a aplicação de lei estrangeira depende das prescrições do direito desse Estado, concepção seguida depois pelos Autores que hoje defendem uma função unilateralista introversa às regras de conflitos (PIERRE GOTHOT, “Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 60, 1971, pp. 1-36; 209-243; 415-450, p. 5). A proposta metodológica de SAVIGNY, ao invés, procura identificar a *sede* ou o *centro* de cada relação jurídica, através de princípios universais que almejassem, mesmo no quadro da existência de várias leis nacionais, uma solução uniforme (ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Direito Internacional Privado”, *Pólis: enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado — Antropologia cultural, direito, economia, ciência política*, JOÃO BIGOTTE CHORÃO, Verbo, Lisboa, 1984, pp. 462-487, p. 462). No fundo, a uniformidade internacional de regulação era perseguida, ao invés de pela aplicação de um *direito comum*, mediante a escolha, por critérios universais, da ordem jurídica *mais bem colocada para disciplinar certa situação plurilocalizada*. Devem sublinhar-se duas importantes inovações: por um lado, a colocação da raiz do problema na *relação jurídica* e não na procura dos limites de uma *lei*; por outro, a busca da *sede* de cada relação jurídica por critérios localizadores capazes de garantir quer a estabilidade das relações jurídicas internacionais quer a salvaguarda das expectativas das pessoas. Ora, um dos critérios localizadores era precisamente o da *subjeição dos direitos reais à lei da situação da coisa*, pois seria esse lugar a sede da relação jurídica.

Aliás, as subsequentes propostas, também de matriz universalista, de MANCINI, PILLET, ZITELMANN e FRANKENSTEIN, divergindo nos fundamentos e pressupostos e desembocando em soluções conflituais diferentes em domínios de natureza pessoal, mantêm o mesmo critério quanto aos direitos reais sobre imóveis, como veremos *infra*. Cfr. FERRER CORREIA, *cit.*, pp. 118-128; HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, “The EU and a Metamorphosis of Private International Law”, *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 111-136, p. 112; ERNST ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1897, p. 303; P. S. MANCINI, “De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles”, *Journal du Droit International*, Ano 1, 1874, pp. 221-239 e 285-304, pp. 299-301; ANTOINE PILLET, *Traité Pratique de Droit International Privé*, Vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1923, pp. 99ss; ROBERTO AGO, “Règles Générales des Conflits de Lois”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1936-IV, Tomo 58, 1936, pp. 243-469, pp. 252ss; ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Dr. Walther Rothschild, Berlim, 1926, p. 50 (“*Denn die primäre Anknüpfung verbindet jede Person oder Sache mit einer Rechtsordnung, welche sie in allen ihren Beziehungen beherrscht, weil die Person durch das Band des Staatsangehörigkeit die Sache durch ihre Lage in ihren Herrschaftsgebiet ihr unterworfen ist*”) e *Internationales Privatrecht*, Vol. II, Dr. Walther Rothschild, Berlim, 1929, p. 4.

O advento do positivismo veio esvaziar o sistema jurídico dos princípios normativos que fundamentam as normas (ligando o direito à lei) e conduzir à tentativa de fazer de cada Estado uma unidade independente, também do ponto de vista jurídico. Ora, “*o alastrar da obra codificadora nos vários países fez com que cada um deles quisesse vazar num sistema autónomo e próprio o modo, a seu ver mais adequado, de resolver os problemas de DIP*”. Isto é, o

Esta primeira asseveração não está desprovida de um volumoso número de problemas a propósito da qualificação de normas no estatuto real. Na verdade, a hipoteca é frequentemente um direito real que surge de uma relação contratual, eventualmente sujeita a uma lei diversa da que vai regular a garantia. Isto é, podem colocar-se questões delicadas no que respeita à coordenação dos estatutos real e contratual, porventura apontando para a aplicação de leis diferentes.

Assim, em primeiro lugar, coloca-se um problema de definição dos estatutos, nomeadamente no que tange a saber quais as normas que devem qualificar-se no estatuto contratual as que se submetem ao estatuto real. Este problema assume maior dificuldade nos sistemas que não exijam um *modo* constitutivo, consagrando o princípio da consensualidade (nos termos do qual a mera celebração do contrato cria, modifica ou extingue o direito real). Ademais, a proximidade de estatutos potencia o risco de conflitos de qualificações<sup>112</sup>.

---

DIP passou a indicar conexões diferentes consoante o respectivo legislador, tornando-se incapaz de atingir a unidade do direito (RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 21).

Simplesmente, tal diversidade nacional não conduziu, mesmo no auge do positivismo, a diferenças conflituais no domínio dos direitos reais: a regra da territorialidade (materializada na conexão *situação da coisa imóvel*) continuou a encontrar-se nos vários sistemas nacionais, mesmo desligados de preocupações de universalidade.

<sup>111</sup> Veremos *infra* (pp. 94ss), com mais profundidade, o âmbito do estatuto real. Sumariamente, avancemos desde já que o conceito-quadro do art. 46.º CC (“*regime da posse, propriedade e demais direitos reais*”) implica que aí se qualifiquem as normas relativas à natureza real ou obrigacional de certos direitos (*v. g.* o direito do arrendatário sobre a coisa locada, o direito de habitação periódica ou *timeshare*, a posse); às formas de aquisição, modificação, transferência e extinção de direitos reais; ao seu conteúdo e limites; à classificação das coisas (móveis ou imóveis, por exemplo); à própria noção de coisa, necessária para a sua colocação dentro ou fora do comércio jurídico. Ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos — Parte Especial, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 441, que “*a expressão «regime dos direitos reais» tem uma vocação abrangente para compreender tudo o que respeita à constituição, modificação, transmissão e extinção dos direitos reais*”, pelo que não só compreende as várias categorias de direitos reais como ainda todos os modos específicos de aquisição destes direitos *in re*, como a acessão, ocupação, usucapião, etc..

Quanto às normas de direito registal, remetemos o problema para as páginas 115ss.

<sup>112</sup> Neste sentido, CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict of Laws Principles in French Law with Respect to Security Interests in Movable Assets", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 159-185, p. 165, nota n.º 28; VINCENT SAGAERT, "Party Autonomy in French and Belgian Law — The Interconnection between Substantive Property Law and Private International Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 119-141, pp. 120-121.

O sistema de *título e modo* faz depender a constituição ou transmissão de um direito real de dois actos: um de natureza obrigacional (o negócio) e outro de natureza real (a *traditio* ou o *registro*); no sistema de *modo*, há um abstracto negócio de disposição cuja validade e eficácia não dependa do negócio (obrigacional) que lhe deu causa. Cfr., entre outros, MÓNICA JARDIM (*Efeitos substantivos...*, p. 412; "A eficácia constitutiva do assento registal da hipoteca ou a constituição da hipoteca enquanto excepção ao princípio da consensualidade", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2, 2014, pp. 85-118, pp. 88ss; "A segurança jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registro de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIII, 2007, pp. 383-482, p. 383); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Unidade do Estatuto Pessoal", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXX, 1954, pp. 101-130, p. 2; LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 247; ANDREA BONOMI, "La nécessité...", p. 508; DULCE LOPES, et al., *Parte especial de Direito Internacional Privado — Direitos Reais*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via <https://woc.uc.pt/fduc/classbackoffice/editinfomaterial.do?idfile=1301>, consultado em 16 de Setembro de 2009, p. 2; ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu (a raiz do «sistema do título e do modo»)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de*

---

Coimbra, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pp. 69-112, pp. 69ss, e "Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (Algumas considerações sobre a história do «sistema do título e do modo»)", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, et al., Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, pp. 373-400, pp. 373ss.

O problema dos conflitos de qualificações não existe nos ordenamentos jurídicos que postulem uma qualificação *lege fori*, mas apenas quando se opte pela qualificação *lege causae* ou por um método como aquele que conhecemos do direito pátrio. Este último método, adoptado pelo legislador conflitual português no art. 15.º CC e proposto doutrinariamente por FERRER CORREIA, MAGALHÃES COLLAÇO e BAPTISTA MACHADO (na doutrina estrangeira, por LIPSTEIN, FALCONBRIDGE e COLLIER), separa a *interpretação do conceito-quadro* (que cabe à *lex fori* segundo critérios próprios do direito conflitual, procedendo a uma exegese autónoma da lei material e teleológica) da *qualificação propriamente dita*, postulando o critério da qualificação *lege causae* (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 199ss, e "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais", *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, HANS-JOACHIM MUSIELAK e KLAUS SCHURIG, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987, pp. 119-146, p. 123; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 102ss; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958, pp. 153ss; *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964, p. 236, e *O Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1963, pp. 5ss; MARIA HELENA BRITO, "O Direito Internacional Privado no Código Civil", *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, DIOGO FREITAS DO AMARAL, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA e MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 355-380, p. 358; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves Considerações sobre a Lei Aplicável ao Contrato de Seguro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 10-50, p. 21; HELENA MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 309ss, aludindo que a divergência entre MAGALHÃES COLLAÇO e os Professores de Coimbra quanto à função da regra de conflitos não obstou à elaboração de um método de qualificação substantivamente semelhante [p. 330]).

Não obstante este método de qualificação se afastar, portanto, da *qualificação através do direito comparado* (de RABEL), a verdade é que a *interpretação autónoma e teleológica* do conceito-quadro pressuporá uma perspectiva comparatista, "que parta dos regimes ou conteúdos jurídicos dos diferentes direitos cuja aplicabilidade possa estar em causa a propósito de uma dada situação da vida privada internacional. Não se trata, assim, de construir noções universais, como pretendia Rabel" (MARIA HELENA BRITO, "A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, JOSÉ LEBRE FREITAS, et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133, p. 128). Sublinhe-se que a separação destes problemas era já ensinada por LEO RAAPE, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1934-IV, Tomo 50, 1934, pp. 401-544, p. 479.

O método é também utilizado nos tribunais ingleses, o que é particularmente evidente no domínio dos direitos reais porquanto aí se afasta a classificação da *lex fori* (entre *personal property* e *real property*) e se adopta a categorização habitual entre *móveis* e *imóveis* (interpretando o conceito-quadro *lege formalis fori*) e cometendo à *lex situs* a sua categorização — cfr. ROBERT STEVENS, "The English Conflict of Laws Rules", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE e ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 205-222, p. 209; KURT LIPSTEIN, "Conflict of Laws 1921-1971: the way ahead", *Cambridge Law Journal*, vol. 31, n.º 1, 1972, pp. 67-120, p. 79; J. G. COLLIER, *Conflict of Laws*, 3.ª Edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 17ss (especialmente p. 19) e 243ss; PETER NORTH e JAMES FAWCETT, *Cheshire and North's Private International Law*, 13.ª Edição, Butterworths, Londres, 1999, p. 39; PIERRE LALIVE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws: a comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1955, pp. 6-10. Sobre as dificuldades, nos direitos inglês e escocês, de classificação conflitual das coisas entre móveis e imóveis, vide JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 10ss; sobre a inexistência de classificação entre móveis e imóveis no sistema de direitos reais britânico, cfr. STEVEN BARTELS, "An Abstract or Causal System", *Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER e BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 59-67, p. 59.

O sistema tradicional de *dupla qualificação* (que redunda numa *qualificação lege fori*), expressamente rejeitado pela lei portuguesa, é extensamente explicado por ROBERTO AGO, "Règles...", pp. 316ss, e defendido por ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitif des Conflits de Lois", *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 225-255, 466-495, 720-738, p. 236. Uma análise das suas virtudes e problemas pode ser lida em VÉRONIQUE ALLAROUSSE, "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 23, 1991, pp. 479-516, pp. 482ss.



Em segundo lugar, deve recordar-se a existência de normas registais fortemente ligadas ao regime substantivo dos direitos reais (inclusive produzindo efeitos substantivos), importando discutir a sua qualificação.

## 2. A APLICAÇÃO GENERALIZADA DA *LEX REI SITAE* AOS DIREITOS REAIS.

O domínio dos direitos reais sobre imóveis é talvez aquele onde o direito internacional privado almejou uma maior universalização das opções conflituais, realizando dessa forma a sua vocação<sup>113</sup>: é generalizada a opção pela aplicação da lei do Estado onde o prédio se situa<sup>114</sup>, mesmo na falta de instrumentos de unificação das regras de direito

---

<sup>113</sup> "Como a Religião, a Ciência, a Arte, o Direito Internacional Privado tem uma vocação ecuménica. É da sua própria essência a universalidade dos juízos que postula. Pois a vida, de onde recebe o estímulo, não exige só que a toda a relação do comércio jurídico internacional sejam aplicados os princípios da lei mais ajustada à sua natureza típica — mas ainda que o seu regime, uma vez traçado, seja o mesmo em toda a parte" (ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Unidade...", p. 101, e "Homenagem à memória de Machado Villela", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo X, n.º 53/56, 1961, pp. 281-289, p. 285). No mesmo sentido, BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit International Privé*, 6.ª Edição, Economica, Paris, 2010, p. 65. Aliás, é a universalidade das regras de direito internacional privado que motiva a existência da Conferência da Haia — RUI MOURA RAMOS, "A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 251-275, pp. 251ss; J. H. A. VAN LOON, "The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 101-122, p. 106; RICCARDO MONACO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto Internazionale Privato)*, Trattato di Diritto Civile Italiano — Vol. I, Tomo IV (dir. FILIPPO VASSALLI), Unione Tipografico — Editrice Torinese, Torino, 1952, p. 12; ALFRED E. VON OVERBECK, "La contribution de la Conférence de la Haye au développement du Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-II, Tomo 233, 1992, pp. 9-98, pp. 21ss; TITO BALLARINO, "La CEE e il diritto internazionale privato", *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Anno CCI, n.º 1, 1982, pp. 1-13, p. 7.

<sup>114</sup> Trata-se de "um dos princípios de mais firme e longa tradição no Direito Internacional Privado" (ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117 e Ano 118, n.ºs 3728 a 3732, 1985-1986, Vol. 117: pp. 298-302, 325-329, 357-361; Vol. 118: pp. 115-119, 138-142 e 165-169, n.º 3727, p. 298): "As cousas, sem distinção entre moveis e imóveis, devem ser reguladas pela lei da situação" (TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos sobre o Código Civil Português*, Vol. II, Das relações civis internacionais, Imprensa Académica, Coimbra, 1894, p. 28; LUCAS FERNANDES FALCÃO, *Do Direito Internacional Privado*, Dissertação Inaugural para o acto de Conclusões Magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1868, p. 198). De facto, quanto aos imóveis, já as escolas estatutárias estabeleciam a regra da territorialidade — cfr., ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 108; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 71ss; M. HANS LEWALD, "Droit International Privé de l'Allemagne (Conflits de Lois)", *Répertoire de Droit International*, Tome VII, ALBERT DE LA PRADELLE E J.-P. NIBOYET, Sirey, Paris, 1930, pp. 293-387, p. 367; TEIXEIRA D'ABREU, *cit.*, pp. 54ss; LUDWIG VON BAR, *The Theory and Practice of Private International Law*, tradução de GILLESPIE, 2.ª Edição, William Green & Sons Law Publishers, Edimburgo, 1892, pp. 470ss.

Sublinhando a vigência universal e petrificada da *situs rule*, LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 483 e *International Law — Private and Criminal*, tradução de GILLESPIE, Soule & Bugbee, Boston, 1883, p. 216; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, Vol. II, Partie spéciale, 2.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 37; LEWALD, *cit.*, p. 367; ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 15; AUDIT E D'AVOUT, *cit.*, p. 147; ROBBY ALDEN, "Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts", *Texas Law Review*, vol. 65, 1986-1987, pp. 585-633, p. 585; WILHEM WENGLER, "The General Principles of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 279-469, p. 343; KURT SIEHR, "Internationales Sachenrecht — Rechtsvergleichendes zu seiner Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft", *Vergleichende Rechtswissenschaft — Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht*, vol. 104, n.º 2, 2005, pp. 145-162, p. 146; GIAN CARLO VENTURINI, "Chapter 21: Property", *International Encyclopedia of Comparative Law*,

Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1974, pp. 3-37, pp. 3-6, e *Diritto Internazionale Privato*, Vol. II, Tomo II, Diritti Reali ed Obbligazioni, CEDAM, Padova, 1956, p. 1; J.-P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo IV, La Territorialité, Recueil Sirey, Paris, 1947, p. 198, e "Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des États (frontières internationales et interprovinciales)", *Revue de Droit International et de Legislation Comparé*, 1933, pp. 468-487, p. 468; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, 3.<sup>a</sup> Edição, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005, p. 668; ANDREA BONOMI, "La necessità...", p. 507, e "La riserva della proprietà nel diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XXVIII, n.º 4, 1992, pp. 777-818, p. 784; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 871; JOÃO MOTA DE CAMPOS, "Um instrumento jurídico de integração europeia — A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre Competência Judiciária, Reconhecimento e Execução das Sentenças", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 22, 1985, pp. 75-235, p. 115; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real Property Law and Procedure in the European Union — General Report*, European University Institute; European Private Law Forum; Deutsches Notarinstitut, disponível na internet via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>, consultado em 21 de Novembro de 2012, p. 8; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 177; HANS W. BAADE, "The Operation of Foreign Public Law", *Texas International Law Journal*, vol. 30, 1995, pp. 430-498, p. 463; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 486; TITO BALLARINO, "Norme di Applicazione Necessaria e Forma degli Atti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 707-729, p. 717 e *Diritto Internazionale Privato*, 2.<sup>a</sup> Edição, CEDAM, Padova, 1996, p. 558; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 47; ULRICH DROBNIG, "German Conflict Rules on Security Interests in Movable Assets", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 145-158, p. 149; CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 160; JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005, pp. 1067 e 1078; MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 9; M. DE BOER, "Living apart together: the relationship between public and private international law", *Netherlands International Law Review*, vol. LVII, 2010, pp. 183-207, p. 205, nota n.º 83; KARL KREUZER, "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 259, 1996, pp. 9-317, p. 31 (que sublinha a sua origem estatutária), e "Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 297-317, p. 298; ARTHUR NUSSBAUM, *Deutsches Internationales Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1932, p. 299; JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy in Dutch International Property Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 41-58, p. 43; JAN VON HEIN, "Party Autonomy in International Property Law: a German Perspective", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 103-118, p. 106; VINCENT SAGAERT, "Party...", p. 133; LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble et le droit international privé — Étude des méthodes*, Defrénois, Paris, 2006, p. 15; FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. II, Parte Speciale, UTET Giuridica, Torino, 1997, p. 117; THIERRY VIGNAL, "Réflexions sur le rattachement des immeubles en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 15-47, p. 15; STEFAN LEIBLE, "Parteiautonomie im IPR — Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?", *Festschrift für Erik Jayme*, Vol. I, Sellier — European Law Publishers, München, 2004, pp. 485-503, p. 496; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "Las cosas y los derechos reales — Capítulo V", *Derecho Internacional Privado — Parte Especial*, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, et al., Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-285, p. 243; ROBERTO BARSOTTI, "Diritti reali nel diritto internazionale privato", *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Tomo V, UTET, Torino, 2002, pp. 409-436, p. 414 (que sublinha porém as diferenças no âmbito do estatuto real); FRITZ SCHWIND, *Internationales Privatrecht — Lehr- und Handbuch*, Manz Verlag, Wien, 1990, p. 181; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 221-230, p. 226; JOSEPH STORY, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 3.<sup>a</sup> Edição, L. H. Bridgman, Boston, 1912, p. 755, que sublinhava o facto de se tratar de um dos pontos de coincidência entre a *common law* e os sistemas continentais.

No direito português, estabelece o art. 46.º CC que "o regime da posse, propriedade e demais direitos reais é definido pela lei do Estado em cujo território as coisas se encontrem situadas"; solução que a doutrina já inferia do Código de Seabra (TEIXEIRA D'ABREU, *cit.*, pp. 62ss); no direito italiano, o art. 51.º da *Legge 218/1995 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato)* plasma que "Il possesso, la proprietà e gli altri diritti reali sui beni mobili ed immobili sono regolati dalla legge dello Stato in cui i beni si trovano"; no direito alemão, o §43 da EGBGB estabelece que "Rechte an einer Sache unterliegen dem Recht des Staates, in dem sich die Sache befindet"; o Código Belga de Direito Internacional Privado de 2004 determina, no art. 87.º que "Les droits réels sur un bien sont régis par le droit de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé au moment où ils sont invoqués"; na Lei Polaca de Direito Internacional Privado de 2011, a regra consta dos arts. 41.º e 45.º; na Suíça a regra decorre do art. 99.º LFDIP («Les droits réels immobiliers sont régis par le droit du

internacional privado, tendendo-se neste domínio para a *harmonia jurídica internacional*<sup>115</sup>. Esta realidade é de tal forma incontestada que merece o epíteto de “*Taboo of the situs rule*”,

---

*lien de situation de l'immeuble*); no direito holandês estabelece o art. 2.º da Lei de 25 de Fevereiro de 2008 [regras de DIP sobre direitos reais] que “*Behoudens voor zover in het tweede en het derde lid anders is bepaald, wordt het goederenrechtelijke regime met betrekking tot een zaak beheerd door het recht van de staat op welks grondgebied de zaak zich bevindt*”; a Lei austríaca de Direito Internacional privado estabelece-o no § 31; no direito francês, o Code Civil pronuncia-se apenas quanto aos bens imóveis (cfr. n.º 2 do art. 3.º — “*Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française*”), embora a doutrina e a jurisprudência, dada a matriz costumeira do DIP francês, aludam à dupla extensão desta regra (bilateralizando-a e aplicando-a a todas as coisas corpóreas) — Acórdão da *Cour de Cassation* de 24 de Maio de 1933, publicado no *Journal du Droit International*, Tomo 62, pp. 381; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 6, nota n.º 2; AUDIT e D'AVOUT, *cit.*, p. 663; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit international privé*, 10.ª Edição, Montchrestien, Paris, 2010, p. 490; TEEMU JUUTILAINEN, “Coherence through Uniform Private Law of Property”, *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, PIA LETTO-VANAMO E JAN SMITS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 139ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, p. 97; CATHERINE KESSEDIAN, “The Conflict...”, p. 159). Sobre a matriz consuetudinária do DIP gaulês, *vide*, criticamente, J.-P. NIBOYET, “Le Code Civil en préparation et les règles de solution des conflits de lois”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Ano 7, 1945-1946, pp. 13-52, p. 17.

No domínio dos bens móveis, a regra da *lex rei sitae* não é porém tão antiga, tendo sido firmada apenas no século XVII (substituindo a aplicação da lei pessoal determinada pela máxima estatutária *mobilia sequuntur personam*) — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 108. Sobre os fundamentos oitocentistas da tese do *mobilia sequuntur personam*, *vide* TEIXEIRA D'ABREU, *cit.*, p. 52 (“*os móveis não tem situação, nem real nem fictícia; confundem-se com a própria pessoa do seu proprietário, participam das suas mudanças, formam, por assim dizer, parte d'ella mesma; devem por isso ser submettidos à mesma lei que rege essa pessoa*”); J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 245; ANTOINE PILLET, *Traité...*, Vol. I, pp. 694ss; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1959, p. 257; PIERRE LALIVE, *The Transfer*, pp. 34ss. Ademais, uma vez que as coisas móveis podem ver alterada a sua situação, entendeu-se que o domicílio do proprietário seria sempre uma conexão mais estável (FRIEDRICH K. JUENGER, “Nonpossessory Security Interests in American Conflicts Law”, *Commercial Law Journal*, vol. 84, 1979, pp. 63-74, p. 64; BERNARD AUDIT, “Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-III, Tomo 186, 1984, pp. 219-397, p. 286). A evolução das conexões quanto aos bens móveis é narrada e ilustrada por ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3727, pp. 298ss; KARL KREUZER, “La propriété...”, p. 36; D'AVOUT, *cit.*, pp. 152ss; AUDIT e D'AVOUT, *cit.*, p. 71; GIAN CARLO VENTURINI, “Property”, pp. 3ss, e “Diritti Reali (Dir. Intern. Priv.)”, *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, FRANCESCO CALASSO, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 776-791, p. 777; ALBERT A. EHRENZWEIG, *A Treatise on the Conflict of Laws*, West Publishing Co., St. Paul, 1962, p. 617; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 6; DIETER MARTINY, “Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 2, 2012, pp. 119-133, p. 120.

<sup>115</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, pp. 87-88; CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 11 — Internationales Privatrecht; Internationales Wirtschaftsrecht, ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2010, pp. 217-373, pp. 217-220. A *harmonia jurídica internacional*, propósito primordial do DIP, realiza-se na continuidade e estabilidade das relações jurídicas plurilocalizadas; ora, a uniformidade de lei aplicável, embora possa ser insuficiente, concorre para o objectivo, porquanto as relações jurídicas serão constituídas e reconhecidas à luz das mesmas regras, independentemente do cruzamento de fronteiras. Sobre o cânone, *vide*, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 33, e “Direito Internacional... (1984)”, p. 470; ERIK JAYME, “Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 251, 1995, pp. 9-268, pp. 44 e 89; FRIEDRICH K. JUENGER, “Private International Law or International Private Law?”, *King's College Law Journal*, vol. 5, 1994-1995, pp. 45-62, p. 48; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, “Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology”, *Harvard Law Review*, vol. 88, n.º 2, 1974, pp. 347-371, p. 350; WILHEM WENGLER, “Die Vorfrage im Kollisionsrecht”, *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 8, n.º 1/2, 1934, pp. 148-251, p. 198 (“*Gesetzes Harmonie ist Entscheidungsgleichheit, Gleichheit der individuellen Lösungen von Interessengegensätzen; sie bedeutet, daß inhaltlich gleiche Urteile in allen Staaten ergeben sollen, welche eine mit den übrigen konkurrierende Zuständigkeit für Entscheidung einer einzelnen Streitigkeit in Anspruch nehmen*”); PAOLO PICONE, “Caratteri ed Evoluzione del Metodo Tradizionale dei Conflitti di Leggi”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXI, n.º 1, 1998, pp. 5-68, p. 28; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, 2.ª Edição, Giuffrè Editore, Milano, 1950, p. 7.

resistindo mesmo à *revolução americana dos conflitos de leis* (que substituiu boa parte do DIP de matriz conflitual)<sup>116</sup>.

A única diversidade conflitual que aqui se encontra reside no âmbito da *lex rei sitae*, problema reconduzido à delimitação de estatutos (mormente no que concerne à sua ligação ao estatuto negocial)<sup>117</sup>.

São várias as explicações para a universalizada opção conflitual imobiliária e não haverá apenas uma a fundar tão generalizada eleição: fala-se em razões de *lógica* (as coisas, objectivamente consideradas, devem gozar de um estatuto unitário) e em razões *teleológicas* (a necessidade de atender à política legislativa do Estado territorial, muitas vezes só realizada através da regulação da propriedade; o escopo de tutela de terceiros, inerente à necessidade de conhecimento do regime jurídico das coisas com que contactam). Segundo LUZZATTO, a regra de conflitos sobre direitos reais (à semelhança da relativa ao estatuto pessoal) insere-se numa categoria própria, porquanto se não dirige à regulação de relações jurídicas intersubjectivas mas a estabelecer “*il presupposto per la creazione di rapporti giuridici*”, o cenário sobre o qual actuam os sujeitos<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Com efeito, “*the Second Restatement is clearly urging that the domestic law of the situs is properly applicable to the full gamut of choice-of-law problems concerning reality*” (RUSSEL J. WEINTRAUB, “An inquiry into the utility of «situs» as a concept in conflicts analysis”, *Cornell Law Quarterly*, vol. 52, 1966, pp. 1-42, p. 2). Na verdade, estabelece o Restatement (Second), capítulo 7, topic 2: “*Land and things attached to the land are within the exclusive control of the state in which they are situated, and the officials of that state are the only ones who can lawfully deal with them physically. Since interests in immovables cannot be affected without the consent of the state of the situs, it is natural that the latter’s law should be applied by the courts of other states*”. Sublinhando a permanência da *situs rule* mesmo depois da revolução americana, KURT SIEHR, “Internationales...”, p. 146 (aludindo à obsessão pela *lex rei sitae*); DAVID F. CAVERS, “Contemporary Conflicts Law in American Perspective”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1970-III, Tomo 131, 1970, pp. 75-308, p. 198; MOFFAT HANCOCK, “Equitable Conversion and the Land Taboo in Conflict of Laws”, *Stanford Law Review*, vol. 17, 1964-1965, pp. 1095-1127, pp. 1095ss, e “Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantages of Disingenuousness”, *Stanford Law Review*, vol. 20, 1967-1968, pp. 1-40, pp. 8ss; ROBBY ALDEN, “Modernizing...”, p. 585; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary on the Conflict of Laws*, 4.ª Edição, Foundation Press, New York, 2001, p. 501; WILLIS L. M. REESE, “American Choice of Law”, *American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1982, pp. 135-146, p. 141; BERNARD HANOTIAU, *Le droit international privé américain*, LGDJ, Paris — Bruxelas, 1979, p. 277; ANDREAS F. LOWENFELD, “Revolt Against Intellectual Tyranny”, *Stanford Law Review*, vol. 38, 1985-1986, pp. 1411-1430, p. 1424.

<sup>117</sup> Neste sentido, LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L’immeuble...*, p. 3. Com efeito, veremos melhor *infra* que alguns sistemas submetem à *lex rei sitae* não apenas o conteúdo e constituição dos direitos reais mas igualmente a *capacidade* para os negócios constitutivos e translativos de direitos reais, a *substância* e *forma* desses negócios, as *relações patrimoniais dos cônjuges* no que concerne aos imóveis e a *sucessão* de imóveis.

Por outro lado, “*in spite of its popularity, the situs rule never reigned supreme*”, porquanto os sistemas de *Common Law*, não obstante aplicarem a *lex rei sitae* a mais matérias do que aquelas que compreendem o estatuto real no DIP europeu (utilizando um comando conflitual que determina a aplicação da ordem jurídica a situações da vida, aos “*aos imóveis*”, independentemente da natureza das normas [real, sucessória, negocial], como ensina ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *O Problema...*, p. 6), sempre lhe reservaram algumas excepções — FRIEDRICH K. JUENGER, “Nonpossessory...”, p. 65; PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, pp. 932ss (justificando a aplicação da *lex situs* à capacidade, forma e substância do negócio).

<sup>118</sup> RICCARDO LUZZATTO, *Stati Giuridici e Diritti Assoluti nel Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1965, pp. 2 e 125ss. Sublinhando a pluralidade de fundamentos para a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais imobiliários, *vide* BERNARD AUDIT E LOUIS D’AVOUT, *Droit...*, pp. 148ss; LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 35; LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 484 (notando a contradição entre a universalmente aceite regra da aplicação da *lex rei sitae* e a divergência de opinião sobre os respectivas justificações).

Metodologicamente, optamos por expor de modo sumário as várias razões que vão conduzindo à *situs rule*, remetendo reflexões mais profundas para momento ulterior da nossa dissertação, a propósito da análise da inatacabilidade deste dogma.

## 2.1. A soberania territorial e os fundamentos publicistas da aplicação da *lex rei sitae*

A primeira linha de fundamentação da aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais sobre imóveis não assentou no direito privado mas num fundamento jurídico-público: a regra da *lex situs* decorrerá da *soberania* do Estado onde a coisa se encontra. Esta concepção vem sendo expressada de várias formas, desde a noção de territorialidade jusinternacionalista até à necessidade de articulação com as normas jurídico-administrativas de organização do território ou das disposições que asseguram a reserva do domínio público.

### 2.1.1. O direito internacional público e as concepções internacionalistas

Uma vez superada a coincidência entre *soberania e propriedade*<sup>119</sup>, a mais antiga explicação da *situs rule* remonta às teses internacionalistas, nos termos das quais as regras de conflitos são expressões nacionais de comandos gerais, provenientes do direito internacional público (fonte costumeira) ou da própria ideia de direito. De acordo com estas concepções, a aplicação da *lex rei sitae* radica em norma de direito internacional geral que o prescreve. As teses diferem entre si nos pressupostos e fundamentos mas, no problema de que aqui tratamos, todas concluem que a aplicação da *lex situs* aos direitos reais sobre imóveis é uma imposição do direito das gentes<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Esta concepção parece ainda encontrar-se nas palavras de JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences (reimpressão de 2004), Bordeaux, 1801, p. 55, quando justifica a aplicação da lei territorial aos imóveis pelo facto de estes *pertencerem ao Estado*, podendo este adoptar as leis que entender, nomeadamente em matéria da sua aquisição por estrangeiros.

<sup>120</sup> Na verdade, se cada Autor integrado no internacionalismo desenvolveu um sistema próprio de direito internacional privado que decorreria de regras e princípios do Direito das Gentes (ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Introducción y Parte General, 7.ª Edição, Atlas, Madrid, 1976, p. 28) em todos eles está patente o comando da *lex rei sitae* para os imóveis.

Esta concepção parecia ser sufragada pelo TPJI: no seu Acórdão *Emprunts Serbes* de 12 de Julho de 1929, o Tribunal determinava que as regras de conflitos integravam o direito interno, salvo três casos em que seriam tidas como verdadeiro direito internacional: as que estavam contidas em convenções internacionais, as que tinham natureza costumeira e ainda as que sejam "*communies à plusieurs États*". Deve notar-se, todavia, que o carácter generalizado de uma regra de conflitos não é por si só gerador de uma regra jusinternacional. Neste sentido, HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESCAKIS, "L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 259-276, p. 260 ("*La Cour ne semble attribuer à ce fait que la valeur d'une simple coïncidence. Elle affirme au contraire qu'on serait en présence d'un «vrai droit international régissant les rapports entre des États» quand il s'agirait de règles de conflits soit conventionnelles, soit coutumières*") e ULRICH DROBNIG E ALEXANDER MAKAROV, "Chapter 2: Sources", *International*

Assim, para MANCINI, há um dever jusinternacional imposto a todos os Estados de aplicar as mesmas soluções conflituais de forma a garantir a protecção das pessoas, das coisas e dos actos provindos do estrangeiro. Analisando os fundamentos do direito internacional, o Professor conclui depois que aquele objectivo só é alcançado com a aplicação da lei nacional ao estatuto pessoal e da *lex rei sitae* aos direitos reais sobre imóveis, que decorre de um comando jusinternacional<sup>121</sup>.

FRANKENSTEIN, por sua vez, sustenta que para cada indivíduo, não há outro direito que não o do país de origem; nesta sequência, aos estrangeiros deve aplicar-se sempre a lei da sua nacionalidade e às coisas a lei do local onde estão situadas — são as conexões primárias (*primäre Anknüpfung*). Só será admissível a aplicação de outras leis quando aquelas o determinarem (conexão secundária — *sekundäre Anknüpfung*). Todas as outras são falsas conexões, contrárias ao direito<sup>122</sup>.

Já PILLET defendia a necessidade de traçar uma linha divisória entre as normas nacionais *territoriais* e *extraterritoriais*, cujo critério se encontraria no fim social das normas e na ideia do respeito pelos direitos adquiridos no estrangeiro, princípios de direito internacional. Ora, sempre se redundaria na *territorialidade* das normas jurídico-reais sobre imóveis<sup>123</sup>.

Por outro lado, há que olhar à linha de argumentação de ZITELMANN, que encontra no direito internacional público os limites ao poder legislativo do Estado decorrentes do

---

*Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 3-34, p. 34.

Sobre as concepções universalistas, *vide* ROBERTO AGO, "Règles...", p. 254, nota n.º 1; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 2; M. AGUILAR NAVARRO, "Droit international public et Droit international privé", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 3-25, pp. 3ss; HAROLDO VALLADÃO, "La méthode du droit international privé", *Recht im dienste der Menschenwürde — Festschrift für Herbert Kraus*, Holzner Verlag, Würzburg, 1964, pp. 345-357, pp. 346ss.

<sup>121</sup> P. S. MANCINI, "De l'utilité...", pp. 288, 296 e 301. Como nota PIERRE MAYER, "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 1-29, 349-388 e 537-583, p. 3, tal implicaria a proibição, para os outros Estados, de aplicar a sua lei a imóveis situados fora do seu território. Recorde-se que MANCINI desenvolve o sistema de direito internacional privado como decorrência de comandos jusinternacionais que impõem certos juízos conflituais aos Estados — cfr. a análise do seu pensamento operada por M. DE BOER, "Living...", p. 192.

<sup>122</sup> Cfr. ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales...*, Vol. I, pp. 49-74. Para uma análise crítica do seu método, *vide* ANTÓNIO FERRER CORREIA, "¿Nuevos rumbos para el Derecho Internacional Privado?", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 223-254, pp. 227ss; ROBERTO AGO, "Règles...", p. 263, e *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè, Milano, 1955, p. 21 (que caracteriza a tese de FRANKENSTEIN como *positivista* [ao defender que as regras de DIP encontram a sua legitimidade na lei, confundindo-se com ela] não deixando contudo de ser *universalista* [ao postular regras de conflitos que se impõem a todos os Estados e ao não esvaziar o DIP dos princípios que sempre o caracterizaram]).

<sup>123</sup> Cfr. ANTOINE PILLET, *Traité...*, Vol. I, pp. 99ss e *Principes de Droit International Privé*, Pedone, Paris, 1903, pp. 250-264 e 285-300, onde, aplicando o critério aos direitos reais, conclui pela *territorialidade das normas sobre imóveis* (p. 703). De forma mais desenvolvida, na sua obra *De l'Ordre Public en Droit International Privé*, Larose et Forcel, Grenoble — Paris, 1890, pp. 22-23, o Autor considerava as normas reais, porque atinentes à organização da propriedade, *lois civiles d'ordre public*, o que justificaria em todos os casos a impossibilidade de aplicação de lei estrangeira. A opção conflitual pela *lex rei sitae* seria, no fundo, um *efeito* da sua natureza (*De l'Ordre...*, p. 79, e *Principes...*, pp. 385-388). Sobre esta tese, *vide* ainda ROBERTO AGO, "Règles...", p. 264, e J.-P. NIBOYET, *Manuel de Droit International Privé*, 2.ª Edição, Recueil Sirey, Paris, 1928, pp. 413ss.

conceito de soberania. É destes limites (no fundo, uma *repartição dos poderes de jurisdição*) que se infere a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais: do princípio jusinternacional segundo o qual os Estados podem impor regras de conduta *quer* com fundamento real *quer* com base em critérios pessoais, deduzir-se-á a regra da aplicação territorial das normas jurídico-reais, que disciplinam o estatuto das coisas.

Isto é, o direito internacional não imporá directamente a *situs rule*, admitindo a extraterritorialidade da aplicação das leis estaduais com base em critérios de natureza pessoal. Simplesmente, o conteúdo das normas jurídico-reais conduz necessariamente à territorialidade: embora fosse possível a aplicação extraterritorial de legislação com base pessoal, um Estado só pode exercer direito de monopólio (isto é, estabelecer condutas proibitivas aplicáveis a *todas as pessoas*) no interior seu território. Ora, a regulação dos direitos reais supõe justamente tal monopólio: são regras que atribuem direitos absolutos, excluindo da coisa todos os não titulares. No fundo, o regime das coisas pressupõe o exercício de poderes sobre o *território* (e não sobre a *população*), pelo que o atributo da soberania implicará inevitavelmente a sujeição dos imóveis à disciplina do Estado territorial<sup>124</sup>.

Este pensamento (que acaba por reconduzir a opção conflitual da *lex rei sitae* ao direito internacional) é abraçado por vários Autores que não subscrevem formalmente o universalismo. Na prática, aceita-se que o Direito das Gentes opera uma *repartição do poder de jurisdição*, uma *partilha de autoridade sobre os territórios*, que acaba por acarretar a aplicação da *lex rei sitae* sobre as coisas (pelo menos imóveis) situadas em cada território<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup> Como é conhecido, ERNST ZITELMANN, *Internationales...*, pp. 72-73, sustenta a existência de princípios de direito internacional que devem ser recebidos pelos Estados na criação do seu sistema conflitual, podendo o legislador interno criar regras apenas no caso de se revelar necessário integrar as lacunas que daqueles derivassem; deste princípio, conclui (pp. 133-134) que só a *lex situs* responde ao princípio de *ius commune*. Sobre a sua concepção, *vide* ainda ROBERTO AGO, *Lezioni...*, p. 14. Esta concepção, aliás, parece decorrer do Acórdão TPJI de 7 de Setembro de 1927, *Lotus*, quando estabelece o monopólio exclusivo do uso dos poderes soberanos do Estado no seio do seu território (JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 871).

<sup>125</sup> É a chamada *teoria da competência internacional do Estado*, objecto de profunda análise de PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1997, pp. 10ss, e de FRANÇOIS RIGAUX, "Droit économique et conflits de souverainetés", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 104-156, pp. 112 e 115. As raízes deste entendimento estarão na definição da *competência legislativa* de cada Estado como delimitação decorrente do direito internacional público, de onde resultariam critérios conflituais de recepção obrigatória para as autoridades legiferantes internas. Neste sentido, ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 305 ("disputes involving immovable property, which are invariably regulated by a strictly territorial *lex situs* rule. This reflects a broad agreement on a territorial division of regulatory authority over land. The 'map' of regulatory authority for disputes involving immovable property thus corresponds to the territorial map of the geographical boundaries between states"); LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble...*, pp. 159 e 162 (que defende ser a regra da *lex rei sitae* uma "implication de l'État", sustentando assim que a aplicação da lei territorial se não deve ao direito de conflitos mas ao direito internacional público); BERNARD AUDIT e LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 32 e 148; GIULIO DIÉNA, *I Diritti Reali nel Diritto Internazionale Privato*, Unione Tipografica — Editrice, Torino, 1895, pp. 53ss, (que, ao analisar a *ratio* de cada sistema nacional que opta pela aplicação da *lex situs* aos direitos reais imobiliários, conclui que o exercício da soberania territorial depende da consagração daquele elemento de conexão, pelo que nenhuma outra opção resta verdadeiramente ao legislador nacional); ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 16; ALBERTO XAVIER, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição, Almedina,

Outra linha de argumentação, mesmo recusando o fundamento internacionalista e a *repartição de soberanias* (defendendo a natureza *nacional* dos comandos conflituais), acaba por redundar no direito internacional público e no conceito de soberania. Considera-se que a vigência *quase universal* de certas regras de conexão implica a aquisição da qualidade de *regras de direito internacional* (seja por consubstanciarem *costume internacional*, seja por constituírem *princípios gerais comuns às nações civilizadas*) — justamente o caso da aplicação da lei da situação do prédio aos direitos reais sobre imóveis<sup>126</sup>.

### 2.1.2. *A melhor competência — efectividade*

A segunda forma de sustentação da *lex situs* fundada na soberania territorial (embora agora sob a tónica dos interesses jurídico-privados) é a ideia de que a competência cabe à lei do Estado que estiver em melhores condições para impor o acatamento dos seus preceitos — aquele onde a coisa se encontre. Isto é, se os imóveis estão sob controlo das autoridades do Estado territorial (são apenas estas que podem lidar fisicamente com os prédios) parece de elementar bom senso ser a sua lei a regular o respectivo estatuto, pois os demais legisladores são impotentes para impor a sua determinação quanto ao seu uso e disposição.

---

Coimbra, 2007, p. 15 (quanto à determinação dos critérios internacionais de incidência fiscal); LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 484; FRANÇOIS RIGAUX, "Le droit international privé face au droit international", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 65, 1976, pp. 261-299, p. 294; FRANCISCO PONTES DE MIRANDA, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1932-I, Tomo 39, 1932, pp. 551-677, pp. 559-568 (que deduz do princípio da *territorialidade* jusinternacional a conexão da *lex rei sitae*, porquanto o território e as coisas aí situadas são conceitos inseparáveis). Tal concepção é também a base do pensamento de JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS, *Discours...*, p. 86 e J. AUBRY, "De la notion de territorialité en droit international privé", *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé*, Tomos 27, 28 e 29, 1900-1901-1902, pp. 690-704 (1900); 1255-1273 e 1643-1671 (1901); 1209-1243 (1902), tomo 28, p. 644; PIERRE LALIVE, *The Transfer*, p. 106; DONATO DONATI, *Stato e Territorio*, Athenaeum, Roma, 1924, p. 94.

<sup>126</sup> É a teoria de MARTIN WOLFF, *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3.<sup>a</sup> Edição, Springer-Verlag, Berlin, 1954, p. 6, que aponta justamente a aplicação da *lex rei sitae* em matéria de direitos reais imobiliários como um dos exemplos, junto da regra *locus regit actum* a propósito da forma e da proibição de recusa de aplicação de todo o direito estrangeiro. Também neste sentido, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 206 ("não parece indefensável que algumas regras ou princípios de conexão, geralmente consagrados pelos sistemas de Direito Internacional Privado nacionais sejam já acompanhados de uma convicção de vinculatividade. Pense-se, por exemplo, na regra da *lex rei sitae* em matéria de direitos reais imobiliários"); ARTHUR NUSSBAUM, *Deutsches...*, p. 11, nota n.º 1, e p. 299 (que explica que a conexão se explicará provavelmente por constituir uma decorrência da soberania estadual — "*aber wohl auch als notwendige Folge der staatlichen Gebietshoheit allenthalben anerkannt*"); MAX GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, Das Gesamte Deutsche Recht in Systematischer Darstellung (org. por Rudolf Stammler) — vol. VIII, Stilke, Berlin, 1931, p. 1555 (que retira do direito internacional 4 comandos — a obrigação de aplicação de direito estrangeiro (i), a regra da *lex rei sitae* para os direitos reais imobiliários e da *locus regit actum* à forma dos actos (ii), a proibição de aplicar direito da família e das sucessões a estrangeiros não residentes (iii) e a proibição de exclusão total da autonomia da vontade (iv); WERNER NIEDERER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Polygraphischer Verlag AZ, Zurich, 1954, p. 73.

Esta tese é explicada por ROBERTO AGO, "I principi generali del diritto internazionale privato nella più recente dottrina germanica", *Rivista di Diritto Internazionale*, Anno XXVI — Serie III, vol. XIII, 1934, pp. 197-232, p. 203, nota n.º 1, e testada por OTTO KAHN-FREUND, "General Problems of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974-III, Tomo 143, 1974, pp. 139-474, pp. 169ss, mas, atento o reduzido leque de regras extraíveis deste modo, rejeita a sua validade.



No fundo, é o *princípio da efectividade* que leva o DIP a dar relevância ao facto de o Estado da situação da coisa se encontrar em posição privilegiada para impor o seu ponto de vista; escolher *outra lei* implica o risco de uma norma ou decisão não ser eficaz no Estado onde os efeitos se pretendem. Note-se que esta ideia estará na base da aceitação do princípio da maior proximidade nalguns sistemas, e justifica a opção, em alguns sistemas, de sujeição à lei real de todos os problemas susceptíveis de se colocar a propósito de imóveis (capacidade para deles dispor; sucessões de imóveis; forma e substância dos negócios sobre prédios)<sup>127</sup>.

Esta ideia tem subjacente a prevenção dos conflitos positivos de sistemas, procurando acautelar o efeito útil das decisões no lugar onde é mais relevante, preocupação que alastra à operação de qualificação nos sistemas que postulam a caracterização *lege fori* (sustentando desvios a favor de uma *qualificação lege rei sitae*). Ademais, o princípio postula uma referência geral à ordem jurídica da situação da coisa, abarcando igualmente a

---

<sup>127</sup> Sobre esta tendência, BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 149, que nota que a sucessão de imóveis é, em vários países, submetida à *lex rei sitae* com os mesmos fundamentos. Encontrando motivações no princípio da efectividade para a aplicação da *lex rei sitae*, cfr. PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, p. 929 (“*At the end of the day, only the law of the situs can control the way in which land, which constitutes part of the situs itself, is transferred. So, uniformity with the law of the situs is necessary in terms of effectiveness and justifies an English court applying that foreign law*”); NÚRIA BOUZA VIDAL, “Artículo 10, apartado 1”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Vol. 2: Artículos 8 a 16 del Código Civil, ALEGRÍA BORRÁS E ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, Edersa, Madrid, 2004, cap. II, n.º 1 (sublinhando que a conexão permite “*que confluyan en un mismo ordenamiento jurídico la localización jurídica del bien y su localización material o física*”); ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 38 e *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 118; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 348; LUCAS FERNANDES FALCÃO, *Do Direito...*, p. 198; PIERRE LALIVE, *The Transfer*, p. 105; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 243; GIAN CARLO VENTURINI, “Property”, p. 7; ERNST ZITELMANN, *Internationales...*, p. 134; J.-P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo III, Théorie Générale, Recueil Sirey, Paris, 1944, p. 232; MICHAEL BRIDGE, “English Conflicts Rules for Transfers of Movables: A Contract-based Approach?”, *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 123-143, p. 125; JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *Internacional...*, p. 1089 (contestando todavia a sua validade na justificação de aplicação da *lex situs* aos móveis); ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. II, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, p. 958 (que, por referência ao princípio da efectividade, entendem a *lex situs* como a *lei que seria aplicável no Estado de situação da coisa*, mesmo que não seja a lei material desse país); ADELIN CHONG, “The common law choice of law rules for resulting and constructive trusts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 855-884, p. 879; WILHEM WENGLER, “Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vols. 41 e 42, 1952 e 1953, pp. 596-622 (vol. XLI) e pp. 538-560 (vol. XLII), p. 614; HERBERT F. GOODRICH, “Two States and Real Estate”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 89, n.º 4, 1941, pp. 417-429, p. 420; PIERRE MAYER, “Droit international privé et droit...”, p. 546; TREVOR C. HARTLEY, *International Commercial Litigation — Texts, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 720; PAOLO BENVENUTI, “Commento all’art. 51 della Legge n. 218, 31 maggio 1995, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XIX, n.º 5/6, 1996, pp. 1325-1334, p. 1329; CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, p. 229. Aliás, como evidencia RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 503, tal é expressamente estatuído no décimo *Draft* do segundo *Restatement on the Conflict of Laws* de 1959: “*Land and things attached to the land are within the exclusive control of the state in which they are situated, and the officials of that state are the only ones who can lawfully deal with them physically. Since interests in immovables cannot be affected without the consent of the state of the situs, it is natural that the latter’s law should be applied by the courts of other states*”. Uma explicação extensiva é feita por LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 222ss.

competência jurisdicional e limitando a relevância de normas internacionalmente imperativas de outras ordens jurídicas<sup>128</sup>.

### 2.1.3. *A política legislativa e a articulação com o direito público*

Outra expressão dos fundamentos jurídico-políticos na aplicação da *lex situs* reside em interesses legislativos do Estado territorial.

*Por um lado*, o exercício dos direitos reais se conecta de forma preponderante com ramos de direito (público) de aplicação territorial (urbanismo, ordenamento do território, protecção do património cultural, direito fiscal, registo predial e execução) pelo que qualquer outra conexão colocaria em cheque a respectiva eficácia. Na verdade, a *função social da propriedade* implica limitações de interesse público aos prédios, decretadas e reguladas pelo direito público, *tendo por base um certo sistema jurídico-real*; basta pensar que as normas sobre domínio público, servidões administrativas, protecção do ambiente, expropriações ou nacionalizações, definem *quais os prédios no comércio jurídico* e pressupõem uma certa concepção de direito real, um conjunto de poderes exercitáveis sobre a coisa. Nessa medida, só a aplicação da *lex situs* previne o surgimento incongruências ou antinomias conducentes à ineficácia da regulação pública. *Por outro lado*, certos direitos reais fazem depender a sua eficácia de um sistema de publicidade (como o registo) organizado pelas autoridades do Estado onde o prédio se situa e pressupondo a aplicação das regras desse país. Igualmente, a execução coerciva do património imobiliário caberá em exclusivo às autoridades judiciais do Estado territorial, aplicando as suas regras processuais. A aplicação da lei da situação da coisa do ponto de vista substantivo fundar-se-á, assim, na organização político-legislativa, necessariamente ligada a institutos marcadamente nacionais<sup>129</sup>.

---

<sup>128</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 496; SANDRINE CLAVEL, *Droit International Privé*, 2.<sup>a</sup> Edição, Dalloz, Paris, 2010, p. 475; PAOLO BENVENUTI, "Commento...", p. 1329. Isto é, parece haver aqui como que uma fusão das regras de conflitos de leis com as normas de competência jurisdicional, apesar das diferentes finalidades subjacentes — cfr. JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 39. Sobre os desvios na qualificação (em nome da efectividade), *vide* GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 8; D'AVOUT, *cit.*, p. 310.

<sup>129</sup> Neste sentido, PAOLO BENVENUTI, "Commento...", p. 1329 ("*Si tratta anzitutto della connessione tra regime della proprietà e delle altre situazioni giuridiche limitate sui beni, da un lato, e sistema socio economico dello Stato territoriale, d'altro lato, che impone una forte responsabilizzazione della legge locale con la possibilità di rilevanti limiti di diritto pubblico*"); BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 204 (que alude ao *proteccionismo legislativo* atinente à eficácia das regras de direito público que pressupõem a aplicação de certas normas jurídico-reais); SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", p. 69 ("*land law is embedded in rules which are meant to apply locally [such as the rules relating to registration of rights in land]*"); CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 8 ("*The functioning of land law as law in action can be understood only if seen in its legal environment, that is in the context of land registration on one hand, enforcement procedures on the other hand*"); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Plurilocalizadas. Autonomía de la Voluntad. Elección de Ley Aplicable: Consentimiento y Forma de los Actos", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 1-166, p. 149 (que funda a regra,

*Ademais*, o Direito das Coisas executa uma função de política económica, porquanto através deste ramo do direito se operacionaliza a opção legislativa quanto à organização da propriedade dos meios de produção, ao sistema económico vigente e à exploração das riquezas naturais. A propriedade das coisas está inelutavelmente ligada ao modelo económico de um Estado, pelo que só a aplicação territorial das suas normas pode garantir a soberania das opções socioeconómicas. Nessa medida a natureza *político-económica* do direito das coisas implica que a *política* do DIP determine a competência exclusiva da *lex situs*<sup>130</sup>.

---

ainda que não exclusivamente, no propósito de integridade dos registos públicos); ANDRÉ WEISS, *Manuel de Droit International Privé*, 5.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1905, p. 526 (sustentando a regra da *lex rei sitae* para o direito de propriedade e seus derivados “*parce qu’il touche aux intérêts vitaux de l’État, à son régime économique et à son droit public*”); ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3727, p. 300; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 195; ERIK JAYME, “Identité...”, p. 241; LEO RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 5.<sup>a</sup> Edição, Franz Vahlen G. m. b. H., Berlim, 1961, p. 586; BERNARD AUDIT, “Le caractère...”, p. 282; BERNARD AUDIT E LOUIS D’AVOUT, *Droit...*, p. 148; GIAN CARLO VENTURINI, “Property”, p. 7; RENÉ VAN ROOIJ E MAURICE V. POLAK, *Private International Law in the Netherlands*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1987, p. 158; J.-P. NIBOYET, *Traité...*, Tomo IV, p. 203; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 871; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 66; LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L’immeuble...*, pp. 17 e 81ss; HERBERT F. GOODRICH, “Two States...”, p. 419; CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, p. 229; PROSPERO FEDOZZI, *Trattato di Diritto Internazionale*, Vol. IV, Il Diritto Internazionale Privato — Teorie Generali e Diritto Civile, CEDAM, Padova, 1935, p. 671; DIETER MARTINY, “Lex rei sitae...”, p. 119; ANA PALOMA ABARCA JUNCO, “Las cosas en el tráfico jurídico externo”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-295, p. 277.

Trata-se da mesma fundamentação usada pelo Tribunal de Justiça para justificar a competência judiciária exclusiva dos tribunais da situação da coisa no Acórdão de 15 de Janeiro de 1985, *Rottwinkel*, proc. 241/83, *Recueil de jurisprudence*, 1985, pp. 99, n.º 19: “*la compétence exclusive prévue par l’article 16, paragraphe 1, en faveur des tribunaux de l’État contractant où l’immeuble est situé a sa raison d’être dans le rattachement étroit des baux au régime juridique de la propriété immobilière et aux dispositions, de caractère généralement impératif, qui règlent son usage, telles que les législations relatives au contrôle du niveau des loyers et à la protection des droits des locataires et fermiers*” (cfr. GEORGES A. L. DROZ, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1985, *Rottwinkel*, proc. 241/83”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 75, n.º 1, 1986, pp. 128-143, pp. 135ss).

WEINTRAUB refere-se à ligação dos direitos reais com os registos públicos da propriedade, embora na perspectiva de tutela de terceiros (cfr. *Commentary...*, p. 502, e “An inquiry...”, p. 3). É também esta a posição expressa no estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments*, Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf>, consultado em 6 de Dezembro de 2012, p. 143.

<sup>130</sup> São vários os exemplos que aqui se podem dar: a existência de obrigações legais de preferência destinadas a eliminar minifúndios; o estabelecimento de servidões legais; etc. Neste sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3727, p. 300 (que, como veremos, funda a opção pela *lex rei sitae* quer nos interesses dos interessados (titular e terceiros), quer nos interesses públicos que envolvem o *Direito das Coisas*); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 113; J.-P. NIBOYET, *Traité...*, Tomo IV, p. 201; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 243 (“*existe una relación directa entre el régimen de los derechos reales y el sistema económico de una comunidad*”); LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 138ss; TEIXEIRA D’ABREU, *Estudos...*, Vol. II, p. 58; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 491; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 871; NURIA BOUZA VIDAL, “Artículo 10, apartado 1”, cap. II, n.º 1; HUGH COLLINS, *The European Civil Code — The way forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, p. 104; SANDRINE CLAVEL, *Droit...*, p. 475; KARL NEUMEYER, “Internationales Privatrecht”, *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, E. KOHLRAUCH E W. KASKEL, Springer, Berlim, 1923, pp. 1-33, p. 24; PAOLO BENVENUTI, “Commento...”, p. 1329 (cfr. citação da nota anterior); LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L’immeuble...*, p. 18 (que ilustra com o sistema socialista ou feudal, onde propriedade e soberania são conceitos sobrepostos); DIETER MARTINY, “Lex rei sitae...”, p. 119; ROBERTO BARSOTTI, “Diritti...”, p. 418. Concretamente no que às garantias imobiliárias diz respeito, as opções tomadas na sua feição ligam-se preponderantemente às opções relativas à política de endividamento e de promoção ou repressão do crédito (MICHEL GRIMALDI, “Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVII, n.º 3, 1999, pp. 391-414, p. 391).

## 2.2. A razão lógica: a natureza espacialmente determinada do objecto dos direitos reais.

Outro fundamento classicamente apontado para a *situs rule* é a lógica dos factos. No fundo, perante um problema de conflitos de leis no espaço, sendo certo que a *coisa* (objecto do direito real) está fisicamente localizada, não é sustentável qualquer outra solução que não seja a mobilização da lei do espaço onde a coisa se situa. Se o propósito savigniano do método conflitual é *localizar a relação jurídica*, no domínio real a operação é especialmente evidente, uma vez que a coisa está naturalmente situada.

Esta tese vê os direitos reais como independentes de qualquer relação intersubjectiva, estando apenas ligados à coisa. Haveria uma fusão entre os *poderes que o direito reconhece ao titular* e a *coisa sobre que incidem*: o regime do direito é o do objecto sobre que recai. Se aqueles só podem ser exercidos no Estado da sua situação, deve ser a lei deste país a definir a sua extensão e alcance. Haverá, assim, uma *territorialidade natural* do Direito das Coisas, já que as *coisas “ocupam um determinado lugar no espaço”* e este ramo jurídico dirige-se à respectiva ordenação patrimonial, abstraindo-se das pessoas dos seus titulares, razão por que assumiria especial vocação para a territorialidade.

No fundo, as *coisas* estariam, por natureza, sujeitas à soberania do Estado territorial, pois é este quem de forma evidente e inelutável pode ordenar as coisas situadas no seu território, sem que possa desinteressar-se da sua sorte. Porque decorreria da *natureza das coisas* (enquanto objecto do direito real que está fisicamente em certo espaço), aplicar lei *de outro local* constituiria solução intolerável. Para esta concepção, a aplicação territorial do direito das coisas será uma decorrência natural do conteúdo das normas reais: teremos uma *unilateralidade* da sua aplicação, mediante um método mais próximo daquele que encontramos das *normas de aplicação necessária e imediata* do que aquele que subjaz à técnica conflitual<sup>131</sup>.

---

Era este o fundamento desta conexão no sistema feudal — era mecanismo necessário à manutenção do modelo económico (cfr. PH. FRANCESCAKIS, "Conflits...", p. 486; D'AVOUT, *cit.*, pp. 137ss; ARMAND LAINÉ, *Introduction au Droit International Privé*, Tomo I, Librairie Cotillon, Paris, 1888, p. 271; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 120; P. C. TIMBAL, "La contribution des auteurs at de la pratique coutumière au droit international privé du moyen âge", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 44, 1955, pp. 17-32, p. 24; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 38). É também o raciocínio subjacente às palavras de ANTONIO GAMBARO, "Perspectives on the codification of the law of property", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 497-504, p. 497 (quanto à natureza da regulação dos direitos reais) e de VINCENT SAGAERT, "Party...", p. 133 (associando a *lex rei sitae* à tutela da taxatividade dos direitos reais).

<sup>131</sup> GIULIO DIÉNA, "Les conflits de lois en matière de droits réels à l'Institut de Droit International", *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, vol. VII, 1911, pp. 561-586, p. 566 ("La nécessité d'observer en principe la *lex rei sitae* en matière de droit réels résulte de la nature même des rapports juridiques dont il s'agit"); ARMAND LAINÉ, *Introduction au Droit International Privé*, Tomo II, Librairie Cotillon, Paris, 1892, p. 221 (considerando a conexão tão evidente que conclui "il n'est rien dû de la condition des immeubles. Il n'en est rien dû parce qu'il n'y avait rien à dire"); J.-P. NIBOYET, *Traité...*, Tomo IV, pp. 200-203, e *Des Conflits de Lois relatifs à l'acquisition de la propriété et*

Esta tese assenta na *concepção realista dos direitos reais*, pelo que os seus defensores se preocupam em demonstrá-lo como pressuposto da opção conflitual. Assim, defende-se que a existência de limites à susceptibilidade de apropriação individual (isto é, a estatuição legal de coisas insusceptíveis de serem objecto de direitos reais) demonstra que este ramo do direito se dirige à regulação das coisas e não das pessoas; *por outro lado*, a característica de este ramo jurídico regular a existência de vários direitos sobre o mesmo objecto, disciplinando os limites de cada um dos titulares, implicará a conclusão de que se pretende determinar o estatuto jurídico da coisa; *por fim*, a eficácia absoluta dos direitos reais — permitindo ao titular afastar todas as pessoas *que contactem com a coisa* — sublinha a coisa como o centro natural de todas as relações jurídicas. No quadro desta leitura, o âmbito do estatuto real será, portanto, objectivamente determinado e por isso internacionalmente homogéneo, abrangendo o estatuto jurídico da coisa e os direitos sobre ela constituídos<sup>132</sup>.

---

*des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Recueil Sirey, Paris, 1912, p. 18; ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, Tomo III, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1935, p. 9; ERNST ZITELMANN, *Internationales...*, p. 134 (inserindo esta razão no seu sistema internacionalista); ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales...*, Vol. I, p. 50 e vol. II, p. 4 (que alude à *natureza das coisas* como fundamento para esta *conexão primária*); ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro II, Aplicações, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, p. 62; HERBERT F. GOODRICH, "Two States...", p. 419; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 47 ("*it is both natural and practical to apply the law of the country where the piece of land is situated*"); TREVOR C. HARTLEY, *International...*, p. 696 ("*the application of the lex situs to land is so obvious that almost nothing needs to be said about it*"); BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 282 ("*du fait que les biens occupent une place dans l'espace s'offre une localisation matérielle évidente et il faudra de bonnes raisons pour ne faire coïncider la localisation juridique avec elle*"); ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit International Privé*, 2.<sup>a</sup> Edição, Helbing & Lichtenhahn, Zurique, 2004, p. 229; STEFAN LEIBLE, "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contractos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 214-233, p. 219; MAX GUTZWILLER, *Internationalprivatrecht*, cit., p. 1593; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 203.

Esta tese é desenvolvida, criticamente, por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 108; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 39; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 17; LEO RAAPE, *Internationales...*, pp. 586ss; LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble...*, p. 2. Segundo ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3727, p. 299, será a "*razão clássica*" da opção; neste sentido, HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 467 e *Droit International Privé*, Tomo II, 7.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, Paris, 1976, p. 147.

Sobre a *unilateralidade* inerente a esta tese, *vide* LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 131ss, que sublinha estar subjacente uma concepção finalista das regras jurídico-reais, cuja razão de ser dependeria da aplicação territorial (*quer* em virtude da na natureza das coisas, *quer* por razões de segurança das transacções e protecção do comércio jurídico, *quer* para estabelecimento do regime político-económico do Estado).

<sup>132</sup> "*The law of things is commonly defined as the doctrine of the legal dominion of persons over things*" (LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 485). Para uma análise mais desenvolvida destes fundamentos, *vide* LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 54-58. Sobre o conteúdo do direito real e respectivas teses *realistas*, cfr. M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967, pp. 7ss, e *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 41ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, 5.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 38ss e 597ss; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 95ss; CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos Reais — Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71 (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 27ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1991, pp. 188ss; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos Reais*, 6.<sup>a</sup> Edição, Quid iuris, Lisboa, 2010, pp. 39ss; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 14ss; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, pp. 17ss; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 29ss, e "Os direitos reais e os direitos pessoais: distinções e aproximações", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 45-82, pp. 47ss.

Como bem sublinha ROBERTO BARSOTTI, "Diritti...", p. 414, e melhor veremos *infra*, esta tese é desmentida pela prática, porquanto se há unanimidade no elemento de conexão utilizado nos direitos reais, disparidades

### 2.3. A segurança das transacções e a tutela dos terceiros.

Em terceiro lugar, a *lex situs* justifica-se pela salvaguarda dos interesses do comércio — concretamente, de todas as pessoas que se relacionarem com os titulares (cujos poderes de ingerência são afastados pelo direito real) ou que pretendam adquirir direitos sobre a coisa. Tal intuito implicará uma conexão objectiva, facilmente apreendida pelas partes e por todos os terceiros: “*é conforme às necessidades do comércio jurídico que qualquer terceiro possa informar-se rápida e seguramente acerca do estatuto da coisa que deseja adquirir ou sobre a qual pretende constituir um direito diferente da propriedade*”. A oponibilidade dos direitos reais a adquirentes e credores (a sua eficácia absoluta) obriga que estes possam conhecer o estatuto jurídico das coisas, pelo que o objectivo da segurança das transacções se projecta na opção conflitual.

Ora, parece que só a *situação da coisa* cumpre o objectivo: a localização de uma coisa corpórea não apenas é facilmente cognoscível e determinável, sendo critério neutro e sensato, como, no que concerne aos prédios, apresenta a vantagem da *imutabilidade*, prevenindo o surgimento de conflitos móveis. Qualquer outro elemento de conexão provocaria um entorpecimento do comércio jurídico, porquanto o interessado “*teria de suportar o ónus de se informar acerca da espécie e características peculiares do regime legal*”<sup>133</sup>.

---

abundam quanto ao concreto âmbito do estatuto real, abrangendo algumas ordens jurídicas a capacidade, a forma e até o negócio no conteúdo daquele.

<sup>133</sup> As citações são de ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3727, p. 300, e *Lições de Direito Internacional...*, pp. 42 e 197 (sustentando ser este o principal fundamento da regra da *lex rei sitae*). Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação do Estatuto Contratual e do Estatuto Real em Direito Internacional Privado*, (policopiado), Lisboa, 1986, p. 10 (“*a protecção do comércio jurídico e, em particular, a tutela de interesses de terceiros, parece ser o fundamento mais sólido e o que reúne maior consenso*”); ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 784 (“*il collegamento del situs rei presenta il vantaggio di essere obiettivamente accertabile da chiunque venga a contatto con la cosa, e costituisce pertanto un fattore di certezza per il traffico giuridico*”), e "Successions Internationales: conflit de lois et de jurisdictions", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, pp. 71-418, pp. 116-117; LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 485; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 491; J.-P. NIBOYET, *Des conflits...*, pp. 54 e 173ss (que a classifica como “*compétence d'ordre public de la «lex rei sitae»*”); LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble...*, p. 16 (que o indica como o principal argumento jurídico-privado da conexão); WILHEM WENGLER, "Les principes...", p. 606; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 283; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 149; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 195; ADELIN CHONG, "The Common...", p. 877; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 19 e 21; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 467; HENRI BATIFFOL, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956, p. 254 (que faz uma analogia de fundamento com a protecção que certos sistemas dão à *posse* — eventualmente atribuindo o direito real correspondente — igualmente com fundamento na tutela da aparência. O Professor ressalta ainda a adequação da conexão para tutela das partes e não apenas de terceiros [p. 257]); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 870; NURIA BOUZA VIDAL, "Artículo 10, apartado 1", cap. II, n.º 1; CATHERINE KESSEDJIAN, "The Conflict...", p. 164; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 63 (que a classifica como a “*predominant reason for the lex situs rule*”); MICHEL CABRILLAC, "La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 487-505, p. 489; EDOARDO VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, Vol. III, Diritti Reali — Successioni e donazioni — Obbligazioni, Unione Tipografica — Editrice Torinese, Turim, 1975, p. 10; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, Thomson — Civitas, Madrid, 2004, p. 535 (que aludem a uma função económica da *lex rei sitae*, ao facilitar a cognoscibilidade do estatuto da coisa); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation

Assim, a regra da *lex rei sitae* constitui “uma projecção conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais”<sup>34</sup>: há um interesse de *previsibilidade* e de *protecção das expectativas* do comércio, necessários por força da eficácia absoluta dos direitos reais. Nessa medida, o seu fundamento não decorre propriamente dos interesses do titular mas dos terceiros: se os poderes dos titulares de direitos reais, a classificação da coisa como móvel ou imóvel ou os seus limites materiais dependerem de uma conexão menos evidente (como a nacionalidade ou residência do proprietário), aqueles seriam permanentemente assolados pela incerteza quanto aos poderes que lhes poderiam ser opostos<sup>35</sup>.

O que dizemos é particularmente relevante nas garantias reais: só perante a rápida cognoscibilidade da afectação de certa coisa ao cumprimento de determinada obrigação, pode a comunidade jurídica beneficiar da confiança imprescindível ao tráfico jurídico. Tal cognoscibilidade depende de um critério objectivo, fáctico, inderrogável e neutro na determinação da lei aplicável, caracteres que a *lex situs* apresenta.

Com o mesmo fundamento de tutela do terceiros, WEINTRAUB coloca a tónica noutro domínio: a coordenação do regime jurídico-real com as regras de registo predial, de

---

des Règles de Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000, pp. 9-426, p. 347 (e sustenta ser este um fundamento material desta conexão, em comparação com os mais antigos, de ordem formal); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 149; ADRIAN BRIGGS, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 420; FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos de Leis — Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 118; JEROEN VAN DER WEIDE, “Party Autonomy...”, p. 44; DOROTHEE EINSELE, “Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 60, n.º 3, 1996, pp. 417-447, p. 436; MICHAEL J. WHINCOP, “Conflicts in the Cathedral: Towards a Theory of Property Rights in Private International Law”, *University of Toronto Law Journal*, vol. 50, 2000, pp. 41-73, p. 50 (sobre a imutabilidade da conexão); TITO BALLARINO, *Diritto...*, p. 547; HERBERT KRONKE, “Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siebr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, et al., Schulthess, Zúrique, 2010, pp. 57-70, p. 58; DIETER MARTINY, “Lex rei sitae...”, p. 119; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 245; PIERRE LALIVE, *The Transfer*, p. 112; ROBERTO BARSOTTI, “Diritti...”, p. 418; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 491; THOMAS RAUSCHER, *Internationales Privatrecht*, Müller, Heidelberg, 2012, p. 365; ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, “La théorie des qualifications”, *Études de Droit International Privé*, Chevalier-Marescq Éditeurs, Paris, 1899, pp. 1-82, p. 31. Aliás, é conhecido o paralelismo entre as razões que determinam a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais e o interesse em buscar uma conexão fixa e cognoscível para regular a oponibilidade a terceiros da cessão de créditos (ANNA GARDELLA, *cit.*, pp. 70ss). Atente-se ainda que, com os mesmos fundamentos, estas razões podem ser consideradas tendo como prisma a *exactidão do Registo*: pode sustentar-se que a segurança dos terceiros depende da confiança que depositam no Registo; ora, o Registo só espelhará uma informação exacta se puder garantir que nenhuma lei estrangeira protegerá sujeitos cujos direitos não são conhecidos da *lex situs*. Assim é vista a *necessidade de protecção de terceiros* por ROBBY ALDEN, “Modernizing...”, p. 593 (que a critica).

<sup>34</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 115; JÜRGEN BASEDOW, “Spécificité et coordination du droit international privé communautaire”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 275-305, p. 279; DOROTHEE EINSELE, “Rechtswahlfreiheit...”, p. 436; CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, p. 229; FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto...*, Vol. II, p. 122. A exigência de publicidade tem um interesse de protecção de terceiros: “*dada a eficácia absoluta dos direitos reais, é fundamental que todos os interessados possam conhecer a sua existência*” (cfr. ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A característica da incéria dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. II, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 479-496, p. 479). Ora, a aplicação da *lex rei sitae* dirige-se à cognoscibilidade do estatuto jurídico da coisa.

<sup>35</sup> É por isso que alguma doutrina se refere à aplicação da *lex rei sitae* como tendo um fundamento próximo de uma *loi de police* — GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 134.

aplicação territorial. Segundo ensina o Professor, a necessidade de os dados registais (enquanto informação privilegiada do estatuto do imóvel) serem facilmente apreendidos por qualquer interessado (o que constitui um requisito básico da eficácia do Registo Predial) impediria a sujeição dos direitos reais sobre imóveis a qualquer outra lei<sup>136</sup>.

#### 2.4. A boa administração da justiça e a harmonia jurídica internacional.

Não sendo fundamentos classicamente apontados como fundamentantes da opção conflitual que ora analisamos, certo é que podem ser aventados dois outros argumentos tendentes à aplicação da *lex situs* aos direitos reais sobre imóveis.

Por um lado, o interesse da boa administração da justiça: as pretensões jurídico-reais sobre imóveis serão julgadas nos tribunais do Estado onde a coisa se situa, atendendo ao consenso generalizado na competência judiciária dos tribunais da situação da coisa. Nessa medida, a opção pela *lex situs* diminui o erro judiciário nas acções reais, onde as preocupações de segurança são evidentes<sup>137</sup>.

Por outro, deve atentar-se que a conexão *situação da coisa* está generalizada nos vários sistemas jurídicos. Assim, o carácter amplo da sua aceitação tem por efeito que o *resultado dos fundamentos que indicámos* se transforme numa nova razão para a escolha: se a aplicação da *lex rei sitae* se deve aos fundamentos que apontámos (sendo um *produto* das finalidades explicadas), a generalização da opção cria, por si só, uma nova razão. Se em todos os países se opta pela aplicação da *lex rei sitae*, atendendo aos fins de estabilidade das relações jurídicas plurilocalizadas, não restará verdadeiramente outra hipótese ao legislador conflitual que não seja a consagração da mesma regra. No fundo, haverá como que uma repartição perfeita das leis em matéria de direitos reais (em que cada Estado se ocupa da regulação das coisas situadas no seu território), razão que conduziria a um repouso absoluto do problema da lei

---

<sup>136</sup> RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 502: "it would substantially complicate the title search and enormously increase its cost to require the searcher to ferret out the foreign law, gain an understanding of its nuances, and apply it to the problem in hand". Como veremos, esta concepção sustenta a convicção do Autor no sentido de que se não justifica a aplicação da *lex rei sitae* aos efeitos reais nas relações *inter partes*, embora deva a regra manter-se no que concerne às relações com terceiros.

<sup>137</sup> Neste sentido, ADELIN CHONG, "The Common...", p. 879 ("Allied to this is the fact that the claimant is likely to have to turn to the courts where the asset is situated in order to enforce his rights"); BERND VON HOFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales Privatrecht*, 9.ª Edição, C. H. Beck, Munique, 2007, p. 514 ("Insoweit ermöglicht der Grundsatz der *lex rei sitae* den Gleichlauf zwischen internationaler Zuständigkeit und anwendbarem Recht"); GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 7; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 490; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 503, e "An inquiry...", p. 4; MICHAEL J. WHINCOP, "Conflicts...", p. 55. Sobre o princípio da boa administração da justiça, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 119.



aplicável ao estatuto real. A utilização de qualquer outro elemento de conexão, porque dissonante do que sucede nos demais Estados, geraria *desarmonia jurídica internacional*<sup>138</sup>.

### 3. A DELIMITAÇÃO DOS ESTATUTOS REAL E NEGOCIAL: A PRIMAZIA DA *LEX SITUS*.

Quando direitos reais são constituídos ou transmitidos por negócio jurídico, é conhecida a dificuldade de delimitação dos estatutos real e negocial, problema de indiscutível complexidade. Com efeito, em sistemas conflituais (como o europeu) que não imponham a sujeição do contrato sobre imóveis à *lex situs*, importa identificar os efeitos jurídicos sujeitos à *lex rei sitae* e os que decorrem da *lex contractus* (sempre que não coincidam), já que um mesmo negócio gera consequências abrangidas por regras conflituais distintas<sup>139</sup>. O problema é

---

<sup>138</sup> Neste sentido, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 3, 223 e 306 ("Cette règle positive de solution des conflits, historiquement ancienne et unanimement admise en droit comparé, présente en apparence des qualités telles – sa simplicité, son bon sens et son caractère consensuel – qu'aux yeux de beaucoup, elle en ferait presque disparaître le problème initial du conflit de lois en droit des biens"); OTTO KAHN-FREUND, "General...", p. 171; ERNST RABEL, *The Conflict of Laws — A comparative study*, Vol. I, Callaghan & Company, Chicago, 1945, pp. 87-88 ("when a fact or an act is governed by a certain law according to all conflicts laws practically involved, this law should be applied by any court before which the case may come as result of subsequent stories"); PAOLO BENVENUTI, "Commento...", p. 1329 ("una soluzione quindi idonea a creare un elevatissimo grado di uniformità di regolamentazione giuridica nello spazio"); WILHEM WENGLER, "Les principes...", p. 611; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 870; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 149; FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos...*, p. 118; JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy...", p. 44; DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 436; CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 4, 2004, pp. 723-743, p. 732; ROBERTO AGO, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, Milano, 1934, p. 93. Será o raciocínio de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 181, ao sustentar que "não se contestará que, numa análise conforme à teologia específica do direito internacional privado, a competência legislativa em matéria de direitos sobre as coisas corpóreas se há-de determinar exclusivamente em função da situação da coisa".

<sup>139</sup> Já em 1911 se identificava a delimitação de estatutos como a mais séria dificuldade no DIP das coisas (cfr. GIULIO DIÉNA, "Les conflits...", p. 562). Sublinhando a sua complexidade, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Prefácio à obra", *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, pp. XIII-XVII, p. XIII; RICCARDO LUZZATTO, *Stati...*, p. 300; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 668; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 1 (identificando a constituição, modificação e extinção de um direito real como o principal problema); JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 170; ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 784; GIANFRANCO PALERMO, "Il contratto «ad effetti reali» nell'esperienza del diritto uniforme", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 219-242, p. 229. Atente-se ainda que a hipoteca constitui, em muitos ordenamentos, uma garantia real acessória, pelo que se liga a um crédito porventura sujeito a lei diferente (cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 878). Como é evidente, a questão não existe nos sistemas conflituais que sujeitem o contrato à *lex rei sitae*: é o caso da Lei suíça de direito internacional privado (art. 119.º), que estabelece que "*les contrats relatifs aux immeubles ou à leur usage sont régis par le droit du lieu de leur situation*", embora admita derrogação desta conexão. Entre nós, para além dos negócios sobre imóveis, a dificuldade de delimitação surge no domínio da sucessão de imóveis e das relações matrimoniais com efeitos sobre imóveis, porquanto o DIP vigente não submete tais aspectos à *lex rei sitae* (ao invés do que sucede, por exemplo, no direito anglo-saxónico — cfr. GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 9; JOSEPH STORY, *Commentaries...*, p. 718). Como veremos *infra*, todavia, a sujeição desses aspectos à *lex situs* funda avultadas críticas da doutrina americana contemporânea.

No nosso trabalho, porque excluímos os contratos celebrados por consumidores e os negócios jurídicos unilaterais de constituição de hipoteca, consideramos que ao contrato internacional de constituição de hipoteca se aplicam as regras gerais do Regulamento Roma I: a lei escolhida pelas partes ou, na sua falta, a lei da situação da coisa (arts. 3.º e 4.º).

agravado em sistemas jurídico-reais consensuais (português, francês, italiano, etc.), onde o título é o único pressuposto da produção do efeito real, sem necessidade de *modo* aquisitivo.

A complexidade da distinção (que leva alguma doutrina a propor, nos negócios reais sobre imóveis, que a *lex contractus* seja sempre a *lex rei sitae* ou a lei que o DIP da *lex situs* indicar)<sup>140</sup> vem sendo apontada como outra razão inerente à escassa circulação internacional das hipotecas, porquanto gera nefasta incerteza ao regime jurídico aplicável<sup>141</sup>.

O critério mais divulgado de delimitação de estatutos é a *primazia relativa do estatuto real*, de acordo com o qual cabe à *lex rei sitae* não apenas o conteúdo dos direitos reais mas ainda a definição das condições da sua existência, constituição e transmissão; a natureza móvel ou imóvel do objecto; e a vigência (ou não) do princípio da taxatividade. Assim, é a *lex situs* a determinar o sistema de constituição da hipoteca, o exercício da seqüela e da preferência, os poderes executivos do credor, a idoneidade para a constituir e a sua flexibilidade (mormente a admissibilidade do pacto comissório ou da alienação fiduciária). Ao estatuto contratual é atribuída a validade do acto negocial (porventura exigida pela lei reguladora dos direitos reais) e os efeitos obrigacionais do contrato. Segundo esta concepção, há uma projecção conflitual da distinção substantiva entre direitos reais e obrigações<sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> Sufragando a coincidência de *lex contractus* e *lex rei sitae*, vide BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 673 (condenando a admissibilidade de escolha de lei no negócio real sobre imóveis, porquanto valora os interesses das partes e não comércio jurídico); MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 108 ("dado que el contrato de préstamo debe contener una previsión de creación del derecho real, es dudoso que en el supuesto de crédito hipotecario transfronterizo sea posible, o incluso adecuado, una separación del estatuto personal y el estatuto real"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 442 ("De iure condendo seria mesmo defensável submeter o contrato de alienação de imóvel ao direito internacional privado da *lex situs*". O Professor parece advogar a submissão do contrato à lei indicada pelo DIP da *lex rei sitae* e não propriamente às suas normas materiais). Aliás, será esta a razão, segundo HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. n.º 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 17, 1981, pp. 215-285, p. 249, e NUNO CASTELLO-BRANCO BASTOS, "Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil", *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 651-685, p. 660, para que o DIP europeu dos contratos eleja a situação da coisa como conexão supletiva para as obrigações contratuais dos negócios de constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis.

<sup>141</sup> Cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 23; NURIA BOUZA VIDAL, "Artículo 10, apartado 1", cap. III, n.º 1.

<sup>142</sup> Este critério (detalhadamente explicado por M. HANS LEWALD, "Droit...", pp. 368-372; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 442; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, pp. 263ss; GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 7; M. R. CHESTERMAN, "Choice of law aspects of liens and similar claims in international sale of goods", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, n.º 1, 1973, pp. 213-253, p. 220; ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 785; TITO BALLARINO, *Diritto...*, pp. 548-557; FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto...*, Vol. II, pp. 118-119; CARLO ANGELICI, "Garanzie Reali — II", *Enciclopedia giuridica*, Vol. XV, Roma, 1989, pp. 1-10, p. 4; ANA PALOMA ABARCA JUNCO, "Las cosas...", pp. 283-287) encontra consagração positiva em Itália, Holanda e Bélgica. O ordenamento transalpino estabelece, na regra de conflitos sobre direitos reais, que "*La stessa legge ne regola l'acquisto e la perdita*", firmando expressamente o critério que ora expomos (n.º 2 do art. 51.º da *Legge 218/1995 — riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* — vide PAOLO BENVENUTI, "Commento...", p. 1325); já o direito belga expressamente determina que "*l'acquisition et la perte de ces droits sont régies par le droit de l'État sur le territoire duquel ce bien est situé*" (art. 87.º §1 do Código Belga de DIP) e que o estatuto real compreende "*les modes de constitution de modification de transmission et d'extinction de ces droits*" (art. 94.º, §1, n.º 5 do código). Por fim, note-se a Lei Holandesa de 25 de Fevereiro de

A principal relevância deste juízo radica no facto de a qualificação privilegiar necessariamente o estatuto real quanto aos “*elementos do contrato de venda com incidência real e aos aspectos de uma relação contratual em que segmentos obrigacionais e reais estão indissociavelmente ligados*”, a *zona cinzenta* de que falava LIMA PINHEIRO em 1986: o modo de atribuição dos direitos (*sistema de título ou de título e de modo*), a *legitimidade para hipotecar a coisa*, o *momento da constituição da hipoteca*, a natureza *hipotecável* da coisa em causa ou os requisitos de publicidade<sup>143</sup>.

---

2008, que codifica o DIP dos direitos reais, estabelece no art. 4.º a abrangência pelo estatuto real dos modos de aquisição e perda dos direitos reais (*vide* JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy...", p. 47).

Por esta razão, o conteúdo, a existência e a aquisição dos direitos reais são apelidadas por BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 150, de “*questions proprement réelles*”; em 1894, explicava TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos...*, Vol. II, p. 60, que “*A lei territorial é, pois, sempre aplicável, quando se tracta de algum dos seguintes pontos: a) classificação das cousas, determinação das que são moveis ou immoveis, estão ou não no commercio; b) indicação dos direitos reaes que podem ter sobre as cousas, e sua extensão: propriedade, servidões, usufructo, etc.; c) condições da transmissão da propriedade ou dos seus desmembramentos, entre as partes ou em relação a um terceiro: registo, etc.*”. Como sublinham PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 495, estas matérias são reguladas pela lei real mesmo nas relações *inter partes*: se a *lex rei sitae* exige a tradição da coisa para que a propriedade se transfira, esta é uma condição necessária mesmo nas relações entre adquirente e alienante.

Quanto ao facto de este critério constituir uma *projecção conflitual* de uma distinção de direito material, *vide* ANNA GARDELLA, "La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della Direttiva 2002/47/CE", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LXVIII (Nuova Serie), n.º 5, 2005, pp. 583-625, p. 596. Tal não obsta, evidentemente, que a rigidez do estatuto real não tenha influência na autonomia privada: por força da determinação, pela *lex rei sitae*, do sistema de transmissão e aquisição dos direitos reais, as partes não podem *desenhar* o modo da produção do efeito real, designadamente as circunstâncias de que ele depende, o momento em que se produz ou a criação de condições diferentes das legalmente estipuladas pela *lex situs* — KAI KULLERKUPP, "Private Autonomy in Property Law: Can the Parties 'Design' their transfer?", *Rules for the transfer of Movables, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 47-57, p. 52.

Há outros critérios sobre os quais não nos deteremos, de onde destacamos o critério da *primazia absoluta do estatuto real*, nos termos do qual todos os pressupostos de efeitos jurídico-reais são cometidos à *lex situs*, inclusive o *contrato causal* (na substância e na forma) e a *capacidade das partes*. Esta concepção parte do pressuposto de que a validade do título constitutivo ou aquisitivo do direito real é um requisito das normas *materiais* relativas ao direito *in rem*, pelo que só a *lex rei sitae* é adequada a tal matéria; ademais, sujeitar o título a lei diferente gera o risco de invalidação desnecessária de negócio que seria idóneo ao efeito real nos termos da *lex situs* (RICCARDO LUZZATTO, *Stati...*, p. 307; JOSEPH STORY, *Commentaries...*, pp. 718ss; HENRI BATIFFOL, "Statut personnel et statut réel", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 1932, pp. 597-602, p. 602, que revelava inicialmente simpatia por esta concepção ao postular a apreciação da capacidade sucessória pela *lex rei sitae* e não pelo estatuto pessoal). Este critério, como se percebe, abandona o chamamento de *duas leis* (a solução *transactionnelle*) e propõe a solução *unitaire* (cfr. GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 31) mas resolvendo as dificuldades que surgem quando a *lex rei sitae* tem regras que limitam a *capacidade* de aquisição (por exemplo, sujeitando *certas pessoas* a uma autorização administrativa — GIAN CARLO VENTURINI, *Diritto Internazionale...*, Vol. II, Tomo II, p. 29, que não subscreve esta concepção). Acaba por ser este o resultado a que se chega nos sistemas anglo-saxónicos, porquanto a utilização um comando conflitual que determina a aplicação da ordem jurídica “*aos imóveis*”, independentemente da natureza das normas [real, sucessória, negocial], como ensina ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *O Problema...*, p. 6), implica a abrangência pela *lex situs* da capacidade, forma do negócio e mesmo substância do negócio (cfr. PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, pp. 932ss).

Tal tese será de rejeitar, atendendo a que a aplicação da *lex rei sitae* ultrapassaria em muito o necessário à realização dos fins que levaram à sua escolha, submetendo um contrato a um estatuto desadequado à tutela das partes; por outro lado, assenta tal critério numa argumentação próxima da que sustenta o princípio da maior proximidade no sentido da efectividade, a qual deve ser rejeitada pelas mesmas razões (HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Droit...*, Tomo II, p. 173; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 155 e *Conjugação...*, p. 24).

Em conclusão, a atribuição do conteúdo, limites e poderes do direito *in rem* à lei reguladora do estatuto real é incontestável. O problema coloca-se somente na questão de saber quais as matérias que, além destas, se submetem necessariamente à mesma lei — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 18.

<sup>143</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 23 e *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 442; YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International Privé*, 8.ª Edição,

A favor deste entendimento sufragam-se ser a solução conflitualmente mais justa, pois atende aos interesses subjacentes à escolha da *lex rei sitae* para o estatuto real e da *autonomia da vontade* em matéria de contratos: se o negócio produz consequências abrangidas por regras de conflitos distintas, a articulação entre estas depende de uma certa hierarquia, por atenção aos valores tutelados. Ora, se a constituição ou transferência do direito ficar dependente de facto externo nos termos da lei territorial (*v. g.*, a tradição), a sua exigência liga-se à protecção dos interesses de terceiros e do comércio jurídico; quanto aos efeitos obrigacionais ou à validade do negócio (porventura exigida pelo estatuto real), atende-se aos interesses das partes, enquanto interessados directos<sup>144</sup>.

---

Dalloz, Paris, 2004, pp. 560 e 564; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Droit...*, Tomo II, p. 161; NURIA BOUZA VIDAL, "Artículo 10, apartado 1", ponto I; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "Las cosas...", p. 258; CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 165 (fazendo uma primazia ainda mais *real*, ao submeter à *lex rei sitae* a forma do negócio de constituição dos direitos reais [p. 166]); PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, p. 924; IAN F. FLETCHER E HAMISH ANDERSON, "The Insolvency Issues", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 257-288, p. 257; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 536ss; KARL KREUZER, "La propriété...", p. 85 ("*le statut réel mobilier détermine tous les modes d'acquisition et de perte des droits réels, soient-ils originaires [par exemple, acquisition par la possession de bonne foi] ou dérivés, soient-ils ex lege ou ex contractu*"). Haverá uma força atractiva da *lex rei sitae*, "*que se traduz numa tendência para submeter ao império da *lex rei sitae* aspectos da transacção que, em princípio, são autonomamente regulares*" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 12).

É esta concepção que está da base da Resolução do Instituto de Direito Internacional adoptada na Sessão de Madrid (1911) sobre lei aplicável aos direitos reais, porventura por influência de DIÉNA. Com efeito, propõe-se que caiba à *lex rei sitae* a subsistência e eficácia dos direitos reais, independentemente do que dispuser a *lex contractus* (art. 2.º). Assim, socorrendo-nos do exemplo de ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3728, p. 325, "*se a l. r. s. (como acontece na Áustria) configura em certos casos o direito do arrendatário como direito real, as correspondentes disposições legais do sistema jurídico austríaco tornam-se, sem mais, aplicáveis. Pouco importa que não seja essa lei, segundo a norma de conflitos da *lex fori* atinente aos contratos, a aplicável ao contrato de arrendamento em questão — e que a lei do contrato não comungue nas ideias da l. r. s.*". Atente-se que não é a determinação pela *lex rei sitae* de que se trata de um direito real que determina a sua aplicabilidade: é a conclusão de que, na *lex rei sitae*, o direito do arrendatário configura um direito real, conceito cujo sentido cabe à *lex formalis fori*.

Habitualmente, como ficou dito *supra*, é também à *lex situs* que cabe a classificação da coisa como móvel ou imóvel; todavia, atente-se que em Espanha (onde neste particular se opera uma *qualificação lege fori*, nos termos do art. 12.º Código Civil), entende alguma doutrina que tal classificação depende da operação de qualificação, pelo que caberá à lei espanhola — JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 873.

No que concerne à publicidade, quando esta é assegurada através de Registo, versaremos *infra* com maior desenvolvimento. Sendo inequívoco que a *exigência de publicidade* cabe à *lex situs*, é porém duvidoso se a aplicação da lei tabular do Estado territorial se deve à respectiva integração no estatuto real ou ao facto de estas normas se classificarem como jurídico-públicas e estabelecerem o seu próprio campo de aplicação.

<sup>144</sup> O critério de delimitação é defendido, com estes argumentos, por FERRER CORREIA ("Conflitos...", n.º 3728, p. 326; "A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 125 e 126, n.ºs 3823 a 3831, 1993-1994, pp. 289-293, 321-325, 353-357 (Ano 125); pp. 288-212, 234-237, 266-270, 296-103, 162-166 (Ano 126), n.º 3828, p. 66; "Parecer sobre os pontos de um questionário relativo à transferência da propriedade nas vendas internacionais de objectos mobiliários", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 28, 1952, pp. 56-82, pp. 60ss); M. HANS LEWALD, "Droit...", pp. 368ss; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 466; HENRI BATIFFOL, *Aspects...*, p. 236; ANNA GARDELLA, *Le garantie...*, p. 25; YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International...*, pp. 563ss; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 675; ANDREA BONOMI, "La nécessité...", p. 507; H. DESBOIS, "Des Conflits de lois en matière de transfert de propriété", *Journal du Droit International*, Ano 58, 1931, pp. 281-321, p. 290; EDOARDO VITTA, *Diritto...*, Vol. III, p. 39; GIULIO DIÉNA, *I Diritti...*, pp. 152ss; GIAN CARLO VENTURINI, *Diritto Internazionale...*, Vol. II, Tomo II, p. 28; FRANCISCO PONTES DE MIRANDA, "La conception...", pp. 639ss.

Ademais, há uma certa *comodidade* da aplicação da *lex rei sitae* a estes aspectos, porquanto as razões inerentes à escolha da conexão acabam por influenciar uma definição mais abrangente do estatuto real em alguns sistemas,

Alguma doutrina, porém, vem colocando em causa a concepção, sobretudo quanto aos direitos sobre coisas móveis: *por um lado*, defende-se que se dá à *lex situs* mais do que seria necessário à tutela do tráfico e dos intuitos de direito público quando disciplina as condições de criação ou transmissão do direito real; *por outro*, geram-se problemas de substituição, questão prévia e coordenação dos estatutos, inviabilizando um *estatuto único da venda*; *em terceiro lugar*, sublinha-se que no domínio dos bens móveis o juízo pode não cumprir a sua função de atribuição de certeza e tutela de terceiros (já que a deslocação da coisa implica uma sucessão de estatutos), sacrificando em nome de ninguém a autonomia das partes; *por fim*, argumenta-se que a delimitação dos estatutos nem sempre é óbvia, sendo duvidoso, por exemplo, se a atribuição ao credor pignoratício da possibilidade de utilizar a coisa empenhada é inerente à conformação da garantia (e, assim, deve ser autorizada pelo estatuto real) ou às obrigações decorrentes do contrato. Todos estes problemas constituem *desincentivos* às transacções internacionais com aspectos jurídico-reais<sup>145</sup>.

Nesta sequência, surgem novos critérios de delimitação (sobretudo no que concerne a coisas móveis) que têm como escopo potenciar o âmbito de aplicação da *lex contractus*, minorando todas estas dificuldades. O mais conhecido propõe a distinção, na transmissão dos direitos reais, de uma face *interna* (a relação entre as partes) e de um lado *externo* (as relações entre os titulares de direitos sobre as coisas e terceiros). Ao *estatuto obrigacional* (*lex contractus*) caberia regular os efeitos *inter partes* do negócio, quer de natureza real quer obrigacional; o *estatuto real* disciplinará os efeitos da transacção para com terceiros. Embora

---

incluindo a capacidade para adquirir ou a forma da sua transmissão (cfr. BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 283). São também estas razões que levam ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3728, p. 327, a defender que "*submeter o contrato no seu todo à lex rei sitae, mesmo só no caso de estarem em causa apenas bens imóveis, seria uma solução injusta, por isso que apenas atenta a um dos interesses que relevam na matéria*".

<sup>145</sup> Cfr. MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 124; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 21.

Quanto às dificuldades de delimitação, cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 26. Outro exemplo é o problema de identificar a lei a que cabe a viabilidade da alienação da propriedade associada à convenção pela qual a transferência tem função de garantia de certa obrigação: pode argumentar-se, por um lado, que a convenção relativa à função da transmissão é meramente obrigacional e com eficácia *inter partes* (devendo assim sujeitar-se à *lex contractus*); por outro, no sentido de que gera uma garantia em prejuízo dos credores quirografários, que vêem diminuir o património do devedor, razão pela qual se deve buscar a solução à *lex rei sitae*. Segundo YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International...*, p. 564, o problema não se coloca na maior parte dos casos porque as partes escolherão como *lex contractus* a lei da situação da coisa.

Quanto à coordenação dos estatutos, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 157: o Professor lembra que, quando o estatuto real exige um *contrato* para a transmissão de um direito real, coloca-se um problema de *substituição* concretizado na questão de saber se o negócio obrigacional da lei alemã pode ser assimilável, já que o vendedor apenas assume a obrigação de transmitir a propriedade. Perante estatuto real estrangeiro, importa ainda resolver um problema de questão prévia (a *lex contractus* é determinada à luz da regra de conflitos do foro ou deve adoptar-se a tese da conexão subordinada e olhar-se ao juízo conflitual da *lex situs*?).

Quanto à consequência inerente ao facto de a deslocação da coisa desproteger os terceiros que se queriam tutelar, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 11.

com efeitos restritos aos bens móveis, o cânone tem consagração em alguns sistemas nacionais e instrumentos de unificação de DIP, recolhendo progressivamente maior apoio<sup>146</sup>.

---

<sup>146</sup> Cfr. RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 502 e 510ss (que o propõe especificamente para os imóveis: o Professor distingue as entre as *immediate parties* da transacção, onde não há razão que sustente a aplicação da *lex situs*, e as *subsequent parties*, que devem ser tuteladas pela aplicação da *lex rei sitae*); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 90 e *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 443; MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 132 (sustentando que na relação entre as partes, "the passing of property is so closely connected to the performance of the contract that it would seem entirely artificial to subject it to some law other than the governing law of the contract, such as the *lex situs* of the goods"); JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1089; WILLIS L. M. REESE, "American...", p. 142; ALBERT A. EHRENZWEIG, *A Treatise...*, pp. 622ss; FRIEDRICH K. JUENGER, *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1993, p. 220 (entendendo que só há razão para afastar a lei escolhida pelas partes quando exista necessidade de protecção da parte mais fraca); PIERRE MAYER, "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 16, 1981, n.º 3019, n.º 12 (que se lhe refere como uma solução muito interessante); GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 21 (que o explora para as garantias mobiliárias); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, cit.*, p. 536 (que, aos argumentos avançados *supra* para rejeição da delimitação tradicional [designadamente da unidade de estatuto da venda], aditam ainda a tendência recente de consideração das acções reais entre as partes como *personais* para efeitos de competência internacional. Os Professores explanam esta tese sem contudo a subscrever); VINCENT HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises — Droit Uniforme*, *Traité des Contrats — sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ*, Paris 2000, p. 53 (lamentando a rejeição da Convenção da Haia de 1958, que o previa expressamente). Para uma análise desta tese, *vide* ainda PAUL LAGARDE, "Retour sur la loi applicable à l'opposabilité des transferts conventionnels de créances", *Études offertes à Jacques Béguin — Droit et actualité*, LITEC, Paris, 2005, pp. 415-432, pp. 421.

No direito positivo, destaque-se o legislador suíço, que estabeleceu no art. 104.º LFDIP que "*Les parties peuvent soumettre l'acquisition et la perte de droit réels mobiliers au droit de l'État d'expédition ou de destination au droit que régit l'acte juridique de base; L'élection de droit n'est pas opposable aux tiers*". Sobre a disposição, cfr. AXEL FLESSNER, "Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 11-39, p. 11; JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy...", p. 55; ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 796, e "Successions...", p. 197; ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 234; DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 437 (que a considera demonstração de uma tendência de *desregulação conflitual* dos direitos reais); DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem Comercial Internacional — Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990, p. 130 (que expressa algumas reservas à solução, sobretudo atendendo ao carácter clandestino da *professio iuris*).

O mesmo foi estabelecido em algumas convenções promovidas pela Conferência da Haia: a Convenção da Haia de 15 de Junho de 1955 sobre lei aplicável à venda internacional de mercadorias estabelece a sujeição da venda à *lei escolhida pelas partes* (art. 2.º), mas exclui do âmbito da lei escolhida os *efeitos em relação a terceiros* (art. 5.º); a Convenção da Haia de 15 de Abril de 1958 sobre a lei aplicável à transferência da propriedade nas transacções internacionais de mercadorias (apelidada de *convenção nado-morta* por PAUL LAGARDE, "Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 151-172, p. 151) plasma a mesma solução (arts. 2.º a 5.º); a Convenção da Haia sobre a Lei Aplicável aos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1986 comete à *lex contractus* a validade e os efeitos *inter partes* da transferência da propriedade, atribuindo-lhe ainda a competência sobre a passagem do risco e a fruição da coisa, reservando à *lex situs* apenas as relações exteriores, o que se explica pela manutenção do entendimento de que só a lei da situação da coisa protege eficazmente os terceiros (as alíneas *c*) e *d*) do art. 5.º). Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 27; ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 45; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 674; GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 6; JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1102; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 266.

Mesmo sem consagração positiva, a doutrina holandesa defende a sujeição ao estatuto contratual das relações internas de contratos com efeitos reais (*vide* HANS VERHEUL, "La reconnaissance en d.i.p. des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Netherlands Reports to the Xth International Congress of Comparative Law — Budapest 1978*, HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Kluwer, Davenport, 1978, pp. 123-129, pp. 127-128).

Em sentido próximo, a cláusula de excepção constante do §46 EGBGB (que permite afastar a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais) tem fundamentado, na Alemanha, a não aplicação da *lex situs* nas relações *inter partes* — ULRICH DROBNIG, "German...", pp. 149 e 154; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi allemande du 21 mai

Como se percebe, além da superação das dificuldades inerentes à coordenação de estatutos, a grande vantagem do juízo é o maior espaço conferido à autonomia da vontade: uma vez que, em matéria de lei aplicável aos contratos, é permitida a escolha do direito aplicável, o critério permite a escolha do modo da transmissão dos direitos reais (especialmente as garantias) nas relações *inter partes*, *relativizando a lex rei sitae* e estendendo a autonomia conflitual a aspectos tradicionalmente sujeitos ao estatuto real. A ampliação da autonomia é, aliás, propósito expressamente assumido por alguns dos Autores, já que conduziria à eliminação de alguns obstáculos às transacções internacionais<sup>147</sup>.

A generalidade da doutrina, porém, afasta a validade do critério. *Por um lado*, defende-se que a tese gera problemas quando *lex contractus* e *lex situs* imponham requisitos diferentes para a aquisição do direito real: se a aquisição do direito não é oponível a terceiros nos termos da *lex situs* (porque, por exemplo, não se operou o modo exigido — entrega ou registo), cria-se nefasta incerteza aos credores de alienante e adquirente. *Por outro*, os efeitos reais *inter partes* são matéria inerente à condição real da coisa, relevando todas as razões que motivam a opção do legislador pela *lex rei sitae*: admitir aqui o domínio da *lex contractus* mais não é do que permitir-se-lhe “regular — à sua maneira — matéria de direitos reais”. *Em terceiro lugar*, defende-se que as relações *inter partes* que ficariam cometidas à *lex contractus* não seriam verdadeiramente jurídico-reais, já que é no elemento de oposição a terceiros que reside a marca da natureza real, perdendo interesse qualquer conexão especial para estas relações internas. *Por fim*, coloca-se o problema de saber quais são os “terceiros” para estes efeitos (designadamente sobre se neste conceito são abrangidos os credores comuns das partes e como solucionar os conflitos que entre eles viessem a surgir) e de definir a “propriedade *inter partes*” que contraria justamente a natureza de um direito real<sup>148</sup>.

---

1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 4, 1999, pp. 647-668, p. 667.

<sup>147</sup> Cfr. MICHAEL BRIDGE, “English conflicts...”, pp. 124 e 143; PAUL LAGARDE, “Sur la loi...”, p. 155, que explica o facto de as partes optarem como *lex contractus* por uma lei que estabeleça o princípio da consensualidade, passando a propriedade, *inter partes*, para o adquirente no momento do contrato. Aliás, segundo KURT SIEHR, “Internationales...”, pp. 146-147, foi esta a razão por que a Conferência da Haia atacou o dogma da *lex rei sitae* em 1958, ao permitir que certos aspectos naturalmente submetidos ao estatuto real fossem, na prática, sujeitos à lei escolhida pelas partes.

<sup>148</sup> O primeiro argumento é avançado por BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 674, e ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Parecer...”, p. 58.

A segunda objecção é explicada por ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Parecer...”, p. 59, e “Conflitos...”, n.º 3728, p. 328; e MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 261.

Sobre a terceira razão (natureza não real das relações *inter partes*) vide PAUL LAGARDE, “Sur la loi...”, p. 154 (explicando assim que, na convenção *nado morta* [Haia de 1958, cfr. *supra*, nota n.º 146], a qualificação real ou contratual se ligue a que “*ces questions se posaient dans les rapports entre vendeur et acheteur ou dans les rapports avec les tiers. En effet, le propre du droit réel est son opposabilité à tous*”) e KARL KREUZER, “La propriété...”, pp. 105 e 125.

O último problema é levantado por ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Parecer...”, p. 59, e decorre das palavras de GIULIO DIÉNA, “Les conflits...”, p. 572 (onde lembra que todos os sujeitos são afectados pela existência, constituição ou transmissão de um direito real).

Assim, a aceitação destas concepções no âmbito imobiliário é muito escassa, porquanto as preocupações fundamentantes da *situs rule* vêm determinando que a produção de efeitos reais (mesmo *inter partes*) se submeta à lei do local onde o prédio se encontra<sup>149</sup>.

Nesta conformidade, a disparidade das normas jurídico-reais gera um problema adicional: se o *sistema de atribuição dos direitos reais* depende da situação da coisa, não apenas os poderes atribuídos ao credor variam consoante a situação do prédio como os requisitos para a própria aquisição da garantia são determinados pela *lex rei sitae*, vigorando assim soluções muito díspares consoante a localização do prédio: consensualidade, registo constitutivo, tradição material, tradição simbólica, etc.<sup>150</sup>.

Como veremos, porém, o problema é menos pronunciado na hipoteca do que nos demais direitos reais, pois a sua eficácia depende, em todos os Estados-Membros, da inscrição registal, perdendo sentido prático o problema da existência anterior da hipoteca.

#### 4. A QUALIFICAÇÃO DAS REGRAS DO REGISTO PREDIAL.

O problema que aqui concitamos parece exclusivamente académico, com reduzidos efeitos práticos: ao indagar qual a lei registal aplicável a uma situação transnacional, não é provável, qualquer que seja a linha de argumentação seguida, chegar a solução diferente da *territorialidade* do direito tabular. Na verdade, ou se entendem estas normas sujeitas ao *estatuto real* (e, portanto, são chamadas as regras registais da *lex rei sitae*), ou se considera constituírem disposições de direito público, caso em que fixarão o seu próprio âmbito de aplicação, sendo certo que o direito tabular de certo Estado determina a sua aplicação aos imóveis aí situados. Ademais, é inequívoco que a competência do conservador, atenta a sua função parajudicial, é necessariamente territorial, o que não gera qualquer dissenso<sup>151</sup>.

Todavia, não será despendida a solução deste problema. Efectivamente, caso se venha a alterar o princípio de direito internacional privado de aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais (admitindo, v. g., autonomia conflitual nesta área), importará perceber se a aplicação do direito registal seria afectada por tal alteração ou, ao invés, se a mobilização de regras tabulares é autonomamente determinada.

---

<sup>149</sup> Neste sentido, AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 11. De facto, mesmo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 445, que sustenta a autonomia conflitual dos efeitos reais dos contratos no âmbito interno, reconhece que tal solução só procede quando o Estado territorial não tem uma ligação forte com a coisa, o que excluirá os negócios sobre bens imóveis.

<sup>150</sup> Neste sentido, ULRICH DROBNIG, "Transfer...", p. 726; HUGH COLLINS, *The European Civil...*, p. 68.

<sup>151</sup> FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 104: "L'analogie avec les règles de procédure s'étend aussi aux questions de compétence qu'une telle autorité doit parfois trancher. Le conservateur des hypothèques et l'officier de l'état civil ont reçu de la loi des compétences rigides dont ils ne sauraient s'écarter ni pour recevoir un acte autre que ceux qu'ils ont mission d'accomplir ni même pour introduire dans leurs registres des mentions que ceux-ci ne sont pas destinés à constater".



#### 4.1. A determinação do âmbito de aplicação do direito público.

A consideração do direito tabular como *direito público* não implicará, por si só, territorialidade estrita da sua aplicação: são muitos os casos de aceitação da mobilização, no foro, de direito público estrangeiro a situações jurídicas internacionais que as normas jurídico-públicas da *lex fori* não querem regular<sup>152</sup>.

Note-se, aliás, que uma simples e radical separação entre direito público e privado para efeitos de determinação do respectivo âmbito espacial de aplicação enfrenta sérias dificuldades: a distinção não é sempre óbvia ou uniforme nos vários sistemas e multiplicam-se institutos não facilmente categorizáveis (por constituírem zonas de fronteira ou de transição). A preocupação do Estado pelo bem estar social e pela ordem económica estendeu-se à regulação das relações privadas, como é evidente na disciplina dos contratos de trabalho e de arrendamento, nas limitações impostas ao direito de propriedade, na tutela e na adopção e, principalmente, no domínio económico<sup>153</sup>.

---

<sup>152</sup> O que leva LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 29, a ensinar que se encontra “*hoje definitivamente superado este dogma*”. Na verdade, como veremos melhor *infra*, o Instituto de Direito Internacional logo em 1975 determinou que a natureza de direito público de uma norma estrangeira não constitui motivo, por si só, de recusa da sua aplicação (ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A venda...”, n.º 3826, p. 9). Assim, fala-se hoje no “*direito internacional administrativo*” ou “*direito público internacional*”, destinado a determinar a aplicação de direito público a relações jurídicas atravessadas por fronteiras e admitindo expressamente a mobilização de normas de direito público estrangeiras (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Contratos de Estado”, *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 105-132, p. 106).

Encontramos manifestações desta realidade no Código dos Valores Mobiliários, quando se determina a competência (para aprovação do prospecto de Oferta Pública feita em vários Estados-Membros) da autoridade do país onde o emitente tem a sua sede, aplicando a lei nacional desse Estado para a validação do prospecto em todos os Estados. Isto é, determina-se que o interesse público ponderado no acto de aprovação do prospecto será regulado segundo a lei do Estado da sede do emitente. Isto é, as autoridades nacionais de um Estado remetem não só para instâncias administrativas de outro Estado como para a sua legislação (jurídico-pública) a regulação de determinada matéria, o que legitima a conclusão que a aceitação de lei estrangeira já não é monopólio do direito privado, podendo mobilizar-se nas relações jurídicas de natureza pública. Para mais exemplos, cfr. PAULO OTERO, “Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais”, *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 781-790, p. 785; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 428, e “Direito aplicável às operações bancárias...”, p. 279. Repare-se, porém, que como bem nota o Professor (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 428), “*parece faltar unidade sistemática ao Direito de Conflitos público. Verifica-se uma grande heterogeneidade dos diferentes complexos normativos que são por vezes agrupados no Direito Público Internacional*”.

Atente-se alertar LIMA PINHEIRO (*Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 440), para o carácter controverso da evolução neste sentido, pelo que o DIP pode vir a constituir o direito de conflitos para todas as regras nacionais. No mesmo sentido, cfr. PETROS G. VALLINDAS, “Droit international privé «lato sensu» ou «stricto sensu»”, *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 509-518, p. 510, sufragando haver um único *direito de conflitos*, auxiliando a aplicação de normas jurídico-públicas ou jurídico-privadas: regulamenta a coexistência de ordens jurídicas, de autoridades judiciais e administrativas e de poderes legislativos. Assim, distingue o DIP *em sentido estrito* (que versa sobre a coexistência de regras jurídico-privadas) e *em sentido amplo* (que abrange o direito administrativo internacional, o direito fiscal internacional e o direito penal internacional).

<sup>153</sup> Neste sentido, HENRI BATIFFOL, “Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 73-149, p. 82; PETROS G. VALLINDAS,

Simetricamente, a concepção tradicional de que o direito de conflitos tem como função a solução de controvérsias de índole privada parece cair por terra perante as consequências práticas da globalização, já que domínios jurídicos como a concorrência, a actividade bancária, o controlo das exportações, responsabilidade do produtor e regulação ambiental, acabam por influir directamente nas transacções privadas, apesar de a sua aplicação não ser determinada pelos mesmos interesses que fundamentam os sistemas conflituais (mas por propósitos próprios dos Estados autores dessas regulamentações)<sup>154</sup>.

---

"Droit...", p. 510, e "La structure de la règle de conflit", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 101, 1960, pp. 327-380, p. 336; HORATIA MUIR WATT, "The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 191-204, p. 194; MARY ANN GLENDON, "The Sources of Law in a Changing Legal Order", *Creighton Law Review*, vol. 17, 1983-1984, pp. 663-698, p. 682; DUNCAN KENNEDY, "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1349-1357, pp. 1350ss (relata os estádios do desaparecimento da distinção); FRANK VISCHER, "General course on private international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 9-256, p. 150; PH. FRANCESCAKIS, "Lois d'Application Immédiate et Règles de Conflit", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 691-698, p. 695; J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau du Particularisme en Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1978-II, Tomo 160, 1978, pp. 181-263, p. 192; DANIELA CARUSO, "Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property", *European Law Journal*, vol. 10, n.º 6, 2004, pp. 751-765, p. 753; PROSPERO FEDOZZI, "De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1929-II, Tomo 27, 1929, pp. 141-242, pp. 151 e 154; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.<sup>a</sup> Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 392 (sublinhando o carácter evolutivo dos conceitos); CHARLES FREYRIA, "La notion de conflit de lois en droit public", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1962-1964, pp. 103-132, p. 127 (salientando a publicização do direito laboral); FRANÇOIS RIGAUX, "Le droit international privé face...", p. 262, e "Droit économique...", p. 106 (que alude ao surgimento do *direito económico* como exemplo da impossibilidade de distinção); JACQUES HERON, "Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives)", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1990-1991, pp. 65-91, p. 66; ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, "Staatliche Souveränität und offene Märkte — Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 205-255, p. 206; DAVID JACKSON, "Mandatory Rules and Rules of «ordre public»", *Contract Conflicts*, PETER NORTH, North-Holland Publishing Company, Amesterdão, 1982, pp. 59-79, p. 64.

Assim, a distinção não é traçada nas ordens jurídicas da *Common Law* e negada nos sistemas socialistas. Ademais, mesmo nos direitos latinos (que tradicionalmente adoptam a classificação), o critério é variável, sobretudo no que concerne aos contratos públicos e privados. Cfr. RUI MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 306; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 405; GEORGE A. BERMAN, "Public Law in the Conflict of Laws", *American Journal of Comparative Law*, vol. 34, 1986, pp. 157-192, pp. 157, 158, 167 e 191; PIERRE LALIVE ("L'application du droit public étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 56, 1975, pp. 156-183, p. 159; "Sur l'application du droit public étranger", *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, Vol. XXVII, 1971, pp. 103-142, p. 105; "Le droit public étranger et le droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1973-1975, pp. 215-257, p. 216); KONRAD ZWEIGERT, "Droit international privé et droit public", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, 1965, pp. 645-666, p. 647; MARY ANN GLENDON, "The Sources...", p. 682). Aliás, segundo BERMAN, é frequente a sobreposição do conceito de direito público no de *normas de aplicação necessária e imediata* (p. 167) e a consideração do *direito de trabalho* como ramo do direito público (p. 188). Em sentido contrário, vislumbrando uma cada vez mais reforçada a contraposição entre direito público e privado ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Introdução, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 102.

<sup>154</sup> HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 195; HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 82. A concepção tradicional pode ser lida em PH. FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958, *passim*.

Ainda assim, apesar das dificuldades, é tradicionalmente aceite a relevância conflitual da classificação de normas como jurídico-públicas ou jurídico-privadas. De facto, sustenta-se classicamente que o direito público está à margem dos conflitos de leis<sup>155</sup> (pois seria naturalmente territorial), pelo que importa saber em que medida normas jurídico-públicas comportam uma operação de escolha de lei e se é viável a mobilização de regras provenientes de sistemas estrangeiros.

#### 4.1.1. *A territorialidade do direito público: noção tradicional*

Aquando do surgimento do DIP conflitual, SAVIGNY defendeu que o princípio de aceitação da aplicação de lei estrangeira *in foro* não alastrava ao direito público, já que as suas normas seriam “*rigorosamente obrigatórias*” e se sujeitavam a uma estrita territorialidade. Tal concepção foi recebida e teorizada por MANCINI, que as classificou como *leis de ordem pública*, fundadas num princípio de *soberania e independência política do Estado*, com aplicação limitada ao território do Estado que as emanou — coincidindo assim com o conceito apriorístico de *ordem pública internacional*. Esta tese foi adoptada (com algumas variantes) por PILLET, ARMINJON, MACHADO VILLELA, recebeu consagração na jurisprudência do Tribunal Internacional de Justiça no caso *Boll* e foi pacificamente acolhida pelos juspublicistas<sup>156</sup>.

---

<sup>155</sup> Cfr. ALLAN PHILIP, "Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law", *Multum non Multa — Festschrift für Kurt Lipstein anlässlich seines 70. Geburtstages*, PETER FEUERSTEIN E CLIVE PARRY, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1980, pp. 241-249, p. 244: "Public law rules are, as already explained, not all within the scope of private international law".

<sup>156</sup> SAVIGNY identificava as leis “*rigorosamente obrigatórias*” com as normas atinentes ao bem comum, ao interesse geral, de carácter político, de polícia ou de natureza económica. Nessa medida, o direito público ficaria fora do jogo conflitual e estabelecer-se-ia a estrita territorialidade (cfr., sobre o seu pensamento, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 767ss; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 103). Esta concepção, aliás, remonta ao direito romano, onde os autores repudiavam a aplicação *extra foro* de normas jurídico-públicas (cfr. HANS W. BAADE, "The Operation...", pp. 432ss).

A tese da territorialidade do direito público é patente em ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado...*, Livro I, pp. 571ss; P. S. MANCINI, "De l'utilité...", p. 297 ("*le droit civil privé est personnel et national, et, comme tel, doit accompagner la personne même en dehors de sa patrie; le droit public, au contraire, est territorial: il plane sur le territoire et sur tous ceux qui l'habitent, indigènes ou étrangers sans distinction*"); LUCAS FERNANDES FALCÃO, *Do Direito...*, p. 65; ANTÓNIO GUIMARÃES PEDROZA, *Introdução ao Estudo do Direito Privado Internacional*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1878, p. 247; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto...*, pp. 45 e 102; RICCARDO MONACO, *L'efficacia...*, p. 59; ANTOINE PILLET, *Traité...*, Vol. I, pp. 106-112 e *De l'Ordre...*, pp. 14ss (que, porém, postula a aplicação extraterritorial de algumas das suas normas, precisamente com fundamento na soberania do Estado); P. ARMINJON, "Les lois politiques et le droit international privé", *Revue de Droit International Privé*, vol. XXV, 1930, pp. 385-396, p. 391 (para quem o direito público estaria fora do jogo conflitual, aplicando-se sempre as regras da *lex fori*. Esta territorialidade, para o Autor, alastraria ainda a algumas normas de direito privado, as *leis políticas* [que constituiriam uma "*exception aux principes et aux règles du droit dans l'intérêt d'un État, d'un parti, d'une classe, voire de certaines croyances ou idées*" (p. 389)] o que constituirá porventura o primeiro critério de identificação de *normas de aplicação necessária e imediata*). Destaque-se ainda a tese de TORSTEN GIHL, "Lois politiques et droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1953-II, Tomo 83, 1953, pp. 163-254, pp. 163ss, que chega ao mesmo resultado com fundamentação diversa. O Professor adere à teoria unilateralista extroversa quanto à função do direito de conflitos, sustentando que o DIP pretende a inserção do direito estrangeiro no foro. O direito interno, pelo contrário, gozaria de um campo de aplicação ilimitado, dispensando o comando

Este raciocínio implica duas consequências: *por um lado*, como vertente positiva do princípio da territorialidade, as autoridades nacionais deverão aplicar sempre e em qualquer caso as competentes normas internas; *por outro*, (a vertente negativa da territorialidade) é impossível a mobilização de direito público estrangeiro (vertente negativa), *ainda que o direito público do foro não pretenda aplicar-se*<sup>157</sup>. O efeito da sua aceitação é evidente: sempre que o

---

conflitual (p. 170). Ora, notando o Autor a *inexistência* de regras de conflitos que insiram direito público estrangeiro *in foro*, conclui pela territorialidade da sua aplicação (p. 248). Para apreciação crítica, cfr. MARQUES DOS SANTOS, *cit.*, pp. 712ss e, para análise das variantes dos vários Autores, pp. 705, 706 e 769.

A tese da territorialidade absoluta do direito público, plenamente aceite no século XIX (GEORGES VAN HECKE, "Droit Public et Conflit de Lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1982-1984, pp. 225-241, pp. 225-226) parece chegar à segunda metade do século XX, porquanto é patente nas palavras de YVON LOUSSOUARN, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*", *Recueil Dalloz*, 1966, pp. 390-394, p. 393 ("*Les lois sur les spoliations [...] sont en effet des lois de police et de sûreté qui sont, à ce titre, d'application territoriale*") e de JEAN-DENIS BREDIN, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*", *Journal du Droit International*, Ano 93, 1966, pp. 631-641, p. 640 ("*Les lois relatives aux spoliations, «lois de police et de sûreté» sont d'application exclusivement territoriale*"), que criticam a aplicação de direito público estrangeiro (NANI de direito público) pela *Cour de Cassation*. Veja-se igualmente a análise da jurisprudência francesa e alemã da primeira metade do século XX de PIERRE MAYER, "Le Rôle du Droit Public en Droit International Privé", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n.º 2, 1986, pp. 467-485, pp. 469-470.

No que concerne à doutrina pátria do direito público, a concepção encontra apoio nas palavras de AFONSO RODRIGUES QUEIRÓ, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, (policopiado), Coimbra, 1976, p. 528 ("*Costuma dizer-se que as normas de direito administrativo são de aplicação territorial ou que a aplicação delas se rege pela regra da territorialidade*"), embora o Professor encontrasse já excepções a esta regra nas normas de aplicação *pessoal* — as que conferem direitos políticos e as relativas ao exercício de funções públicas, exclusivas para nacionais; e as que são aplicáveis fora de fronteiras por força do direito internacional, como as que regem os serviços consulares situados no estrangeiro — pp. 530-535), e "Eficácia espacial das normas de direito administrativo", *Estudos de Direito Público*, Vol. II, Tomo I, Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 2000, pp. 201-2012, p. 201; MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, Introdução — Organização Administrativa — Actos e Contratos Administrativos, Almedina, Coimbra, 1980, p. 141 (*todas as pessoas que se encontrem dentro do território do Estado, qualquer que seja a sua nacionalidade, são obrigadas a acatar as leis administrativas em vigor: é a regra da territorialidade das leis*); ANTÓNIO FURTADO DOS SANTOS, "Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92, 1960, pp. 159-247, pp. 182-183.

A territorialidade do direito público foi declarada em termos genéricos, em 28.11.1958 pelo TIJ no Acórdão *Boll* (*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs [Pays-Bas c. Suède]*, *Arrêt du 28 novembre 1958*, C.I.J. *Recueil* 1958, p. 55), desenvolvido por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 770ss. A propósito do pretensão incumprimento de uma Convenção de DIP por parte das autoridades suecas, o TIJ declarou que "*Les mesures prévues ou prescrites par la loi suédoise sont appliquées, tout au moins au premier stade, et tel a été le cas en l'espèce, par un organe administratif. Celui-ci ne peut agir que selon sa propre loi: il est inconcevable que l'office des mineurs suédois applique à un mineur néerlandais se trouvant en Suède la loi néerlandaise et tout aussi inconcevable que l'organe néerlandais compétent applique cette même loi à ce même mineur se trouvant à l'étranger*", reservando pois o DIP ao direito privado (p. 70). Sobre o Acórdão *Boll*, vide JACQUES FOYER, "Les mesures d'assistance éducative en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, n.º 1, 1965, pp. 39-66, p. 60; HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESKAKIS, "L'arrêt Boll...", pp. 265ss; HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 137.

Sobre os fundamentos axiológicos desta concepção, vide MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 50ss. Criticando a coincidência doutrinária então operada entre ordem pública internacional e normas de direito público, vide PROSPERO FEDOZZI, "De l'efficacité...", p. 150.

<sup>157</sup> Sobre o princípio da territorialidade do direito público na sua concepção clássica, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 413, e "Contratos de Estado...", p. 107; MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão...*, p. 46; PIERRE MAYER, "Le Rôle...", p. 468; ALBERTO XAVIER, *Direito...*, pp. 22ss; HANS W. BAADE, "The Operation...", pp. 430ss; PROSPERO FEDOZZI, "De l'efficacité...", pp. 149ss (que chama a atenção para o contra-senso desta tese no que concerne a normas jurídico-públicas cuja *ratio* se realiza apenas pela sua aplicação extraterritorial [como as relativas à emigração — p. 165] ou que o seu reconhecimento é condição de sucesso no comércio internacional [como as regras políticas sobre a autorização para constituição de pessoas colectivas ou sobre letras de câmbio e cheques — p. 179]; M. DE BOER, "Living...", p. 186; GEORGES VAN HECKE, "Foreign Public Law in the Courts", *Revue Belge de Droit International*, 1969, pp. 62-68, pp. 82ss; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "El Derecho Publico Extranjero en el Trafico Privado Internacional",

direito público do foro não determinar a sua própria mobilização, *não se aplicará* qualquer lei pelas autoridades internas. No mais, aos Estados caberá criar mecanismos de cooperação para aplicação da sua legislação jurídico-pública: acordos de extradição, tratados de execução de penas ou de cooperação fiscal<sup>158</sup>.

#### 4.1.2. *A superação da territorialidade: a unilateralidade do direito público e o problema da aplicação de regras estrangeiras*

O princípio da territorialidade estrita (enquanto exclusão absoluta da mobilização de direito público estrangeiro) foi superado. Aliás, o pretense apoio jurisprudencial da tese (o Acórdão *Boll*) pode ser analisado à luz da tese das *normas de aplicação necessária e imediata*, sendo imprudente daí inferir a *territorialidade absoluta* do direito público<sup>159</sup>. Com efeito, a

---

*Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, n.º 1-4, 1972, pp. 247-288, p. 249; KONRAD ZWEIGERT, "Droit...", p. 646; ROLANDO QUADRI, "Leggi Politiche e Diritto Internazionale Privato", *Studi Critici di Diritto Internazionale*, Vol. I — Diritto Internazionale Privato, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 363-376, pp. 364-370; ANDREAS F. LOWENFELD, "Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and some suggestions for their interaction", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-II, Tomo 163, 1979, pp. 311-445, p. 323; PHILIP J. MCCONNAUGHAY, "Reviving the «Public Law Taboo» in International Conflict of Laws", *Stanford Journal of International Law*, vol. 35, 1999, pp. 255-312, pp. 261ss.

No fundo, e como bem nota MIAJA DE LA MUELA, *cit.*, p. 251, a *territorialidade do direito público* era tida como decorrência da natureza das coisas, uma inevitabilidade natural, com argumentos próximos daqueles que vimos justificarem a territorialidade das normas reais na tese de GIULIO DIÉNA, *I Diritti...*, pp. 53ss. Esta concepção de territorialidade, aliás, é aquela que grassou na América Latina no domínio dos contratos (cfr. JÜRGEN SAMTLEBEN, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984, pp. 344-366, p. 345). Estas duas dimensões da *territorialidade* não se limitam ao seio das fronteiras nacionais. Ensina FRANÇOIS RIGAUX, "Droit économique...", p. 110, existir uma *territorialidade formal* (a designação das autoridades e jurisdições vinculadas pelo direito público no seio do território do Estado que lhes institui) e *material* (a vinculação dessas autoridades às regras do Estado que as institui mesmo quando actuam fora do seu território).

<sup>158</sup> Concretizemos. Suponhamos que A nacional e residente do país X praticou, no Estado X, um crime de falsificação de moeda desse país. Ora, caso este adoptasse a *territorialidade do direito público*, encontrando-se este cidadão no Estado Y só as normas penais do Estado Y comportariam aplicação. Assim, caso estas não tipificassem a sua conduta como crime, em caso algum se mobilizaria o direito penal do país X, porquanto sempre estaria vedada a aplicação extraterritorial do direito público. No fundo, "*the forum either applies its own law or none at all*" (GEORGE A. BERMANN, "Public...", p. 158), opinião que parece ainda encontrar-se nas palavras de BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 105. Como se percebe, esta concepção pode levar, por exemplo, à aceitação da validade de um contrato regulado por lei estrangeira que viole as suas disposições em matéria de contrabando, já que as normas jurídico-políticas serão afastadas.

O *vazio de regulação* geralmente não põe em causa interesses privados, mas tal não é regra absoluta. *Vide* o Acórdão da *Cour de Cassation* a 24 de Fevereiro de 2004, *République fédérative du Brésil c. Mme L. de Azevedo Werneck*, sobre o acesso ao sistema de segurança social de uma funcionária brasileira, trabalhadora no consulado do Brasil em França: as normas jurídico-públicas brasileiras determinavam a inscrição na segurança social *dos trabalhadores que exercessem funções no Brasil* (não abrangendo aquela funcionária); já o direito francês da segurança social *não estabelecia a sua aplicação a funcionários consulares estrangeiros*. Ora, ao ficar de fora de ambos os regimes públicos, a trabalhadora viu-se privada de protecção social. Sobre o aresto, *vide* LOUIS D'AVOUT, "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 24 de Fevereiro de 2004 (*République fédérative du Brésil c. Mme L. de Azevedo Werneck*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 1, 2005, pp. 62-74, pp. 62ss (especialmente p. 68, demonstrando a afectação de um particular pela falta de harmonia na aplicação de regras jurídico-públicas).

<sup>159</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 659, nota 607; HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 137; HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESKAKIS, "L'arrêt *Boll*...", pp. 271ss; J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le

proclamação da territorialidade constitui uma tradição que ignora inúmeros casos de aplicação *além fronteiras* de regras jurídico-públicas, a demonstrar a sua inverdade<sup>160</sup>.

Ademais, os fundamentos dogmáticos da *territorialidade do direito público* são desmentidos pela própria estrutura das suas regras: se a sua *ratio* estiver ligada ao facto de tais disposições apenas se pretenderem aplicar a relações jurídicas colocadas sob a soberania estadual, tal argumento não colhe, pois são comuns normas que visam aplicação extraterritorial; se a sua justificação radicar na *impossibilidade prática de aplicação* por órgãos de Estado estrangeiro (ou na realidade pragmática de os juízes não aplicarem regras estrangeiras por falta de comando conflitual), tal implicará uma restrição dos seus efeitos, mas não um princípio de impossibilidade de aplicação<sup>161</sup>.

---

Renouveau...", p. 201; DAVID JACKSON, "Mandatory...", p. 64; JACQUES FOYER, "Les mesures...", p. 62. Sobre a querela, *vide* FRANCO MOSCONI, "Norme di applicazione necessaria e norme di conflitto di origine convenzionale", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. III, 1967, pp. 730-733, p. 731. Na verdade, as NANI podem provir do direito privado ou do direito público, pelo que a consideração no foro de normas estrangeiras pode conduzir à mobilização de regras de direito público estrangeiras (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001, p. 53; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 539; FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973, p. 78). Em sentido contrário, ANTONIO MARÍN LÓPEZ, "Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIII, n.º 1, 1970, pp. 19-41, p. 33, sufragava a impossibilidade de NANI se integrarem no direito público, porquanto este sempre seria de aplicação territorial. O Professor admite, todavia, casos de aplicação extraterritorial das normas jurídico-públicas.

Na jurisprudência, a primeira vez que a territorialidade do direito público foi posta em causa terá sido na decisão do Tribunal Federal Suíço de 2 de Fevereiro de 1954, *Ammon c. Royal Dutch Company*, que contrapôs o princípio da unidade do ordenamento jurídico e declarou a necessidade reequacionar a tese da territorialidade do direito público: "*Dieser allgemein gehaltene Satz bedarf jedoch wegen der grundsätzlichen Einheit der gesamten Rechtsordnung eines Staates hinsichtlich seiner Tragweite der Verdeutlichung, und es ist insbesondere nach seiner inneren Begründetheit zu fragen*". Nesta sequência, o Tribunal traçou uma distinção entre o direito público que está *ao serviço de interesses do Estado* (onde admitiria a territorialidade) e normas cujo fim é a *protecção de interesses privados*, concluindo não haver razão para afastar este segundo grupo de normas pelo facto de se integrarem no direito público (com salvaguarda da ordem pública internacional). Sobre a decisão, *vide* F. A. MANN, "Conflict of Laws and Public Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1971-I, Tomo 132, 1971, pp. 107-196, p. 186; PIERRE LALIVE ("L'application...", pp. 165ss; "Le droit public étranger et le droit...", p. 218; "Droit public étranger et ordre public suisse", *Erantion in honorem Georgii S. Maridakis qui in fungendo professoris munere annos iam XXXV docendo consumpsit*, vol. III, 1964, pp. 189-208, p. 189). Esta mesma distinção vem a ser recuperada, reafirmada e desenvolvida na Alemanha no Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 17.12.1959 (publicado na *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, n.º 24, pp. 1101-1103), quanto à aplicabilidade da legislação pública da RDA que subordinava a cessão de créditos a uma autorização estadual: *in casu*, o Tribunal considerou inaplicável a legislação socialista *porque se dirigia ao interesse do Estado e não da comunidade*; caso contrário, seria aplicável apesar jurídico-pública. Sobre o aresto, cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 790ss.

Na doutrina, o dogma da territorialidade foi inicialmente posto em causa por NEUMEYER (*vide infra* nota n.º 162 e PROSPERO FEDOZZI, "De l'efficacité...", p. 145).

<sup>160</sup> Neste sentido, MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão...*, p. 149. Nos exemplos de CHARLES FREYRIA, "La notion...", p. 106, o *direito da segurança social* aplica-se ao nacional que sofre um acidente de trabalho no estrangeiro; o *direito fiscal* tributa os rendimentos auferidos em Estados terceiros; o *direito criminal* pune os factos cometidos por portugueses no estrangeiro. Igualmente, a *lei penal estrangeira* tem influência territorial, quando a norma criminal do foro condiciona a punição à previsão de repressão criminal do mesmo facto no local da sua comissão (cfr. ANTÓNIO FURTADO DOS SANTOS, "Direito...", p. 234; INÉS FERREIRA LEITE, *O Conflito de Leis Penais — Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 34 e 397ss).

<sup>161</sup> Neste sentido, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Foreign Public Law before Italian Courts", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986)*, FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 85-111, pp. 86-87.

Nesta sequência, surge por NEUMEYER a tese da *delimitação unilateral do âmbito de aplicação do direito público*: diferentemente do que sucede no direito privado, o Estado não é apenas um “*medianteiro entre interesses contrapostos mas [...] antes uma parte directamente interessada*”. Isto é, mais do que afastar o direito público do jogo conflitual, o que sucede é que o Estado se limita a determinar unilateralmente o âmbito de aplicação das *suas* normas jurídico-públicas (embora utilizando os mesmos elementos de conexão do direito de conflitos). Quando não estabelece a mobilização do seu direito, desinteressa-se da sua regulação, o que não significa que recuse sempre a mobilização de regras estrangeiras<sup>162</sup>.

---

<sup>162</sup> KARL NEUMEYER, "Internationales...", p. 4, e "Le droit administratif international", *Revue générale de droit international public*, 1911, pp. 492-499, p. 496, traça assim a diferença entre a determinação da aplicação de normas jurídico-privadas e jurídico-públicas: "En droit civil, la communauté internationale conduit les États à employer en commun les dispositions juridiques. Lorsqu'un État n'est pas lui-même compétent pour régler un cas déterminé, il ne reste pas inactif mais applique les lois de l'État étranger compétent et reconnaît les actes spéciaux qui ont formé le cas en question. Pour le droit public et pour les droit administratif, en particulier, il n'en va pas de même. Ou bien en état et compétent, ou bien il se désintéresse de la question". A citação no texto é de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 781. No mesmo sentido, PH. FRANCESCAKIS, "Lois d'Application...", p. 694 ("chaque État détermine unilatéralement le domaine d'application de ses propres lois de droit public, sans qu'en aucun cas il puisse s'arroger la permission de déterminer le domaine d'application des lois étrangères du même genre"), e "Observations au Rapport sur l'application du droit public étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56, 1975, pp. 192-201, p. 197; PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", p. 212ss; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUI, *Droit...*, pp. 103 e 257; GERHARD KEGEL E KLAUS SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 8.<sup>a</sup> Edição, Beck, Munique, 2000, pp. 936ss; ALBERTO XAVIER, *Direito...*, pp. 9, 10 e 82ss; CHRISTIAN JOERGES, "Rethinking European Law's Supremacy: A Plea for a Supranational Conflict of Laws", *Rethinking European Law's Supremacy*, European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, 2005, disponível na internet via <http://www.iue.it>, consultado em 19 de Fevereiro de 2014, pp. 3-28, p. 8; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Foreign...", p. 85 (quando vê nas regras de direito público do foro uma classe de *normas de aplicação necessária e imediata*); KURT LIPSTEIN, "The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8, 1959, pp. 506-522, pp. 512-513; WILLIAM S. DODGE, "Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: As Argument for Judicial Unilateralism", *Harvard International Law Journal*, vol. 39, n.º 1, 1998, pp. 101-169, p. 115 (com exemplos da jurisprudência norte-americana); BERTHOLD GOLDMAN, "Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1969-III, Tomo 128, 1969, pp. 631-729, p. 685-688 (que deduz este critério para as normas sobre concorrência, atendendo à sua natureza predominantemente jurídico-pública); CHARLES FREYRIA, "La notion...", p. 113; CHRISTIAN VON BAR E PETER MANKOWSKI, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Allgemeine Lehren, Beck, München, 2003, p. 235 (aludindo aos interesses específicos de regulação do Estado autor do direito público e à infungibilidade entre as normas da *lex fori* e das leis estrangeiras, pelo que a questão não é de *escolha* da lei mas de saber quando se aplica o direito público do foro); ALLAN PHILIP, "Mandatory Rules, Public Law (political rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Contract Conflicts*, PETER NORTH, North-Holland Publishing Company, Amesterdão, 1982, pp. 81-110, p. 91. Segundo GEORGES VAN HECKE, "Principes et Méthodes de Solution des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1969-I, Tomo 126, 1969, pp. 399-569, p. 485, aliás, esta tese foi unanimemente aceite. É a concepção que subjaz às palavras de RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, pp. 269 e 274: no domínio das relações jurídico-públicas, "não se trataria de mais do que de mera delimitação do campo de aplicação no espaço das ordens jurídicas", resultante da natureza autoritária e dos poderes exorbitantes das pessoas públicas, implicando necessariamente a unilateralidade das normas de aplicação no espaço. Nestas relações jurídicas, apenas estaria em causa saber se o Estado do foro *quer* regular determinada situação, uma vez que lhe reconhece um qualquer interesse público na sua disciplina, ou se entende que certa relação jurídica está fora da sua vontade conformadora, abdicando, por isso, "de se preocupar com a regulamentação respectiva. E como, desde logo atenta a vinculação da competência estadual ao território respectivo, as actuações em que o Estado pode intervir investido do seu poder supremo se limitam àquelas que se desenvolvem no interior do seu território, a regulação que para elas é criada acaba por vir nele tão-só a produzir os seus efeitos". Assim, mais do que a territorialidade, o que está em causa é a exclusão do direito público das regras de conflitos: "as regras de conflitos de leis [...] apenas legitimariam a aplicação dos comandos desse ordenamento [estrangeiro] que pertencessem ao domínio do direito privado, não provocando por esse facto a aplicação das normas pertinentes ao âmbito do direito público" (*ibidem*, p. 265), pressupondo "l'esistenza di una pluralità di sistemi giuridici statali,

Isto é, não existe uma negação absoluta da aplicação do direito estrangeiro (e de uma aplicação territorial do direito público interno sem ponderação da conexão), mas tão-somente a inexistência de comando conflitual que determine a respectiva vocação<sup>163</sup>.

Assim, o dogma da aplicação *in foro* de normas estrangeiras está definitivamente ultrapassado. Conquanto o direito público interno não determine a sua própria aplicação, não subsistem razões que proíbam a sujeição de uma situação internacional a outra lei; aliás,

---

*come tali collocati sul medesimo piano, aventi cioè la stessa forza*" (ANTONIO SAGGIO, "Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario", *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2 (Abrile-Giugno), 1996, pp. 215-263, p. 215). Só no direito privado se verificaria a "necessidade de garantir a continuidade da vida dos indivíduos que estabeleceram relações ao abrigo de determinada lei diferente da lei do foro" e só nestas ele seria um mero árbitro desinteressado (MOURA RAMOS, *cit.*, p. 278; ALBERTO XAVIER, *cit.*, p. 82).

Também neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 429, quando sustenta a existência de um Direito Público Internacional, conclui pela sua necessária unilateralidade no que toca a regras de fonte interna. Atente-se, porém, nas duas reservas que o Professor coloca à aceitação desta tese: nem sempre serão absolutamente irrelevantes para a ordem jurídica local as situações não reguladas pelo seu direito público (i); tribunais internacionais ou estrangeiros podem ter competência no controlo de órgãos administrativos (atribuída por convenção internacional, por exemplo) (ii), o que pode justificar "limites à unilateralidade". Vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 445ss, e "O Direito de Conflitos e as Liberdades Comunitárias de Estabelecimento e de Prestação de Serviços", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79-109, p. 95 (referindo-se à unilateralidade do direito público da economia). A esta conclusão chega também ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958, p. 58, embora sem o reconhecer expressamente: a Professora defende a territorialidade estrita do direito público mas redonda, na prática, na tese da unilateralidade, admitindo assim a aplicação de normas estrangeiras que, face à *lex causae*, tenham natureza jurídico-pública. Para uma distinção entre a territorialidade das leis e a determinação unilateral do campo de aplicação *vide*, embora a respeito das NANI, ARNAUD NUYTS, "L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, 1999, pp. 31-74 e 245-265, pp. 54ss.

Atente-se, porém, que a territorialidade do direito público não foi erradicada quanto a todas as suas normas: ao invés, certos domínios do ordenamento jurídico-político são de aplicação estritamente territorial nos termos *supra* explicitados. É o caso da organização administrativa do Estado ou da repartição de poderes pelos órgãos de soberania, o que constitui boa parte dos direitos administrativo e constitucional. Simplesmente, é duvidoso se esta territorialidade estrita se deve à manutenção do princípio clássico ou ao facto de tais regras absorverem unilateralmente toda a regulação. Sobre o problema, *vide* HANS W. BAADE, "The Operation...", p. 441.

<sup>163</sup> Estes fundamentos da unilateralidade do direito público, atendendo a que o direito privado está hoje impregnado de preocupações de natureza social, fins de política económica e objectivos políticos, vêm conduzindo a um renascimento do unilateralismo, transpondo estas considerações para as regras jurídico-privadas. Na verdade, a consideração dos fins sociais das normas é justamente um dos fundamentos clássicos do unilateralismo. Assim, o modelo bilateral de SAVIGNY é classificado por alguns Autores como profundamente liberal, não se coadunando com normas de direito privado dirigidas à protecção da parte mais fraca que avultam nos vários direitos nacionais (cfr. PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", p. 17; ALBERTO XAVIER, *Direito...*, p. 10; ROLANDO QUADRI, *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, 3.ª Edição, Liguori Editore, Napoli, 1961, p. 194). Sobre esta doutrina, *vide* criticamente LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 419ss, que a recusa com fundamento *quer* na negligência que provocaria aos fins do DIP (designadamente, a estabilidade e harmonia das relações internacionais), *quer* na permutabilidade dos sistemas nacionais (mesmo quando os institutos jurídicos são dotados de preocupações sociais), ressaltando-se a viabilidade de utilização de método alternativo quando tal permutabilidade não exista. O Professor aduz ainda um terceiro argumento (a pretensa impossibilidade de dedução do âmbito de aplicação de uma norma material a partir da sua *ratio*) que recusamos, como veremos *infra*.

Numa visão moderada, as preocupações sociais ou políticas de certas normas que não encontrem correspondência em sistemas estrangeiros pode ser corrigida pelas normas de aplicação necessária e imediata que, atendendo aos valores envolvidos e particular intensidade valorativa, provocam um desvio ao método conflitual, estabelecendo unilateralmente a própria aplicação. Assim, aproximam-se (sem coincidir) da unilateralidade (cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 814).



o alargamento da intervenção legislativa jurídico-pública estatal torna inevitável a aplicação de normas de direito público, mesmo em áreas tradicionalmente sujeitas ao direito privado<sup>164</sup>.

Perante esta concepção, é fácil antever o problema colocado: face a uma situação internacional a que o direito público da *lex fori* se não quer aplicar, é admissível a aceitação da pretensão jurídico-pública de um Estado estrangeiro? Sendo admissível (ou mesmo inevitável) a aplicação de direito público estrangeiro, qual o *título* de aplicação da norma pública estrangeira? Na verdade, deixou “*de se questionar a aplicação das normas de direito público estrangeiro, apenas se discutindo quais os limites de que ela devia ser passível*”: é, no fundo, este o verdadeiro problema que hoje se coloca. É que, como se percebe, o unilateralismo do direito público “*distingue-se do tradicional por se cingir ao seu primeiro momento, o da determinação das situações abrangidas pelo direito do foro*”, sem resolver o problema de saber quando e como se aplica direito estrangeiro sempre que a *lex fori* se não repute aplicável<sup>165</sup>.

São comuns decisões judiciais que aplicam regras jurídico-públicas estrangeiras. Aliás, muitas vezes, é o próprio funcionamento do DIP conflitual que faz a vocação de regras de direito público estrangeiro enquanto pressuposto de facto do sistema, demonstrando *de facto* não existir uma *impossibilidade de aplicação do direito público estrangeiro*<sup>166</sup>. Importa, porém,

---

<sup>164</sup> Cfr. HENRI BATIFFOL, "L'avenir du droit international privé", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 315-331, p. 317: "Comment aujourd'hui apprécier une situation contractuelle internationale sans tenir compte des lois étrangères sur les licences d'importation et d'exportation, sur le contrôle des changes, sur la concurrence?" (quanto ao fenómeno da publicização do direito privado) e "L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continental de l'Ouest", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 11-31, p. 22 (sobre a publicização do direito privado e a inevitabilidade de aplicação de regras jurídico-públicas nos institutos de natureza híbrida). Sublinhando a unanimidade da aceitação da viabilidade de aplicação de direito público estrangeiro, FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale — Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1989-I, Tomo 213, 1989, pp. 9-407, p. 193 ("il faut rejeter comme totalement périmée l'idée selon laquelle le juge d'un État ne saurait appliquer les règles de droit public d'un autre État. Au demeurant insaisissable, la distinction entre droit public et droit privé ne trouve aucune place dans une théorie du droit international privé"); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 391; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 414; FRANK VISCHER, "General...", p. 151; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 429; PIERRE LALIVE, "Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain", *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht / Revue suisse de droit international et de droit européen*, Ano 4, 1/2/94, 1994, pp. 3-29, p. 11 (sublinhando a impossibilidade prática de desconsiderar em bloco as normas de direito público estrangeiras); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Foreign...", p. 87. É neste contexto que CHRISTIAN JOERGES, "Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 43, 1979, pp. 6-79, pp. 10ss, propõe uma reavaliação dos princípios que orientam o direito da economia, atendendo às funções sociais e políticas por ele desempenhadas.

O direito público, quando determina a sua própria aplicação, fá-lo através de conexões típicas do direito de conflitos: a residência do contribuinte, a nacionalidade do agente no direito penal, etc. (cfr. CHARLES FREYRIA, "La notion...", pp. 106ss).

<sup>165</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 445-446. Isto é, partindo da determinação unilateral da aplicação do direito público do foro, coloca-se depois a questão de legitimação da mobilização de regra estrangeira. Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 128; HENRI BATIFFOL, "L'avenir...", p. 317 ("il faut encore chercher se cette application n'obéit pas à des caractères propres").

<sup>166</sup> Lembre-se a aplicação de direito público estrangeiro no foro inerente às operações de DIP (a mobilização incidental de direito público estrangeiro, mormente no domínio da nacionalidade). Cfr. GERHARD KEGEL, "The Rôle of Public Law in Private International Law: German Report", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit*

perceber qual o critério da sua introdução *in foro*: uma vez que o unilateralismo do direito público (nos termos que enunciámos) não o justifica — já que o Estado territorial, quando não pretende regular certa situação, dela se desinteressa<sup>167</sup>. Parecendo evidente que não há um *direito* de um Estado em impor extraterritorialmente as suas pretensões invocadas no direito público (isto é, a reclamar um imposto ou a concretizar um confisco)<sup>168</sup>, a questão põe-se em saber qual a melhor forma de enquadrar o *consentimento* do sistema jurídico em aplicar as determinações jurídico-públicas estrangeiras.

As respostas que a doutrina vem fornecendo a esta questão podem agrupar-se em duas categorias.

Em *primeiro lugar*, pode sustentar-se que a introdução *in foro* do direito público só pode radicar em comandos da *lex fori*: a esta cabe decidir quando aceitar e como escolher as regras jurídico-públicas estrangeiras a mobilizar, até porque algumas regras de direito público

---

*international privé* (20 et 21 mars 1986), FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 29-62, p. 30; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 259; HANS W. BAADE, "The Operation...", p. 458; PIERRE MAYER, "Droit international privé et droit...", p. 383, (desmentindo a clássica convicção de que "*en droit public, la compétence judiciaire et la compétence législative coïncident*"), e "Le Rôle...", p. 470 (mostrando ter sempre havido aplicação deste tipo de normas de direito público, ainda que estrangeiras); PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", p. 223; EDOARDO VITTA, *Diritto Internazionale Privato*, Vol. I, Parte generale, Unione Tipografico — Editrice Torinese, Turim, 1972, p. 13 (concluindo assim que o âmbito de acção do DIP "*è essenzialmente quello di diritto privato*"), admitindo o chamamento de normas jurídico-públicas estrangeiras como operação inerente ao funcionamento do DIP); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Foreign...", p. 88; CHARLES FREYRIA, "La notion...", p. 115; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "El Derecho Publico...", p. 273.

Realçamos os principais exemplos dados por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 785, KEGEL, *cit.*, p. 30, e BAADE, *cit.*, pp. 459ss (que as trata como as disposições de direito público *não egoístas*): a *questão prévia* (quanto à nacionalidade de um sujeito, pode ser necessário indagar junto do direito público estrangeiro a atribuição da cidadania; quanto à validade de um casamento, pode ser pertinente indagar a competência do oficial que o tiver celebrado); a *reciprocidade* (no caso da segunda parte do n.º 1 do art. 51.º CC, é necessário averiguar se o direito público estrangeiro atribui poderes aos agentes diplomáticos portugueses); os parâmetros constitucionais do Estado de origem (quando seja exigível ao juiz do foro fiscalizar a constitucionalidade das normas da *lex causae* por referência à lei fundamental do Estado a que pertencem); as disposições chamadas pelo sistema conflitual (o DIP convoca regras que, no ordenamento de origem, são tidas como normas jurídico-públicas: "*é o caso das regras do direito inglês e de outros sistemas jurídicos anglo-saxónicos relativas aos institutos da limitation of actions [que corresponde, entre nós, à prescrição ou à caducidade] ou do set-off [que equivale à compensação]*" [ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado* (2001), Vol. I, p. 53]).

Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 415, nota n.º 29, a doutrina mais restritiva limita a estes casos a relevância do direito público estrangeiro. Para KEGEL, *cit.*, p. 30, estas normas de direito público, porque chamadas pelo DIP e porque dirigidas à tutela dos interesses das partes, podem não obedecer aos mesmos critérios de vocação das disposições jurídico-públicas dirigidas ao interesse do Estado.

<sup>167</sup> No fundo, uma posição de abertura à aplicação *in foro* de direito público estrangeiro não preclui problemas específicos que se colocam neste domínio, como o fundamento da escolha da lei estrangeira (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Aplicação do Direito Estrangeiro", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 33-53, p. 35). Na década de sessenta, aliás, CHARLES FREYRIA, "La notion...", p. 119, notava o "*accueil discret de la règle de droit public étranger*" sem conseguir explicar o fundamento da sua aplicação. Certo é que os critérios de delimitação espacial do direito público *in foro* são muito próximos das conexões típicas do direito internacional privado — GEORGES VAN HECKE, "Principes...", p. 492. Com estudo profundo sobre este problema, embora no prisma da questão da delimitação das situações reguladas pelo DIP, no que concerne ao seu carácter *privado* (e não tanto quanto à questão do *título de aplicação do direito público estrangeiro*), vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 403-483.

<sup>168</sup> Neste sentido, JOÃO BAPTISTA MACHADO E RUI MOURA RAMOS, "Parecer — Direito Internacional Privado", *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 10, n.º 5, 1985, pp. 11-23, p. 16; F. A. MANN, "Conflict...", p. 169.

(as *leis políticas*, que constituem excepção à estabilidade e permanência das regras do “*direito comum*”) introduzem medidas de rompimento com a situação jurídica anterior, pondo em causa a estabilidade das situações jurídicas<sup>169</sup>. No seio desta tese, podem encontrar-se algumas variantes: pode defender-se o estabelecimento de uma *conexão autónoma* para o direito público, criando assim um *direito público internacional* (i)<sup>170</sup>; pode defender-se que o direito público se integra no chamamento operado pela regra de conflitos geral, enquanto parte incidental da *lex causae* (sem que se atenda a sua qualificação jurídico-pública na lei designada)<sup>171</sup> (ii), ou pode basear-se a vocação na tese da *conexão especial* de WENGLER<sup>172</sup> (iii).

---

<sup>169</sup> JOÃO BAPTISTA MACHADO E RUI MOURA RAMOS, "Parecer...", p. 20.

<sup>170</sup> Esta concepção (de que o direito público estrangeiro se aplica por força de regras conflituais próprias) aceita, no fundo, que o DIP é absolutamente alheio ao problema da aplicação do direito público, nacional ou estrangeiro (LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, pp. 6ss). É a posição de MIGUEL PRATA ROQUE, *A Dimensão...*, pp. 794ss (que propõe a elaboração de *normas de delimitação transnacionais* para o direito administrativo); e de GERHARD KEGEL, "The Rôle...", pp. 36ss. Segundo o Autor, este *public conflict of laws* baseia-se num princípio de territorialidade na sua vertente positiva (o Estado territorial determina unilateralmente o domínio de aplicação do seu direito público) temperado pelo princípio da *equality of interests* (são aplicáveis normas estrangeiras, quando o direito do foro não estabelecer a sua própria aplicação, desde que utilizando interesses similares àqueles que orientam o direito público da *lex fori*). O exemplo mais evidente da aplicação destes critérios é o que orienta as normas jurídicas relativas a expropriações e nacionalizações, onde se reconhece a aplicação das regras estrangeiras quanto às coisas situadas no seu território ao tempo da expropriação (pp. 37 e 61). É esta também a proposta de GEORGES VAN HECKE, "Principes...", p. 496, e ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "El Derecho Publico...", p. 288 (que propõe a sua elaboração por via convencional). Igualmente, quando PIERRE MAYER, "Le Rôle...", pp. 472ss, defende que o princípio orientador no direito público é o da *territorialidade* (fazendo coincidir as normas públicas aplicáveis e os órgãos aplicadores) temperado por situações onde o *próprio direito público interno* introduz a relevância do direito estrangeiro (o caso em que a lei penal da *lex fori* descriminaliza certo acto porque não seria punível no lugar da sua prática, por exemplo), estabelecendo conexões próprias de direito público. O Professor, porém, não aceita a sua relevância em todos os domínios, pois há situações onde aqueles comandos não são necessários: *por um lado*, os casos onde o problema jurídico-público diz respeito apenas a *certo Estado*, caso onde só a regras deste serão mobilizadas — a questão de saber se um sujeito é titular da *nacionalidade* do Estado A apenas pode ser resolvida pela lei do Estado A (p. 476); *por outro lado*, há certas normas de direito público cuja aplicabilidade depende da *lei designada para uma relação jurídico-privada* (p. 480).

<sup>171</sup> Esta concepção obteve consagração no art. 13.º da Lei Federal Suíça sobre o Direito Internacional Privado, de 18 de Dezembro de 1987 (LFDIP): "*La désignation d'un droit étranger par la présente loi comprend toutes les dispositions qui d'après ce droit son applicable à la cause. L'application du droit étranger n'est pas exclue du seul fait qu'on attribue à la disposition un caractère de droit public*" (cfr. PIERRE LALIVE, "Nouveaux...", p. 12, e "Droit public étranger et ordre...", p. 197; ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 121; ANDREA BONOMI, *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1998, p. 225).

Numa *visão moderada*, esta concepção não entra em choque com a unilateralidade do direito público: considera-se que o ponto de partida são as situações qualificadas como pertencendo ao direito privado, embora não se negue a aplicação de uma norma da *lex causae* que, em concreto, integre o direito público (conquanto não manifeste o exercício de poderes de autoridade pública). No fundo, limita-se a aplicação do direito público estrangeiro à condição de ele se integrar num conceito-quadro que, para a *lex fori*, constitui direito privado (o que excluirá necessariamente as normas reguladoras das relações entre os órgãos estaduais e os cidadãos). É a posição defendida por MARIA HELENA BRITO, *A Representação nos Contratos Internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 601; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Contratos de Estado...", p. 108 ("*admite-se hoje que, em princípio, não há impedimento à aplicação do Direito público, vigente na ordem jurídica estrangeira designada pela regra de conflitos, que seja aplicável à situação transnacional*"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3826, p. 9; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Foreign...", p. 90 (para quem a questão está em saber se a *relação jurídica* é privada (caso em que as normas reguladoras se integram no conceito-quadro da *lex fori*, ainda que tais disposições pertençam ao direito público) ou se a relação jurídica é *pública* (caso em que se não conseguirá a correcta qualificação das normas mobilizáveis). Com este critério, são mobilizadas as normas jurídico-públicas estrangeiras da *lex causae* com excepção das que se não liguem à relação jurídica privada *sub iudice*); F. A. MANN, "Conflict...", p. 196, e "L'exécution internationale des droits publics",

Em segundo lugar, podem aceitar-se todas as consequências do unilateralismo: se a *lex fori* não determina a sua própria aplicação, cabe à própria lei estrangeira determinar a sua aplicação. Nesta sequência, chamar-se-á a lei que se considerar competente, porventura fazendo uma ponderação entre as leis que pretendam regular a situação<sup>173</sup>.

A pronúncia do Instituto de Direito Internacional sobre este problema — determinando que “*le caractère public attribué à une disposition du droit étranger désigné par la règle de*

---

*Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 77, n.º 1, 1988, pp. 1-27, pp. 10ss e 27 (para quem a questão que se coloca é saber se o *pedido* é fundado numa prerrogativa de direito público, só se excluindo o DIP no primeiro caso e podendo por isso aplicar-se norma jurídico-pública estrangeira no segundo); PH. FRANCESKAKIS, "Conflicts...", p. 473; TREVOR C. HARTLEY, "Foreign Public Law and Private International Law: English Report", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986)*, FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 13-27, p. 26; HENRI BATIFFOL, "L'état...", p. 23; EDOARDO VITTA, *Diritto...*, Vol. I, p. 16; PIERRE LALIVE ("L'application...", p. 183; "Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public — Rapport et projet de résolution", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 57, Tomo II, 1977, pp. 2-18, p. 4; "Le droit public étranger et le droit...", p. 215); ROLANDO QUADRI, "Leggi...", p. 371; GIUSEPPE SPERDUTI, "Droit international privé et droit public étranger", *Journal du Droit International*, vol. 104, n.º 1, 1977, pp. 5-15, p. 8; e encontra apoio na Resolução do Instituto de Direito Internacional de 1977 (Oslo) sobre os pedidos formulados por autoridades estrangeira com base no seu direito público — cfr. HANS W. BAADE, "The Operation...", p. 462.

Será, ainda, a opinião de ALBERTO XAVIER, *Diritto...*, pp. 85ss (sustentando que a norma pública estrangeira é aplicada a título de *questão prévia*, como pressuposto da aplicação de normas indicadas pelo sistema conflitual interno) e de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Diritto...*, Vol. I, p. 58 (quando aceita a aplicação de normas que, para a *lex causae*, tenham natureza jurídico-pública, conquanto restritas a efeitos que, para a *lex fori*, sejam de direito privado). Realce-se apenas que LALIVE, numa fase mais recente ("Nouveaux...", p. 12), defendeu não ser possível um critério unitário para a aplicação do direito estrangeiro, sublinhando que em certos domínios vigorará plenamente o unilateralismo e noutros existirão regras de conflitos de leis de direito público.

Numa *formulação mais radical*, pode ver-se no direito de conflitos a definição do âmbito de aplicação de toda a legislação (pública e privada). Assim, acaba por negar-se a natureza *privatística* deste ramo do direito e, bem assim, a unilateralidade do direito público. J.-P. NIBOYET, *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo I, Sources — Nationalité — Domicile, Recueil Sirey, Paris, 1938, pp. 5-6 e 78 ("Nous savons que les conflits de lois se peuvent référer aussi bien à des matières de droit public que de droit privé, ainsi au droit administratif, à la législation fiscale, à la législation industrielle, à la compétence des tribunaux, etc.. Dans ces derniers cas il n'y a pas de conflits de droit privé. D'ailleurs nous croyons que les règles de solution des conflits sont toujours de droit public, même lorsqu'elles résolvent des conflits entre des lois ou des institutions de droit privé"); HAROLDO VALLADÃO, *Diritto Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, 5.<sup>a</sup> Edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro — São Paulo, 1980, p. 59; FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle...*, p. 84; PETROS G. VALLINDAS, "Droit...", pp. 510-512 (que sustenta toda a coexistência do direito ser resolvida por recurso a normas de conflitos bilaterais. O Professor ilustra com a aceitação da aplicação das normas processuais estrangeiras quando se procede ao reconhecimento de uma sentença estrangeira, o que mais não será do que bilateralizar a regra de conflitos que comete à *lex fori* as normas processuais [p. 512]; com a existência de normas de conflitos bilaterais no que concerne ao direito fiscal [as destinadas a evitar a dupla tributação] e do direito penal [quando condiciona a punibilidade de um ilícito à punibilidade no país onde o facto foi praticado]).

Em sentido próximo, JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 41, defende que o DIP determina essencialmente a aplicação de regras de direito privado mas que tal função pode implicar a consideração daquele ramo do direito como *tertium genus*, dependendo do critério utilizado na distinção entre direito público e direito privado.

<sup>172</sup> É a tese de KONRAD ZWEIGERT, "Droit...", p. 649, que baseia o seu entendimento na teoria da *conexão especial* de WENGLER sobre as *lois de police* estrangeiras, e distingue entre as normas de direito público *simpáticas* (que perseguem interesses comuns à comunidade internacional e, por isso, devem ser aplicadas quando se verifique a *conexão especial*) das *heterogêneas* (que estabelecem regimes ao arrefio das concepções dominantes e, por isso, não devem ser aplicadas). Também defendendo esta solução (embora restringindo aos casos em que exista título expresso de aplicação) HANS W. BAADE, "The Operation...", p. 477. Sobre a tese da conexão especial (que desenvolveremos a propósito da aplicação de NANI de Estados terceiros), cfr. *infra* nota n.º 599.

<sup>173</sup> Com este entendimento, as normas de direito público estrangeiras que determinam a sua própria aplicação serão *um certo tipo* de normas de aplicação necessária e imediata (que o não esgota). Parece ser a convicção de FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 139.

*conflit de lois ne fait pas obstacle à l'application de cette disposition, sous la réserve fondamentale de l'ordre public*” — não permite inferir inequivocamente a diluição dessas normas no chamamento da regra de conflitos geral. Na verdade, a resolução limita-se a prescrever que o facto de certa norma integrar o direito público não constitui, por si só, razão para ser afastada, sem indicar o título da sua vocação<sup>174</sup>. Parece poder concluir, porém, que será a regra de conflitos geral a convocar os institutos jurídicos de natureza híbrida; e que, no quadro do funcionamento do sistema conflitual, não deve caber ao juiz do foro indagar se certa norma estrangeira reveste natureza jurídico-pública<sup>175</sup>.

São conhecidas dificuldades em qualquer das concepções. Não se verificando a conexão que levaria à aplicação do direito público do foro, as primeiras teses determinam a mobilização das normas estrangeiras mediante comandos conflituais bilaterais, geradores de dificuldades de qualificação<sup>176</sup>; a última explicação enferma das tradicionais insuficiências do unilateralismo, designadamente da concorrência de mais do que uma lei estrangeira com vontade de aplicação das respectivas normas de direito público<sup>177</sup>.

No que ao nosso estudo diz respeito, não é necessário indagar o valor de direito público estrangeiro no foro — problema de indiscutível complexidade que reclama uma investigação aturada. Na verdade, sempre será inequívoco que as normas de direito público de certo Estado que, em nome de certos fins político-legislativos, determinarem a sua própria aplicação a uma situação internacional através de comando conflitual de tipo unilateral são de aplicação necessária *in foro*, independentemente da relevância que lhes possa ser dada no estrangeiro<sup>178</sup>. Isto é, se certa norma fiscal determina que um imposto incide

---

<sup>174</sup> Cfr. Resolução do Instituto de Direito Internacional, adoptada na Sessão de Wiesbaden, 1975, ponto A. Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 305 (que sublinha que o Instituto teve o cuidado de afastar o dogma da territorialidade do direito público); PIERRE LALIVE, "Les demandes...", pp. 3-6 (considerando legítimo o carácter limitado da resolução); GIUSEPPE SPERDUTI, "Observations au Rapport et projet de résolution sur les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 57, Tomo II, 1977, pp. 26-31, p. 27, e "Droit...", p. 6 (criticando a omissão do Instituto); LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 539 (sobre a aplicação desta resolução ao estatuto das coisas). Esta resolução foi depois confirmada pela adoptada na Sessão de Oslo, 1977.

<sup>175</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 415-416; FRANK VISCHER, "General...", pp. 150-151; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 418.

<sup>176</sup> Efectivamente, ao caber à *lex fori* a escolha das normas públicas estrangeiras a aplicar (seja através da regra de conflitos geral, seja por conexão autónoma), coloca-se o problema da subsunção da norma estrangeira no comando conflitual em causa (*vide*, sobre este, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 799, e FRANK VISCHER, "General...", p. 180). A acrescer, caso se criem *regras de conflitos* jurídico-públicas, podem colocar-se problemas de impraticabilidade e de conflitos de sistemas, quando não exista tratado ou outra fonte internacional de coordenação (MARQUES DOS SANTOS, *cit.*, p. 804).

<sup>177</sup> Sobre os problemas do unilateralismo, *vide*, entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 174ss; SYLVAIN BOLLÉE, "L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96, n.º 2, 2007, pp. 307-355, p. 309.

<sup>178</sup> Existem contudo limites de direito internacional público na regulação de situações que não se coloquem sob a esfera de acção do Estado (*vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 451ss). Sobre a

sobre coisas móveis situadas em território nacional, qualquer que seja a lei reguladora do negócio, dos direitos reais ou da capacidade, certo é que a norma jurídico-pública se aplicará sem que seja necessário indagar o valor que tais normas revestirão *fora de fronteiras*.

Assim, nenhuma dificuldade surge quanto à aplicação das normas do Registo Predial: na verdade, se o direito tabular for entendido como direito público, as suas normas são aplicadas *in foro* quando se verifique a sua vontade de aplicação — o que sucede sempre que a coisa imóvel se situe nesse Estado. Desta forma, perante imóvel situado no estrangeiro, não há vontade de aplicação do direito interno e, ainda que se perfilhe uma concepção de não aplicação de direito público estrangeiro, o Estado territorial — no momento do registo — vai aplicar as suas próprias normas de direito público. Ou seja, a eventual consideração do direito registal como *normas de direito público que determinam a sua própria aplicação* conduzirá à conclusão da respectiva territorialidade *in foro*, independentemente da relevância que lhes poderá ser concedida no estrangeiro<sup>179</sup>.

#### 4.2. O direito do Registo Predial: estatuto real ou regras de direito público que determinam a sua aplicação aos imóveis territoriais?

---

dificuldade do problema de valoração do direito público estrangeiro, *vide* PIERRE CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004, p. 3.

<sup>179</sup> Não obstante não querermos deter-nos neste ponto, (porquanto demonstrámos ser desnecessário à nossa empresa), cremos que qualquer situação internacional que não pretenda ser regulada pelo direito público da *lex fori* é tida, para o foro, como situação privada, pelo que lhe caberá mobilizar o seu sistema de direito internacional privado para determinação do direito aplicável, como já vimos defendendo no nosso trabalho *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 31, nota n.º 25: “*No fundo, todas as questões que não sejam materialmente reguladas pelo direito público interno de um Estado convocam sempre uma questão de Direito Internacional Privado: se não há um interesse público do Estado do foro em regular a situação, aquela causa é sempre, para a lex fori, um problema de direito privado, pois cai fora da regulação juspublicista, cabendo-lhe mobilizar o seu sistema conflitual para determinação da ordem jurídica competente*”. Em correlação, também as situações disciplinadas pelo direito público do foro estarão, por natureza, excluídas do DIP, já que aí vigorará a unilateralidade intrínseca à vontade de regulação de certas relações a que o Estado do foro reconhece interesse público. Isto é, aderimos sem reservas à tese de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 450ss e 469ss e, mais claramente, p. 480. Sublinhe-se que estão também excluídas do DIP as situações jurídicas comparáveis àquelas que o direito público português regula “*mas ligadas a actividades públicas estrangeiras, que a ordem jurídica local, por decisão autónoma, considere exclusivamente inseridas na esfera de regulação do respectivo Estado estrangeiro*” (*cit.*, p. 450).

Assim, do ponto de vista teórico, nada obsta a que se apliquem normas jurídico-públicas estrangeiras da potencial *lex causae*, porquanto aquela situação *não tem relevância para o direito público do Estado do foro*. Claro está que, na prática, esta aplicabilidade enfrenta dificuldades: *por um lado*, é certo que as pretensões estaduais fundadas em direito público no uso de *ius imperii* estão a coberto da imunidade de jurisdição de que gozam os Estados, pelo que aquela causa não é jugada fora do Estado que emitiu as normas; *por outro*, a aplicabilidade da regra estrangeira está dependente da qualificação, o que implica aceitar a integração de certa regra jurídico-pública num conceito-quadro que se refere a um instituto de direito privado (LIMA PINHEIRO, *cit.*, pp. 469ss).

Sobre a imunidade de jurisdição dos Estados *vide* FERENC MÁDL, "State in the Economy and Problems of State Immunity with Special Regard to Economic Integration", *Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig*, ERIK JAYME E GERHARD KEGEL, C. F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe — Heidelberg, 1976, pp. 89-108, p. 92; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Contratos de Estado...", pp. 109ss; o nosso trabalho "O Tribunal Administrativo das Nações Unidas", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXII, 2006, pp. 639-693, pp. 641ss.

São discutidas quatro opções de qualificação das regras registais, todas explicando a aplicação territorial das normas tabulares imobiliárias.

*Por um lado*, certa doutrina lembra que a *publicidade dos direitos reais* é um aspecto indiscutivelmente sujeito ao estatuto real. Em consequência, quando a publicidade se opere por inscrição registal, os respectivos efeitos integram-se igualmente no estatuto real. Esta tese encontra apoio em alguns sistemas de DIP, que determinam expressamente a inclusão da publicidade dos direitos reais no estatuto real<sup>180</sup>. Acresce que, nos sistemas onde o registo (obrigatório ou facultativo) não possa ser oficiosamente promovido (vigorando o *princípio da instância*), pode sustentar-se haver maior proximidade das normas tabulares com o *direito civil* do que com o *direito administrativo*, o que é confirmado, entre nós, pela sujeição das decisões do conservador à jurisdição comum (e não administrativa)<sup>181</sup>.

*Outros Autores* vêm sufragando ser o Registo Predial serviço público (mesmo que delegado em entidades privadas) que além de servir interesses particulares (como a segurança jurídica dos operadores económicos) presta um número alargado de funções de ordem pública (tributária, administrativa e ordenamento do território). Nesta concepção, as normas tabulares decorrem da soberania do Estado, discutindo-se apenas se o Registo desempenha uma função *administrativa*, uma *actividade jurisdicional* ou um *papel autónomo*. Em qualquer dos casos, a aplicação territorial das normas tabulares justifica-se pela determinação unilateral do seu campo de aplicação, no quadro do exercício de poderes públicos<sup>182</sup>.

---

<sup>180</sup> É esta a interpretação que a doutrina infere da norma do art. 55.º da *Legge 31 maggio 1995, n. 218 (riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato)*: “*La pubblicità degli atti di costituzione, di trasmissione e di estinzione dei diritti sulle cose è regolata dalla legge del luogo in cui le cose stesse si trovano al momento dell’atto*”. Esta concepção é defendida por ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3728, p. 326; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 267; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 441; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 26; H. DESBOIS, “Des Conflits...”, p. 288; FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto...*, Vol. II, p. 123; J.-P. NIBOYET, “Le Code...”, p. 26; RICCARDO MONACO, *L’efficacia...*, p. 209; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 259; DULCE LOPES, et al., *Parte especial de DIP — Direitos Reais*, p. 2.

Repare-se que a publicidade não está sujeita à lei reguladora da *forma do negócio*: a *forma* é anterior ao efeito real, pois prende-se com a validade do contrato — cfr. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Registration of Interests as a Formality of Contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the Frame of European Private Law”, *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 6, 2005, pp. 797-839, p. 806.

<sup>181</sup> É o argumento de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988, p. 546. Embora não o aceite, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A Publicidade, o Notariado e o Registo Públicos de Direitos Privados”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 471-530, p. 475, reconhece ser este um argumento a favor da natureza civil do direito registal.

<sup>182</sup> Neste sentido, cfr. ERIK JAYME, “Identité...”, p. 241; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, “Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 530, 1979, pp. 75-183, pp. 108ss; MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, “A Publicidade...”, pp. 477 (que, aliás, considera que a *certeza jurídica* que o registo promove não é um interesse das partes mas um verdadeiro *interesse público*) e 481 (“*o registo público de actos e direitos de interesse individual destina-se, portanto, a satisfazer o superior interesse da colectividade de que certos direitos, estados e situações dos indivíduos sejam dotados de fé e garantia [reserva] públicas*”).

Coincidente no resultado, embora com fundamentação distinta, é a posição de PIERRE MAYER, para quem não se coloca nenhuma problema de conflitos de leis. Segundo o Professor, a aplicação territorial das regras do registo explica-se pela combinação de normas de competência internacional das autoridades registais (que determinam a sua jurisdição sobre os prédios situados no território do Estado a que pertencem) e do princípio

Uma terceira orientação parece combinar as duas fundamentações, porventura em virtude da inexistência de consequências práticas da distinção: defende-se que a *publicidade registal* está inerente ao estatuto real (pois estão em causa medidas atinentes à oponibilidade do direito), mas a sua regulação consta de normas jurídico-públicas, concretizada por serviços públicos do Estado territorial<sup>183</sup>.

Importa tomar posição sobre o problema, embora sabendo que a distinção é desprovida de efeitos práticos: sempre se chegará à aplicação territorial das regras registais.

Segundo julgamos, a qualificação do direito tabular não pode ser unitária: o direito do registo predial tem normas inerentes ao estatuto real e regras eminentemente públicas, cuja aplicabilidade decorre da autoridade do Estado territorial. O regime da *publicidade dos direitos reais* é matéria inequivocamente incluída no estatuto real: é a lei reguladora dos direitos reais que cabe determinar se a publicidade é condição de oponibilidade, de constituição ou transmissão do direito. Esta conclusão é particularmente óbvia quando a publicidade constitui *modo* necessário à produção de efeitos reais — pense-se no penhor de coisa ou a constituição de hipoteca no direito pátrio, que só se constituem pela geração da publicidade (seja a posse ou a inscrição). A aceitação da primazia relativa do estatuto real (nos termos do

---

*auctor regit actum*, segundo o qual cada autoridade administrativa ou judiciária funciona de acordo com a lei do Estado onde está integrada. Para o Autor, as normas tabulares constituirão *regras sobre a adopção de actos públicos* (designadamente as descrições, inscrições e averbamentos), aplicáveis por isso a título de *lex auctoris*. PIERRE MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973, p. 141.

Como melhor veremos *infra*, o princípio *auctor regit actum* remonta a NIBOYET e determina que o funcionamento e poderes das autoridades públicas se regem pela lei do Estado onde exercem poderes: é o caso do “*notaire, l’officier de l’état civil, le conservateur des hypothèques*” (FRANÇOIS RIGAUD E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 104; PIERRE CALLÉ, *L’acte public...*, p. 16; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 351). Em consequência, NIBOYET propunha regras de delimitação para os *conflitos de autoridades*: se um conservador não conseguirá celebrar um casamento senão segundo as regras locais, dever-se-á determinar *a priori* a competência dessa autoridade, assegurando assim a respectiva eficácia internacional (cfr. J.-P. NIBOYET, “Le Code...”, p. 28; “Le conflit des autorités: la règle «auctor regit actum»”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 37, 1948, pp. 397-423, p. 398; *Traité...*, Tomo IV, pp. 1ss). Tal circunstância, aliás, constitui uma das razões da formulação da teoria do reconhecimento de direitos adquiridos, sem a qual se não receberiam certas situações constituídas no estrangeiro (cfr. PIERRE MAYER, “Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573, p. 567).

<sup>183</sup> Neste sentido, YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International...*, p. 561, (que explicam, a propósito do estatuto real, que “*Pour raisons identiques, la même loi détermine la réglementation de la publicité prévue à l’occasion soit de la constitution des droits réels, soit de leur mutation (publicité foncière réalisée par voie d’inscription, de transcription ou d’immatriculation). Il s’agit, en effet, de mesures destinées à rendre le droit opposable aux tiers [...]. Elles supposent en outre le plus souvent l’intervention d’un service public, de caractère administratif ou judiciaire, ce qui justifie l’application de la loi du pays dans lequel ce service exerce son autorité, qui coïncide nécessairement avec celui de la situation du bien*”); LOUIS D’AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 506 (que, atendendo à imprestabilidade pragmática da distinção, defende que “*les règles de droit public des biens peuvent être universellement considérées comme les premières composantes du statut réel*”). Entre nós, posição próxima é sufragada por ARMINDO SARAIVA MATIAS, “Registo predial: princípios estruturantes e efeitos”, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 31-55, p. 33 (“*o registo predial português é efectuado em serviços públicos e por funcionários públicos, aplicando-se, naturalmente, no que concerne aos aspectos institucionais e de regime, o direito público, administrativo. Já no que concerne aos actos, situações ou direitos constantes do registo não podem deixar de ser regulados pelo direito substantivo correspondente, o direito civil, o direito material privado*”).



qual é à lei reguladora dos direitos reais que cabe definir os modos da sua aquisição ou transmissão) implica necessariamente esta conclusão.

Ademais, em muitos sistemas, a inscrição registal tem consequências substantivas quanto à titularidade do direito real que confirmam a qualificação real da publicidade: pense-se nos efeitos central e lateral do registo predial português ou no princípio da fé pública registal vigente em vários Estados-Membros<sup>184</sup>.

Todavia, se a exigência de inscrição registal e respectivos efeitos substantivos se ligam à conformação dos direitos reais (constituindo aspectos cometidos ao estatuto real), certo é que as regras de definição dos poderes do conservador, efeitos das suas decisões, a existência de uma obrigação de registo e um correspondente sistema de sanções, efeitos tributários e cooperação com as autoridades fiscais (mediante informação ou mesmo liquidação e cobrança de impostos), relações com cadastro geográfico, não podem em caso algum ser qualificadas no estatuto real. Efectivamente, são normas que não se ligam ao estatuto jurídico da coisa (ou do titular do direito) mas a um sistema estatal que serve interesses públicos: um sistema de justiça preventiva, destinado a reduzir a intervenção futura dos tribunais, quando se atribuem poderes de controlo de legalidade ao conservador; uma mais eficaz cobrança de impostos quando se atribuem obrigações fiscais aos serviços de registo; uma cadastração eficaz do mapa imobiliário, quando se determina a obrigatoriedade do registo ou o cruzamento desta informação com os serviços geográficos<sup>185</sup>.

Nesta sequência, parece que só os *efeitos substantivos do registo* (enquanto regime de publicidade de certos direitos reais) devem ser incluídos no estatuto real. O sistema tabular, com toda a sua máquina administrativa, é inerente à autoridade do Estado territorial e

---

<sup>184</sup> Nessa medida, há uma *parte do registo* (aquela que tem efeitos substanciais) que é necessariamente atribuída ao direito material (privado) que lhe subjaz — cfr. MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA, "A Publicidade...", p. 487.

Sobre os efeitos central e lateral do registo (terminologia e sentido), cfr. ORLANDO DE CARVALHO, "Terceiros para efeitos de registo", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXX, 1994, pp. 97-106, pp. 99-101; PAULO VIDEIRA HENRIQUES, "Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código do Registo Predial", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pp. 389-452, pp. 409ss. Sobre o princípio da fé pública registal, cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 142. A este assunto voltaremos *infra* com mais profundidade (pp. 206ss).

<sup>185</sup> Sobre algumas das funções públicas do Registo Predial — sobretudo no seu papel preventivo de catástrofes, *vide* AFONSO PATRÃO E MADALENA TEIXEIRA, "As implicações das catástrofes naturais no Registo Predial Electrónico", *Actas do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito Notarial e Registral*, Instituto dos Registradores Imobiliários Brasileiros, Rio de Janeiro, 2011, (no prelo), *passim*; quanto à sua missão tributária e de planeamento no ordenamento do território, *vide* GERHARD LARSSON, *Land registration and cadastral systems — Tools for land information and management*, Longman Scientific & Technical, Essex, 1991, pp. 13-18; ALEJANDRO M. GARRO, "Chapter 8: Recordation of Interests in Land", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, ATHANASSIOS N. YIANNPOULOS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2004, pp. 3-197, pp. 3ss. Sobre o estatuto parajudicial do conservador e missão pública desempenhada pelas autoridades tabulares, *vide* JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Dictamen...", pp. 113ss; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O Estatuto do Conservador", *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, pp. 1-15, pp. 1ss, e "O Registo Imobiliário — necessário instrumento do progresso económico-social", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 237-257, pp. 237ss.

depende da determinação unilateral do país que exerce soberania naquele território. Aliás, é este o fundamento da competência judiciária exclusiva dos tribunais territoriais quanto à validade e eficácia das inscrições registais, como sublinha LIMA PINHEIRO<sup>186</sup>.

##### 5. CONSEQUÊNCIAS DA SUJEIÇÃO DA HIPOTECA À LEI DA SITUAÇÃO DA COISA PARA A LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS.

Como vimos, a hipoteca sujeita-se imperativamente, em todos os Estados-Membros, à lei da situação da coisa onerada. Esta solução pode constituir um desincentivo à livre circulação de capitais, provocando uma compartimentação de mercados nacionais contrária à integração europeia, caso as regras nacionais sejam muito distintas ou substantivamente desadequadas a relações jurídicas internacionais<sup>187</sup>.

*Por um lado*, as instituições de crédito que pretendam garantir o financiamento por hipoteca constituída sobre coisa situada noutra Estado-Membro enfrentarão um sistema jurídico diferente daquele em que desenrolam normalmente a sua actividade, sobre o qual deverão previamente informar-se e assessorar-se. A aceitação da hipoteca implicará o ónus de conhecer e cumprir a hipoteca do direito do país da situação da coisa, custos do registo e velocidade da eventual execução, repercutindo os respectivos encargos no preço do crédito e, assim, desencorajando a operação. *Por outro lado*, o desconhecimento do direito aplicável será, porventura, valorado pelas instituições de crédito como factor de risco, aumentando o juro cobrado e levando à perda do interesse económico da relação jurídica internacional<sup>188</sup>.

Nessa medida, parece haver as garantias imobiliárias são tidas como “*droits sans exportation juridique possible*”, atendendo a que a dependência exclusiva e imperativa do regime

---

<sup>186</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Exclusive Jurisdiction", *Brussels I Regulation — European Commentaries on Private International Law*, ULRICH MAGNUS E PETER MANKOWSKI, Sellier — European Law Publishers, Munique, 2007, pp. 345-365, p. 359, e *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 169. Cfr. também GEORGES A. L. DROZ, "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 29 de Novembro de 1994 (*Bousmaha c. Ministério Público*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 3, 1995, pp. 543-547, p. 545.

<sup>187</sup> ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 66.

<sup>188</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas da Harmonização e Unificação Internacional do Direito Privado num época de Globalização da Economia", *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1655-1680, pp. 1669 e 1672, indica este factor como o obstáculo da disparidade legislativa na realização do mercado único: “*estes custos, na medida em que são normalmente repercutidos sobre os adquirentes de produtos ou serviços oferecidos por essas empresas, significam preços mais elevados e são por conseguinte um freio ao comércio transfronteiras [...]. Por outro lado, não é de excluir que na avaliação do risco envolvido nas transacções comerciais internacionais, tendo em vista a concessão de créditos de que as mesmas carecem, seja tomada em linha de conta pelas instituições financeiras a incerteza quanto ao Direito aplicável decorrente da diversidade das legislações em presença, o que igualmente encarece essas transacções*”. No mesmo sentido, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 603-766, p. 608.

jurídico da lei da situação da coisa (sobretudo, atendendo ao carácter tentacular do estatuto real no quadro negocial) cria um importante obstáculo<sup>189</sup>.

Em correlação, constringe-se a concorrência entre potenciais credores, com óbvias desvantagens para os mutuários. A regra da *lex rei sitae*, tornando pouco atractivo o acesso de prestamistas ao mercado hipotecário, cria uma redoma proteccionista sobre os financiadores internos que, no domínio das garantias imobiliárias, deixam de temer a competição de instituições estrangeiras<sup>190</sup>.

### III. A DISPARIDADE E RIGIDEZ DE REGULAÇÃO DAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS.

Uma das razões que sustenta a dificuldade de aquisição de uma hipoteca sobre um prédio situado noutra Estado-Membro (à qual, como vimos, invariavelmente se aplicará a *lex rei sitae*) radica na profunda disparidade das normas entre os Estados-Membros. No fundo, o adquirente de uma hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro não conhece os contornos do direito em causa, o que é um convite à recusa da internacionalização. Na verdade, as diferenças influenciam directamente a *qualidade da garantia* e o risco do crédito<sup>191</sup>.

Este não é um problema específico das garantias reais: as diferenças legislativas (devidas em grande parte às codificações nacionais que ocorreram desde o início do século XIX) são tidas como um dos principais obstáculos às transacções internacionais. No entanto, se a disparidade noutros domínios (como o contratual) não é necessariamente um obstáculo (pois as partes podem influenciar a determinação da lei aplicável), é inequívoco que as diferenças no domínio jurídico-real prejudicam a geração de relações jurídicas internacionais: a aplicação forçosa da *lex situs* torna incontornável a eventual diversidade normativa. No fundo, a regra da *lex rei sitae* não é um problema em si mesmo: gera distorções porque conduz à imposição de regras substantivas *rígidas e dissemelhantes*, desadequadas às expectativas de financiadores estrangeiros. Tal vem conduzindo aos efeitos *supra* analisados quanto à repercussão no mutuário de custos e riscos emergentes (que inevitavelmente dissuadem a

---

<sup>189</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 8.

<sup>190</sup> Cfr. SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 35 ("*foreign lenders would never be able to compete in same conditions as local lenders because the instrument that they have to use (the mortgage) is not the same as in their local market, so therefore they are not used to using it properly*"); TEEMU JUUTILAINEN, "Coherence...", p. 101.

<sup>191</sup> Neste sentido, DIANA WALLIS, *European...*, p. 26; BRAM AKKERMANS, "Property Law in European Union Law", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 22 de Julho de 2015, pp. 35-43, p. 36; OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2257; ANTONIO GAMBARO, "Perspectives...", p. 503; ERIC KLESTA, "Experience...", p. 17.

constituição da relação jurídica) e de contracção da concorrência entre as instituições credoras, com óbvias desvantagens para potenciais devedores<sup>192</sup>.

No domínio jurídico-real, não há harmonização europeia, não há *princípios comuns* e mesmo os normativos europeus que se aproximam da matéria (como a directiva sobre *time-sharing*) deixam à legislação nacional todos os aspectos reais<sup>193</sup>.

## 1. A RIGIDEZ – REMISSÃO

O regime jurídico das garantias imobiliárias previsto nos diversos direitos nacionais é essencialmente composto por normas imperativas: os institutos jurídicos em causa deixam um reduzido leque de opções à disponibilidade das partes, impondo um conjunto de regras jurídicas de que credor e autor da garantia não se podem desviar.

Esta inflexibilidade é potenciada nos ordenamentos que seguiram mais fielmente o modelo napoleónico da *accessoriedade* da hipoteca. A sua assunção implica a ligação genética da garantia a um crédito, contagiando-se dos vícios que o vierem a afectar. Acresce que, na generalidade dos sistemas que a estatuem, a *accessoriedade* se opõe à constituição de hipotecas genéricas (que assegurem com indeterminação todas as dívidas que sejam assumidas por determinado devedor). Tal característica torna a hipoteca desadequada à garantia de formas de crédito mais modernas e prejudica o refinanciamento do devedor (ao impedi-lo de, extinta a dívida garantida, voltar a oferecer o mesmo grau hipotecário)<sup>194</sup>.

---

<sup>192</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, p. 119. Neste sentido, JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 15, 2008, disponível na internet via [www.reei.org](http://www.reei.org), consultado em 28 de Junho de 2012, p. 21; FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 3-31, p. 4; MARC FALLON, "Les conflits...", p. 38; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado — Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Lisboa, 1954, p. 4; VINCENT HEUZÉ, "De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 393-415, p. 393; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 35; REINHARD ZIMMERMANN, "Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 21-42, p. 21. A isto acresce, como veremos *infra*, um problema de opacidade da informação: "In a time where citizen of the EU are flexible to work and live anywhere they prefer in the Union, the practical questions as how to become the owner of a house in another country and how to finance it by a loan secured by mortgage is difficult to answer" — HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS — At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 3, 2004, pp. 379-387, p. 381.

<sup>193</sup> DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 120. Uma análise dos vários actos comunitários que mencionam direitos reais é feita por RUI PINTO DUARTE, "Direito Comunitário e Direitos Reais", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 451-466, p. 454, cujo conteúdo nunca influencia o regime substantivo jurídico-real, como o Professor conclui expressamente (p. 457).

<sup>194</sup> Neste sentido, OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2268; HANS WOLFSTEINER E OTMAR STÖCKER, "A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe", *Notarius International*, n.º 1-2/2003, 2003, pp. 116-124, p. 116. A *accessoriedade* clássica, como melhor veremos *infra*, é patente nos direitos francês, belga, luxemburguês, italiano, espanhol e português, embora com graus e intensidades distintas.

A isto acresce que é normalmente muito exíguo o espaço deixado à liberdade negocial para a sua modelação, mesmo em ordenamentos que não prevêem o *numerus clausus* da hipoteca. Multiplicam-se as convenções e cláusulas expressamente proibidas pelos vários legisladores nacionais, privando a garantia da adequação aos interesses das partes.

Sendo a rigidez de regulação uma nota comum, reconheça-se que os vectores em que se analisa são consideravelmente distintos nos direitos europeus: se certo sistema pode ser considerado menos flexível por *não admitir o pacto comissório*, outro que o permite nem por isso é ajustável aos intuitos dos contratantes, já que *não aceita a cessão da garantia sem o crédito*. Nessa medida, remetemos esta análise para o estudo de cada uma das figuras, a propósito do exame das disparidades substantivas nas garantias imobiliárias europeias.

## 2. AS DISPARIDADES DE DIREITO SUBSTANTIVO

A hipoteca moderna, nos vários ordenamentos jurídicos continentais, é influenciada pela disciplina do Código Napoleónico, por sua vez tributária da recepção dos institutos jurídicos romanos vigentes e sua combinação com as leis revolucionárias francesas. O direito gálico construiu para a *hypothèque* quatro características principais que, em todos os ordenamentos jurídicos europeus, perpetram as correspondentes garantias imobiliárias: a dependência de um sistema seguro de publicidade (o registo predial), que atribua ao credor a certeza de que não será surpreendido com hipotecas anteriores mesmo sem desapossamento da coisa (i); a incidência sobre coisa certa e determinada, afastando-se a regra romanista da admissibilidade da *hipoteca geral* (ii); a incidência exclusiva sobre *imóveis*, estendendo-se mais tarde a viabilidade da sua constituição sobre móveis sujeitos a registo (iii); a inexistência de *desapossamento* da coisa onerada (iv)<sup>195</sup>.

Perante esta realidade, e aceitando que nos vários direitos nacionais europeus há vectores uniformes cuja importância não é despicienda (com especial destaque para o registo como condição absoluta de eficácia, a incidência sobre coisa imóvel certa e determinada, a inexistência de desapossamento da coisa), também não pode negar-se que, em aspectos

---

<sup>195</sup> Apontando o Código Napoleónico como fonte das hipotecas europeias, ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 64. Repare-se que a hipoteca consagrada na lei francesa não é exactamente coincidente àquela que saiu das leis imediatamente seguintes à revolução francesa, fruto de sucessivas alterações, apesar de se conservarem os princípios fundamentais da hipoteca que identificámos, que resultam da norma constante do art. 2393.º do *Code Civil* (originariamente contida no art. 2114.º): "*L'hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l'acquittement d'une obligation. Elle est, de sa nature, indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles*". Cfr. ainda GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXV (Tomo I), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome I, 3.ª Edição, Sirey, Paris, 1906, p. II.

fundamentais da regulação da hipoteca, as legislações civis europeias consagram discrepâncias profundas que originam distintos níveis de protecção ao credor hipotecário<sup>196</sup>.

Na verdade, no que toca à acessoriedade, à transmissibilidade e aos poderes conferidos ao titular hipotecário, há distinções que não devem ser negligenciadas, pois influem directamente na segurança do titular.

Designadamente, a *acessoriedade* da garantia, se entendida em sentido absoluto, implica que a hipoteca não produza efeitos sempre que o devedor, por qualquer razão, possa invocar causas de invalidade ou ineficácia do crédito; pelo contrário, a previsão de hipotecas independentes (cuja existência não dependa da validade e eficácia da dívida) potencia a segurança do credor. Da mesma forma, um regime jurídico que estabeleça a *intransmissibilidade* da garantia impede o titular da hipoteca de a possa transaccionar enquanto valor autónomo, porventura antecipando a realização (ainda que parcial) do seu crédito, o que não sucede em sistemas que admitam a transacção da hipoteca sem o crédito garantido. Por fim, um regime que proíba ao titular aceder à propriedade da coisa no caso de incumprimento será necessariamente menos maleável aos interesses das partes do que um sistema que admita a convenção do pacto comissório.

Ou seja, a opção substantiva dos vários direitos civis nacionais quanto a estes temas (que é divergente), tem uma importância preponderante na definição da posição subjectiva

---

<sup>196</sup> Estas diferenças são atendíveis desde logo na definição legal que cada ordenamento jurídico vai dando à hipoteca. Assim, os legisladores italiano e português atendem ao poder do credor de executar a coisa onerada e se pagar à sua custa. 2808.º do *Codice Civile Italiano*: “L’ipoteca attribuisce al creditore il diritto di espropriare anche in confronto del terzo acquirente, i beni vincolati a garanzia del suo credito e di essere soddisfatto con preferenza sul prezzo ricavato dall’espropriazione”; art. 686.º do Código Civil Português: “A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo”). Os direitos germânico, espanhol e francês, pelo contrário, definem-na como a afectação do valor da coisa ao cumprimento de uma obrigação (cfr. §1113 BGB — “Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist; art. 104.º da *Ley Hipotecaria Española* — “La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida”) e art. 2393.º do *Code Civil des Français* [correspondente ao art. 2114.º, antes da Ordonnance n.º 2006-346, de 6 de Março] — *L’hypothèque est un droit réel sur les immeubles affectés à l’acquittement d’une obligation*). Sublinhando as profundas diferenças das leis nacionais em matéria de garantias reais, DOMINIQUE BUREAU, “La fin d’un îlot de résistance — Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d’insolvabilité”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.º 4, 2002, pp. 613-679, p. 657; THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 177.

Quanto aos aspectos de semelhança, cfr. OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, pp. 27ss, e ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Um novo...”, p. 64. Há muitos estudos que deixam de lado o direito anglo-saxónica; no entanto, como melhor veremos *infra*, também no Reino Unido o *Land Registration Act* de 2002 estabeleceu o registo obrigatório das novas *mortgages*; na Irlanda foi implementado um sistema de registo obrigatório que, de modo faseado, foi abrangendo todo o território, o que sucedeu a 1 de Janeiro de 2011 (cfr. *Statutory Instruments* n.º 87/1969; 605/2005; 81/2008; 176/2009; 516/2010).

do credor hipotecário. Nessa medida, *não é indiferente* a uma instituição de crédito aceitar uma garantia imobiliária regulada pelo direito A ou pelo direito B<sup>197</sup>.

Identifiquemos pois as principais diferenças, desenhando os contornos da hipoteca nos sistemas jurídicos europeus, legitimando a conclusão que desde já avançamos no sentido de que é dissemelhante a posição jurídica do credor hipotecário consoante a lei que regule a sua garantia. Sublinhe-se, porém, que não perderemos de vista o nosso objectivo. Nessa medida, por um lado, excluiríamos da nossa análise os aspectos do regime jurídico das hipotecas que não constituem obstáculos à constituição de crédito hipotecário transnacional; por outro, antevendo que a solução para o nosso problema passará necessariamente por soluções de direito internacional privado, colheremos dos regimes nacionais a luz essencial para elaborarmos propostas no âmbito do conflito de leis<sup>198</sup>.

Assim, centraremos o nosso estudo em três aspectos fundamentais: constituição e modalidades da hipoteca voluntária (i), acessoriedade, divisibilidade e transmissibilidade da garantia (ii) e viabilidade de modelação contratual dos poderes do titular (iii). São estes os aspectos que, do ponto de vista substantivo, determinam a rigidez ou maleabilidade da garantia real (e, portanto, a sua adequação aos interesses das partes), potenciando ou dissipando a desconfiança do credor estrangeiro numa garantia que desconhece.

Como é evidente, o nosso estudo não visa a justaposição dos direitos de 28 países, apontando as diferenças entre eles. Pelo contrário, dirige-se tão-somente à demonstração que existem disparidades de direito substantivo que, associadas à rígida opção conflitual de aplicação da *lex rei sitae* às garantias reais, conduzem a um entrave na geração de hipotecas internacionais no espaço europeu. Nessa medida, limitaremos a nossa análise a alguns dos direitos nacionais, escolhendo os institutos mais marcantes no espaço comunitário.

## 2.1. Evolução histórica da hipoteca

---

<sup>197</sup> No domínio imobiliário, é costume indicar um outro factor: a dissemelhança quanto ao *modo de aquisição e transmissão* dos direitos reais (matéria que, como vimos, é determinada pela lei da situação do imóvel): em certos países vigora o princípio da consensualidade, noutros exige-se um título e um modo (registo, tradição, etc.) e noutros impõe-se a celebração de um negócio obrigacional a que acresce um negócio real. Ora, a necessidade de os operadores económicos se informarem do sistema de ordenação dos direitos reais e se conformarem com o mecanismo vigente no estrangeiro constitui claro desincentivo à aceitação de hipotecas situadas em Estado diferente daquele onde operam (cfr. OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2257, e ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 102; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 372).

Como veremos *infra*, porém, este problema é menos pronunciado no quadro da hipoteca do que nos demais direitos reais sobre imóveis, porquanto aquela só é verdadeiramente eficaz depois da inscrição, mesmo em países onde vigora o princípio da consensualidade (Portugal, França, Itália, Polónia, Luxemburgo, Bélgica, etc.).

<sup>198</sup> Ensina ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Prefácio...", p. XIV, que só analisando os ordenamentos jurídicos substantivos "*se iluminam e ganham fundamento bastante as soluções propostas no plano dos conflitos de leis*".

### 2.1.1. O período romano

As garantias reais são institutos antigos, concretizados na constituição de um direito sobre uma coisa para caucionar um crédito. A acessoriedade face a uma obrigação era pressuposto tão importante como nas garantias pessoais, sendo desconhecida a figura da *garantia autónoma*<sup>199</sup>.

O direito do credor sobre a coisa podia ser a propriedade, através da *fiducia cum creditore*, figura que parece ser a mais antiga garantia real<sup>200</sup>. A transmissão da propriedade a título de garantia era acompanhada do *pactum fidei*, convenção pela qual o credor se obrigava a não alienar a coisa e a restituí-la aquando do cumprimento da dívida<sup>201</sup>.

---

<sup>199</sup> Neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. III, Sachenrecht, Mohr, Tübingen, 1957, p. 517 (“*der Bestand einer zu sichernden Forderung ist ihm somit gerade so wesentlich, wie er es des Bürgschaft ist*”); ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, Vol. III, Direitos Reais (Studia Iuridica n.º 26), Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997, p. 215, e “Hipoteca (Direito Romano)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, tomo II (Parte I); vol. 89, tomo I (Parte II), 2012-2013, pp. 541-581 (2012) e 2013-2068 (2013), parte I, p. 578.

A responsabilidade patrimonial surgiu depois de uma evolução do direito romano: inicialmente, o devedor não respondia com o património “*mas antes com a sua própria pessoa*”, pois o credor poderia “*legitimamente apoderar-se do devedor e inclusivamente vendê-lo como escravo ou matá-lo*”. Aliás, será no acto de prender o devedor que radica a origem do termo *obligatio* (ob + ligatio: acto de prender, de atar em volta) — SEBASTIÃO CRUZ, *Da «Solutio»...*, p. 33; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “A Execução: Pessoal e Patrimonial (Direito Romano)”, *O Direito*, Ano 125, n.º III-IV, 1993, pp. 277-300, p. 280; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 23. Alguma doutrina alude, no entanto, ao *nexum* como garantia real, pois o devedor *coisificava-se* e afectava-se ao pagamento da obrigação (cfr. LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Dijusa, Madrid, 2007, p. 21).

Um dos sinais dessa evolução decorre da Lei das XII Tábuas (concretamente nas seis leis da tábua III), que mantendo a viabilidade de aprisionamento e esquitejamento do devedor, começava por lhe conferir a possibilidade de realização da prestação pela concessão de 30 dias (*dies iusti*), “*para ele conseguir dispor das suas coisas e pagar a dívida*” (SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, Vol. I, p. 187; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “A Execução...”, p. 279). Este progresso teve novo impulso pela *Lex Poetelia Papiria de nexis* de 326 a. C., que veio atenuar a *manus iniectio* — proibindo o uso de correntes para atar o devedor e obrigando o credor a alimentá-lo, privilegiando o *se nexum dare* (resgate da dívida por meio do trabalho), completada mais tarde pela viabilidade de os credores apreenderem os bens ainda existentes do devedor (EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito das Obrigações em Roma”, *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Lisboa*, n.º 18 a 23, 1995-1999, n.º 18-19: pp. 19-125; n.º 120: pp. 139-159; n.º 121: pp. 185-156; n.º 122: pp. 197-201; n.º 123: pp. 139-167, p. 102).

<sup>200</sup> Neste sentido, ANTÓNIO VIEIRA CURA, “Fiducia cum creditore (Aspectos Gerais)”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento n.º XXXIV, 1990, pp. 4-306, p. 160, e “A «fiducia» romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual”, *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual*, JORGE MIRANDA E EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 171-213, pp. 176ss; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado Romano*, Vol. II, Direito das Obrigações (Studia Iuridica n.º 76), 4.ª Edição, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011, p. 167, e “Hipoteca...”, (parte I) p. 543; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 258; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 25; PASCAL ANCEL, *Droit des sûretés*, 2.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 2000, p. 93; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit Civil*, Tomo III, Vol. 1, Les Sûretés — La publicité foncière, Sirey, Paris, 1971, p. 7; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito...”, n.º 20, p. 140. A doutrina questiona se a transmissão da propriedade como caução seria verdadeiramente uma garantia real. Segundo MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 517, só a partir do momento em que o direito do credor sobre a coisa *não implicasse a transmissão da propriedade* poderemos falar verdadeiramente de *garantias reais*, já que só nesse caso se estará perante categoria jurídica autónoma: o credor não é proprietário da coisa, tendo apenas o direito a pagar-se à custa *do valor* ou dos *rendimentos* de uma coisa certa (“*Über erst mit der Realsicherung ohne Übereignung ist der juristische Pfandrechts begriff geboren*”).

<sup>201</sup> A *fiducia cum creditore* constituía uma modalidade de *fiducia*, nos termos da qual a propriedade era utilizada com o propósito de garantir uma dívida, distinguindo-se assim da *fiducia cum amico* (cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *As Garantias...*, p. 6). A *fiducia*, em geral, apresentava-se como “*transferência da propriedade de uma coisa (datio) [...] por alguém (fiduciante) a favor de outrem (fiduciário), para certos fins*”; sendo esses fins a garantia de uma obrigação, tomava



Outra alternativa comum consistia na transmissão da *posse* da coisa enquanto garantia da obrigação — o *pignus* ou *datio pignoris*. Face à *fiducia*, o *pignus* apresentava vantagens para o devedor, porquanto este permanecia proprietário da coisa, o que obviava ao risco de não mais a recuperar. Note-se que o penhor não conferia ao credor o poder de alienação da coisa onerada para se pagar à custa do respectivo produto, sendo-lhe tão-somente conferida a detenção enquanto forma de pressão sobre o devedor<sup>202</sup>.

O *pignus datum* apresentava, todavia, inconvenientes para credor e devedor.

Para o primeiro, o penhor não assegurava o cumprimento da obrigação mas apenas a disponibilidade da coisa; nessa medida, convencionava-se habitualmente a *lex commissoria*<sup>203</sup> — a possibilidade de o credor fazer sua a coisa empenhada. Só mais tarde se tornou comum a contratação do reforço da posição jurídica do credor pignoratício através do *pactum de vendendum*, cláusula contratual que lhe atribuía o poder de alienar a coisa<sup>204</sup>.

---

a designação de *fiducia cum creditore* (ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Fiducia cum...", pp. 12-13 e 39). Face à violação da obrigação de restituir a coisa, o devedor tinha ao seu dispor a *actio fiduciae* (cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, Vol. I, p. 243; SANTOS JUSTO, *ibidem*, e *Direito Privado...*, Vol. II, p. 168). Caso o credor alienasse a coisa, tal facto não invalidava o ilícito acto de disposição, mas constituía o credor na obrigação de indemnizar o devedor, exigível na mesma acção (cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 518). Isto é, o *pactum fiduciae* produzia efeitos *meramente obrigacionais*, o que redundava muitas vezes num *poder de abuso* do credor (cfr. ORLANDO DE CARVALHO, "Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento X, 1952, pp. 1-149, p. 98). Por essa razão, a *fiducia* constituía uma garantia do agrado dos credores mas não correspondia ao interesse dos garantes (VIEIRA CURA, *cit.*, p. 164).

A *fiducia cum creditore* não implicava a transmissão da posse para o credor mas apenas a transferência da propriedade. Todavia, a *datio* sem *traditio* "trazia *desvantagens para o credor, sobretudo porque o fiduciante podia recuperar a propriedade pela usureceptio ex fiducia, desde que possuísse a coisa durante um ano, mesmo que fosse imóvel*". Para a evitar, no comércio jurídico, surgiram duas alternativas: *ou* se transferia igualmente a posse da coisa para o credor (além da propriedade); *ou* se frisava que o devedor a detinha a título precário, equiparado ao arrendatário. Esta última modalidade, como veremos, conduzia a uma figura muito próxima da *hypotheca*, pelo que a doutrina a apelida de *fiducia-hypothecaria* (cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *cit.*; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 141; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *As Garantias...*, p. 9).

<sup>202</sup> Cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, Vol. I, p. 243 (que ensina poder designar-se o penhor por *pignus datum*); ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. III, p. 213, e "Hipoteca...", (parte I), p. 543; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 18, nota n.º 7. Sobre as vantagens da figura para o devedor, *vide* ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Fiducia cum...", p. 165, e ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. II, p. 171.

<sup>203</sup> Cfr. o que dizemos *infra* sobre esta cláusula e sua terminologia nas notas n.º 215 e 238 e bibliografia aí indicada. A *lex commissoria* foi depois proibida por édito de Constantino no século IV d.C. (ano de 326 d. C.) para todas as formas de *pignus*, quer o penhor (*pignus datum*), quer a hipoteca (*pignus conventum*). Cfr. SANTOS JUSTO (*Direito Privado...*, Vol. III, p. 214; "Hipoteca...", parte II, p. 21; *As Garantias...*, p. 15); ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, p. 39; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 144; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 23.

<sup>204</sup> Inicialmente, esta cláusula devia ser expressa. Todavia, dada a frequência com que era inserida, no século III d. C. o *pignus* passou a compreender o direito de dispor da coisa onerada, tornando-se "um elemento natural do *pignus*", tacitamente aceite. Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. III, p. 214, e "Hipoteca...", parte II, p. 14 (que ensina poder a cláusula designar-se *pactum de distrabendo pignore*); ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Fiducia cum...", pp. 170-172; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 518; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 145; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 22.

Além da *lex commissoria* e do *pactum de vendendum*, eram ainda comuns o *pactum de antichresis* (pelo qual o devedor renunciava aos frutos da coisa em benefício do credor e este abdicava dos juros da dívida) e a cláusula pela qual o proprietário ficaria arrendatário da coisa empenhada (aproximando-se neste caso o *pignus datum* da *hypotheca*). Sobre estas figuras, cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. III, p. 215, e *As Garantias...*, pp. 15-16. Note-se que estas cláusulas podiam ser igualmente apenas à *fiducia*, implicando assim a consolidação da

Para o devedor, tinha a desvantagem de o privar da utilização da coisa, muitas vezes necessária para que se pudesse dotar dos meios necessários ao adimplemento da obrigação<sup>205</sup>. Ademais, inicialmente o pagamento não assegurava ao devedor a recuperação do domínio da coisa empenhada: se o credor a não restituísse, o proprietário da coisa tinha ao dispor a *actio pigneraticia*, acção pretória que consubstanciava uma *actio in personam* e não uma *actio in rem*, pelo que não forçava o credor a entregar a coisa empenhada mas tão-somente a pagar o respectivo valor. Só o direito justinianeu gerou a *actio pigneraticia in rem*<sup>206</sup>.

Por estas razões, desenvolveu-se uma nova modalidade de *pignus* que, ao invés de se materializar na *traditio* da coisa (*datio pignoris*), se bastava pela *convenção* de afectação da coisa ao pagamento da obrigação, sem implicar nem a transferência da propriedade (como na *fiducia*) nem a sua entrega (como no *pignus datum*). Tratava-se da *conventio pignoris* ou *pignus conventum*, mais tarde conhecida por *hypotheca* (termo derivado do direito grego)<sup>207</sup>.

---

propriedade na esfera jurídica do credor (cfr. PAOLO FREZZA, *Le Garanzie delle Obbligazioni — Corso di Diritto Romano*, Vol. II, Le Garanzie Reali, CEDAM, Padova, 1963, p. 42).

<sup>205</sup> Socorramo-nos do exemplo de ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 18, nota n.º 7: “*nos arrendamentos rústicos, o arrendatário prestava, como garantia do pagamento da renda, os utensílios, animais e escravos que utilizava. Os instrumenta fundi eram, porém, essenciais para que o devedor pudesse explorar a sua actividade*”. Sobre a importância económica da manutenção da posse na esfera do devedor, ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, “Derechos...”, p. 967; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 8; EVA-MARIA KIENINGER, “Introduction...”, p. 10; ULRICH DROBNIG, “The recognition of non-possessory security interests created abroad in Private International Law”, *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, pp. 289-310, p. 290.

<sup>206</sup> Cfr. SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, Vol. I, p. 244; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. III, p. 216.

<sup>207</sup> Isto é, a *hypotheca* não surge como instituto jurídico autónomo mas como modalidade do *pignus*, como resulta claramente da jurisprudência romana: “*Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio (rei) ad creditorem*” (cfr. ULPIANUS, *lib. 28 ad Edictum*, D. 13,7,9,2; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Hipoteca...”, parte I, p. 542, e *As Garantias...*, p. 19; ANTÓNIO VIEIRA CURA, “Fiducia cum...”, p. 174; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito...”, n.º 20, p. 140). Aliás, na *hypotheca* não se afastava teoricamente a tradição da coisa: esta “*ficava protelada para o momento em que a obrigação garantida podia considerar-se incumprida*” (VERA-CRUZ PINTO, *cit.*, n.º 20, p. 147; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Hipoteca...”, parte I, p. 545).

Inicialmente, a *hypotheca* destinava-se exclusivamente à garantia do pagamento da renda dos prédios rústicos, incidindo apenas sobre instrumentos de lavoura, animais e escravos do locatário; no caso de incumprimento, o proprietário apropriar-se-ia dos objectos. Depois de I a. C., porém, passou a poder garantir todas as obrigações e a constituir-se sobre qualquer “*objecto susceptível de posse e de venda: coisas corpóreas, direitos e até patrimónios inteiros*”. Cfr. SANTOS JUSTO (*Direitos Reais, cit.*, p. 475; *Direito Privado...*, Vol. III, p. 218; “Hipoteca...”, parte I, p. 542); STEFANIA CERVELLI, *Trascrizione ed ipoteca*, Giuffrè Editore, Milão, 2002, pp. 95-96; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 207; ESTEBAN VARELA MATEOS, “La Prohibición de la Segunda Hipoteca en las Leyes de Partidas. Antecedentes Históricos”, *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, Tomo II, ALFONSO MURILLO VILLAR, Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pp. 553-560, p. 555.

Aliás, é o facto de a hipoteca ser abarcada pela noção de *pignus* que permite concluir que a respectiva etimologia não decorre de *pugnum* (*punho*), como chegou a pensar-se — tal explicação, pretensamente, procuraria indicar que tudo quanto se dá em penhor se *entrega com a mão*. Ensina ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Penhor (Pignus Datum)”, *Lusiada — Direito*, n.º 5/6, 2012, pp. 249-307, p. 254, não proceder tal tese: *por um lado*, eram empenháveis coisas que *não se entregam em punho* (os imóveis); *por outro*, o *pignus* abrangia também a *hypotheca*, que não pressupunha a entrega da coisa.

Já o termo *hypotheca* terá origem no direito helénico das províncias orientais *hypothéké*, como afirma ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 18, nota n.º 7: “*Em Atenas, era usual colocar nos prédios, que garantiam determinadas dívidas, tabuletas de pedra, donde constava a descrição do prédio, os nomes do credor e do devedor e a quantia em débito, cujo pagamento era garantido pelo imóvel em questão. [...] Só em caso de incumprimento a coisa passava para a posse do credor, tendo este direito a vender a coisa hipotecada*”. Esta figura afim deu o seu nome para designar, na ordem jurídica

A *hypotheca* atribuía ao credor um direito a vender coisa alheia, constituindo-se por mero efeito do contrato e sem tradição. Simplesmente, porque para dispor da coisa era necessária a posse, no caso de incumprimento o credor hipotecário recorria à *actio quasi Serviana*, exigindo a entrega da coisa para proceder à sua venda. Isto é, tratava-se de uma execução privada: o credor recorria ao poder judicial para exigir a *entrega da coisa* e procedia, depois, à sua *alienação*. Não obstante, é a desnecessidade de desapossamento constitutivo que vem permitir a existência de *várias* hipotecas sobre a mesma coisa, o que não era possível com a *fiducia* nem com o *pignus datum*<sup>208</sup>.

A *hypotheca* romana revestia duas características que não encontramos no instituto jurídico moderno que lhe sucedeu. Em *primeiro lugar*, podia incidir sobre bens móveis ou

---

romana, a *conventio pignoris*, nos termos da qual o objecto da garantia permanecia na disponibilidade do devedor, embora afectado ao pagamento do débito. Neste sentido, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Hipoteca...", parte I, p. 543 (que explica ter o termo sido introduzido só na época dos severos, por JULIANO, anos 193 a 235); GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 86; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 145; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. XY; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos Reais*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 418.

Defendendo que o próprio aparecimento da hipoteca se deve a influência grega, cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 518, nota n.º 4 e LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 243; JOHN GILISSEN, *Introdução Histórica ao Direito*, Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 6.ª Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011, p. 756. Em sentido contrário, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Hipoteca...", parte I, p. 544 (que sustenta o desenvolvimento da figura no próprio direito romano) e PAOLO FREZZA, *Le Garanzie...*, Vol. II, p. 88.

Note-se que no direito egípcio também se previa uma figura equivalente à *conventio pignoris*, já que constituía uma garantia incidente sobre imóveis, móveis, escravos, animais e direitos de crédito pertencentes ao devedor. Esta caução só podia ser gerada mediante solenidades particulares, normalmente entendidas como as primeiras formas de publicidade (cfr. BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, *cit.*, p. XII).

<sup>208</sup> ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Hipoteca...", parte II, p. 25, e *Direito Privado...*, Vol. II, p. 175; ANTÓNIO VIEIRA CURA, "Fiducia cum...", p. 178; WILLEM J. ZWALVE, "A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods", *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 38-53, p. 39; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 572; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. I.

A *actio Serviana* era atribuída ao locador de um prédio rústico contra o arrendatário pelos *invecta et illata* (animais e alfaias) onerados com um *pignus*, fórmula utilizada depois também pelo devedor de coisa empenhada que visasse a sua devolução depois de extinta a obrigação principal. Já a *actio quasi Serviana* (ou hipotecária) era uma extensão daquela a outros casos de oneração de coisa com um direito real de garantia. Assim, o credor pignoratório que houvesse perdido a posse da coisa empenhada, poderia utilizar esta acção real (de origem pretoriana) para a reaver, contra qualquer possuidor — SANTOS JUSTO (*Direitos Reais, cit.*, p. 476; *Direito Privado...*, Vol. III, p. 215; "Hipoteca...", parte I, p. 547, e parte II, pp. 57ss; *As Garantias...*, p. 24); WOLFF, *cit.*, p. 519, nota n.º 5; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 146; ZWALVE, *cit.*, p. 40; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. XV.

imóveis<sup>209</sup>; *por outro lado*, era admitida a hipoteca geral, incidente sobre todos os bens do devedor ou sobre universalidades (e não sobre coisa certa e determinada)<sup>210</sup>.

Os demais caracteres coincidem com a hipoteca moderna: era perpetrada pelos princípios da *acessoriedade e da indivisibilidade*<sup>211</sup>; previram-se hipotecas legais sobre todo o património do devedor (o fisco, pelos tributos; a mulher casada, pelo crédito dotal)<sup>212</sup>; e admitiam-se várias *hypothecae* sobre a mesma coisa, prevalecendo a mais antiga<sup>213</sup>.

É perceptível o maior defeito do instituto jurídico romano: admitindo a constituição de hipotecas sobre várias coisas não necessariamente determinadas e independentemente de qualquer forma, estava posto em causa o princípio da publicidade. Tratava-se de uma garantia com efeitos *erga omnes* em que era virtualmente impossível a terceiros detectá-la. Ademais, a *hypotheca* era válida ainda que propositadamente clandestina, prevalecendo contra

---

<sup>209</sup> “Tanto o penhor como a hipoteca podiam ter por objecto uma coisa móvel ou uma coisa imóvel” — SEBASTIÃO CRUZ, *Direito...*, Vol. I, p. 245; SANTOS JUSTO (*Direitos Reais, cit.*, p. 475; “Hipoteca...”, parte I, p. 542; *As Garantias...*, p. 21); CRISTIANO CICERO, *L’Ipoteca*, Giuffrè Editore, Milão, 2000, p. 9; WILLEM J. ZWALVE, “A labyrint...”, p. 40; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. I. Assim, não era o facto de incidir sobre coisa móvel ou imóvel que distinguia o penhor da hipoteca mas a transferência da posse. Isto não obsta todavia a que, na prática, o penhor fosse mais comum nas coisas móveis porquanto a *traditio* era aí mais fácil — ZWALVE, *cit.*; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 247.

<sup>210</sup> Quando o credor beneficiasse simultaneamente de hipoteca geral e hipotecas especiais (sobre coisas certas e determinadas), gozava o devedor do *beneficium excussionis realis*, o direito a exigir que o credor actuasse primeiro sobre os bens onerados com garantia especial (cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Penhor...”, p. 255).

<sup>211</sup> O princípio da indivisibilidade resultava da função de garantia (EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito...”, n.º 20, p. 139; PAOLO FREZZA, *Le Garanzie...*, Vol. II, p. 98) e a acessoriedade era característica transversal ao sistema de garantias romano (PAOLO FREZZA, *cit.*, pp. 100ss).

<sup>212</sup> Vide ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Hipoteca...”, parte I, pp. 578ss, e *Direito Privado...*, Vol. III, p. 26; ANTÓNIO VIEIRA CURA, “Fiducia cum...”, p. 179. Assim, se inicialmente a *convenção* era elemento genético da hipoteca, admitiu-se depois a sua criação por testamento e rapidamente surgiram as hipotecas legais (ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direito Privado...*, Vol. III, p. 219, e “Hipoteca...”, parte II, p. 7). Além das elencadas, cabe referir a “*hipoteca concedida por um senatusconsulto de Marco Aurélio a quem mutuou dinheiro para reparar ou comprar uma coisa; a hipoteca concedida por Alexandre Severo e Caracala ao pupilo sobre as coisas que o seu tutor ou terceiro comprou com o dinheiro dele*” (ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais, cit.*, p. 475, nota n.º 2411). Estas hipotecas tinham a especificidade, face às referidas no texto, de constituírem *hipotecas especiais*, incidindo apenas sobre objecto certo e determinado, ao contrário das demais hipotecas legais (“Hipoteca...”, parte II, n.º 8).

<sup>213</sup> Estas eram organizadas de acordo com o princípio jurídico do *prior in tempore, potior in iure*, relevando o momento da constituição da hipoteca e não a data do crédito garantido (ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Hipoteca...”, parte II, p. 27, e *As Garantias...*, p. 25; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito...”, n.º 20, p. 151; WILLEM J. ZWALVE, “A labyrint...”, p. 42; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 25).

A regra de prioridade conhecia porém várias excepções. *Por um lado*, note-se a existência de *hipotecas privilegiadas*, que subvertiam a regra da antiguidade: a hipoteca legal do mutuante sobre a coisa comprada com o dinheiro mutuado; a hipoteca legal do pupilo sobre as coisas do tutor; a partir de 472 d. C., a hipoteca voluntária titulada em escritura pública (cfr. o que dizemos *infra*, p. 130). *Por outro lado*, no momento da execução, o credor posterior gozava do *ius offerendí*, a “*faculdade de oferecer ao credor anterior a satisfação do seu crédito e, quer aceitasse quer recusasse, substituí-lo-ia na sua preferência*”. *Por fim*, o regime geral da hipoteca estabelecia desvios à regra da prioridade temporal: numa obrigação garantida simultaneamente por *hipoteca geral e hipoteca especial*, a execução das coisas abrangidas pela hipoteca geral só podia ocorrer *depois* da alienação do bem objecto da garantia especial; em obrigação caucionada simultaneamente por *garantia pessoal e hipoteca*, o proprietário da coisa onerada gozava de *beneficium excussionis personalis*, podendo exigir que fossem demandados, em primeiro lugar, o devedor principal e os seus garantes pessoais — cfr. SANTOS JUSTO (*Direitos Reais, cit.*, p. 476; *Direito Privado...*, Vol. III, p. 220; “Hipoteca...”, parte II, p. 49; *Direito Privado...*, Vol. II, p. 175); ESTEBAN VARELA MATEOS, “La Prohibición...”, p. 555-557 (que sublinha a *ilusão de segurança* dada pelas hipotecas subsequentes, pois a execução da primeira consumia o valor da coisa).

qualquer proprietário dos bens hipotecados e contra todo o credor hipotecário posterior, ainda que de boa fé<sup>214</sup>. Tal era agravado pela admissibilidade da *lex commissoria*, convenção pela qual o credor fazia sua a coisa onerada<sup>215</sup>.

Esta dificuldade só foi minorada (mas não superada) a partir de 472 d. C., quando o Imperador Leo determinou a prevalência das garantias estabelecidas por *documento público* ou por documento particular subscrito diante de três testemunhas sobre as garantias constituídas por outra forma. Subjacente a esta decisão está a conclusão de que a maior solenidade (designadamente a intervenção do *notarius*) implicaria uma mais eficiente publicidade da constituição da garantia, atendendo à *segurança documental* promovida<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Neste sentido, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Hipoteca...", parte II, p. 65, e *Direito Privado...*, Vol. III, p. 223 ("sem um sistema de publicidade, o direito hipotecário romano pode considerar-se imperfeito"); EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 140 ("para o jurista de hoje o sistema de garantias reais dos romanos parece frágil, complexo, atomístico e sem a segurança que a publicidade oferece") e p. 147 ("as hipotecas legais e gerais [...] causaram uma crise nas relações creditícias, com grave prejuízo para o conceito de crédito construído na época clássica"); WILLEM J. ZWALVE, "A labyrint...", p. 42 ("the total absence of any system of publicity created serious problems in practice, especially in so far as the ranking of subsequent charges on the same property was concerned"); ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 64; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 519; LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 244; JOHN GILISSEN, *Introdução...*, p. 756. Assim, a importância económica das garantias reais surgiu a partir do momento em que aquelas deixaram de implicar o desapossamento do proprietário da coisa onerada, através do desenvolvimento de um mais eficaz sistema de publicidade que, simultaneamente, não causasse humilhação ao devedor (cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 43).

<sup>215</sup> Esta cláusula, aliás, conduziu a situações de abuso pelos credores, a ponto de vir a ser proibida pelo Imperador Constantino (século VI d.C.).

Duas notas se impõem quanto à expressão *lex commissoria*. Um primeiro esclarecimento diz respeito à sua designação. Como explica ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, p. 27, "tem sido entendido pacificamente que a palavra *lex* não era aí utilizada no sentido próprio e rigoroso de *lex*, ou seja, de norma jurídica com carácter geral e abstracto imposta por uma autoridade, mas com o significado de *contractus*, de *pactum*, ou seja, expressão da autonomia contratual". Já o vocábulo *commissoria* parece provir de "cadere in commissum", ou seja, violar o convénio celebrado.

O segundo sublinhado prende-se com o respectivo conteúdo, pois a expressão *lex commissoria* podia significar duas figuras jurídicas distintas: por um lado, *lex commissoria* era o nome dado à cláusula introduzida em contratos sinalagmáticos atribuindo a qualquer das partes o direito de resolver o convénio com fundamento em incumprimento da contraparte; isto é, uma cláusula que conferia um direito potestativo de resolução. Por outro, quando associada a um contrato de garantia real, a enunciação refere-se ao convénio pelo qual o credor poderia fazer sua a coisa onerada (ISABEL ANDRADE MATOS, *cit.*, pp. 28ss; EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 21, p. 152 [na primeira acepção]; n.º 20, p. 144 [na segunda acepção]). Se apenas esta última chegou ao direito pátrio, é o duplice significado romanista que parece justificar o facto de a doutrina brasileira ver o "pacto comissório" como o direito de resolver um contrato com fundamento em incumprimento, figura prevista no n.º 2 do art. 801.º CC e muitas vezes designada de "condição resolutiva tácita" inserta, por força de lei, em todos os contratos bilaterais. Sobre esta figura, cfr. CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 562; JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000, p. 403; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 320.

A conversão do Império Romano ao cristianismo terá precipitado a sua proibição (por édito do Imperador Constantino em 326 d. C.), já que era patente a desconformidade dos resultados da *lex commissoria* com os valores cristãos (ISABEL ANDRADE MATOS, *cit.*, p. 37): a protecção dos mais ricos (credores) face às necessidades dos mais desfavorecidos. Cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 62; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 206, e o nosso estudo "Contratos de financiamento imobiliário no direito português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registrais*, n.º 1, 2013, pp. 223-267, pp. 250ss.

<sup>216</sup> GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 25. Assim se justificava este desvio à regra da prioridade temporal, a que nos tínhamos referido na nota n.º 213.

### 2.1.2. Evolução pós-romana.

No período medieval, as garantias romanas não sofreram alterações e disseminaram-se por toda a Europa (com excepção de Inglaterra e Gales) tal-qualmente resultavam do *Corpus Iuris Civilis*. No que tange às garantias reais, todavia, a *fiducia* foi perdendo importância e progressivamente substituída pelo penhor, que assumia as modalidades de *vif-gage* e *mort-gage* (diferindo no facto de no primeiro os frutos da coisa se imputarem no valor em dívida)<sup>217</sup>.

Por via desta recepção do direito latino, a *hypotheca* ganha importância na fase final do período medievo, embora o termo *hipoteca* tenha estado desaparecido até ao século XVI: usava-se a designação *obligatio bonorum* (obrigação dos bens), procurando ilustrar a especial afectação da coisa ao pagamento de uma obrigação<sup>218</sup>. É também no fim do século XVI que dá início à discussão sobre a correcção dos principais defeitos da *hypoteca* latina, dando passos em direcção ao instituto moderno<sup>219</sup>.

Assim, a hipoteca acaba por sobreviver ao movimento da codificação: se atendermos ao Código Napoleónico, recebe, no essencial, a hipoteca romana, embora aperfeiçoada com os importantes subsídios do direito revolucionário. *Por um lado*, deve-se ao legislador francês a restrição da hipoteca aos bens imóveis, em consequência da prescrição da necessidade de transmissão da posse para constituição de qualquer garantia sobre bens móveis. *Por outro*, foram codificadas algumas soluções inauguradas nas leis revolucionárias tendentes a eliminar a clandestinidade da garantia.

De facto, o salto evolucionar deu-se justamente nesse período anterior ao Código, tendo-se criado um corpo normativo completo em matéria de hipoteca. A preocupação essencial foi a eliminação do principal defeito do instituto romanístico (a ausência de publicidade), criando um sistema de registo obrigatório e estabelecendo um princípio de especialidade, eliminando as *hipotecas gerais* e as *hipotecas ocultas*<sup>220</sup>.

---

<sup>217</sup> Cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 25; JOHN GILISSEN, *Introdução...*, p. 757; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. XVIII. Voltaremos *infra* a estas duas figuras, que estão na base do sistema alemão de garantias e da *mortgage* de direito inglês.

<sup>218</sup> GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 87; WILLEM J. ZWALVE, "A labyrinth...", p. 43 (ressalvando que a natureza *subsidiária* do direito romano conduzia a alguma variação nas regras hipotecárias); GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. XXIII.

<sup>219</sup> Assim, na Holanda foi decretada em 1580 a preferência das *hipotecas especiais* sobre as *hipotecas gerais* (o que é tido como o primeiro passo para a erradicação destas) e sufragava-se a eliminação da *sequela* na hipoteca mobiliária, operando-se a extinção da garantia por força da alienação da coisa móvel (o que era assumido como impulso ao desaparecimento da hipoteca de móveis) — cfr. WILLEM J. ZWALVE, "A labyrinth...", pp. 44 e 45.

<sup>220</sup> Cfr. JOHN GILISSEN, *Introdução...*, p. 760; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 64; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXV (Tomo I), p. XXIV; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 87. Assim, as feições da hipoteca moderna "*have been consciously developed as a reaction to the Roman system*" e sua insuficiência publicitária (WILLEM J. ZWALVE, "A labyrinth...", p. 38).

O sistema do registo obrigatório das hipotecas foi inaugurado por uma lei revolucionária, a Lei de 9 de *Messidor* do ano III do calendário revolucionário francês (28 de Junho de 1795, do calendário gregoriano), extensamente analisada por BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, *cit.*, pp. XXIXss e conhecida como *Código Hipotecário* (cfr.

## 2.2. As hipotecas — garantias reais imobiliárias acessórias.

Nas garantias sobre que ora nos debruçaremos, ao credor é atribuído o poder de promover a venda processual da coisa onerada e de se pagar do respectivo valor com preferência sobre os demais credores. Assim, são traços comuns a todos os institutos sobre que versaremos a *preferência no valor da venda* (não entrando o credor hipotecário em concurso com os demais credores do mesmo devedor antes de esgotado o valor da hipoteca), a *viabilidade de constituição de várias hipotecas sobre a mesma coisa* (satisfeitas com a ordem da sua prioridade), e a *necessidade de inscrição registral* como condição absoluta de eficácia<sup>221</sup>.

Isto é, no estudo das garantias imobiliárias europeias, optámos por dividi-las sistematicamente em duas categorias: *por um lado*, as garantias acessórias, que se ligam geneticamente ao crédito garantido e dependem da sua sorte; *por outro*, as garantias independentes, que se não unem à dívida que as motivou, podendo ser associadas a novos créditos ou transmitidas com o grau hipotecário inicial, sem qualquer obrigação associada. Isto é, agrupámos as garantias imobiliárias pela sua submissão ao *princípio da acessoriedade*, entendendo-a como o principal diferença entre os institutos vigentes na Europa<sup>222</sup>.

---

MÓNICA JARDIM, "O sistema registral francês", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 967-1022, p. 971; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos...*, p. 419). Este normativo criou ainda as chamadas *cédulas hipotecárias*, a sua parte verdadeiramente original: por cada hipoteca inscrita, o conservador exarava uma *cédula hipotecária* transmissível por endosso que representava crédito e garantia; constituíam títulos de crédito emitidos à ordem ou ao portador que beneficiavam de garantia hipotecária. Como se percebe, sem negar teoricamente a acessoriedade, estas cédulas podiam constituir *hipotecas do proprietário*, porquanto o título podia ser encabeçado pelo proprietário (originária ou derivadamente pelo pagamento da respectiva obrigação), podia ser transaccionado como garantia de nova obrigação e podia ser utilizado sucessivamente até à sua caducidade.

As cédulas hipotecárias foram porém banidas pela lei de 11 de Brumário do ano VII do calendário revolucionário francês (1 de Novembro de 1798 do calendário gregoriano) com fundamento nas dificuldades inerentes à sua admissão: para que o comércio jurídico confiasse na sua valia, a lei obrigava o conservador a atestar que a coisa tinha valor suficiente para que a obrigação fosse paga. "*En pratique devant cette responsabilité intolérable, mais la valeur intrinsèque des cédulas s'évanouissait du même coup*" (MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927, p. 318; BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, *cit.*, p. XXXI; L. GUILLOUARD, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo I, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1897, p. 55; MÓNICA JARDIM, *cit.*). A obrigação de registo foi atenuada na redacção originária do *Code Civil* (o que é apelidado como um *reçu*), parcialmente reformado pela Lei de 23 de Março de 1855, que restabeleceu a publicidade registral obrigatória em vários domínios. Sobre este assunto, *vide* MARTY e RAYNAUD, *cit.*, pp. 88 e 89; BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, *cit.*, p. XXXIV.

Estas soluções disseminaram-se pelos códigos civis europeus: Código Civil Holandês de 1938; Código Civil Italiano de 1865; Código Civil Português de 1867; Código Civil Espanhol de 1889 (cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 26; JOHN GILISSEN, *Introdução...*, p. 759; BAUDRY-LACANTINERIE e LOYNES, *cit.*, p. XLIX).

<sup>221</sup> Cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCCQ, *Les sûretés...*, p. 279; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 174.

<sup>222</sup> Parece ser claro que é esta a "*fundamental difference between mortgages under various European systems*" (CHRISTOPH SCHMID e CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 18), o que torna a categorização comum na doutrina (cfr. OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa", *Anales (I) 1996-1997: Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil*, ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO, Cedecs, Madrid, 1998, pp. 14-24, p. 18. Esta cisão não existe no direito sul-americano, porquanto aí todos os ordenamentos estabelecem o princípio da acessoriedade (cfr. CARLOS DE CORES e ENRICO GABRIELLI, *El*

Deve reconhecer-se, porém, que a clivagem já foi mais pronunciada. As garantias imobiliárias acessórias (*quer* desenvolvidas a partir do Código Napoleónico, *quer* assentes nos sistemas de *Common Law* e no direito nórdico, *quer* fundadas nos direitos de matriz socialista) perderam competitividade no espaço europeu, porquanto são mais rígidas e menos seguras para o credor do que as independentes. Esta vicissitude conduziu a uma evolução: se tradicionalmente apenas se conheciam *duas figuras hipotecárias independentes* (a *Grundschild* do direito alemão e a *Schuldbrief* do direito suíço), encontramos hoje *atenuações do princípio da acessoriedade* em vários ordenamentos, de que são paradigmas a *hypothèque rechargeable* do direito gaulês e a *hipoteca flotante* do direito espanhol; ademais, mesmo *garantias rigorosamente acessórias* conhecem desvios, designadamente admitindo a *cessão da hipoteca* ou do *grau hipotecário*, sem o crédito originariamente associado. No fundo, a acessoriedade passou a encarar-se como característica, tendendo-se para a sua atenuação ou abandono<sup>223</sup>.

Ainda assim, cremos ser possível traçar esta distinção. Na verdade, as hipotecas acessórias comungam do carácter distintivo de *não existirem sem dívida* a que se associem, constituindo sempre um instrumento ao serviço das obrigações. Já as garantias independentes são tratadas como *partes autonomizáveis* do valor dos imóveis, podendo ser tituladas pelo proprietário da coisa onerada. Por esta razão, veremos em primeiro lugar o regime das *hipotecas* (acessórias) e depois das *garantias imobiliárias independentes*, ilustrando a diversidade de soluções que neste particular abundam no direito dos Estados-Membros.

No seu sentido mais tradicional, são reconhecidas *três dimensões* ao princípio da acessoriedade, gerando consequências que não encontramos nas *hipotecas independentes*. *Em primeiro lugar*, a *dependência genética e extintiva*, pelo que a sorte da garantia é o fado do crédito

---

*Nuevo Derecho de las Garantías Reales — Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Temis, Bogotá, Madrid, Buenos Aires, 2008, p. 30).

A categorização que seguimos não é a única: SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 37 e *Looking...*, p. 8, opta por dividir as hipotecas em quatro grupos: a *hipoteca acessória continental*, a *hipoteca independente continental*, a *hipoteca do direito escandinavo* e a *hipoteca de common law*. Por nossa parte, julgamos as diferenças significativas destas duas últimas face dos ordenamentos continentais que não derivam de características da garantia mas do sistema onde se inserem. Já MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção Fidejussória de Dívida — sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 106ss, prefere olhar à *dependência face ao crédito* (que não coincide com a acessoriedade, já que se verifica também em figuras como a *venda em garantia* e na *cessão de créditos em garantia*, que se não consideram garantias acessórias).

<sup>223</sup> Isto é, as hipotecas podem ser *mais* ou *menos* dependentes da obrigação garantida, discutindo-se não só a ruptura com a acessoriedade como a sua *atenuação* (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, pp. 89 ["*accessoriness has been loosened in many systems*"] e 90 ["*the traditional distinction between accessory and non-accessory mortgages tells only half of the story: there is an ample middle ground or grey area in between. Accessoriness may be more or less strict*"]); MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 110; HANS G. WEHRENS, "Real Security regarding Immovable Objects — Reflections on a Euro-Mortgage", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 769-783, p. 773; FERNANDO AZOFRA, "Hipotecas flotantes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 707, 2008, pp. 1179-1243, p. 1181.



garantido<sup>224</sup>. Em segundo lugar, a acessoriedade exige uma completa determinação da (única) dívida a que a caução se associará, proibindo-se portanto *hipotecas genéricas* (caucionando “*todas as dívidas que aquele devedor venha a assumir*”) ou *reacarregáveis* (que possam ser aproveitadas, com o grau de prioridade originário, para caucionar nova obrigação assumida por aquele devedor). Por fim, a acessoriedade implica a coincidência entre a posição de *credor e titular da garantia*, atendendo à relação incidível que se estabelece entre a caução e o crédito: a hipoteca pertencerá sempre ao credor e é impossível o seu nascimento na falta de um direito de crédito a que se associe, não podendo o proprietário constituir uma hipoteca para depois a transaccionar. Em consequência, a transmissão do crédito importará a cedência da garantia<sup>225</sup>.

Reconhecem-se duas funções à acessoriedade: *por um lado*, a combinação de direitos com objectivos idênticos, tendo por objectivo a simplificação legal (se o crédito padece de uma invalidade, a garantia que tinha por função o seu cumprimento será sujeita à mesma sorte). *Por outro*, a protecção do proprietário da coisa onerada, já que a acessoriedade lhe permite evitar ver o prédio sacrificado para pagar um crédito que, afinal, não existia<sup>226</sup>.

Atendendo ao objectivo de ilustrar as disparidades substantivas através da descrição sumária dos mais marcantes institutos hipotecários no espaço comunitário, elegemos como figuras a tratar os institutos português e italiano (porquanto são aqueles onde a acessoriedade é mais pronunciada), alemão (porque a *Hypothek* é uma garantia acessória que se contrapõe à *hipoteca independente* que o direito germânico também prevê), inglês (pois a sua inserção em sistema jurídico de *Common Law* faria antever especificidades), espanhol e francês (pois são aqueles onde a *tendência de atenuação da acessoriedade* foi mais evidente). De forma mais

---

<sup>224</sup> Assim, num sistema que prescreva a acessoriedade da hipoteca, se o crédito for nulo ou se extinguir, a hipoteca também será nula ou também se extinguirá, ainda que o registo não seja cancelado. Da mesma forma, a hipoteca só garantirá o crédito na importância que este tiver ao tempo da execução, não obstante ser inscrita por um valor superior (cfr. nosso trabalho “Contratos...”, p. 241, e MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas sobre a Hipoteca Imobiliária*, Coimbra Editora — CENoR, Coimbra, 2015, p. 55).

<sup>225</sup> As três dimensões da acessoriedade tradicional são declaradas por JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Garantias Acessórias e Garantias Autónomas”, *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 327-361, p. 334; OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, p. 49; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 109; MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 316; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 55.

A aditar a estes efeitos, aludem STÖCKER e STÜRNER, *cit.*, p. 49, a um efeito processual da acessoriedade, porquanto o tribunal competente passa o da situação do imóvel onerado.

Como vimos *supra*, o princípio da acessoriedade tem a sua origem no direito romano, vigorando imperativamente no *pignus datum* e na *hypoteca* — EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, “O Direito...”, p. 150.

<sup>226</sup> OTMAR STÖCKER, “The Eurohypothec — Accessoriness as legal dogma”, *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 39-53, p. 45; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, “Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?”, *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 2/2005, 2005, pp. 112-120, p. 115.

superficial, referir-nos-emos igualmente aos caracteres principais das hipotecas *accessórias* previstas por outros sistemas (holandês, austríaco, grego, belga, dinamarquês e lituano).

Primitivamente, pensámos em iniciar a análise pela *hypothèque* do direito francês, onde imaginávamos encontrar o regime mais próximo da figura estatuída no Código Napoleónico (que viria a influenciar todo o direito continental e que constituirá, como vimos, a origem da hipoteca moderna). Curiosamente (porventura em razão de alguma petrificação do regime jurídico) a *hipoteca* do direito pátrio é provavelmente o instituto que menos se afastou do modelo de 1802: é onde a rigidez vai mais longe (não admitindo o pacto marciano, por exemplo) e continuando a vigorar o princípio da acessoriedade nos termos clássicos, prevendo-se um reduzido número de excepções. Por esta razão, começaremos por traçar as linhas gerais da hipoteca lusa, mesmo antes daquela que é cronologicamente mais antiga.

### 2.2.1. *A hipoteca no direito português.*

#### a) *Constituição e Extinção*

A hipoteca do direito português pode ser constituída por devedor ou terceiro, proprietário da coisa a onerar. Note-se que a hipoteca lusa é mais ampla do que algumas das congéneres europeias, porquanto não apenas a propriedade pode ser hipotecada: a lei permite a outros titulares de direitos reais onerar as utilidades afectas ao seu direito e, bem assim, apenas uma *quota* do respectivo direito<sup>227</sup>.

Não obstante no sistema jurídico português vigorar o princípio da consensualidade (os direitos reais constituem-se e transmitem-se por mero efeito do contrato, sem que se exija qualquer *modo* para a produção do efeito real), a eficácia da hipoteca depende da inscrição tabular. Sem registo, a hipoteca não produz qualquer efeito, razão por que é muito discutível a sua existência ao não atribuir qualquer *preferência face aos demais credores*<sup>228</sup>. É

---

<sup>227</sup> Cfr. arts. 717.º e 688.º CC. Assim, admite-se, *por um lado*, que A constitua uma hipoteca sobre o seu prédio para garantir um mútuo ao seu filho B; *por outro*, que o adquirente de um usufruto ou direito de superfície, recorrendo a financiamento bancário, hipoteque o seu direito. Quanto ao problema da natureza *unilateral* ou *bilateral* do acto de constituição de garantia, vide MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, pp. 380ss; quanto às excepções à viabilidade de oneração de uma quota de um direito, vide ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", p. 128 e o nosso estudo "Contratos...", p. 238; quanto à constituição por terceiro, cfr. PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias de Cumprimento*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, p. 195, e MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, pp. 66ss.

<sup>228</sup> Art. 687.º CC ("A hipoteca deve ser registada, sob pena de não produzir efeitos, mesmo em relação às partes") e n.º 2 do art. 4.º CRPred. ("Exceptuam-se os factos constitutivos de hipoteca cuja eficácia, entre as próprias partes, depende da realização do registo").

Não será este o local indicado para debater, com a adequada profundidade, o problema da natureza constitutiva do registo ou da sua configuração como condição de oponibilidade absoluta, mesmo *inter partes*. Na verdade, é conhecida a querela os Autores que consideram a hipoteca validamente constituída mesmo antes do registo (apesar de não produzir quaisquer efeitos) — JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 557 (com excepção das hipotecas legais, em que o Autor aceita o carácter

constitutivo da hipoteca); MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, cit., p. 938; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA E ANTÓNIO VIEIRA CURA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 195; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 213 e *Direitos...*, p. 423; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, pp. 184ss — e aqueles que vêm no registo um modo necessário à própria constituição da hipoteca. É o caso de ORLANDO DE CARVALHO, "Terceiros...", p. 99, cujas impressivas palavras aqui deixamos: "Foge a isto, desde 1959, a constituição de hipoteca, em que o registo é constitutivo e, por conseguinte, condição de validade da aquisição do direito. Há quem fale a este propósito de condição de eficácia, mas, se bem julgamos, sem critério, pois a aquisição que não é eficaz nem inter nem supra partes, e não apenas in tempus, mas in perpetuum, é uma aquisição que não vale porque não se fez validamente. É o que ocorre justamente aqui. Decerto que o título existe (o acto ou acordo hipotecário), mas a constituição de hipoteca exige além dele, um modo, que é o registo da aquisição. Trata-se de um direito de formação complexa, caso em que o preenchimento de um dos termos do iter não chega para a validar ou validar parcialmente. Dizer-se que a constituição de hipoteca sem registo é ineficaz, tem tanto sentido como dizer-se que é ineficaz a venda de um imóvel sem escritura. A não ser que nos reframos à ineficácia em sentido amplo; que engloba todas as razões de não produção dos efeitos pretendidos, desde a inexistência, à invalidade, à ineficácia stricto sensu e à mera irregularidade [...]. Só que se o Direito é discurso e o discurso é rigor, não cremos que se caracterize minimamente a situação". Igualmente vide, do Professor, *Direito...*, p. 220.

Por nossa parte, julgamos que a razão estará com ORLANDO DE CARVALHO (cfr. MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 34). Se antes do registo não se produzem quaisquer efeitos nem mesmo *inter partes*, parece que não temos ainda hipoteca: esta é a garantia que "confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro, com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade no registo", o que não sucede antes da inscrição. Também neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, p. 134 ("o negócio jurídico de que nasce a hipoteca, só por si, não é título suficiente da constituição desse direito, ainda que seja elemento necessário. Deste modo, só com o registo esse negócio se torna perfeito, apto a produzir os seus efeitos"); ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, cit., p. 66; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos...*, p. 281; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 477-493, e "A eficácia...", pp. 105ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 194; SALVADOR COSTA, *O Concurso de Credores — Sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 62; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 250; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais*, cit., p. 545 ("Na hipoteca, o registo é constitutivo: sem ele, não há ainda hipoteca"). Sobre a essencialidade da preferência para a existência da hipoteca, cfr. JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922, p. 573; GUILHERME MOREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 1925, p. 392, PAULO CUNHA, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939, p. 124; SANDRO MERZ, *Manuale Pratico dei Privilegi, delle Prelazioni e delle Garanzie*, CEDAM, Milão, 1995, p. 193; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 7. Uma última nota quanto à posição de ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", p. 58, cujas palavras são normalmente interpretadas como indicando que o registo não é constitutivo mas tão-somente condição absoluta de eficácia, mesmo *inter-partes*. Não cremos que seja este o entendimento do Professor. Na verdade, quando propõe o regime hipotecário em sede dos trabalhos preparatórios do Código Civil, analisando a aplicação dos normais efeitos do registo à hipoteca, pode ler-se: "Haverá, porém, razões que aconselhem fazer-se aqui excepção àquela regra sobre a função do registo, determinando-se que depende dele a própria constituição da hipoteca? Assim parece" [sublinhado nosso].

O fundamento da excepção à consensualidade na hipoteca (nos sistemas que o postulam, como o português, francês ou italiano) não parece estar na protecção do titular: teoricamente, este poderia continuar a usar da opção de registar para efeitos de oponibilidade, recolhendo os óbices se decidisse não o fazer. Até porque, se bem atentarmos, a sanção aos sujeitos que não registassem o seu direito e viessem a ser afectados pelas regras tabulares seria por vezes menos grave do que aquela ocorre na generalidade dos direitos reais de gozo, já que manteriam a validade da sua hipoteca embora com menor prioridade (o que hipoteticamente poderia bastar para o interesse do credor): nesta conjectura, se A constituísse uma hipoteca a B (que não regista) e depois a C (que promoveria o registo), não estaria em causa a validade da hipoteca de B mas tão-só a sua prioridade, a qual poderia ser bastante para a garantia do crédito que visava assegurar.

Assim, a razão do registo constitutivo estará noutros factores, sendo o principal o princípio da publicidade: a hipoteca não tem na posse um mecanismo de sinalização da afectação a uma dívida, tendo a inscrição sido a maior correcção à *hypothecca* romana (cfr. *supra* pp. 131ss). Ora, a publicidade registal é de tal modo essencial à natureza da hipoteca que a lei decidiu fazer dela depender a produção de quaisquer efeitos. A isto acresce a perda de importância da discussão sobre o conceito de terceiros para efeitos de registo (a quem o direito não registado é inoponível) e a superior confiança conferida pelo sistema registal (garante não existem hipotecas não registadas), factores que o legislador terá valorado na promoção da segurança do instituto hipotecário.

igualmente de destaque o facto de a hipoteca lusa, diferentemente do que sucede com as congéneres francesa e italiana, não estar sujeita, em regra, a um prazo de caducidade, mantendo-se em vigor enquanto subsistir o crédito que garante<sup>229</sup>.

### *b) Acessoriedade e Indivisibilidade*

Sendo um direito *real* de garantia, uma das *características gerais* da hipoteca é a sua *especialidade* — a incidência sobre coisa certa e determinada<sup>230</sup>, o que conduz à proibição das hipotecas gerais e à necessidade de especificação *ex titulo* e *ex inscriptione*<sup>231</sup>.

Vigora em Portugal, de modo muito vincado, o princípio da *accessoriedade* da hipoteca: a hipoteca extingue-se, é declarada nula ou diminui o seu valor sempre que tal suceder ao correspondente direito de crédito, não podendo ser aproveitado o grau de prioridade para caucionar outra obrigação. Ademais, a hipoteca depende da existência do crédito a que se associa, não podendo (em regra) ser transmitida sem ele<sup>232</sup>.

---

<sup>229</sup> No entanto, a hipoteca prescreve se o prédio onerado for alienado e decorrerem 20 anos do registo da aquisição por terceiro e 5 anos do vencimento da obrigação (al. *b*) do art. 730.º CC). É a figura da *prescrição a favor do terceiro adquirente*, que decorre da *usucapio libertatis* do direito romano — GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 235.

Por outro lado, atente-se nas exceções do art. 12.º CRPred., que fazem caducar o registo de hipotecas bagatelares (até 5000 Euros); de hipotecas judiciais no prazo de 10 anos; e da hipoteca de pensões periódicas, que caduca no prazo de 50 anos. Nestes casos, atendendo à eficácia constitutiva do registo predial (*vide* nota anterior), a caducidade do registo importa a extinção da hipoteca (cfr. MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 26).

<sup>230</sup> Seguindo ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, pp. 29ss, as características da hipoteca podem agrupar-se em duas categorias: *por um lado*, as comuns aos demais direitos reais; *por outro*, aquelas que são específicas da hipoteca e a distinguem de figuras próximas. Utilizamos a expressão *princípio da especialidade* ou da *especificação* porque está enraizada no léxico jurídico (cfr. CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos...*, p. 98; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios...*, Vol. I, p. 574; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, p. 163). De todo o modo, cremos ter razão M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos...*, p. 10: “*melhor seria, talvez, chamar-lhe princípio de unidade (ou unicidade) do objecto*”. As demais *características gerais* são a *sequela* e a *preferência*, enquanto consequências da sua eficácia absoluta: a *sequela* da hipoteca implica que o credor possa executar a coisa onerada ainda que esta haja sido transmitida, contra qualquer sujeito, seja ou não devedor da obrigação garantida; a característica da *preferência* importa a prevalência da hipoteca sobre direitos de crédito incompatíveis ou direitos reais posteriormente registados.

Deve notar-se que a *preferência* da hipoteca no direito português enfrenta algumas exceções, nomeadamente no confronto com privilégios creditórios e com o direito de retenção (cfr. art. 751.º e n.º 2 do art. 759.º CC), tema sobre que nos debruçaremos *infra*, pp. 212ss. Quanto à *sequela*, atente-se na viabilidade conferida ao adquirente de um adquirente de imóvel hipotecado de proceder à *expurgação da hipoteca*, nos termos dos arts. 721.ºss (cfr. MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, pp. 36ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 203; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 256).

<sup>231</sup> Cfr. n.º 2 do art. 716.º CC. Isto é, a coisa onerada tem de ser expressamente individualizada, não apenas no registo mas igualmente no título constitutivo, sob pena de nulidade (cfr. ISABEL MENÉRES CAMPOS, “O Direito...”, p. 727). A lei admite, porém, que uma hipoteca possa incidir sobre *mais do que uma coisa*, desde que determinadas (MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 23).

<sup>232</sup> A *accessoriedade*, ao invés do que sucede na fiança, não é expressamente declarada pela lei mas deduz-se das suas disposições: art. 686.º CC (que se refere sempre a uma *obrigação garantida*); alínea *a*) do art. 730.º CC (que estabelece a extinção da hipoteca por força da extinção da dívida); alínea *a*) do n.º 1 do art. 96.º CRPred. (que obriga à identificação do crédito caucionado). Assim, a *accessoriedade* é princípio geral das garantias reais no direito luso, não existindo *direito real de garantia* independente de uma obrigação (cfr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições...*, Vol. II, p. 402; PAULO CUNHA, *Da Garantia...*, Tomo II, p. 139; ARMINDO SARAIVA MATIAS, *Garantias...*, p. 48; SALVADOR COSTA, *O Concurso...*, p. 61; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 248).

A acessoriedade da garantia não impede que a obrigação garantida possa ser futura ou condicional, conquanto seja expressamente determinada. Assim, pode suceder que a banca se comprometa a emprestar dinheiro ao seu cliente em determinado montante, devendo este constituir a hipoteca ainda quando o crédito é futuro; não é aqui posto em causa o princípio da acessoriedade, porquanto a hipoteca se dirige a garantir uma concreta obrigação, ainda que futura<sup>233</sup>. Por outro lado, se a hipoteca acompanha o direito a que se associa (sendo *transmitida com o crédito a que está ligada*), a lei admite dois casos de transmissão da hipoteca *sem o crédito garantido* — a cessão da hipoteca e a cessão do grau hipotecário<sup>234</sup>.

É o princípio da acessoriedade que vem proibindo as hipotecas *reacarregáveis* (que se associam a novo crédito, uma vez extinta a obrigação que garantia) e as hipotecas *genéricas* (que se dirigem a garantir “*todas as obrigações que o devedor venha a assumir*”)<sup>235</sup>.

---

<sup>233</sup> Cfr. n.º 2 do art. 686.º CC. A previsão surgiu pela necessidade de assegurar o grau hipotecário, pois é possível constituir várias hipotecas sobre a mesma coisa, gozando de prioridade aquela que tiver registo anterior (art. 713.º) (o que acautela melhor a segurança jurídica do que se a prioridade fosse determinada pela data da obrigação — ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 730). Em sentido contrário, vendo aqui uma atenuação do princípio da acessoriedade, CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 91.

<sup>234</sup> Fora destes casos, a hipoteca acompanha o crédito caucionado — quer na *cessão do crédito hipotecário* (art. 577.ºss, especialmente, art. 582.º CC), quer na *sub-rogação de terceiro* nos direitos do credor, que importa que a hipoteca passe a ser titulada por novo sujeito, conquanto este haja concedido empréstimo destinado ao pagamento da dívida garantida (art. 591.º CC).

A *cessão da hipoteca* (também chamada *sub-hipoteca* ou *hipoteca da hipoteca*) é o negócio jurídico pelo qual um credor hipotecário faz cessar a relação de acessoriedade entre o seu crédito e a garantia real, transmitindo-a a outro credor do mesmo devedor. Será sempre um negócio entre dois credores do *mesmo devedor*: geralmente um credor comum (sem garantia especial) e um credor hipotecário; este dissocia a sua garantia do crédito que assegurava, atribuindo-a à protecção especial do primeiro. Por este contrato (que deve obediência estrita aos requisitos do art. 727.º CC, o credor hipotecário passará a credor comum e o credor comum passará a credor hipotecário. Sobre o assunto, cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 748; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 74; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, pp. 41ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos...*, p. 434; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 255. Repare-se que mesmo nesta norma é patente o princípio da acessoriedade, pois a lei proíbe que se ceda a hipoteca “*a outrem que não seja credor daquele devedor*” (cfr. PEDRO SOARES DO NASCIMENTO, "Redução por inoficiosidade e expurgação da hipoteca: Reflexões sobre os arts. 722.º e 2175.º do Código Civil", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 731-772, p. 736, nota n.º 18).

A *cessão do grau hipotecário*, ao invés, é o contrato pelo qual dois credores hipotecários (com hipotecas sobre a mesma coisa), acordam transmitir o seu grau hipotecário. De facto, havendo risco de o valor venal da coisa não bastar para cumprimento de todos os créditos que assegura, já que as hipotecas primeiramente registadas preferem sobre as demais, admite-se que um credor hipotecário de grau prioritário ceda a sua posição privilegiada a outro inscrito em posição posterior. Esta *cessão do grau hipotecário* está sujeita às *mesmas regras da cessão de hipoteca*, pelo que o cessionário não receberá uma posição mais favorável do que tinha o cedente.

<sup>235</sup> É incontroversa a invalidade de uma *hipoteca genérica* como esta, já que o art. 280.º CC determina a nulidade dos negócios jurídicos de objecto *não determinável*; ora, esta garantia teria como objecto créditos que não são determinados nem determináveis, violando uma norma imperativa (cfr. ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", p. 59: “*não pode a hipoteca garantir quantia indeterminada, como seria a das prestações sucessivas ou periódicas, que se não saiba de antemão quais virão a ser*”). Ademais, uma garantia como esta violaria o princípio constitucional da segurança jurídica e as normas registais. Para um tratamento mais extenso, cfr. o nosso estudo "Contratos...", p. 244; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 206.

Mais discutível será a hipoteca genérica, com fixação de montante máximo, cuja viabilidade vem sendo aceite por alguma doutrina. Por nossa parte, como vimos defendendo, consideramos que esta figura é proibida pelo nosso direito, violando os princípios da especificação (que impõe a indicação da concreta obrigação garantida — ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, pp. 77 e 109), da determinabilidade do objecto (porquanto não se

Igualmente caracterizador da hipoteca lusa é o *princípio da indivisibilidade*, com duas implicações. Por um lado, a hipoteca, uma vez constituída, tem a extensão que lhe foi inicialmente atribuída, independentemente de serem divididos o prédio onerado ou o crédito garantido; por outro, uma vez dividida a coisa, a hipoteca que incide sobre os novos prédios é única, gerando-se solidariedade dos prédios onerados na garantia à dívida (o credor pode, à sua escolha, promover a venda de qualquer dos prédios)<sup>236</sup>.

O princípio da indivisibilidade dirige-se à protecção do credor, que não vê a sua garantia afectada por qualquer vicissitude que afecte o prédio. Constitui, porém, um obstáculo para o proprietário, que se vê impossibilitado de, mediante a divisão da coisa hipotecada, poder constituir nova hipoteca com grau preferente, sobre parte da coisa. Todavia, ao contrário do que sucede com o princípio da acessoriedade, a lei admite que as partes convençionem o afastamento da indivisibilidade, podendo estipular que a hipoteca fica a incidir apenas sobre algum dos prédios hipotecados ou atribuir-se uma parcela do crédito a cada um dos novos prédios<sup>237</sup>.

### *c) Modelação negocial da hipoteca*

A hipoteca do direito português é composta, essencialmente, por normas imperativas, sendo estrita a margem de conformação negocial do conteúdo da garantia.

Desde logo, a lei portuguesa ocupa-se do *pacto comissório* (convenção pela qual, na falta de cumprimento, o credor fará sua a coisa hipotecada) determinando a respectiva nulidade,

---

estabelecem critérios que permitam identificar *qual o crédito* garantido — *ibidem*, p. 110; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 380 e, embora relativamente à *fiança omnibus*, MÓNICA JARDIM, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 187-190), da *acessoriedade* (porque a hipoteca estaria jacente, aguardando o nascimento de obrigações a que se associasse, o que não é permitido pelo cânone — ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, *cit.*, p. 481) da prioridade do registo (pois a hipoteca constituiria uma reserva antecipada de prioridade para uma obrigação que viesse a nascer — ISABEL MENÉRES CAMPOS, *cit.*, p. 113). Ademais, tornar-se-ia materialmente impossível de extinguir sem acordo do credor, já que o devedor jamais poderia demonstrar a inexistência de obrigações futuras que pudessem vir a surgir (cfr. o nosso trabalho "Contratos...", pp. 245ss, onde analisamos com mais detalhe cada um dos obstáculos à hipoteca genérica). Tal não impede a constituição de uma hipoteca para garantir uma dívida que, embora não nascida, seja determinável pela identificação cabal da relação jurídica de que surgirá o crédito garantido (sujeitos, fonte da obrigação, prestações que compreende, data, local, condições contratuais, e vigência temporal do contrato), como, por exemplo, créditos que vierem a surgir em virtude da execução de um contrato de abertura de crédito (cfr. ISABEL MENÉRES CAMPOS, *cit.*, p. 113; MÓNICA JARDIM, *ibidem*; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *cit.*, p. 191; FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 704). Tratar-se-á, pois, de uma hipoteca de obrigação futura ou condicional.

<sup>236</sup> Cfr. art. 696.º CC. Assim, se A constitui uma hipoteca sobre o seu prédio X para garantir uma dívida para com B, mesmo que o prédio X se divida em 3 novos prédios, a hipoteca onerará os 3 novos prédios. Por outro lado, se B ceder parcialmente o seu crédito a C (dividindo-se o crédito em 2), a hipoteca continua a garantir a originária dívida a que foi associada. Sobre a *ratio* da indivisibilidade da hipoteca, cfr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições...*, Vol. II, p. 403; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios...*, Vol. I, p. 574; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 23.

<sup>237</sup> Cfr. art. 696.º CC: "*Salvo convenção em contrário, a hipoteca é indivisível [...]*". Neste sentido, *vide* MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 22; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 199; SALVADOR COSTA, *O Concurso...*, p. 78.

quer a sua celebração tenha lugar antes ou depois da constituição da hipoteca, em momento anterior ou posterior ao vencimento da dívida caucionada<sup>238</sup>. Em face da inexistência, no direito português, da *alienação fiduciária em garantia* no quadro imobiliário, a proibição reveste um carácter amplo, assumindo uma grande importância no sistema luso de garantias reais<sup>239</sup>.

Na verdade, parece que a lei proíbe quer o *pacto comissório desproporcionado* (isto é, aquele em que o valor da coisa dada em garantia supera o valor da obrigação), quer o *pacto marciano* (convénio pelo qual a transmissão da propriedade da coisa se dará no caso de incumprimento mas *mediante preço justo*, ficando o credor obrigado a entregar ao devedor a diferença entre o valor da coisa recebida e o montante em dívida), pois a lei interdita “*a convenção pela qual o credor fará sua a coisa onerada, no caso de o devedor não cumprir*”. Ora, mesmo que se proceda à avaliação do bem no momento da sua transmissão (e a correspondente entrega ao devedor do valor excedente do montante da dívida), certo é que o pacto marciano se subsume numa cláusula que atribui ao credor a propriedade da coisa no caso de inadimplemento; será, assim, uma *modalidade* de pacto comissório<sup>240</sup>.

---

<sup>238</sup> Cfr. art. 694.º CC. A nulidade do pacto comissório não acarreta a invalidade da hipoteca; por força do art. 292.º, dá-se a redução do negócio constitutivo da hipoteca, eliminando-se a cláusula nula (cfr. JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. II, p. 555). Como vimos, a cláusula teve origem no direito romano que, inicialmente, admitia a *lex commissoria* como mecanismo de fortalecimento da posição do credor com garantia real. De facto, a convenção permitia ao sujeito activo satisfazer imediatamente o seu crédito, sem recurso a acção judicial ou avaliação da coisa dada em garantia (EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 20, p. 144). Ora, explicámos *supra* que a proibição do pacto comissório também remonta ao direito romano: a sua viabilidade originou abusos por parte dos sujeitos economicamente mais poderosos, que desapropriavam os devedores insolventes. Assim, a conversão do Império Romano ao cristianismo terá precipitado a sua proibição (por édito do Imperador Constantino de 326 d. C.), já que era patente a desconformidade do resultado da *lex commissoria* com os valores cristãos: passou a ser vista como contrária à boa fé e aos bons costumes. A proibição manteve-se no *Corpus Iuris Civilis*, atravessando toda a idade média, sendo depois incluída nas Ordenações e, mais tarde, no art. 908.º do Código de Seabra: “*o credor não pode, na falta de pagamento, apropriar-se do prédio hypothecado*”. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, cit., p. 206; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 62; ISABEL ANDRADE DE MATOS, cit., pp. 36-55; VERA-CRUZ PINTO, *ibidem*. Esta proibição, como melhor veremos *infra*, é factor de desconfiança na hipoteca (prejudicando, segundo julgamos, credor e devedor [cfr. o nosso estudo "Contratos...", pp. 250ss]) e é comum a várias legislações. Assim, por exemplo, os direitos alemão (§1149 BGB), italiano (art. 2744.º do *Codice Civile*), espanhol (1859.º Código Civil), brasileiro (art. 1428.º) estabelecem uma proibição absoluta do pacto comissório.

Quanto a um *segundo sentido* de *lex commissoria* (como cláusula introduzida nos contratos sinalagmáticos nos termos da qual se atribuíam a qualquer das partes o direito a resolver convénio com fundamento em incumprimento da contraparte) *vide* o que dissemos *supra*, na nota n.º 215.

<sup>239</sup> Não dizemos carácter absoluto pois a previsão de institutos como a *venda a retro* ou a *locação financeira de imóveis* colocam algumas dúvidas quanto à existência de uma excepção à proibição (cfr. ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, p. 21). Ademais, o legislador português introduziu expressamente a sua viabilidade no quadro das garantias financeiras — cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010, pp. 351-393, p. 367.

<sup>240</sup> Cfr. ADRIANO VAZ SERRA, "Penhor", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, 1956, pp. 17-292, pp. 219: mesmo neste caso, “*o credor apropriar-se-ia de uma coisa que o empenhador não quereria vender-lhe nessas condições, se não fosse a dificuldade económica em que se encontrava*”. Também a jurisprudência considera que o *pacto marciano* constitui uma modalidade de pacto comissório, proibida pela lei civil (Acórdão STJ de 30 de Janeiro de 2003, n.º 02B3896). Entender o pacto marciano como convenção não abrangida pelo art. 694.º CC apenas seria possível praticando uma redução teleológica da norma, excluindo do seu campo de aplicação uma convenção que a letra da lei expressamente abarca. Tal operação só seria lícita perante a conclusão de que a *ratio* da proibição do pacto comissório se dirige à protecção do devedor, procurando evitar que este seja explorado pelo credor,

Independentemente da bondade da proibição (e da sua justificação à luz do direito actual), certo é que o direito português veda um mecanismo de flexibilização da hipoteca, não permitindo às partes modelar as garantias que venham a sujeitar-se à lei portuguesa. Como directa consequência da inibição legal, a venda processual da coisa promovida pelo credor revela-se frequentemente ruínosa, resultando na alienação da coisa por preço substancialmente inferior ao valor real. A venda tem lugar numa situação de urgência (que é conhecida dos potenciais compradores), sem ponderação do momento adequado e sem negociação. Assim, a vedação do pacto comissório pode conduzir a um resultado mais lesivo dos interesses do devedor (já que o leva, em caso de incumprimento, a perder o bem por montante inferior ao seu valor real) do que determinar previamente as condições de transmissão da propriedade em caso de incumprimento<sup>241</sup>.

Também vedada é a convenção pela qual se proíbe o proprietário de transmitir ou onerar a coisa hipotecada, fundada porventura nas mesmas razões que legitimaram a proibição do pacto comissório — que o devedor, em estado de necessidade, aceitasse uma

---

aproveitando-se da sua posição de carência e fragilidade. Se assim fosse, uma vez que no pacto marciano não avulta necessidade de tutela do devedor e que não se descortina um aproveitamento da sua situação de necessidade, talvez se pudesse interpretar teleologicamente a norma, considerando lícita aquela convenção. Ora, não parece que esta argumentação colha. Efectivamente, como melhor explicamos no nosso trabalho "Contratos...", pp. 250ss, são cinco as razões apontadas para a opção do legislador pela proibição da convenção comissória, as quais se dirigem *quer* à protecção do devedor, *quer* a factores de interesse geral, como a protecção dos demais credores e o valor da execução pública do património.

Ademais, se assim não fosse (isto é, se o pacto marciano estivesse fora da proibição do pacto comissório), o legislador, a admitir a convenção marciana no âmbito do penhor financeiro, não precisaria de estabelecer *expressamente* que aquele contrato constituía uma excepção à proibição do pacto comissório constante do Código Civil, porquanto estaria desde logo de fora do seu âmbito de aplicação. Na verdade, o legislador declara, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 105/2004, 8 de Maio, que uma das "*novidades mais significativas deste diploma respeita ainda ao contrato de penhor financeiro e corresponde à aceitação do pacto comissório, em desvio da regra consagrada no artigo 694.º do Código Civil*". Ora, atente-se que as normas materiais do diploma estabelecem a validade do pacto comissório na sua modalidade de *pacto marciano*, uma vez que, executada a convenção, o n.º 2 do art. 11.º do mesmo diploma determina que "*o beneficiário da garantia fica obrigado a restituir ao prestador o montante correspondente à diferença entre o valor do objecto da garantia e o montante das obrigações financeiras garantidas*".

Em sentido contrário, cfr. MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 96; JOÃO PAULO REMÉDIO MARQUES, "Locação Financeira Restitutiva (*Sale and Lease-Back*)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII, 2001, pp. 575-632, p. 607; ISABEL ANDRADE DE MATOS, *O Pacto...*, p. 88.

Note-se que PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA são indicados por ISABEL ANDRADE DE MATOS como defensores da viabilidade do pacto marciano, o que não é exacto: os Professores admitem a celebração de pacto comissório *depois de vencido o crédito*, porquanto nessa altura equivale a uma dação em cumprimento. O pacto marciano, pelo contrário, não deixa de constituir uma verdadeira convenção comissória, uma vez que permite ao credor aceder à propriedade *no caso de o devedor não cumprir*, embora mediante certo preço (cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 718, anotação ao art. 694.º).

<sup>241</sup> No nosso trabalho "Contratos...", pp. 257ss, explicamos por que razão consideramos hoje desajustada a proibição do pacto comissório, aplaudindo a opção do legislador francês de eliminar a sua interdição. No fundo, se a *ratio* da proibição é "*plúrima e complexa, relevando, a um tempo, o propósito de protecção do devedor da (possível) extorsão do credor e a necessidade, que corresponde a um interesse geral do tráfico, de não serem falseadas as «regras do jogo», através da atribuição injustificada de privilégios a alguns credores, em objectivo (seja ele efectivo ou potencial) prejuízo dos demais*", (MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 94), parece que nenhuma das suas funções é assegurada pela opção legislativa, prejudicando simultaneamente a posição de credor e devedor. Igualmente neste sentido, DIOGO LEITE DE CAMPOS, "A alienação em garantia", *Revista Doutrinária do Instituto Italo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, 2000, pp. 63-76, p. 64; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor...", p. 368.



convenção particularmente lesiva dos seus interesses<sup>242</sup>. Porém, a proibição não abrange a viabilidade de as partes retirarem efeitos obrigacionais da alienação da coisa, designadamente o vencimento antecipado do crédito. Na verdade, sem que resulte de forma óbvia qualquer risco para o credor pela transmissão da propriedade da coisa, também não existem razões que concorram para subtrair tal faculdade à liberdade contratual das partes.

Por fim, será também imperativo o regime de substituição ou reforço da garantia no caso de perda ou deterioração da coisa, não podendo as partes por convenção subtrair ao credor o direito de o exigir<sup>243</sup>.

Inversamente, não será proibida a *exclusão de partes componentes ou integrantes* da hipoteca, conquanto a convenção assuma apenas efeitos *inter partes*. Na verdade, por respeito ao *princípio da totalidade*, a hipoteca se estende automaticamente aos frutos, direitos inerentes aos imóveis, partes integrantes e componentes dos prédios, de que resulta, desde logo, uma obrigação de o proprietário não retirar da coisa hipotecada as partes integrantes e partes componentes<sup>244</sup>. Todavia, nada impede que as partes introduzam um *pacto de exclusão*, que subtraia à hipoteca certa parte da coisa (uma janela, uma estátua que consta do jardim, os elevadores, etc.), embora tal convenção produza efeitos meramente obrigacionais: as partes componentes e integrantes, *até à sua separação da coisa principal*, não são coisas e não podem incidir sobre elas direitos reais autónomos. No fundo, nasce um direito de crédito para o proprietário, apenas invocável perante o credor, de *retirar da coisa principal* as ditas partes. Até ao momento da separação, a hipoteca incide também sobre elas, nos termos gerais<sup>245</sup>.

---

<sup>242</sup> Neste sentido, cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 718, anotação ao art. 695.º. Parece acertada a opção legislativa: atenta a natureza real da hipoteca, a alienação da coisa dada em garantia em nada prejudica o credor, que pode promover a venda processual da coisa mesmo que esta pertença a outrem. Repare-se, todavia, que a doutrina vem defendendo noutros ordenamentos que o terceiro adquirente fica sujeito a deveres adicionais de conservação da coisa hipotecada (CARMEN ARIJA SOUTULLO, *El Tercer Adquirente de Bienes Hipotecados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002, pp. 75ss). Sobre a cláusula de inalienabilidade, vide EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE SOUZA, *As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis: cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012, p. 15.

<sup>243</sup> Na falta de reforço da garantia, quando exigida, dispõe o art. 701.º vencer-se o crédito imediatamente. É discutível se este efeito depende da aplicação da lei portuguesa à *garantia hipotecária* ou ao *crédito garantido*. Por nossa parte, julgamos que também este efeito é determinado pela lei portuguesa sempre que a coisa esteja em Portugal, independentemente da lei reguladora do crédito. Na verdade, a *função* da norma é proteger a garantia, o que é atinente desde logo à natureza subsidiária deste efeito face ao reforço ou substituição da hipoteca.

<sup>244</sup> Cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos Reais*, cit., p. 29. Vide ainda art. 691.º CC, que remete para o art. 204.º. Atente-se, todavia, como bem sublinham MÓNICA JARDIM, "Propriedade Horizontal e Conjuntos Imobiliários", *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 109-137, p. 109, e MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram)", *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais — Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, et al., Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 1289-1346, p. 1290, que o princípio da totalidade conhece várias exceções no ordenamento jurídico português.

<sup>245</sup> Cfr. n.º 2 do art. 408.º CC. Assim, sendo um direito de crédito, apenas produz efeitos *inter partes*, não integrando a eficácia absoluta da hipoteca. Dessa forma, se o proprietário vender a coisa, *o dever de não impedir a retirada ou separação das partes integrantes* não se transmitirá, por regra, ao adquirente da coisa, que verá, nos termos

### 2.2.2. *A hypothèque*

A doutrina identifica o código napoleónico, por sua vez baseado nas leis revolucionárias francesas e na recepção dos institutos jurídicos romanos, como fonte da hipoteca moderna. Esta influência é ainda hoje visível um pouco por todos os direitos europeus, *inclusive* aqueles que vieram a desenvolver figuras distintas.

O direito gaulês sofreu uma importante reforma em 2006, que não apenas alterou a redacção originária de normas civis como introduziu o Livro IV sobre garantias das obrigações (retirando-as do Livro III — modos de aquisição da propriedade). No que concerne à hipoteca, as alterações foram bem mais longe do que a mera sistematização<sup>246</sup>.

---

legais, a hipoteca onerar toda a coisa. Igualmente, se a hipoteca for cedida, o novo credor hipotecário não estará onerado, por regra, pela obrigação creditória assumida pelo seu transmitente.

Defendendo a viabilidade da exclusão, ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 61. Será porém impossível a constituição de hipotecas exclusivamente sobre partes integrantes e partes componentes, visto tratar-se de coisas que “*uma vez separadas materialmente do prédio, passam à categoria de móveis, perdendo a sua qualidades imobiliária, resultante da ligação permanente ao imóvel*” (JOÃO ANTUNES VARELA, *Das Obrigações...*, Vol. II, p. 553).

<sup>246</sup> Referimo-nos às alterações ao *Code Civil* introduzidas pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março, que consubstanciaram a mutação mais profunda jamais introduzida no instituto (cfr. CHRISTOPHE ALBIGES E MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 2.ª Edição, Dalloz, Paris, 2009, p. 331). Além da modificação formal e sistemática, tipificaram-se garantias pessoais já utilizadas no comércio jurídico, como as cartas de conforto (*lettres d'intention* – art. 2322.º) e a garantia autónoma (*garantie autonome* – art. 2321.º).

Quanto à hipoteca, a reforma alterou três aspectos que constituíam, até aí, as suas características centrais: “*dall'essere garanzie accessorie rispetto al credito da garantire; dall'essere informate al principio di specialità quanto al credito garantito e al bene oggetto di garanzia; e dall'essere sottoposti al divieto del patto commissorio*” (FRANCESCA FIORENTINI, “La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2006, pp. 1155-1202, p. 1161), atributos que foram atenuados, como melhor vemos *infra*.

Outra grande alteração é a criação da *hypothèque inversée* ou *prêt viager hypothécaire*, figura regulada no Código do Consumo e que consiste na concessão de um mútuo (a pronto ou a prestações) a consumidores individuais, vencendo-se a dívida por morte do consumidor e constituindo-se a sua casa de morada como garantia. Esta figura está fora do objecto do nosso estudo porquanto, como sublinhámos, não tratamos do problema da criação de relações de crédito hipotecário contraído por consumidores (sobre esta garantia, cfr. MICHEL GRIMALDI, “L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire”, *La Semaine Juridique — Edition générale*, n.º 20-9, 2006, pp. 33ss, pp. 33ss; SJEF VAN ERP, “Security interests: a secure start for the development of European property law”, *Maastricht Working Papers — Faculty of Law*, 2008/5, 2008, disponível na internet via <http://www.rechten.unimaas.nl/maastrichtworkingpapers>, consultado em 15 de Dezembro de 2014, p. 18; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 144; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, pp. 170ss).

Pela mesma razão, não estudaremos as relevantes modificações trazidas pela *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março, em matéria de penhor. Limitamo-nos, porém, a indicar as principais alterações. De facto, antes da reforma, o *Code Civil* previa o *nantissement*, instituto de origem feudal (CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, pp. 120 e 127; WILLEM J. ZWALVE, “A labyrinth...”, p. 47) definido como contrato pelo qual “*un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette*”. Este conceito abarcava o *gage* (para as coisas móveis) e a *antichrèse* (para as coisas imóveis) — arts. 2071.º e 2072.º do *Code Civil des Français* na redacção vigente até à entrada em vigor da *Ordonnance* n.º 2006-346, de 23 de Março. O *gage* era similar ao penhor do direito pátrio (conferindo o poder de promover a venda da coisa, pagando-se à custa do seu valor com preferência face aos demais credores), enquanto que a *antichrèse* se aproximava da consignação de rendimentos (na modalidade com transferência da posse para o credor), conferindo o poder de se pagar à custa dos frutos da coisa.

Depois da reforma, o *gage* e a *antichrèse* (redenominada *gage immobilier*) passaram a constituir garantias reais distintas, e não subtipos de uma garantia. O termo *nantissement* ficou reservado para as coisas incorpóreas, que ficam afectadas ao cumprimento de uma obrigação (art. 2355.º do *Code Civil*).

Quanto à substância das alterações, se nenhuma modificação de relevo é identificável na *antichrèse* (arts. 2387.º-2392.º), o *gage* é reformulado em duas das suas características identificativas. *Em primeiro lugar*, admitiu-se

### a) Constituição e Extinção

A *hypothèque* só pode ser constituída por documento notarial (formalidade *ad substantiam* cujo incumprimento implica a nulidade substantiva do negócio, estabelecendo-se um *monopólio do tabelião*) sendo a sua criação dependente de um *contrato* (e não negócio unilateral) celebrado entre credor e quem tenha legitimidade para alienar o bem<sup>247</sup>.

---

expressamente o penhor *sem desapossamento*, mantendo-se a coisa à disposição do proprietário. Neste caso, a publicidade é assegurada por *registro*, determinando-se a organização de um registo de móveis (cfr. art. 2337.º-2338.º *Code Civil*), que terá necessariamente fólio pessoal (FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1174).

Em segundo lugar, desaparece a proibição do pacto comissório, admitindo-se expressamente a convenção pela qual o credor fará sua a coisa empenhada, no caso de incumprimento. Porém, a transferência da propriedade apenas se dá mediante a avaliação da coisa por um perito designado, devendo o credor entregar ao devedor a eventual diferença a seu favor (art. 2348.º *Code Civil des Français*).

Estas duas opções reclamam duas reflexões. A primeira alteração pode significar o renascimento económico do penhor. Na verdade, se vimos *supra* que a importância social da hipoteca se deve ao facto de permitir ao devedor usar a coisa, assegurando a posição jurídica do credor através da seqüela, esta aproximação do penhor à hipoteca pode implicar um aumento substancial da utilidade desta garantia. De facto, a contracção de um empréstimo destinado à aquisição de uma coisa móvel poderá, a partir da alteração legislativa, ser garantido pela própria coisa adquirida, a qual assegurará o cumprimento da obrigação e, simultaneamente, permitirá ao devedor retirar dela as suas utilidades. Pense-se em como esta medida pode revolucionar a indústria, já que permite às empresas adquirir bens de produção (máquinas, por exemplo) recorrendo ao crédito, dando as próprias máquinas em garantia dessa obrigação. De facto, até aqui, a contracção de um empréstimo para esse efeito dependeria, quase sempre, da prestação de uma garantia pessoal ou da locação financeira; ora, as primeiras podem não conferir ao financiador o mesmo grau de certeza que as garantias reais (com consequências na taxa de juro exigida) ou, tratando-se de uma garantia bancária autónoma ou outra de igual firmeza, comportará custos para o devedor; a segunda gera dificuldades várias de ordem prática, porquanto é a *propriedade* o direito atribuído ao financiador. Assim, o direito francês parece ter criado as condições para que o *penhor* revista a importância social que tradicionalmente é assumida apenas pela hipoteca.

Quanto à segunda alteração, parece reconhecer-se que a *proibição* do pacto comissório era mais desvantajosa para o devedor (por forçá-lo a uma venda judicial ruínosa) do que a sua *permissão com medidas protectoras*.

<sup>247</sup> É um *contrato unilateral*, já que apenas gera obrigações para uma das partes (MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 368). Quanto à forma, estabelece o art. 2416.º *Code Civil* que "L'*hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié*" (cfr. MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit des Sûretés*, 5.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 1999, p. 624 e p. 626, nota n.º 99, indicando a jurisprudência relevante da *Cour de Cassation* nesta matéria; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 139; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons de Droit Civil*, Tomo III, Vol. 1, Sûretés — Publicité foncière, Editions Montchrestien, Paris, 1999, p. 301; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 109, relatando a evolução da norma e a sua *ratio* histórica); PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 416; MARTIN GDANSKI, "Taking Security in France", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 59-89, p. 60, sublinhando que "the granting of mortgages is subject to a statutory monopoly in favour of French notaries"; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXVI (Tomo II), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome II, 3.ª Edição, Sirey, Paris, 1906, p. 530, lembrando a exigência legal, no início do século XX, de o documento ser exarado por dois notários ou um notário perante duas testemunhas; FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1162, sublinhando que o negócio hipotecário, quando formalizado em escrito particular, reveste a natureza de *promessa de hipoteca*; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 142; PHILIPPE SIMLER E PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit Civil — Les sûretés; La publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2000, p. 300.

Quanto à legitimidade, cfr. art. 2413.º *Code Civil* ("*Les hypothèques conventionnelles ne peuvent être consenties que par ceux qui ont la capacité d'aliéner les immeubles qu'ils y soumettent*"); MARTY e RAYNAUD, *cit.*, p. 102. Segundo LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCOQ, *Les sûretés...*, p. 267, e PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 370, a exigência justifica-se porque o legislador considera que a oneração do imóvel comporta o risco de alienação futura.

No que concerne à noção de formalidade *ad substantiam* e sua distinção das solenidades *ad probationem*, vide o que dizemos *infra*, nota n.º 528.

Ademais, apresenta uma característica que a distingue dos demais direitos reais do ordenamento gaulês. Em França, a inscrição registal é meramente condição de oponibilidade a titulares de direitos incompatíveis ou conflituantes, não sendo necessária ao nascimento do direito real; porém, *no estrito caso da hipoteca*, o registo é condição absoluta de eficácia, não produzindo efeitos perante os demais credores (mesmo quirografários) sem a inscrição. Como a maioria da doutrina vem notando, o *registo* é necessário à perfeição da garantia, sem o qual ela não existe, pois não cumpre a função de *preferência* face a credores comuns nem pode opor-se a um subadquirente do imóvel<sup>248</sup>.

A extinção da hipoteca, para além da cessação por via acessória (isto é, pelo fim do crédito garantido) pode ocorrer por renúncia, prescrição a favor do terceiro adquirente, ou pelo desaparecimento do prédio sobre que incide. Ademais, o direito francês partilha com a lei italiana a eficácia limitada da garantia: a *hipoteca* não se mantém eficaz indefinidamente

---

<sup>248</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 628; MARTIN GDANSKI, "Taking...", p. 60 ("perfection of the mortgage and enforceability against third parties requires registration of the mortgage [inscription] with the local land registry"); MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 408; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, pp. 7 e 417; MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 313; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVI (Tomo II), pp. 4 e 577 (que recordam que a *preferência* da hipoteca é atribuída pela inscrição tabular); BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 142 ("differently from other property rights in French law, the right must be registered in order to come to existence").

Não assumindo a natureza constitutiva, mas frisando que a sua eficácia depende em absoluto da inscrição registal (sem a qual não produz qualquer efeito atentando à essencialidade da *preferência* na sua definição), LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 267; HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 772; MONIQUE BANDRAC E PIERRE CROCQ, "Sûretés. Publicité Foncière.", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 96, n.º 2 (Abril-Junho), 1997, pp. 467-477, pp. 469-470; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 102; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 87; PASCAL ANCEL, *Droit...*, pp. 133 e 145; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 386 ("Une hypothèque non inscrite est dénuée de toute utilité, car elle est opposable aux tiers"); L. GUILLOUARD, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo III, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1899, pp. 11ss; MÓNICA JARDIM, "O sistema registal francês", p. 976 (sustentando que as garantias não registadas são "*inúteis para os beneficiários*") e p. 983 (explicando operar a inoponibilidade das hipotecas não registadas mesmo a favor de quem as conheça); ANNA VENEZIANO, "Attachment/Creation of a Security Interest", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 113-134, p. 119 (que, a propósito dos sistemas onde o registo das garantias não é constitutivo, considera que "*In practice, however, and attached but unperfected security interest will be of little avail in most if not all relevant conflict against third parties*"); FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1162.

O registo obrigatório das hipotecas, como vimos na nota n.º 220, foi inicialmente estabelecido na lei de 9 de Messidor do ano III do calendário revolucionário francês (28 de Junho de 1795, do calendário gregoriano). Esta mesma lei criou medidas de dinamização das transacções sobre imóveis, como o sistema de cédula representativa da propriedade do imóvel, transmissível por endosso. Este regime veio depois a ser revogado pela Lei de 11 de Brumário do ano VII (3 de Novembro 1799, no calendário gregoriano), que estabeleceu a obrigatoriedade da inscrição tabular da transmissão de todos os direitos reais sobre imóveis. Assim, como bem ensinam AYNÈS e CROCQ, *cit.*, p. 244, "*Le Code Napoléon n'adopta ni la clandestinité de l'ancien droit, ni la publicité du droit révolutionnaire. Il préféra un système bâtard: le principe, c'était la publicité et la spécialité de l'hypothèque, avec des exceptions si importantes que le crédit immobilier était constamment menacé par des hypothèques générales et occultes, notamment celle de la femme mariée. La transcription des aliénations immobilières était facultative, ce qui mettait le créancier hypothécaire dans l'impossibilité de savoir si un débiteur n'avait pas déjà aliéné son immeuble au risque d'entraîner la nullité d'une hypothèque constituée a non domino*". Com o propósito de relançar o crédito hipotecário, a função registal foi sendo revalorizada (sobretudo com as intervenções legislativas de 1855, 1955, 1965 e 1976), estabelecendo-se registo obrigatório de alguns direitos sobre o imóvel que seriam facilmente ocultáveis e aptos a desvalorizar a coisa onerada (como as servidões) e algum poder de *qualificação* para o Conservador (designadamente verificando a regularidade *formal* do título de registo (MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 230).

(enquanto se mantiver o crédito), encontrando-se uma *derrogação da acessoriedade* em benefício do proprietário: ao fim de certo prazo, a hipoteca *caduca*, ainda que o crédito subsista<sup>249</sup>.

Por outro lado, o direito de o proprietário exigir a redução da hipoteca (que não é mais do que uma *extinção parcial*) tem um regime particularmente restritivo, porquanto está reservado às hipotecas legais ou às garantias de créditos condicionais ou futuros, tendo-se depois verificado o excesso do montante inscrito face ao crédito efectivamente nascido. Nas demais hipotecas, a extinção da hipoteca por iniciativa do proprietário (sem desaparecimento do crédito garantido, claro está) está limitada ao regime de *purge du droit de suite*, direito atribuído aos adquirentes de coisa hipotecada<sup>250</sup>.

### ***b) Regime Jurídico: acessoriedade e indivisibilidade***

Até à reforma de 2006, o principal cânone da *hypothèque* era o *principe de spécialité*, com as suas duas implicações: *por um lado*, concretizava em termos absolutos a *acessoriedade da garantia* face ao crédito caucionado, o qual tinha de ser descrito e determinado sob pena de nulidade (ainda que pudesse ser futuro); *por outro*, consagrava o *princípio da inerência*, no

---

<sup>249</sup> No caso de não se estipular uma data de vencimento, o prazo é de 10 anos; estabelecendo-se uma data de vencimento, a hipoteca caduca ao fim de um ano depois do vencimento, sendo que o limite máximo de vigência da inscrição é de 50 anos (art. 2434.º do *Code Civil*). Repare-se, porém, que se admite a prorrogação do prazo pela renovação da inscrição (antes de ocorrida a caducidade) — art. 2435.º do *Code Civil*.

Esta *caducidade* do registo é tida como prejudicial à aceitação de hipotecas em França (cfr. GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29; MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 654). Para alguma doutrina (LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 270; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 148; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 393; MARTIN GDANSKI, "Taking...", p. 61), a *hipoteca* não deixa de existir mas torna-se absolutamente ineficaz: permite-se *nova inscrição da mesma hipoteca*, perdendo o grau de prioridade anterior.

Para GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXVII (Tomo III), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome III, 3.ª Edição, Sirey, Paris, 1906, p. 43, a solução ligar-se-á à organização do registo (que é de *fólio pessoal* e não real). Não existindo uma informação da situação jurídica do prédio (mas de cada pessoa com direitos sobre ele), se a inscrição se mantivesse indefinidamente, o conservador deveria verificar as inscrições de vários titulares desde o início dos tempos; a prescrição do crédito não acautelaria este interesse, porquanto está sujeita a causas de suspensão e interrupção, desconhecidas do registador. Assim, limita-se a eficácia das hipotecas um período temporal, operando-se a caducidade do direito como forma de simplificar a missão do Conservador (sobre a organização do registo francês *vide* MÓNICA JARDIM, "O sistema registal francês", pp. 1010ss). Já para PHILIPPE SIMLER E PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit Civil...*, p. 416, tratar-se-á de um modo automático de expurgação de hipotecas de dívidas antigas, respondendo a um propósito de facilitação do comércio jurídico pela extinção de ónus que, porventura, até já estariam extintos por via acessória.

Quanto à renúncia, deve constar de documento autêntico — cfr. art. 2441.º do *Code Civil* e L. GUILLOUARD, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo IV, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1900, p. 10; no que concerne à prescrição a favor de terceiro adquirente, *vide* GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 235. Sobre a extinção por via acessória *vide* GUILLOUARD, *cit.*, pp. 203ss; SIMMLER e DELEBECQUE, *cit.*, p. 408.

<sup>250</sup> Trata-se de um regime muito próximo da expurgação da hipoteca que conhecemos do direito pátrio: o adquirente do prédio pode oferecer ao credor o valor da aquisição ou, no caso de ter recebido o prédio a título gratuito, o valor estimado da coisa. Se o credor garantido aceitar, extingue-se a hipoteca contra o pagamento desse valor; caso contrário, inicia-se a execução da coisa, devendo o titular da hipoteca licitar um valor superior àquele que recusou. Cfr. art. 2479.º do *Code Civil* e GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, pp. 207-222; L. GUILLOUARD, *Traité...*, Tomo IV, pp. 251ss. Sobre a evolução do instituto, *vide* OSCAR DALMBERT, *Traité théorique et pratique de la Purge des Privilèges et Hypothèques*, 3.ª Edição, Sirey, Paris, 1914, pp. 14ss. Quanto ao regime da *redução*, cfr. LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 273.

sentido de que a hipoteca se agrega ao imóvel sobre que incide, não podendo ser transferida para outro<sup>251</sup>. O *principe de spécialité*, na sua dupla dimensão, continua a ser afirmado na primeira norma relativa à hipoteca (art. 2393.º).

Este cânone não foi afastado: no que toca à *especialidade*, mantém-se a proibição de hipotecas genéricas, que violariam a segurança jurídica do regime hipotecário. Quanto à *acessoriedade*, permanecem as suas principais características: não pode nascer uma hipoteca sem crédito a que se associe; a sorte do crédito (nulidade, extinção, etc.) implica o mesmo fado para a garantia; a transmissão da dívida (por cessão ou subrogação) acarreta a transmissão da hipoteca, não se conhecendo a *hipoteca do proprietário*<sup>252</sup>.

Simplemente, o princípio da acessoriedade foi *atenuado*, prevendo-se brechas de cariz *excepcional*, destinadas a ajustar o sistema de garantias reais às necessidades do comércio<sup>253</sup>.

*Em primeiro lugar*, os desvios ao princípio que conhecemos do direito pátrio existem igualmente na lei francesa: é possível transmitir a hipoteca sem o crédito garantido através do instituto da *subrogation de l'hypothèque*, ou apenas o grau hipotecário pelo instituto da *cession d'antériorité*. Ademais, e sem que constitua propriamente uma exceção à acessoriedade,

---

<sup>251</sup> Cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 263; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 148; MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 621; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 112; MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 349; CHRISTOPHE ALBIGES e MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 334. Assim dispunha o revogado art. 2132.º do *Code Civil*: "L'hypothèque conventionnelle n'est valable qu'autant que la somme pour laquelle elle est consentie est certaine et déterminée par l'acte: si la créance résultant de l'obligation est conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, le créancier ne pourra requérir l'inscription dont il sera parlé ci-après, que jusqu'à concurrence d'une valeur estimative par lui déclarée expressément, et que le débiteur aura droit de faire réduire, s'il y a lieu". A viabilidade de associação a crédito futuro manteve-se positivada, depois da reforma de 2006, no novo art. 2420.º.

Nessa medida, apontava-se a estrita acessoriedade como principal característica do instituto gaulês: PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 316 ("le droit français est resté fidèle à la conception romaine qui établit une dépendance absolue entre l'hypothèque et la créance à garantir"); NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 10 ("Die französischen Grundpfandrechte sind streng akzessorische Sicherheiten"); HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 286; CABRILLAC e MOULY, *cit.*, p. 409 ("par définition, la sûreté réelle ne peut avoir d'existence autonome et doit être inféodée à une créance, ce qui lui confère le statut d'accessoire de la créance", não concebendo uma *garantia real indépendante*).

<sup>252</sup> LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 274 e 286; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 287; MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 672; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 93; MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, pp. 320, 351 e 383; MARTIN GDANSKI, "Taking...", p. 60; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVI (Tomo II), pp. 3 e 9; L. GUILLOUARD, *Traité...*, Tomo IV, p. 10; FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1186; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 143. Na lei, *vide* art. 2424.º do *Code Civil des Français* ("L'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie"). É esta a razão de a doutrina francesa opor os *direitos reais principais* (a propriedade e seus desmembramentos) aos *direitos reais acessórios* (de que a hipoteca é o principal exemplo) — MARTY e RAYNAUD, *cit.*, p. 92.

Repare-se, como vimos na nota n.º 220, que o direito revolucionário previu as *cédulas hipotecárias* que podiam consubstanciar *hipotecas do proprietário* e, assim, não se sujeitavam à acessoriedade (do ponto de vista prático).

<sup>253</sup> Neste sentido, FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", pp. 1163 e 1201.

admite-se a constituição de hipoteca sobre créditos futuros e condicionais (conquanto sejam determináveis e a sua causa seja fixada no acto constitutivo)<sup>254</sup>.

*Em segundo lugar*, mais impressivamente, criou-se em 2006 a *hypothèque rechargeable*: trata-se de uma garantia onde, desde que estabelecida no acto constitutivo a “*convention de rechargement*”, se permite ao devedor reafectar a hipoteca a novos créditos (mesmo de outros credores), reutilizando o grau de prioridade. Na prática, a *hypothèque rechargeable* constitui uma excepção à acessoriedade, pois afasta *uma das suas dimensões*: uma vez extinto o crédito originário, a *mesma hipoteca* (com a prioridade original) pode ligar-se a nova obrigação; ao contrário da hipoteca tradicional, esta modalidade permite que, no momento da constituição da garantia, se decida afiançar dívidas ainda futuras e *indeterminadas*. Aproxima-se, assim, da *hipoteca independente*, embora nunca se permitindo uma *hipoteca do proprietário*<sup>255</sup>.

*Em terceiro lugar*, no que concerne à ligação ao imóvel, admite-se desde 1955 a constituição de hipoteca sobre *coisa futura*, em casos determinados, permitindo a criação de um direito real com objecto ainda inexistente. Nessa medida, conquanto a primordial dimensão do princípio da *actualidade* ou *imedição* não ter sido afastada, um dos seus caracteres distintivos foi abandonado<sup>256</sup>.

---

<sup>254</sup> Cfr. art. 2421.º *Code Civil*; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 98; MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, pp. 317 e 320; PHILIPPE SIMLER e PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit Civil...*, pp. 405ss.

Já a *subrogation de l'hypothèque* e a *cession d'antériorité* são institutos similares à *cessão da hipoteca* e à *cessão do grau hipotecário* que descrevemos *supra* (cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 287; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 288; MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 675; MARTY e RAYNAUD, *cit.*, p. 223; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVI (Tomo II), pp. 16-20; CHRISTOPHE ALBIGES e MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 356.

No início do século XX, PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 319, consideravam lícita a cláusula “*d'antériorité ou de concurrence*”, pela qual o proprietário reservava o direito de conferir ulteriormente a um segundo credor uma hipoteca preferencial ou concorrente por um montante determinado. No fundo, tratar-se-ia de uma *reserva de prioridade* a favor do proprietário a utilizar futura e condicionalmente, o que levava os Autores a concluir que conduziria a “*réaliser pratiquement dans notre pays l'hypothèque sur soi-même*”. A sua admissibilidade (justificada como contrato a favor de terceiro) é hoje negada com fundamento nos princípios da publicidade e da acessoriedade.

<sup>255</sup> Cfr. art. 2422.º *Code Civil*. Sobre a figura, CHRISTOPHE ALBIGES e MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, pp. 338ss; ANDREA FUSARO, “*Le linee...*”, p. 562; MICHEL GRIMALDI, “*L'hypothèque...*”, pp. 33ss; FRANCESCA FIORENTINI, “*La riforma...*”, pp. 1187ss; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 143 (que escalpeliza as condições da sua admissibilidade, como a necessidade de o objecto se destinar a habitação e a restrição a pessoas singulares).

<sup>256</sup> Os casos são elencados no art. 2420.º do *Code Civil*: pode ser constituída pelo adquirente de imóvel (antes da aquisição) pelo valor necessário à respectiva aquisição; pode ser criada sobre coisa futura uma hipoteca em reforço de garantia cujo objecto se haja degradado ou exista perigo de degradação; o titular de um *direito a construir* pode gerar hipotecas sobre as fracções em que se subdividirá o edifício, conquanto a construção haja sido iniciada ou esteja projectada. Cfr. CHRISTOPHE ALBIGES e MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 335; PHILIPPE SIMLER e PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit Civil...*, p. 313; LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 264 (discutindo o carácter de *regra* ou de *excepção* deste instituto).

Quanto ao princípio da *actualidade* ou *imedição* (que alguma doutrina classifica como *subprincípio da inerência*), vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais, cit.*, p. 49; M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos...*, p. 12; JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos Reais — Relatório*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013, p. 179; CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos...*, pp. 82ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direitos...*, p. 23

Se o princípio da acessoriedade da *hypothèque* francesa é, desde 2006, menos absoluto do que aquele que conhecemos do direito português, o oposto sucede no quadro do princípio da indivisibilidade: a *hypothèque* é imperativamente e duplamente indivisível, mantendo a sua dimensão originária ainda que o prédio seja repartido (gerando *solidariedade* dos novos prédios na caução daquela obrigação) e continuando a assegurar os vários créditos em que se vier a separar a obrigação originária<sup>257</sup>.

### c) *Modelação negocial do conteúdo da hipoteca*

Como antecipámos *supra*, um dos traços distintivos do actual direito hipotecário francês radica na sua reforçada flexibilidade a propósito do *pacto comissório*. Em 2006, o legislador franco alterou radicalmente a sua posição sobre a matéria: se até à *Ordonnance n.º 2006-346*, de 23 de Março, o *Code Civil* estabelecia, à semelhança da maioria das ordens jurídicas europeias, a proibição absoluta do pacto comissório, hoje admite-se expressamente esta convenção quer para o penhor, quer para a hipoteca<sup>258</sup>. Repare-se, porém, que o pacto

---

(que se lhe refere como “*subprincípio da actualidade*”); LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, p. 65; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, p. 161 (que se lhe refere como princípio da actualidade ou da imediação).

<sup>257</sup> Cfr. art. 2393.º do *Code Civil des Français*: “*Elle est, de sa nature indivisible, et subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles*”, reproduzindo DUMOULIN. Esta indivisibilidade diz respeito ao crédito — “*même que la créance se divise, chacun des cocréanciers peut saisir la totalité de l'immeuble. Même que la dette se divise, chacun des codébiteurs peut être poursuivi pour la totalité de la dette s'il est propriétaire de l'immeuble*” — e ao prédio — “*si plusieurs immeubles sont grevés d'hypothèque pour une même dette, le créancier peut saisir indifféremment l'un entre eux pour le paiement de sa créance. De même, se l'immeuble est vendu par parcelles, chaque partie est grevée de la totalité de la dette*”. Cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, pp. 274- 275; MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, pp. 425 (que nota as consequências negativas que a solução acarreta quanto à circulação dos bens) e 622; GABRIEL MARTY e PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 95; MARCEL PLANIOL e GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 324; GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVI (Tomo II), pp. 5-9; L. GUILLOUARD, *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo II, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1898, p. 457; CHRISTOPHE ALBIGES e MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 333; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 157. Não obstante a maioria da doutrina sublinhar a *imperatividade* da indivisibilidade, note-se todavia que PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 325 consideram que “*elle trouve sa justification dans l'intérêt du créancier: ce dernier peut donc y renoncer*”. No mesmo sentido, BAUDRY-LACANTINERIE e P. DE LOYNES, *cit.*, p. 8; GUILLOUARD, *cit.*, p. 459.

<sup>258</sup> No que respeita ao penhor, antes de 2006, estabelecia o art. 2078.º do *Code Civil* que “*Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage: sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle*”, estatuiendo-se o mesmo, no art. 2088.º, para a *antichrèse* de imóveis, entendendo-se que a proibição se estendia à hipoteca. Esta era norma tida como regra de *ordem pública*, ligada a fundamentos similares aos da proibição da usura e que não admitia qualquer excepção — MICHEL CABRILLAC e CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 427; MARTIN GDANSKI, “*Taking...*”, p. 61; PHILIPPE SIMLER e PHILIPPE DELEBECQUE, *Droit Civil...*, p. 365.

Tais disposições foram revogadas e substituídas. Quanto ao penhor, atente-se nos novos 2347.º e 2348.º, onde não apenas se estabelece a admissibilidade do pacto comissório (2348.º) como se determina que o credor, mesmo na sua falta, pode requerer ao tribunal a aquisição da propriedade da coisa empenhada como forma de pagamento da obrigação e sem necessidade de consentimento do devedor.

Já quanto à *hipoteca*, também o legislador francês modificou profundamente a sua posição. O novo texto do art. 2459.º *Code Civil* dispõe que “*Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur*”. Repare-se que a admissibilidade do pacto comissório é mais reservada do que no penhor (*gage*): estabelece-se uma excepção quando a coisa onerada é a *habitação do devedor* e não se permite ao credor, na falta de convenção,



comissório é admitido apenas na modalidade de pacto marciano, determinando-se imperativamente que o «*valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement*»<sup>259</sup>, devendo o credor entregar o remanescente ao devedor ou, caso existam, aos demais credores. Igualmente válida é a cláusula de vencimento antecipado do crédito no caso de alienação da coisa.

Assim, a *hypothèque* dotou-se de maior flexibilidade, admitindo convenção que pode convir a credor e devedor: o primeiro vê dissipada a insegurança do processo executivo, podendo realizar a garantia de forma mais célere; o segundo pode evitar uma execução ruinosa e negociar previamente, sem urgência ou debilidade, as condições de alienação da coisa, colhendo simultaneamente a opção económica de *não cumprir*, entregando o prédio<sup>260</sup>.

### 2.2.3. A *ipoteca italiana*

As garantias reais do *Codice Civile* aproximam-se das que são previstas pelo direito francês anterior à reforma de 2006. Assim, as principais figuras são a *ipoteca*, incidente sobre imóveis ou móveis sujeitos a registo, o *pegno*, que envolve o desapossamento em favor do credor e incide sobre coisas móveis, e os privilégios creditórios.

#### a) *Constituição e Extinção*

Como sucede nos institutos dos restantes países europeus, a hipoteca transalpina constitui-se pelo registo, não existindo antes de inscrita. Ademais, estabelece-se que o negócio constitutivo da hipoteca voluntária é *unilateral*, necessariamente *inter-vivos* (não se prevendo a sua génese testamentária), realizado pelo devedor ou por terceiro<sup>261</sup>. Não

---

adquirir a propriedade. Vide CHRISTOPHE ALBIGES E MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 353; FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1198; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 145.

<sup>259</sup> Cfr. art. 2348.º e 2460.º do *Code Civil* na sua redacção actual, respectivamente para o *gage* (penhor) e para a *hypothèque* (hipoteca). Sobre a respectiva execução, vide ERIC DIRIX, "Remedies of Secured Creditors outside Insolvency", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 223-241, p. 229.

<sup>260</sup> Sobre as vantagens, para credor e devedor, do pacto comissório na modalidade de *pacto marciano*, (desde que imune de qualquer vício da vontade ou de carácter usurário), vide o nosso estudo "Contratos...", pp. 250ss.

<sup>261</sup> Art. 2821.º *Codice Civile*. A doutrina vem admitindo a viabilidade de a hipoteca se constitua por contrato, seja defendendo que se dá "*la conversione del contratto in valido negozio unilaterale*" (DOMENICO RUBINO, *L'Ipoteca Immobiliare e Mobiliare*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale — Vol. XIX (dir. ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO), Giuffrè Editore, Milão, 1956, p. 238; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.ª Edição, CEDAM, Padova, 1991, p. 588) seja sustentando que o negócio hipotecário é autónomo mas consequência de um contrato bilateral (L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche", *Codice Civile e Leggi Collegate — Commento Giurisprudenziale Sistematico*, Tomo I, G. CIAN E ALBERTO TRABUCCHI, CEDAM, Padova, 2010, pp. 5091-5160, p. 5104). Ademais, sustenta-se a natureza contratual da relação jurídica pela qual o proprietário, como contraprestação da constituição da hipoteca, recebe uma qualquer vantagem (renúncia a outra garantia, por exemplo). Aliás, alguns Autores entendem que a *inscrição tabular* pelo credor consubstancia, na prática, a aceitação da garantia e, assim, convola o negócio em contrato (cfr. GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno; Delle Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cura di Francesco Galgano) — Libro Sesto:

obstante o direito italiano se inserir num sistema de notariado latino, a forma do negócio de constituição não é necessariamente o documento autêntico, bastando escrito particular, conquanto a assinatura do *dante causa* esteja reconhecida<sup>262</sup>.

À semelhança do ordenamento gaulês, o registo está sujeito a limite temporal de caducidade (20 anos), devendo ser renovado ao fim desse prazo para que a hipoteca mantenha os seus efeitos e prioridade; esta caducidade afecta a *hipoteca* e não o crédito, que não é sujeito a este prazo mas às regras gerais de prescrição<sup>263</sup>. Quanto à sua extinção (para além do seu desaparecimento acessório), e à semelhança do que vimos para as leis portuguesa e francesa, há causas próprias de extinção: atente-se à *procedura di purgazione* conferida ao adquirente de prédio onerado, à renúncia e à perda da coisa onerada<sup>264</sup>.

### ***b) Regime Jurídico: acessoriedade, especialidade e indivisibilidade***

Também no que concerne à vida da hipoteca, há grande semelhança entre o instituto transalpino e a figura francesa até 2006 (o que equivale a dizer que a *ipoteca* é muito próxima da hipoteca do direito pátrio).

Assim, à semelhança das demais garantias reais do ordenamento italiano, a hipoteca é *rigorosamente acessória*, partilhando o seu fado com o da obrigação a que se liga e não podendo ser constituída separadamente. Igualmente, imperam os princípios da *especialidade* (nos termos do qual a hipoteca depende de identificação cabal da obrigação que garante e do prédio ou

---

Della Tutela Dei Diritti, 4.<sup>a</sup> Edição, Zanichelli Editore — Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna — Roma, 1992, p. 291-292, realçando o facto de a lei mencionar que a constituição pode ocorrer *também* por negócio unilateral). Já a proibição de constituição testamentária da hipoteca é muito questionada — RUBINO, *cit.*, p. 240; SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 253; GORLA e ZANELLI, *cit.*, p. 292; CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca, cit.*, p. 181; CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 4. Há controvérsia quanto à natureza receptícia do negócio de constituição de hipoteca, inclinando-se a maioria da doutrina para o seu carácter receptício (STEFANIA CERVELLI, *Trascrizione...*, p. 113; MERZ, *cit.* p. 254).

Quanto à natureza constitutiva da inscrição tabular, cfr. §2 do art. 2808.º do *Codice Civile*: "L'*ipoteca può avere per oggetto beni del debitore o di un terzo e si costituisce mediante iscrizione nei registri immobiliari*" — cfr. TRABUCCHI, *cit.*, pp. 581 e 585; RUBINO, *cit.*, p. 5; CERVELLI, *cit.*, pp. 5 e 102; CICERO, *cit.*, p. 13; MERZ, *cit.*, p. 194; MAURO BUSSANI, "Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés", *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º 1, 1998, pp. 23-50, p. 25; GORLA e ZANELLI, *cit.*, p. 211; BULLO e MANENTE, *cit.*, p. 5091.

<sup>262</sup> Arts. 2821.º e 2835.º *Codice Civile*. A exigência de forma escrita é uma exigência *ad substantiam*, dela dependendo a validade substancial do negócio (cfr. CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca, cit.*, p. 178; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 588; L. BULLO e M. MANENTE, "Delle ipoteche...", p. 5105; GINO GORLA e PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, pp. 296 e 351, lembrando que, nos negócios bilaterais onde se constitua uma hipoteca, apenas é necessário o reconhecimento da assinatura do devedor).

<sup>263</sup> Art. 2847.º *Codice Civile*. Cfr. GINO GORLA e PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 375 (explicando ser o prazo dirigido à *inscrição*, afectando directamente a eficácia da hipoteca); ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 590; CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca, cit.*, pp. 333 e 337; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 106; SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 315; L. BULLO e M. MANENTE, "Delle ipoteche...", pp. 5123-5124. Findo o prazo sem que seja renovada, é possível elaborar nova inscrição, embora nesse caso se não garanta a prioridade (art. 2848.º).

<sup>264</sup> Art. 2889.ºss. Sobre o instituto, *vide* L. BULLO e M. MANENTE, "Delle ipoteche...", pp. 5157ss; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, pp. 591ss; SANDRO MERZ, *Manuale...*, pp. 380ss; GINO GORLA e PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, pp. 523ss.

direito imobiliário sobre que incide) e da *indivisibilidade*, permanecendo hipoteca inalterada independentemente do fraccionamento do prédio ou da cessão parcial do crédito<sup>265</sup>.

A acessoriedade não obsta, porém, a que seja possível a sua utilização em créditos futuros ou condicionais (o que admite que a garantia possa ser associada ao crédito que vier a derivar de um contrato de abertura de crédito) ou que se possa *ceder a hipoteca* ou o *grau de preferência* nos casos expressamente previstos na lei<sup>266</sup>. Por outro lado, sem negar a acessoriedade mas visando contornar dificuldades de transmissibilidade da garantia habitualmente apontadas às cauções acessórias, o direito italiano positiva expressamente a possibilidade de associar a hipoteca a obrigações constantes de títulos de crédito, atenuando

---

<sup>265</sup> Quanto à acessoriedade da *ipoteca*, a doutrina infere-a da formulação do art. 2808.º do *Codice Civile*, que define a hipoteca como *garantia de um crédito*, pressupondo a respectiva existência. Constituindo conclusão doutrinal, a amplitude do princípio encontra diferentes interpretações (cfr. ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 582; DOMENICO RUBINO, *L'Ipoteca...*, pp. 23ss; CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca, cit.*, p. 35; STEFANIA CERVELLI, *Trascrizione...*, pp. 98-99; GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 206; L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche...", p. 5095). Repare-se, porém, que a *caducidade da hipoteca* a que nos referimos *supra* constitui uma excepção à acessoriedade em benefício do proprietário: ainda que o crédito subsista por mais de vinte anos, o prédio fica desonerado e a dívida perde a caução ao fim desse prazo.

No que concerne à especialidade (exigida *ex titulo et inscriptione*), vide arts. 2809.º, 2810.º e 2826.º do *Codice Civile*; quanto ao crédito, cfr. ainda art. 2838.º — cfr. SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 199 ("deve essere iscritta su beni specialmente indicati e per una somma determinata di denaro [...]. È inoltre necessario che l'ammontare del credito garantito sia esattamente indicato nel titolo"); RUBINO, *cit.*, pp. 69ss; TRABUCCHI, *cit.*, pp. 582 e 586. Assim, torna-se impossível no direito italiano a *hipoteca genérica*, embora alguns autores atribuam tal proibição ao princípio da acessoriedade — GORLA e ZANELLI, *cit.*, p. 208.

É curioso notar que a *hipoteca do proprietário* (que não é admitida, tal como nas congêneres portuguesa, francesa e espanhola) encontra a sua vedação apenas neste princípio da especialidade e não do principal fundamento que a proíbe nas leis similares. Na verdade, *nas leis lusa, hispânica e gaulesa*, é a característica da *elasticidade da propriedade* que vem servindo como principal justificação para a sua impossibilidade: se a hipoteca vier a ser encabeçada pelo proprietário (por aquisição do crédito assegurado, por exemplo), a garantia extingue-se enquanto direito real menor que comprimia a propriedade, e a *plena in re potestas* ocupa a sua extensão originária. Tal como sucedia no direito romano, a *elasticidade da propriedade* opera automaticamente (cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Direitos Reais — A base romanística dos direitos português e brasileiro", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 29-56, p. 33). *Pelo contrário*, na lei transalpina, o que obstaculiza a possibilidade de o proprietário constituir uma hipoteca a seu favor para garantir um qualquer crédito presente ou futuro é apenas o princípio da especialidade: "L'ostacolo all'ammissibilità di questa ipoteca non è dato dal fatto che essa venga costituita dal proprietario [...]. Ma l'ostacolo è posto dal principio per cui la nostra legge non ammette ipoteca a garanzia di un credito indeterminato" (RUBINO, *cit.*; GORLA e ZANELLI, *cit.*, p. 207).

A indivisibilidade decorre do art. 2809.º *Codice Civile*. Note-se que, apesar da lei se referir apenas à hipótese de divisão do prédio, a doutrina sustenta que a indivisibilidade se aplica igualmente ao crédito garantido (até por força do princípio da acessoriedade) — CICERO, *cit.*, p. 42; STEFANIA CERVELLI, *cit.*, p. 100; RUBINO, *cit.*, p. 91; TRABUCCHI, *cit.*, pp. 582 e 587; GORLA e ZANELLI, p. 222; BULLO e MANENTE, *ibidem*. Por outro lado, sustenta-se que a regra da indivisibilidade tem natureza *dispositiva*, podendo o credor contorná-la renunciando parcialmente ao seu direito — cfr. MERZ, *cit.*, p. 203.

Tal como sucede no direito luso, não só a propriedade é susceptível de ser hipotecada mas também os direitos reais de gozo que sejam alienáveis — o usufruto, a propriedade superficiária e a enfiteuse (MERZ, *cit.*, pp. 222ss). Recusa-se, porém, a possibilidade de hipoteca de uma *quota* do direito de propriedade (*ibidem*, p. 205).

<sup>266</sup> Isto é, como antevimos (e graças à influência que o Código italiano exerceu na lei portuguesa), as soluções não diferem daquelas que encontramos no direito pátrio (MAURO BUSSANI, "Le droit...", p. 37). Quanto à garantia de créditos futuros ou condicionais, a lei expressamente a admite no art. 2852.º *Codice Civile*, o que funda a convicção de DOMENICO RUBINO, *L'Ipoteca...*, p. 34 e de L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche...", p. 5125, da viabilidade de utilização da hipoteca para uma conta de abertura de crédito. Quanto à cessão do grau, cfr. RUBINO, *cit.*, pp. 390ss; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 593.

em consonância os deveres registais e permitindo a transacção do *crédito hipotecário* sem qualquer formalidade<sup>267</sup>.

Há, no entanto, uma figura original da lei italiana que atenua a acessoriedade: a *surrogazione del creditore perdente*. Neste instituto, permite-se ao titular de uma hipoteca sobre determinado prédio cuja execução não satisfaça o seu crédito (em virtude de hipotecas anteriores de outros credores ou de privilégios creditórios prevalecentes) que se subroge nas hipotecas sobre outros prédios do devedor inscritas a favor do credor que foi satisfeito. No fundo, procura corrigir eventuais injustiças da acção hipotecária pelo credor com maior prioridade, acarretando um certo desvio à acessoriedade por ocorrer um destaque da garantia subrogada (um *trasporto di ipoteca*): a hipoteca deixa de se associar ao crédito originário (e de se extinguir com ele) para passar a caucionar outra dívida<sup>268</sup>.

### *c) Modelação negocial do conteúdo da hipoteca:*

O instituto italiano não difere grandemente dos já analisados, pelo que a regulação é essencialmente imperativa, não deixando grande margem à autonomia privada. É absolutamente proibido o pacto comissório (mesmo na modalidade de pacto marciano) e as regras sobre reforço da garantia ou vencimento antecipado do crédito no caso de perda ou deterioração da coisa hipotecada são imperativas<sup>269</sup>.

De todo o modo, é de assinalar uma maior facilidade em *restringir* os poderes do credor hipotecário do que em potenciar a sua soberania. Assim, é possível *encurtar* o prazo de caducidade do registo ou sujeitar a hipoteca a condição resolutiva, mas não é viável o pacto

---

<sup>267</sup> Cfr. art. 2841.º *Codice Civile*, que consagra a *ipoteca di titoli di credito* (quer nominativos, quer à ordem), afastando quaisquer eventuais obstáculos relativos à especialidade ou acessoriedade. Cfr. DOMENICO RUBINO, *L'Ipoteca...*, pp. 45ss; SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 283; L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche...", p. 5111. Trataremos autonomamente deste instituto *infra*, pp. 420ss.

<sup>268</sup> Cfr. art. 2856.º *Codice Civile*. Para ilustração do interesse prático, veja-se o exemplo de ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 592: A tem um crédito de 100 sobre X, garantido por duas hipotecas constituídas em Abril sobre a casa de cidade e outra sobre uma quinta agrícola; B, em Junho, aceita uma segunda hipoteca sobre a quinta agrícola para caucionar uma dívida de 10; C, em Agosto, aceita uma segunda hipoteca sobre a casa de cidade para assegurar também uma dívida de 10. Imaginemos que A, depois do vencimento do seu crédito, executa a quinta agrícola, que rende exactamente 100. Este resultado implicaria que B ficasse privado da sua garantia mas que C, que tem uma hipoteca posterior, fosse injustamente beneficiado: passará ao primeiro grau de prioridade sobre a casa de cidade, já que o crédito de A foi já satisfeito, extinguindo-se a respectiva hipoteca. A injustiça relativa entre B e C pode ser solucionada permitindo a B apropriar-se da hipoteca de A sobre a casa de cidade — nisto consiste a *surrogazione del creditore perdente*. *Vide*, ainda, SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 333; GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, pp. 395ss (que a apelidam de *solução genial* e explicam a sua *ratio*: tutela do crédito e manutenção da liberdade de acção do credor, protegendo os titulares de segundas hipotecas sem prejuízo para qualquer sujeito e com respeito pelo princípio da publicidade — já que a subrogação ocorre em momento onde a hipoteca subrogada ainda é eficaz [p. 405]).

Sublinhe-se que o instituto não pode ser exercido contra bens de terceiro, podendo apenas incidir sobre bens do devedor e não é automático, dependendo de expressa manifestação de vontade do credor *perdente*.

<sup>269</sup> Cfr. arts. 2743.º e 2744.º *Codice Civile*; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 582.

comissório, prescindir da decadência ou ampliar o respectivo prazo<sup>270</sup>. A impossibilidade geral de reforçar a segurança do credor é, porventura, um desincentivo à sua utilização por credores estrangeiros, já que em alguns dos seus aspectos (como a caducidade do registo), a *ipoteca* coloca o titular em posição menos favorável face a outros sistemas também perpetrados pela acessoriedade: o credor corre o risco de ver a garantia extinguir-se mesmo que o crédito subsista. Na verdade, sendo certo que esta mesma característica existe na lei francesa, há que reconhecer que desde 2006 a *hypothèque* atribui ao credor outros poderes que contornam esta limitação (pense-se no pacto comissório, por exemplo) e que os prazos de caducidade são manifestamente superiores (chegando aos 50 anos)<sup>271</sup>.

Assim, não erraremos muito se colocarmos a lei italiana ao lado da portuguesa como uma daquelas onde ainda se não revelaram as preocupações dos operadores económicos em reforçar a segurança do credor e potenciar a concessão de crédito. A crescer, a caducidade da hipoteca (não prevista no direito luso) coloca o titular de uma *ipoteca* em posição menos segura do que a que decorre dos demais ordenamentos europeus.

#### 2.2.4. *A Hypothek do direito alemão*<sup>272</sup>

Não obstante o ordenamento jurídico alemão ter na *Grundschild* (dívida fundiária ou hipoteca independente) a sua maior originalidade, o BGB prevê igualmente uma garantia imobiliária acessória. O ordenamento jurídico germânico estabelece um leque amplo de institutos tendentes à afectação de prédios ao cumprimento de uma obrigação: a *Verkehrshypothek* (hipoteca corrente), a *Sicherungshypothek* (hipoteca rigorosamente acessória), a *Grundschild* (dívida fundiária ou hipoteca independente) e ainda a *Rentenschuld* (dívida de renda). Todos estes institutos implicam um encargo sobre coisa imóvel com um valor

---

<sup>270</sup> Cfr. art. 2744.º e n.º 6 do art. 2878.º do *Codice Civile*; CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca*, cit., p. 334; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 582; GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 491.

<sup>271</sup> Sublinhando que a caducidade da inscrição da hipoteca é um dos factores que afastam os credores estrangeiros, cfr. GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29.

A *ratio* desta norma está na protecção do princípio da publicidade, porquanto se entende que, na sua inexistência, competiria aos credores com garantia posterior demonstrar a extinção do crédito garantido, o que configuraria operação de grande onerosidade (GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 376). A necessidade (de contrição da posição jurídica do credor em nome de interesses eventuais de terceiros) não foi porém sentida nos demais ordenamentos jurídicos, deixando ao proprietário (principal interessado no cancelamento da hipoteca) o ónus de o fazer depois da extinção da dívida.

<sup>272</sup> Analisaremos apenas o direito federal, cujas normas estão positivadas no BGB. Isto é, não trataremos da *Hypothek* da ex-RDA (República Democrática Alemã), prevista nos §454ss do *Zivilgesetzbuch der Deutschen Demokratischen Republik* (ZGB DDR) que aí vigorou de 1975 a 1990. Tratava-se de uma garantia estritamente acessória (estabelecia o §454 ZGB DDR que garantia e crédito estavam *inseparavelmente ligados*) cujo regime era influenciado pela vigência de um modelo económico socialista: a cessão da hipoteca carecia de autorização do Estado (§454, n.º 2 ZGB DDR) e previa-se um tipo especial de hipoteca (*Aufbauhypothek*), para garantia do financiamento de construção de habitações, determinado por uma autoridade pública local e que prescindia do acordo ou consentimento do proprietário. Sobre o instituto, vide WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 228.

expresso em certo montante pecuniário e regem-se pelos mesmos princípios no que tange à constituição, transmissão, modificação, etc.<sup>273</sup>.

A origem das garantias reais de direito alemão parece encontrar-se em dois institutos: no *Treuhand* (figura de direito franco, antecessor da alienação fiduciária em garantia, que consistia na transmissão da propriedade de certa coisa sob condição resolutiva da extinção da dívida)<sup>274</sup> e na *Satzung antiga* (garantia que, à semelhança do *pignus* romano, consistia na cessão da *posse* da coisa, móvel ou imóvel, para o credor)<sup>275</sup>. Em qualquer dos casos, era patente a preocupação do direito germânico pela *publicidade* das garantias reais, já que a afectação da coisa era evidente a qualquer interessado por via da transferência da posse.

A garantia real sem desapossamento do devedor surge no século XIII, apelidada de *Satzung nova*. Incidindo sobre bens imóveis, a nova garantia não transmitia nem a posse nem a propriedade, atribuindo ao credor apenas o direito de se pagar à custa do valor da coisa onerada (quer promovendo a venda judicial da coisa, quer exigindo a transmissão judicial da propriedade a seu favor). Tratando-se de uma garantia muito similar à *hypotheca* latina, a figura medieval germânica apresentava importantes distinções face ao *pignus conventum*. *por um lado*, só se constituía com intervenção das autoridades públicas, sendo que a partir da criação do registo se estabeleceu a obrigatoriedade da sua inscrição. *Por outro*, era desconhecida a *hipoteca geral*, já que a *Satzung nova* se constituía sempre sobre coisa imóvel certa e determinada<sup>276</sup>.

---

<sup>273</sup> Neste sentido JAN WILHELM, *Sachenrecht*, De Gruyter, Berlin, 2010, p. 582, e MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 524 (que estranha, atendendo à variedade de institutos e à previsão de uma figura original [a *Grundschuld*], a preterição da consignação de rendimentos, forçando os agentes económicos a suprir a lacuna pela combinação do usufruto com a hipoteca). Sobre a tradução da *Sicherungshypothek*, vide *infra* nota n.º 305.

<sup>274</sup> De acordo com a doutrina maioritária, a *transmissão da propriedade sob condição resolutiva* do direito franco distinguia-se da *fiducia* romana a que nos referimos *supra*: enquanto que a *fiducia cum creditore* consistia na transmissão incondicional da propriedade, a que acrescia a obrigação de o credor *não alienar a coisa* e de *retransmitir a propriedade* ao devedor uma vez extinta a obrigação, a correspondente figura do direito franco implicava a resolução retroactiva da transmissão da propriedade no momento da extinção da obrigação. Nessa medida, a protecção do devedor era um pouco superior (cfr. MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Alienação...", p. 45; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 519; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "A Propriedade Fiduciária", *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 55-84, p. 57; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 18). De notar, ainda, que também era admitida a transmissão da propriedade sob condição suspensiva, caso em que a propriedade só se transmitia para o credor *se o devedor não pagasse* até determinado prazo.

<sup>275</sup> A *Satzung antiga* assumia duas modalidades. Na primeira, os frutos da coisa onerada eram percebidos pelo credor a título de juros (*Satzung* de juros); na segunda, os frutos eram imputados na dívida, procedendo-se à sua amortização gradual (*Totsatzung*). Estas figuras de direito bárbaro eram conhecidas em França como o *mort-gage* e o *vif-gage*, respectivamente (cfr. L. GUILLOUARD, *Traité...*, Tomo I, p. 22). Sobre este assunto voltaremos a pronunciar-nos *infra*, já que o *mort-gage* está na origem da "*mortgage*" do direito da *common law* (nota n.º 343).

A *Satzung antiga* não conferia a propriedade ao credor; todavia, era frequente a celebração de um pacto comissório atípico: ao tornar-se a coisa propriedade do credor, este vendia-a, pagando-se com o produto da venda e entregando ao credor o valor remanescente (WOLFF, *cit.*, p. 520; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, 32.ª Edição, Beck, Munique, 2006, p. 249).

<sup>276</sup> Cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 521; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 249. Segundo o WOLFF (p. 520, nota n.º 10), a *Satzung nova* consistia na atribuição ao credor de um *direito de execução*, embora reconheça que o instituto possa ser igualmente explicado como a transfiguração da *Satzung antiga*: uma *Satzung* em que se estabelece uma relação de comodato entre credor e devedor.

A recepção do direito romano na Alemanha destruiu os princípios da publicidade, da especialidade e do tratamento diferenciado dos bens móveis e bens imóveis: multiplicaram-se as *hypothecae* gerais que, com os perigos necessariamente criados ao comércio jurídico, geravam dificuldades na concessão de crédito hipotecário<sup>277</sup>. Todavia, a influência latina não eliminou o pensamento jurídico alemão que, mais tarde, foi combinado com os institutos jurídicos romanos, criando o actual sistema de garantias do direito germânico.

É desta congregação que parece sair a *Hypothek* do direito alemão moderno, que apresenta pontos de contacto com a *hypothèque* napoleónica: está reservada a imóveis certos e determinados; é acessória de um crédito; é perpetrada pelo princípio da publicidade; e não importa a transmissão da posse mas apenas a concessão ao credor do poder de promover a venda judicial da coisa. Tal como a congénere gaulesa, admite-se a constituição de várias hipotecas sobre a mesma coisa, com preferência da primeiramente registada<sup>278</sup>.

O instituto germânico apresenta porém especialidades face à garantia francesa. *Em primeiro lugar*, por força da convertibilidade da hipoteca na *dívida fundiária*, a extinção da hipoteca não implica a melhoria da posição jurídica dos titulares de hipotecas posteriores sobre a mesma coisa. Isto é, como veremos *infra*, a ligação do regime da *Grundschild* (hipoteca independente ou dívida fundiária) à *Hypothek* conduz a um sistema de graus fixos, que não se alteram pela extinção da primeira garantia<sup>279</sup>. *Em segundo lugar*, a *Hypothek* subdivide-se em duas figuras, distintas *quanto aos seus efeitos*: ao lado da hipoteca corrente (*Verkehrshypothek*, habitualmente traduzida por *hipoteca de tráfico* ou *hipoteca comum*), prevê-se a *Sicherungshypothek*

---

<sup>277</sup> Cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 521: „Die Aufnahme des römischen Pfandrechts in Deutschland zerstörte für das gemeine Recht das Grundsätze des Publizität (Besitz und Bucheintrag), der Spezialität und der verschiedenen Behandlung von Fahrnis und Liegenschaftspfand“.

Depois do período romano, desapareceu a hipoteca sobre coisas móveis, sendo substituída pelo *penhor de coisa*, que importava o desapossamento do devedor; as garantias de origem legal passaram a implicar, em regra, a transmissão da posse ou outra forma de publicidade. Quanto às garantias sobre imóveis, manteve-se nalguns territórios (como a Prússia) a figura da *Satzung antiga* – garantia que importava a transmissão da posse e a percepção dos frutos da coisa onerada pelo credor.

<sup>278</sup> Neste sentido, explica ROLF STÜRNER, "Das Grundpfandrecht...", p. 279, que a origem da *Hypothek* está na combinação do direito romano (e sua estrita acessoriedade) com as regras germânicas do crédito: "seine historische Ausgangslage war die eigenartige partikularrechtliche Gemengelage aus römischrechtlicher und romanischer Tradition mit dem streng akzessorischen Grundpfandrecht und germanischer Tradition mit dem selbständigen Grundkreditrecht". Neste contexto, dispõe o §1113 do BGB: "Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, eine bestimmte Geldsumme zur Befriedigung wegen einer ihm zustehenden Forderung aus dem Grundstück zu zahlen ist (Hypothek)". Assim, a hipoteca é claramente um "besitzloses, akzessorisches Recht" (KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 252). No mesmo sentido, JAN WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 582.

Segundo ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 64, a *Hypothek* será também tributária da correspondente figura do Código Napoleónico; no entanto, parece ser mais crível a tese de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 521, SCHWAB e PRÜTTING, cit., p. 249, e STÜRNER, cit., p. 279, segundo a qual a garantia é produto da combinação do pensamento jurídico germânico com as figuras recebidas do ordenamento jurídico romano. Ainda assim, e independentemente do grau de influência que o código francês trouxe à *Hypothek* do BGB, os institutos apresentam semelhanças: inexistência de desapossamento, incidência sobre imóveis certos e determinados e acessoriedade a um crédito.

<sup>279</sup> Por razões de rigor de raciocínio, preferimos tratar deste problema a propósito da *hipoteca independente*, já que é a existência desta figura que possibilita a adopção do sistema de graus fixos.

(§1184 BGB), que não estende os efeitos do registo ao crédito garantido. Estabelece-se, no entanto, a convertibilidade entre as duas modalidades de *Hypothek*<sup>280</sup>.

Analisemos separadamente as duas figuras:

#### 2.2.4.1. A *Verkehrshypothek* — hipoteca de tráfico.

##### a) *A constituição*

A *hipoteca de tráfico*, *hipoteca corrente* ou *hipoteca comum* apenas pode onerar a *propriedade* (ou a propriedade superficiária), sendo impossível hipotecar parte especificada da coisa, embora se admita a oneração da quota ideal de um comproprietário. Esta característica afasta a *hipoteca de tráfico* do direito alemão de outros regimes europeus, que admitem a hipoteca da generalidade dos direitos reais de gozo sobre imóveis, conquanto alienáveis<sup>281</sup>.

Forçosamente expressa em dinheiro (§§1113 e 1115 BGB), a *hipoteca corrente* é necessariamente voluntária: não se estabelece o nascimento da hipoteca por usucapião e a hipoteca legal prevista pelo §1287 BGB é uma *Sicherungshypothek*. O negócio pode dirigir-se à geração *ex novo* da *Verkehrshypothek* ou a conversão de uma garantia de outro tipo (uma *Sicherungshypothek* ou uma *Grundschild*) em hipoteca comum<sup>282</sup>.

Ao contrário do que sucede na generalidade dos ordenamentos que acolhem o sistema de notariado romano-germânico, a lei não exige qualquer forma para o negócio real; porém, a prova do negócio junto das autoridades registais só pode ser feita por documento público, daí decorrendo a obrigatoriedade de intervenção notarial. A exigência de forma é, assim *ad probationem* (não dependendo dela a validade substantiva do negócio) mas imprescindível, porquanto, à semelhança das congéneres europeias, a constituição da

---

<sup>280</sup> O §1187 BGB determina a viabilidade de conversão entre a *Verkehrshypothek* e a *Sicherungshypothek*, por acordo entre as partes e sem necessidade de consentimento dos titulares de garantias posteriores. Sobre a tradução da expressão *Sicherungshypothek*, vide o que dizemos *infra*, nota n.º 305.

<sup>281</sup> Cfr. n.º 6 do §3, GBO; §1114 BGB. Compare-se com o art. 688.º CC Português (que admite a hipoteca do usufruto), e o n.º 2 do art. 1874.º do Código Civil Espanhol (“*Los derechos reales enajenables con arreglo a las leyes*”). Não obstante ser *hipoteca de tráfico* a tradução que mais vezes se encontra na doutrina civilista lusófona, F. SILVEIRA RAMOS, *Dicionário Jurídico Alemão-Português*, Almedina, Coimbra, 1995, p. 447, prefere “*hipoteca convencional / ordinária / comum*” e ERIK JAYME, JOBST JOACHIM NEUSS E HANS JOACHIM HANSEN, *Dicionário Jurídico e Econômico — Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*, Parte II (Alemão-Português), Beck, Munique, 1990, p. 463, a tradução de “*hipoteca comum*”. Utilizaremos indiferentemente as várias expressões.

<sup>282</sup> Não obstante esta viabilidade não ser expressamente indicada pelo BGB, nada o proíbe; assim, a doutrina alemã vem aceitando esta viabilidade (cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 538, nota n.º 12).

Quanto à expressão da *Hypothek* em dinheiro, qualquer *modificação posterior* do crédito (designadamente a sua elevação em virtude de uma cláusula penal) só importará o aumento do valor da hipoteca mediante consentimento dos titulares de garantias com grau inferior. Este acordo é porém dispensado em dois casos: quando a modificação diga apenas respeito à data de vencimento ou ao lugar do seu cumprimento (pois em nada afecta os credores com grau inferior); ou quando o aumento seja inferior a 5%, já que a lei parece presumir que é uma alteração inclusa no risco de volatilidade do valor da coisa onerada (§1119 BGB). Como melhor veremos *infra*, estas soluções ligam-se ao facto de o Registo Predial, na *Hypothek*, produzir os seus efeitos não apenas quanto à garantia mas igualmente a respeito da obrigação caucionada.



hipoteca de tráfico depende da *inscrição registal*. Esta deve identificar o credor, o montante do crédito garantido e o tipo de juros associados à dívida caucionada (não se obrigando à menção tabular dos prazos de vencimento, dos prazos dos juros ou a causa do crédito)<sup>283</sup>.

A *Verkehrshypothek* é uma garantia *acessória*<sup>284</sup>. Assim, pressupõe um crédito pecuniário (embora o devedor não seja necessariamente o proprietário do prédio onerado), cuja existência e montante *são assegurados pelo registo*: os efeitos tabulares estendem-se à obrigação<sup>285</sup>.

Na generalidade das garantias imobiliárias europeias, a acessoriedade não impede a sua associação a créditos futuros ou condicionais. Em consonância, o BGB estabelece a possibilidade de constituição de uma *Hypothek* para dívidas futuras<sup>286</sup>. Todavia, e não obstante a previsão da criação da hipoteca *para garantir créditos futuros*, entende a doutrina que, graças à previsão da *Grundschild* (hipoteca independente ou dívida fundiária) e à livre convertibilidade entre as duas figuras, aquela nunca se constitui antes do crédito: se o proprietário constitui uma hipoteca *antes* da contracção da dívida, o ónus gerado sobre o prédio é, por força da lei, uma *Grundschild* que se converterá *ope legis* numa *Hypothek* no momento do nascimento do crédito. Isto é, ao invés do que sucede nas correspondentes

---

<sup>283</sup> Quanto à natureza *ad probationem* das exigências de forma, cfr. §19 e §29 GBO e NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 12. O negócio a que nos referimos é o *negócio real*, pois deve recordar-se que o direito alemão plasma um *sistema de modo*. Ao negócio obrigacional (pelo qual o proprietário se obrigou a constituir a *Hypothek*) sucede-se um *negócio real constitutivo*, abstracto, nos termos do qual o proprietário onera a sua propriedade. *Vide* o que dizemos *supra*, nota n.º 112 e *infra* na nota n.º 607, bem como toda a bibliografia aí citada.

Quanto ao conteúdo do registo, cfr. §1115 BGB. Nos termos do §28 GBO, o montante da hipoteca pode ser expresso em euros ou em qualquer outra moeda permitida por acto regulamentar, sendo o incumprimento destas obrigações registais sancionado, nos termos do §53 GBO, com o cancelamento da hipoteca.

<sup>284</sup> “Eine Hypothek kann ohne Forderung nicht entstehen, ohne Forderung nicht weiter bestehen“. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 532; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 257.

Há que sublinhar, no entanto, uma importante especificidade face à acessoriedade típica dos ordenamentos jurídicos já analisados. De facto, esta costuma implicar que *o destino do crédito seja o fado da garantia*; assim, se o crédito se extingue (por nulidade, por cumprimento, etc.), tal efeito alastra à garantia. No que concerne à *Hypothek*, a extinção do crédito garantido provoca a sua conversão numa *Grundschild do proprietário*. Assim, não pode negar-se a acessoriedade da hipoteca (pois deixa de existir enquanto tal), mas o prédio não é libertado do encargo: este é modificado objectiva e subjectivamente, embora a sua existência se mantenha substantiva e tabularmente. Isto é, a acessoriedade da *Hypothek* apenas significa que esta não pode constituir-se ou subsistir sem um crédito; não traduz, porém, a ligação siamesa que conhecemos nas garantias acessórias do direito luso.

<sup>285</sup> No que concerne à abrangência do crédito pelos efeitos registais (a presunção de existência, de titularidade e a própria fé pública), cfr. §1138 BGB: esta norma implica que o princípio da *fé pública registal* abranja o crédito associado à hipoteca. Este é garantido, por força da lei (cfr. §1118 BGB), quer quanto ao montante inscrito como pelos juros legais e despesas da execução (§1115 BGB). Assim, a extinção do crédito garantido acarretaria a transformação da hipoteca numa *dívida fundiária do proprietário* (§1163 BGB) mas, não sendo publicitada e adquirida por um *terceiro de boa fé*, os direitos adquiridos são a hipoteca e o crédito (cfr. KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 278; MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *Assunção...*, p. 396).

<sup>286</sup> Cfr. n.º 2 do §1113 BGB: “Die Hypothek kann auch für eine künftige oder eine bedingte Forderung bestellt werden”; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 422; JAN WILHELM, *Sachenrecht, cit.*, p. 595. *Vide*, para comparação, o que dizemos *infra* sobre a hipoteca espanhola (art. 142.º da *Ley Hipotecaria*) e *supra* sobre a hipoteca lusa (n.º 2 do art. 686.º CC).

figuras dos demais direitos continentais, a *Hypothek* só garante créditos já existentes, sob pena de se constituir forçosamente figura diversa<sup>287</sup>.

Quanto ao objecto, o direito alemão prevê a viabilidade de constituição de hipotecas sobre vários prédios para assegurar uma única dívida (*Gesamthypothek*); as hipotecas garantem depois solidariamente a mesma dívida, podendo o credor optar por executar qualquer um dos prédios ou vários simultaneamente<sup>288</sup>.

Quanto à sua *constituição*, a hipoteca comum assume duas modalidades: *hipoteca de livro* (*Buchhypothek*) e *hipoteca de cédula* (*Briefhypothek*). A regra é a *hipoteca de cédula*, pois a *hipoteca de livro* depende da exclusão expressa da emissão da cédula (contrato entre credor e devedor que carece de *inscrição tabular*)<sup>289</sup>.

Na *hipoteca de cédula*, depois da inscrição registal (de que se não prescinde), a conservatória emite um documento público (a *cédula*) onde consta o valor da garantia e a identificação do prédio onerado, que é entregue ao proprietário; este transmite-la-á ao credor e só *com a tradição da cédula* é a hipoteca adquirida. Assim, entre a emissão da cédula e sua entrega ao credor, o proprietário é o titular do *grau hipotecário*, não existindo ainda a *Hypothek*. A entrega pode ser realizada através de *tradição material* (entrega física da cédula), ou por qualquer das formas de transmissão da posse que não implicam a tradição material (*traditio brevi manu*, constituto possessório ou cessão do direito de exigir a respectiva entrega); ademais, a lei admite que seja convencionada a entrega da cédula directamente ao credor<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Cfr. §1163 BGB e KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 282; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 619. Há que distinguir entre a *constituição de uma garantia sobre um crédito futuro ou condicional* (caso em que, de acordo com o direito germânico, a *Hypothek* se constituirá no momento do nascimento do crédito, existindo até esse momento uma *Grundschild*) e a *hipoteca condicional*. Neste último caso, enquanto a condição se não verificar, não existe sequer *dívida fundiária*, pois é o próprio nascimento do direito real que se sujeita a acontecimento futuro e incerto. Como é perceptível, esta diferenciação pode dar azo a dificuldades: se o proprietário (A) constituiu uma hipoteca a favor de um terceiro (C), que espera adquirir ao credor (B) o direito que tem sobre o proprietário (A), é uma *hipoteca de crédito condicional* ou é uma *hipoteca condicional*?

<sup>288</sup> Cfr. §1132 BGB; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 292; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., pp. 416 e 497. Este instituto costuma ser traduzido por “*hipoteca solidária*” (ERIK JAYME, JOBST JOACHIM NEUSS E HANS JOACHIM HANSEN, *Dicionário...*, Parte II (Alemão-Português), p. 162) e é comum com outros ordenamentos (no direito pátrio, tal pode suceder em consequência da *indivisibilidade* da hipoteca no caso de divisão do prédio — cfr. art. 696.º CC e MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 23).

<sup>289</sup> Cfr. n.º 2 do §1116 BGB; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., pp. 406 e 423; WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 226; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 228.

Alguma doutrina traduz a *Buchhypothek* como “*hipoteca de registo*” e não, como nós, “*hipoteca de livro*” — BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho de Cosas*, Traducción de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts* — *Sachenrecht*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, 8.ª Edição, Barcelona, 1937, p. 201. Julgamos ser preferível a expressão *hipoteca de livro*, pois a *Briefhypothek* não prescinde de inscrição (KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., pp. 253 e 260), o que pode ser erradamente aprendido quando se opõe “*hipoteca de registo*” a *hipoteca de cédula*.

<sup>290</sup> Quanto ao conteúdo da cédula, os requisitos da sua validade são apenas a identificação do prédio, o valor da hipoteca, a assinatura do conservador e o selo do serviço de registo (cfr. §56 GBO). Todavia, deve a cédula indicar ainda o proprietário do imóvel e as garantias com grau preferente, de modo a que a cédula espelhe a mesma clareza que o registo (cfr. §§57 e 58 GBO).

Repare-se que a cédula não é um título de crédito, pois não representa qualquer relação creditória; ao invés é um “título de direito real”: não materializa o *crédito hipotecário* mas sim a *hipoteca*. Porém, e acedendo à terminologia que conhecemos dos títulos de crédito, pode apelidar-se como *título reembolsável* (já que o proprietário pode adquirir a cédula pagando ao credor o montante em dívida) e *título nominativo não endossável* (pois não pode emitir-se “ao portador” ou “à ordem”). Por outro lado, não obstante a cédula hipotecária constituir um documento público, são previstas *anotações privadas* com importância jurídica — por exemplo, se o devedor satisfaz parcialmente o crédito, pode exigir a anotação do cumprimento<sup>291</sup>.

A materialização da hipoteca em cédula implica a vigência das presunções gerais da posse (de que o titular é o possuidor [§1006 BGB] e de que a entrega teve lugar [n.º 3 do §1117 BGB]). Ademais, a posse da cédula é condição de transmissão do direito representado (§1154 BGB) e reveste importância capital na execução da hipoteca, já que a falta da sua apresentação permite ao proprietário *opor-se à execução* até que o titular a exhiba (§1160 BGB)<sup>292</sup>.

---

No que concerne à natureza do direito no período que medeia entre a emissão da cédula e a sua entrega ao credor, cfr. n.º 2 do §1163 BGB: “*Eine Hypothek, für welche die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, steht bis zur Übergabe des Briefes an den Gläubiger dem Eigentümer zu*”. Assim, assinala MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 540, que, nesse intervalo, o registo apresentará uma dupla inexactidão: *por um lado*, faz constar uma hipoteca que ainda não existe (quando muito, existirá uma dívida fundiária, a que nos referiremos melhor *infra*); *por outro*, indica o credor como seu titular, quando até à entrega o verdadeiro titular é o proprietário. Estas inexactidões são sanadas pela tradição da cédula.

Quanto ao modo de entrega da cédula. cfr., respectivamente, n.º 2 do §929, §930 e §931 BGB. Como exemplo da primeira modalidade (*traditio brevi manu*) estará o caso em que a conservatória remete por erro a cédula ao credor; nesta sequência, proprietário e credor convencionam a atribuição da titularidade daquela ao credor. O *constituto possessório* dar-se-á no caso em que o proprietário, recebendo a cédula, convencionam com o credor que passará a detê-la a título de depositário, sendo aquele empossado sem tradição material. Já a *cessão do direito a exigir a cédula* ocorre, *v. g.*, quando a conservatória remeteu a cédula, por erro, a um terceiro; nesta sequência, o proprietário cede ao credor o direito de a reclamar do terceiro.

No que concerne à convenção pela qual a cédula é entregue ao credor, cfr. n.º 2 do §1117 BGB. Este pacto (que não está sujeito a qualquer forma e pode ser celebrado antes ou depois da emissão da cédula) acaba por equivaler à cessão do *direito de exigir a entrega*, previsto no §931 BGB; de facto, na sua falta, é o proprietário o titular daquele direito subjectivo perante a conservatória, pelo que o acordo constitui a sua cessão. Neste sentido, cfr. JAN WILHELM, *Sachenrecht, cit.*, p. 639; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 260; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 540; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 425.

<sup>291</sup> Cfr. n.º 2 do §68 GBO. A expressão “título de direito real” é de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 586 (“*Die Hypothekenbrief ist Sachenrechtspapier, nicht Forderungspapier*”). A possibilidade de anotação privada contribui para a classificação da cédula como “*certidão aberta*” (KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 261).

<sup>292</sup> No caso de extravio ou destruição da cédula, esta pode ser declarada *ineficaz* nos termos do §1162 BGB, podendo o titular inscrito solicitar a emissão de um novo título (§67 GBO).

Apenas um sublinhado no que concerne ao efeito presuntivo da posse da cédula. Como se percebe, esta presunção pode contradizer a presunção do registo. Assim, a cédula *não é dotada de fé pública* (em sentido probatório), mas apenas a inscrição; todavia, a cédula *pode destruir a fé pública do registo* sempre que dela se possa deduzir a sua inexactidão (§1140 e §1157 BGB). Isto é, se o titular cede a hipoteca a outrem depois do cumprimento parcial do crédito, caso esta anotação privada conste da cédula, o cumprimento parcial produz efeitos para com o cessionário ainda que este o ignorasse.

Note-se que nos referimos aqui à *fé pública probatória*, que se traduz na força probatória plena (cfr. PAULO VIDEIRA HENRIQUES, “Terceiros...”, p. 399) e que não se sobrepõe no conceito de *fé pública registal* (que melhor trataremos *infra*, nota n.º 436 e que é descrita, entre outros, por MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 142).

Já a *Buchhypothek* (ou hipoteca de livro) prescinde da emissão da cédula, facto que fica expressamente mencionado na inscrição tabular. Note-se que a opção das partes no momento da constituição da garantia não é irreversível, admitindo-se a alteração da modalidade; neste caso exige-se acordo das partes, inscrição registal e ainda consentimento dos terceiros que possam ter qualquer direito sobre a hipoteca<sup>293</sup>.

### *b) O regime jurídico.*

O poder essencial que a *Hypothek* confere ao seu titular é o *direito de satisfação* do seu crédito pelo valor da coisa hipotecada, no momento do vencimento da obrigação<sup>294</sup>. Quanto ao seu regime jurídico, interessam-nos especialmente as normas relativas à sua transmissibilidade e divisibilidade, já que é nestes domínios que se analisará, em grande parte, a flexibilidade ou rigidez do direito nacional.

*Em primeiro lugar* a *Hypothek* constitui uma garantia *divisível*, não vigorando o princípio da indivisibilidade que perpetra as correspondentes figuras de direito luso, francês e italiano. A divisão pode suceder, designadamente, quando o credor hipotecário decompõe o seu crédito, transmitindo-o *parcialmente* a um terceiro, passando a existir *duas hipotecas* com o *mesmo grau* de preferência. Se houver necessidade de hierarquizar as duas hipotecas nascidas da divisão, prevalecerá a garantia que se mantiver no credor originário, por força do princípio do *nemo subrogat contra se*, sublinhando-se que, ao invés do que determinam as regras gerais (§880 BGB), pode o grau hipotecário ser alterado nesta sequência sem consentimento do proprietário (§1151 BGB)<sup>295</sup>.

*Em segundo lugar*, a *Hypothek* é *transmissível*. Simplesmente, porque se trata de garantia acessória, a cessão da hipoteca pressupõe a alienação do crédito associado. Isto é, a cessão da hipoteca ocorre *apenas* com a transmissão do crédito e *sempre* que a obrigação se transfira<sup>296</sup>.

---

<sup>293</sup> Neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 542: “Eine Briefhypothek kann nachträglich in eine Buchhypothek verwandelt werden, und umgekehrt. In beiden Fällen liegt eine Inhaltsänderung vor; es bedarf deshalb beide Male der Einigung, der Eintragung und der Zustimmung Dritter, denen ei Recht an der Hypothek, z. B., ein Pfandrecht daran zusteht“. Segundo PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 143, esta será a modalidade preferida pelos bancos, uma vez que os isenta da administração da cédula.

<sup>294</sup> Dizemos o *direito essencial* porque a *Hypothek* atribui ao titular um conjunto de poderes *mesmo antes do vencimento da obrigação garantida*: o credor hipotecário pode exigir que a coisa não seja danificada ou que seja eliminado o perigo que impende sobre a sua conservação da coisa (cfr. §1133 a §1135 BGB).

<sup>295</sup> Neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 559, nota n.º 1. A divisão pode também ocorrer por força de lei, nos casos em que o proprietário não devedor satisfaz parcialmente o credor. Nesta eventualidade, manda o §1143 BGB a cessão daquela porção do crédito (e de parte da *hipoteca*) ao proprietário. A *divisibilidade* é também característica das hipotecas de cédula (§1152 BGB): nesta eventualidade, são emitidas novas cédulas, sem necessidade de assentimento do proprietário da coisa; até à sua produção, os novos titulares mantêm-se contitulares da cédula antiga, nos termos do §952 BGB.

<sup>296</sup> Cfr. n.º 2 do §1153 do BGB: “Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden”.

Como se antevê, a transmissibilidade da hipoteca (e do crédito) é mais fácil quando se trate de uma hipoteca de cédula: nestes casos, a cessão da garantia efectiva-se pela simples tradição do título, mesmo antes da inscrição registal<sup>297</sup>.

Podia pensar-se que o direito germânico repudia a figura da *cessão da hipoteca*<sup>298</sup>. Esta conclusão é inexata, não obstante a apregoada acessoriedade da *Hypothek* e a determinação da *intransmissibilidade da garantia sem o crédito*<sup>299</sup>. Na verdade, tal é contornado pela admissibilidade de *substituição do crédito* subjacente à hipoteca: este pode ser comutado por novo crédito pertencente ao mesmo credor ou a terceiro, a cargo do mesmo devedor ou de sujeito diverso. Este negócio (substituição do crédito garantido) está previsto no §1180 BGB, carecendo de acordo entre proprietário e novo credor, daqueles que tiverem qualquer direito sobre o crédito (até aí) acessório da hipoteca, e da inscrição registal. Operada a substituição, são irrelevantes as vicissitudes por que passe o crédito originariamente associado à hipoteca; a hipoteca mantém-se ainda que aquele fosse nulo ou estivesse já extinto<sup>300</sup>.

---

A uma leitura desatenta, a lei parece criar excepções à *incindibilidade* quando determina que a extinção do crédito implica a *aquisição da hipoteca pelo proprietário da coisa onerada* (§1163 BGB: “*Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek*”) ou quando estabelece que a hipoteca passa para a esfera jurídica do proprietário quando o credor hipotecário renuncie à garantia (§1168 BGB: “*Verzichtet der Gläubiger auf die Hypothek, so erwirbt sie der Eigentümer*”). Todavia, como veremos *infra*, o proprietário adquire é a *Grundschild* e não a *Hypothek*: esta não subsiste nem é transmitida sem o crédito. Há, porém, algumas verdadeiras excepções a este princípio no domínio da *hipoteca de máximo*, que não é uma hipoteca de tráfico. Trataremos *infra* deste problema.

<sup>297</sup> Nessa medida, a *transmissão não registada* implica uma *inexactidão tabular* que, em atenção às regras da fé pública (§§892 e 893 BGB) geraria a prevalência do direito do titular inscrito; porém, estabelece-se aqui uma *excepção* ao funcionamento das regras registais, porquanto o possuidor da cédula considera-se *inscrito no registo* desde que prove uma cadeia de transmissões ininterrupta desde o sujeito inscrito tituladas por documento autêntico (§1155 BGB). A transmissão por força de lei ou por adjudicação judicial são equiparadas à cessão titulada em escritura pública. Vide JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 437; ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Um novo...”, p. 66 (que sublinha ser a principal vantagem da *hipoteca de cédula* a sua fácil transmissão, pelo que é a modalidade escolhida sempre que as partes antecipam a cessão do crédito garantido).

A cessão do crédito hipotecário pode ocorrer por negócio jurídico, por efeito da lei (transmissão hereditária, por exemplo) ou por decisão judicial. No que concerne especificamente à cessão negocial, a forma varia consoante se trate de uma *hipoteca de cédula* ou de *livro*. Neste último caso, a transmissão opera-se por acordo entre cedente e cessionário, acrescendo a inscrição registal (cfr. n.º 1 e 3 do §1154 e §873 BGB). Na transmissão de uma *hipoteca de cédula* (e respectivo crédito), exige-se acordo (não formal) sobre a cessão (i), a entrega da cédula hipotecária (ii) e a inscrição registal (iii). Esta última, porém, pode ser dispensada se o acordo de cessão for celebrado por escrito (n.º 2 do §1154 BGB), comprovando a nossa conclusão de que a inscrição não é necessária para a efectivação da transmissão. Vide MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, pp. 561ss; BAUR e STÜRNER, cit., pp. 431ss; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 595.

<sup>298</sup> Referimo-nos a um negócio pelo qual um credor hipotecário transmite a garantia a outro credor do mesmo devedor, passando o primeiro a credor comum e o segundo a titular de uma garantia especial.

<sup>299</sup> Cfr. n.º 2 do §1153 BGB: “*Die Forderung kann nicht ohne die Hypothek, die Hypothek kann nicht ohne die Forderung übertragen werden*”.

<sup>300</sup> “*Die neue Forderung wird hypothekarisch gültig gesichert, auch wenn die alter Forderung nicht bestand, zum Beispiel richtig oder getilgt war*” (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 546). Isto é, tudo se passa como se a primeira *Hypothek* primeiro se convertesse numa *Grundschild* (hipoteca independente) que, de seguida, se converte em nova *Hypothek* quando se associa ao segundo crédito.

Ilustrando, a *Hypothek* que onera o prédio X, garantindo uma dívida do seu proprietário para com A, pode passar a associar-se a um crédito de B sobre C. Como se percebe, não se tratará, aqui, de uma *cessão da hipoteca*, já que o negócio se não realiza entre credor cedente e credor cessionário; celebra-se entre o adquirente da hipoteca (B) e o proprietário da coisa, com consentimento do anterior beneficiário da hipoteca (A).

Esta possibilidade implica a conclusão de que a acessoriedade da *Hypothek* é muito menos rígida do que vemos nos direitos latinos, não obstante a declaração legal da intransmissibilidade da hipoteca sem o crédito. No fundo, a garantia é acessória, *enquanto as partes não decidirem quebrar a ligação*, transferindo a caução para outra obrigação (e isentando a hipoteca das vicissitudes do crédito originariamente garantido)<sup>301</sup>.

*Por fim*, há que sublinhar que a hipoteca alemã alinha com a maioria das congêneres europeias na proibição do pacto comissório, não permitindo a satisfação do direito do credor pela transferência da propriedade a seu favor<sup>302</sup>.

### *c) Rigidez de Regulação*

Como vimos, afirma-se frequentemente que uma das razões para a inexistência de crédito hipotecário internacional radica na pouca flexibilidade dos regimes jurídicos da hipoteca. Nessa medida, importa analisar as normas germânicas da *Hypothek*, procurando determinar se é possível às partes modelar o conteúdo do direito hipotecário, adequando a garantia aos seus interesses contratuais.

Quanto à viabilidade de restrição contratual dos direitos do credor, a doutrina pronuncia-se pela *admissibilidade* de convenção pela qual o credor hipotecário assumia a obrigação de não promover a venda judicial da coisa onerada até que *outro* credor inicie a execução da coisa objecto do direito de propriedade, conquanto não exclua totalmente o poder de promover a venda judicial da coisa. Isto é, defende-se que há flexibilidade na hipoteca na *limitação contratual* dos poderes do credor hipotecário<sup>303</sup>.

Já quanto à ampliação poderes do credor (hipótese economicamente mais importante, porquanto a concessão de maiores índices de segurança ao credor pode implicar que se disponha a conceder mais crédito [por assumir uma dose de risco menor] ou a sua concessão em condições mais favoráveis para o devedor) a *Hypothek* é um instituto *totalmente rígido*: não

---

Quanto aos requisitos legais, acrescente-se, além dos referidos no texto, que a substituição do crédito associado a uma *Briefhypothek*, depende ainda da entrega da cédula ao novo credor hipotecário (cfr. § 1117 BGB).

<sup>301</sup> Ao invés do que sustentemos, poderá sufragar-se que a faculdade dada pelo direito alemão não põe em causa da acessoriedade da hipoteca (neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 546). Este entendimento só pode aceitar-se para quem vê na acessoriedade uma característica que se analise no facto de não ser possível constituir ou manter a garantia sem *um crédito* associado. Simplesmente, a *acessoriedade* significa não só a necessidade de um crédito como uma *identidade de destinos*: a garantia acessória existirá *enquanto existir o crédito*; se este for nulo, assim será a garantia. Sobre as várias dimensões da acessoriedade, cfr. o que dissemos *supra*, p. 132 e bibliografia aí citada.

Na verdade, no direito pátrio, este negócio não seria viável: não se admite (além da figura da cessão da hipoteca), uma dissociação entre crédito e garantia. As partes sempre teriam de extinguir a primeira hipoteca e constituir nova garantia associada ao segundo crédito, porventura com inferior grau de preferência.

<sup>302</sup> Cfr. § 1147 BGB; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 509.

<sup>303</sup> MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 578. De facto, no nosso exemplo, o direito de promover a venda da coisa não foi eliminado, embora seu exercício fique dependente da verificação de uma condição.

são admissíveis convenções capazes de produzir um alargamento do conteúdo da hipoteca. Aliás, mesmo as cláusulas obrigacionais entre credor e proprietário estão fortemente limitadas: assim, não produzem quaisquer efeitos (inclusive *inter partes*) nem o *pacto comissório* nem a convenção que autoriza o credor a proceder à venda extrajudicial da coisa<sup>304</sup>.

#### 2.2.4.2. A *Sicherungshypothek* – hipoteca rigorosamente acessória<sup>305</sup>.

Exposta a modalidade comum de hipoteca, debruçar-nos-emos agora sobre a *Sicherungshypothek*. Focaremos apenas as diferenças face ao regime da *hipoteca de tráfico*, evitando assim repetir todos os aspectos que são similares. A distinção assenta em dois factores: a protecção da fé pública registal (que acaba por implicar um reforço da acessoriedade) e o modo da sua constituição.

No que concerne à *protecção tabular*, vimos *supra* que a inscrição da *hipoteca de tráfico* faz presumir face a terceiros (com fé pública) a existência e validade do crédito caucionado (§1138 BGB). Tal presunção não existe na *Sicherungshypothek*, determinando a lei a exclusão dos efeitos tabulares quanto ao crédito (§ 1184 BGB).

Daqui decorrem duas implicações: *por um lado*, o terceiro adquirente de boa fé de um *crédito hipotecário* inválido (por exemplo, por usura) não é protegido: o registo produz os seus efeitos exclusivamente quanto à hipoteca e não quanto à existência e validade do crédito. Isto é, a invalidade do *direito real* não afectará o terceiro adquirente (§1157 BGB), mas este apenas será protegido *se o crédito existir*. Assim, esta figura é conhecida por *hipoteca rigorosamente acessória*, já que a sua existência, ainda que tabularmente anunciada, depende da existência do crédito. *Por outro lado*, o credor não pode utilizar o registo para provar a existência da obrigação a seu favor, faculdade conferida ao titular de uma *hipoteca de tráfico*<sup>306</sup>.

---

<sup>304</sup> Vide MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 577: „Andererseits können die Rechte des Hypothekars vertraglich nicht erweitert werden“. Cfr. §1149 BGB.

<sup>305</sup> Não obstante ser comum encontrar a tradução “*hipoteca de segurança*” (PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 144), ou “*hipoteca em garantia*” (ERIK JAYME, JOBST JOACHIM NEUSS E HANS JOACHIM HANSEN, *Dicionário...*, Parte II (Alemão-Português), p. 380; F. SILVEIRA RAMOS, *Dicionário...*, p. 372), julgamos que as traduções não são felizes: “*hipoteca de segurança*” pode transmitir a ideia de que se trata de uma figura mais forte do que a hipoteca comum, o que não é verdade; “*hipoteca em garantia*” é pleonástico, porquanto a *hipoteca* é necessariamente uma *garantia*. Assim, julgamos que a tradução mais feliz é “*hipoteca rigorosamente acessória*”, por atenção ao respectivo regime jurídico, como melhor veremos.

<sup>306</sup> A expressão pretende realçar o facto de o terceiro adquirente só ser protegido “*se o crédito existir*”, o que não sucede na hipoteca de tráfico, onde a fé pública alastra à existência do próprio crédito: como vimos *supra*, no quadro da *hipoteca de tráfico*, a extinção ou nulidade da obrigação garantida, ainda que importe o desaparecimento da *Hypothek* e conversão em *Grundschuld do proprietário*, não implica a extinção do gravame sobre a coisa. Ainda assim, um terceiro de boa fé adquirente do crédito hipotecário sempre obterá uma *Hypothek*, porquanto a invalidade da obrigação lhe é inoponível.

Quanto à constituição, há que sublinhar duas características distintivas: *em primeiro lugar*, a *Sicherungshypothek* não pode ser materializada em cédula, admitindo-se apenas a hipoteca de livro (n.º 1 do §1185 BGB). *Em segundo lugar*, se a *hipoteca de tráfico* é sempre uma garantia voluntária, a *Sicherungshypothek* pode ser constituída coercivamente por decisão judicial ou por conversão legal de um penhor do *direito à entrega de coisa imóvel* (embora, se as partes assim o entenderem, possa também ser constituída por negócio jurídico, sempre que as partes o entenderem — §1184 BGB). Aliás, certas hipotecas devem forçosamente assumir esta modalidade — a que garante títulos de crédito ao portador ou à ordem (§§1187 a 1189 BGB) e a *hipoteca de máximo* (n.º 3 do §1190 BGB)<sup>307</sup>.

No que ao objecto do nosso estudo interessa (a busca pela flexibilidade ou rigidez das regulações nacionais da hipoteca), a *Sicherungshypothek* assume importância não negligenciável. *Por um lado*, a menor tutela registal (dependendo a sua existência da validade do crédito garantido) torna-a mais adequada ao crédito de longa duração<sup>308</sup>. *Por outro*, esta é a modalidade que reveste forçosamente (mesmo que o registo publicite o contrário) a chamada “*Hipoteca de Máximo*” (*Höchstbetragshypothek*), *Hypothek* que não se associa a um crédito determinado mas garante as dívidas de certo sujeito em benefício de outro *até certo montante*<sup>309</sup>. Do ponto de vista prático, trata-se de uma figura especialmente adequada à garantia de

---

Ao invés, na *Sicherungshypothek* o registo garante a hipoteca *conquanto* o crédito exista (protege o adquirente de uma hipoteca, por exemplo, que tenha sido constituída por *incapaz* para garantir um crédito válido). Assim, é conhecida por *hipoteca rigorosamente acessória* (cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 626, nota n.º 1; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 404; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 295, sustentando ser o grau de acessoriedade a principal diferença entre a hipoteca comum e a hipoteca em garantia; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 231, frisando que “*The security-hypothec is completely dependent on the existence of the claim. Different from the Verkehrshypothek, the security-hypothec must be connected to the owner of the land. Furthermore, the security hypothec will come into existence with the claim and will cease to exist with the claim as well*”); PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 144, defendendo que a característica distintiva da figura é a mais estrita acessoriedade, que o Autor atribui ao dever de o titular provar sempre a existência do crédito.

Rigorosamente, este efeito não decorre da *accessoriedade*: na verdade, veremos *infra* que a acessoriedade é até *menor* do que a que existe na hipoteca corrente (cfr. SCHWAB E PRÜTTING, *cit.*, pp. 253 e 296), sobretudo na sua modalidade de *hipoteca de máximo*. De facto, também a *hipoteca de tráfico* é acessória do crédito, extinguindo-se se este não existir. A diferença está na menor tutela registal da *Sicherungshypothek*, de que deriva a necessidade de demonstração no crédito: na hipoteca corrente, a presunção registal desonera o titular de provar o crédito para beneficiar da garantia, exonerando-o de uma das consequências negativas da acessoriedade estrita sem que com isso se atenua a ligação entre crédito e hipoteca.

<sup>307</sup> Quanto à necessária forma de *hipoteca de livro*, cfr. n.º 1 do §1185 BGB: “*Bei der Sicherungshypothek ist die Erteilung des Hypothekenbriefs ausgeschlossen*“. Vide JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, *cit.*, pp. 407 e 490; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 231. Quanto à conversão legal, vide §1287 BGB (2.ª parte): o penhor do direito à transmissão de um prédio é convertido, no caso de *cumprimento da obrigação empenhada* (isto é, no caso de transmissão do prédio para o devedor) numa *Sicherungshypothek* sobre o prédio.

<sup>308</sup> Neste sentido, KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 297.

<sup>309</sup> Cfr. n.º 1 do §1190 BGB: “*Eine Hypothek kann in der Weise bestellt werden, dass nur der Höchstbetrag, bis zu dem das Grundstück haften soll, bestimmt, im Übrigen die Feststellung der Forderung vorbehalten wird. Der Höchstbetrag muss in das Grundbuch eingetragen werden*“. De acordo com a mesma norma, “*Die Hypothek gilt als Sicherungshypothek, auch wenn sie im Grundbuch nicht als solche bezeichnet ist*“. Para além de *Höchstbetragshypothek*, a figura pode tomar o nome de *Maximalhypothek* — KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 298; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 232; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 597.



créditos futuros e condicionais que venham a derivar de uma relação jurídica duradoura (como *contrato de abertura de crédito* ou de *conta corrente*<sup>310</sup>) caucionando a dívida que, em certo momento, impenda sobre o devedor, até ao montante máximo inscrito; no fundo, é uma garantia acessória que não identifica *ab initio* o valor do crédito afiançado, devendo este apurar-se no fim da relação jurídica duradoura para cujos débitos se constituiu a garantia real.

Nos sistemas onde a acessoriedade é um princípio estruturante da hipoteca (como o português), é conhecida a querela sobre a admissibilidade de uma *hipoteca de máximo*, porquanto se coloca em cheque a ligação incindível entre dívida e garantia: enquanto o credor não exigir o pagamento, a hipoteca vai-se associando às obrigações que forem sendo assumidas e não se extingue pelo seu cumprimento parcial. No fundo, a hipoteca nunca é acessória de certo crédito mas é *flutuante*; o credor escolherá, no momento da execução, quais são as concretas obrigações que considera caucionadas. Ainda assim, não se tem por proibida a hipoteca nos contratos de conta corrente: se *só no fim do contrato se apurará o valor em dívida*, a hipoteca foi constituída para garantir a obrigação que *futura e condicionalmente* recairá sobre o utilizador, determinada nesse momento. Trata-se, pois, de uma *hipoteca de obrigação futura ou condicional*, o que não desrespeita o princípio da acessoriedade, como vimos, desde que a relação jurídica seja identificada nos seus elementos principais<sup>311</sup>.

---

<sup>310</sup> Cfr. KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 298. Este contrato consiste na assunção, pela instituição de crédito, da obrigação de disponibilizar ao devedor, consoante as suas necessidades e conveniências, importâncias em dinheiro até um máximo convencionado. Nesta relação contratual, o devedor pode, também à medida das suas necessidades e conveniência, entregar na conta corrente as importâncias de que não precisar, sendo estas imputadas no montante da dívida. Sobre o contrato, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, cit., pp. 360ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 513ss; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Direito Bancário Privado*, Quid iuris, Lisboa, 2004, p. 310; ANTÓNIO PEDRO A. FERREIRA, *Direito Bancário*, Quid iuris, Lisboa, 2005, p. 628; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, Vol. I, Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito, Coimbra, 2011, p. 223. Ao contrário do contrato de *mútuo*, trata-se de um negócio consensual (não depende da entrega do capital para a sua perfeição), e em que a dívida não é concretamente determinada no momento da celebração do contrato; esta vai variar consoante as necessidades e utilizações do devedor, podendo inclusivamente nunca vir a nascer. Alerta LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 240, que o contratos de abertura de crédito, não obstante poderem configurar contrato autónomo, "*são na maior parte dos casos elementos do contrato de abertura de conta*".

<sup>311</sup> Se A celebra com B um contrato de abertura de crédito, B não se tornará automaticamente devedor, pois apenas foi assumida a obrigação de *disponibilizar crédito* ao utilizador: a relação debitória cria-se-á pela entrega ao utilizador das concretas tranches de capital forem sendo solicitadas. Nessa medida, poder-se-á estabelecer uma miríade de direitos de crédito, os quais podem ser satisfeitos total ou parcialmente, seguidos ou não de novas solicitações. Só no fim do contrato se apurará qual o montante de que B é devedor, sendo esse o crédito a que se associará à hipoteca. Todavia, tal valor pode corresponder a distintas entregas de capital, em diferentes datas e montantes, podendo algumas terem sido parcialmente satisfeitas.

No direito português, a associação da hipoteca a créditos não concretamente determinados (como a que garante as dívidas que venham a resultar de um contrato de abertura de crédito) tem vindo a ser aceite conquanto se proceda à completa identificação da relação jurídica de que podem surgir os direitos a afiançar. Certa doutrina justifica a viabilidade no reconhecimento da validade de uma *modalidade* da hipoteca genérica (cfr. ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, pp. 77 e 113; com raciocínio similar, embora relativa à *fiança omnibus*, MÓNICA JARDIM, *A Garantia...*, pp. 191ss); por nossa parte, cremos bastar a utilização da faculdade legal de a hipoteca caucionar créditos futuros e condicionais — vide o nosso trabalho "Contratos...", p. 249.

No direito alemão, e sabendo de antemão que o BGB não autoriza a associação da *Hypothek* a créditos futuros ou condicionais (pois mesmo admitindo a criação de hipotecas para tais créditos, determina que até ao nascimento da obrigação o gravame é uma *dívida fundiária do proprietário*), estaria por natureza afastada a ligação de uma garantia acessória a créditos que ainda não existem, como aqueles que vierem a resultar da execução de um contrato de conta corrente. Nessa medida, o legislador prevê a *hipoteca de máximo*, que reveste necessariamente o figurino de *Sicherungshypothek*: a sua característica principal radica na viabilidade de associação a dívidas que ainda não nasceram, reservando o grau hipotecário para obrigações condicionais<sup>312</sup>.

Simplemente, a *Höchstbetragshypothek* vai mais longe do que a lusa *hipoteca de obrigação futura e condicional*. Se no direito pátrio é exigida a identificação cabal da *relação jurídica* de que podem vir a advir tais obrigações (sob pena de violação do princípio da acessoriedade), a *hipoteca de máximo* germânica pode ser uma *hipoteca genérica* ou *indeterminada*, garantindo até certo valor *todas as obrigações que o devedor venha a assumir para com o credor*, independentemente da sua fonte. Isto é pode assegurar os créditos que vierem a surgir *de certa relação jurídica* (identificando-se a *causa debendi*), ou ser constituída para caucionar *toda e qualquer dívida que venha a ser assumida em favor do credor hipotecário*<sup>313</sup>.

Perante este *status quo* é legítimo questionar se a *hipoteca de máximo* é uma verdadeira *Hypothek* (partilhando do seu carácter acessório) ou uma *Grundschild* (hipoteca independente). Segundo WOLFF, a *Höchstbetragshypothek* é uma verdadeira *hipoteca* até ao ponto a que chegar a quantia do crédito a dado momento e uma *dívida fundiária do proprietário* na parte que o exceder; no fundo, o montante *máximo* inscrito no registo é o valor do gravame sobre a coisa com aquele grau hipotecário, variando a parte que é *hipoteca* e a parte que é *Grundschild*<sup>314</sup>.

---

<sup>312</sup> Percebe-se a opção legislativa germânica de a *hipoteca de máximo* revestir forçosamente a modalidade de *Sicherungshypothek*: não faria sentido estender o princípio da fé pública registal ao crédito, pois o montante inscrito no Registo não corresponde necessariamente à dívida.

<sup>313</sup> Cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 635; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 299 ("*Die Höchstbetragshypothek wird in der Regel für Forderungen aus einem bestimmten Rechtsverhältnis begründet, doch ist es auch zulässig, sie allgemein für alle Forderungen zu begründen, die dem Gläubiger gegen den Eigentümer oder einen bestimmten persönlichen Schuldner zustehen und zustehen werden*").

A *hipoteca de máximo* é sujeita ao mesmo regime jurídico da *Hypothek*, com uma importante diferença: de facto, porque na *hipoteca de máximo* a garantia se associa aos créditos apenas no momento em que o credor exige o respectivo cumprimento, estes são livremente transmissíveis sem a garantia. Cfr. n.º 4 do §1190 BGB e SCHWAB e PRÜTTING, *cit.*, p. 299. Sobre a hipoteca genérica, vide ADRIANO VAZ SERRA, "Hipoteca", p. 59; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 77; AFONSO PATRÃO, "Contratos...", pp. 243ss.

<sup>314</sup> Cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 637. Esta concepção parece compatível com a acessoriedade da *Hypothek*: de facto, a garantia nunca será *independente* se entendermos que a variação do montante em dívida pela constante assunção e extinção de obrigações no seio de uma relação jurídica duradoura implicará sempre conversão de parte da *hipoteca de dívida fundiária* (quando o devedor satisfaz parte do montante em dívida) e desta em *hipoteca* (quando o credor mutua uma tranche adicional de capitais). No fundo, a acessoriedade da hipoteca é sempre respeitada, pois as hipotecas vão-se extinguindo continuamente sempre que desapareçam alguns dos créditos; simplesmente, no uso da regra alemã (que veremos melhor *infra*),

Independentemente da querela, há que sublinhar a superior flexibilidade deste instituto (mesmo acessório) face às garantias que analisámos *supra*.

### 2.2.5. O direito espanhol

O sistema castelhano de garantias imobiliárias é próximo do estabelecido no Código Napoleónico, dada a sua influência no Código Civil Espanhol de 1889<sup>315</sup>. Assim, não apenas é desconhecida uma figura próxima da *Grundschild* (vingando a acessoriedade dos direitos reais de garantia sobre imóveis), como se não encontram na lei hispana as especificidades que apontámos à *Hypothek* germânica: não existe distinção entre *hipoteca de cédula* e *hipoteca de livro*, sendo a distinção entre a *hipoteca de tráfico* e a *hipoteca de seguridad* meramente doutrinal<sup>316</sup>.

---

a extinção da hipoteca não implica a reexpansão da propriedade mas o nascimento de uma *Grundschild*, em execução do princípio da convertibilidade dos gravames (§ 1198 BGB).

<sup>315</sup> A hipoteca do direito espanhol aparece regulada nos arts. 1874.ºss do Código Civil Espanhol de 1889 e na *Ley Hipotecaria*, cujo texto foi consolidado pelo Decreto de 8 de Fevereiro de 1946. Como era expectável, ambos os diplomas sofreram várias alterações, destacando-se a reforma operada pela *Ley 41/2007* pela sua profundidade. A articulação das normas do Código Civil com os preceitos da *Ley Hipotecaria* não obedece a um critério de separação entre disposições substantivas e registais, já que muitos dos aspectos materiais daquele direito real são regulados na *Ley Hipotecaria* e não no Código Civil, o que é desde logo afirmado no seu art. 1880.º: remete-se para aquela quer a forma, os efeitos e a constituição e extinção, quer “*lo demás que no haya sido comprendido en este Capítulo*”. Neste sentido, cfr. VICENTE GUILARTE ZAPATERO, “Comentario al Artículo 1.880 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII (Artículos 1822 a 1886 del Código Civil), 2.ª Edição, MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, 2004, e MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, “La cesión de los créditos hipotecarios”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3447-3471, pp. 3452ss.

Ademais, apesar de não vigorar em Espanha o princípio da taxatividade, no domínio das garantias reais considera-se valer pragmaticamente o *numerus clausus*, conduzindo a uma *taxatividade prática*. Cfr. JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, *Direitos...*, p. 62; MANUEL ESPEJO LERDO DE TEJADA, “Autonomía Privada y Garantías Reales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3747-3770, p. 2748; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 14. Sobre o princípio do *numerus apertus* na ordem jurídica espanhola, vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968, pp. 70-71.

<sup>316</sup> De facto, a doutrina e jurisprudência espanholas classificam as “*hipotecas de seguridad*” pelo facto de “*alguno de los elementos de la obligación asegurada (el sujeto titular, la propia existencia de la obligación garantizada, su importe, su vencimiento...)* no está ab initio, en el momento de la constitución, perfectamente determinado”, exigindo-se apenas a definição da relação jurídica de que emergirá o crédito garantido. Em consequência, nestas, o princípio da fé pública registal não se estende ao crédito, porquanto a sua existência e caracteres não são publicitados (RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, Hipotecas, 8.ª Edição, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 287ss; BEATRIZ SÁENZ JUBERA HIGUERO, “Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007 de reforma o modernización del mercado hipotecario”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 707, 2008, pp. 1245-1274, p. 1248; ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “Apuntes sobre la novación y la accesoriedad en la hipoteca de máximo”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3581-3601, p. 3581; CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, “Patología actual la hipoteca de máximo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 593, 1989, pp. 1113-1152, p. 1113 [sublinhando todavia o carácter pouco elaborado das teses dogmáticas a este respeito — p. 1144]; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca Inmobiliaria y el Derecho Hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 64 [confessando a importação do conceito do direito alemão]; MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, “La hipoteca cambiaria”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 533, 1979, pp. 869-899, p. 876 [“*las hipotecas de seguridad son aquellas que no garantizan la existencia y cuantía del crédito asegurado, el cual únicamente queda indicada en sus líneas fundamentales y cuya determinación se realiza por medios extrahipotecarios*”]; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 38; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 175). Assim, a *hipoteca de seguridad* surge como categoria dogmática onde podem ser subsumidas a hipoteca de

Quanto ao objecto, a hipoteca pode incidir sobre todos os direitos reais de gozo imobiliários alienáveis (n.º 2 do arts. 1874.º do Código Civil Espanhol e 106.º da *Ley Hipotecaria*), vigorando também no direito espanhol o princípio da *totalidade da hipoteca*, sendo por isso impossível onerar parte especificada da coisa<sup>317</sup>.

### a) *Constituição e extinção*

As *hipotecas* são convencionais (por negócio jurídico *inter vivos* [unilateral ou bilateral] ou *mortis causa*)<sup>318</sup> ou legais (quando a lei atribui ao credor o direito potestativo de constituir hipoteca sobre bens do devedor), dependendo em qualquer dos casos da inscrição registal, que é constitutiva (a lei faz depender a *validade* da hipoteca do registo)<sup>319</sup>. As tábuas indicam forçosamente o montante pecuniário da obrigação garantida e dos juros (se estipulados)<sup>320</sup>.

---

obrigação futura ou condicional, hipoteca de dívida decorrente de um contrato de conta-corrente, etc. Já na *hipoteca ordinária* ou de *tráfico*, a determinação cabal do crédito garantido implica o alastramento à própria obrigação garantida da fé pública registal, partindo da norma do art. 144.º da *Ley Hipotecaria*: “*Todo hecho o convenio entre las partes, que pueda modificar o destruir la eficacia de una obligación hipotecaria anterior, como el pago, la compensación, la espera, el pacto o promesa de no pedir, la novación del contrato primitivo y la transacción o compromiso, no surtirá efecto contra tercero, como no se haga constar en el Registro por medio de una inscripción nueva, de una cancelación total o parcial o de una nota marginal, según los casos*”. Sobre esta nota, deve sublinhar-se que os efeitos registais da hipoteca se alargam ao crédito apenas no que tange às relações com terceiros; *inter partes*, podem ser operadas alterações extra-registais à obrigação e, em consequência, ser transformada a garantia que lhe é acessória. Cfr. FERNÁNDEZ DE PALENCIA, *cit.*, p. 3582; FERNANDO CANALS BRAGE, “Comentario al Artículo 144 de la Ley Hipotecaria”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 8 (Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2000, p. 2; BLASCO GASCÓ, *cit.*, p. 65. Este entendimento tem respaldo jurisprudencial — Resolução DGRN de 16 de Março de 1929; Decisão do Tribunal Supremo de 17 de Outubro de 1986.

Repare-se, como sublinham BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 179, que a hipoteca sobre títulos mobiliários ao portador (prevista no art. 154.º da *Ley Hipotecaria*) não é paralela à germânica *hipoteca de cédula*, constituindo instituto jurídico diverso, como melhor explicaremos (*vide infra* p. 419ss).

<sup>317</sup> Assim, será sempre necessário proceder ao emparcelamento do prédio e à constituição da garantia sobre a totalidade do novo imóvel. Este princípio não obsta à oneração da quota ideal de um direito real sobre um imóvel (art. 399.º do Código Civil Espanhol) — CARLOS VÁSQUEZ IRUZUBIETA, “Comentario al Artículo 1874 del Código Civil”, *Transacciones, hipoteca, fianza. Comentarios a los artículos 1809 a 1910 del Código Civil*, Editorial vLex, Madrid, 2009, ponto 5; JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas y anotaciones preventivas en la intermediación inmobiliaria*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 17; MARIA TERESA BENDITO CAÑIZARES, “Comentario al Artículo 104 de la Ley Hipotecaria”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 6 (Artículos 131 a 137 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2000, cap. I.

<sup>318</sup> Diferentemente do que sucede no direito luso, a lei espanhola não regula a prestação de hipoteca por *terceiro*, o que vem gerando discussão doutrinal sobre a natureza da figura e discutindo-se se o proprietário assume a posição jurídica de fiador ou assume pessoalmente a obrigação garantida. Sobre este assunto, *vide* CARMEN ARIJA SOUTULLO, *El tercer...*, p. 25; REBECA CARPI MARTÍN, *La Hipoteca en Garantía de Denda Ajena*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002, pp. 59ss; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *LA HIPOTECA...*, pp. 75ss. Isto é, não é colocada em causa a possibilidade de constituição da hipoteca por quem, no momento da inscrição, não seja o *devedor* (cfr. RODRÍGUEZ OTERO, *cit.*, p. 131); debatem-se apenas os respectivos efeitos.

<sup>319</sup> Cfr. arts. 137.º, 145.º, 158.º e 159.º da *Ley Hipotecaria* e art. 1875.º do Código Civil Espanhol, e *vide* DAMIÁN CANALS PRATS, “Comentario al Artículo 136 de la Ley Hipotecaria”, *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 7 (Artículos 131 a 137 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2004, ponto V; ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “La Protección...”, p. 23; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 48-49; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 132 (“*es el único caso de inscripción constitutiva en nuestro Derecho*”, fazendo o Autor uma resenha histórica da atribuição de valor constitutivo à inscrição [Cuestiones de Derecho Inmobiliario: el derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción — *La valoración de nuestro sistema* Dijusa, Madrid, 2008, pp. 460ss]); MARÍA JULIA SOLLA

Quanto à forma do negócio hipotecário, impõe-se a escritura pública como formalidade *ad substantiam*: a sua validade substantiva depende do cumprimento daquela solenidade, ao contrário do que sucede no direito espanhol para os negócios constitutivos ou translativos dos demais direitos reais (cujas solenidades são prescritas *ad probationem* — restringe-se a prova à escritura pública, nomeadamente para efeitos registais, mas não se fere de invalidez os que hajam sido celebrados de outra forma)<sup>321</sup>.

A extinção da hipoteca ocorre, para além da via acessória (isto é, por desaparecimento do crédito garantido) e dos modos comuns aos demais direitos reais (destruição da coisa, consolidação na esfera jurídica do proprietário, renúncia, etc.), pelo cancelamento da inscrição (consequência do carácter constitutivo do registo)<sup>322</sup>.

### ***b) O Regime Jurídico: Acessoriedade e Indivisibilidade***

---

SASTRE, "Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1875 del Código Civil: la inscripción constitutiva del Derecho real de hipoteca", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 676, 2003, pp. 1115-1174, pp. 1115ss; VICENTE GUILARTE ZAPATERO, "Comentario al Artículo 1875...", cap. IV; AMORÓS GUARDIOLA, *cit.*, p. 1951; XAVIER O'CALLAGHAN, "La hipoteca inmobiliaria. Concepto, caracteres y clases", *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 3 — Derechos reales e hipotecario, 2002, cap. 2.

<sup>320</sup> Tradicionalmente, a necessidade de indicação do *valor da hipoteca* (art. 12.º da *Ley Hipotecaria*) levava a doutrina a concluir que só podiam ser garantidas obrigações pecuniárias (cfr. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 202; MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 631, 1995, pp. 1951-1990, p. 1953). Todavia, a reforma de 2007 veio alterar o texto da lei e tornar controversa esta conclusão, porquanto o novo art. 12.º dispõe "*En la inscripción del derecho real de hipoteca se expresará el importe del principal de la deuda y, en su caso, el de los intereses pactados, o, el importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, identificando las obligaciones garantizadas, cualquiera que sea la naturaleza de éstas y su duración*". Assim, defendem alguns Autores poder a dívida não ser forçosamente pecuniária, embora se imponha a fixação da importância a que corresponda (MANUEL FAUS, "Hipoteca en garantía de varias obligaciones", *Breviario Civil*, Vol. II — Derechos reales especiales, Editorial VLex, 2008, disponível na internet via <http://vlex.com/vid/43915063>, consultado em 18 de Junho de 2010, *passim*; CÉSAR ÁLVAREZ, "La Hipoteca Flotante", *Noticias de Actualidad Jurídica*, n.º 11/2008, 2008, pp. 2-3, p. 2). Grassa assim controvérsia em Espanha sobre o alcance da norma. Sobre a querela, e comentando as interpretações da *Dirección General de los Registros y del Notariado* e do *Colegio de Registradores de la Propiedad*, FERNANDO CANALS BRAGE, "La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos de asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86, n.º 711, 2009, pp. 143-213, pp. 143ss.

Sobre a especialidade, *vide* MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, "La determinación del crédito en la garantía hipotecaria: hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 681, 2004, pp. 249-270, p. 249; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 28.

<sup>321</sup> Cfr. art. 145.º *Ley Hipotecaria*. Quanto à noção de formalidade *ad substantiam* e sua distinção das solenidades *ad probationem*, *vide* o que dizemos *infra* na nota n.º 528. Nos outros direitos reais em Espanha, ensina PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 103, que "*un contrato de venta de inmueble que consta en documento privado es perfectamente válido. Ahora bien, se no se eleva a escritura pública, dicho contrato nos es plenamente eficaz; pues no puede oponer-se a terceros*".

<sup>322</sup> Sobre o cancelamento, *vide*, p. todos, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 513ss. Ao contrário do que sucede nos direitos italiano e francês, não há em regra um prazo de caducidade do registo da hipoteca (cfr. art. 76.º *Ley Hipotecaria*). As causas de extinção dos direitos reais não constam de uma lista exaustiva do Código, sendo inferidas pela doutrina de forma avulsa de algumas disposições. Assim se infere a perda ou destruição da coisa (apenas prevista para a servidão, no n.º 3 do art. 546.º), a consolidação na mesma esfera jurídica (por efeito da elasticidade da propriedade e da regra do art. 1192.º).

A hipoteca do direito espanhol é uma garantia acessória<sup>323</sup>. As implicações da *accessoriedade* são conhecidas dos ordenamentos já analisados: o destino da garantia é o fado da dívida a que se associa, o titular é necessariamente o credor e não pode a caução ser transmitida sem o crédito que garante<sup>324</sup>. Todavia, se a característica da *accessoriedade* não permite que o credor hipotecário aliene apenas a sua garantia, não há entrave a que ceda o *crédito hipotecário*, desde que o faça por escritura pública e a transmissão seja levada a registo<sup>325</sup>.

---

<sup>323</sup> O que era reconhecido pelos autores da primitiva *Ley Hipotecaria* na exposição de motivos: “*La hipoteca, además de ser un derecho real es la garantía de una obligación y por lo tanto, un contrato accesorio y subsidiario de otro principal*”. Neste sentido, *vide* ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “Apuntes...”, p. 3594; FRANCISCO JORDANO FRAGA, “Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesorio en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 653, 1999, pp. 1275-1334, p. 1277 (“*El derecho real de hipoteca, como toda garantía, es un accesorio del crédito que garantiza: no se concibe su existencia sino es para garantía de un determinado crédito*”); FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 33 (“*La hipoteca, se dice y se reitera, tiene carácter accesorio respecto del crédito en cuya garantía se constituyó, de manera que no tiene una existencia independiente del crédito garantizado ni puede pertenecer a persona distinta de su titular*”); M<sup>a</sup> ROSA TAPIA SÁNCHEZ, “El contrato de préstamo bancario. El préstamo sindicado”, *La contratación bancaria*, ENRIQUE GARDEA SOLER E ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN, Dyckinson, Madrid, 2007, pp. 754-772, p. 770 (“*la prenda y la hipoteca son indivisibles*”).

<sup>324</sup> Dispõe o n.º 1 do art. 1857.º do Código Civil Espanhol ser requisito essencial da hipoteca “*que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*”; ademais, estabelece-se que “*la hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*” (cfr. art. 1876.º Código Civil Espanhol e art. 104.º da *Ley Hipotecaria*). *Vide* JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “Accesoriedad y Causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro derecho”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3501-3519, p. 3502; FERNANDO CANALS BRAGE, “La ampliación del Derecho Real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 79, n.º 678 (Julho 2003), 2003, pp. 2255-2296, pp. 2255ss (que é fortemente crítico desta concepção e coloca mesmo em causa a sua vigência, em face das exceções que veremos *infra*); FRANCISCO JORDANO FRAGA, “Transmisión...”, p. 1277; ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “La Protección...”, p. 22. Atente-se que a inversa não é verdadeira: é a hipoteca que é acessória do crédito e não o contrário. Assim, nada impede que a garantia se extinga (por exemplo por uma invalidade própria) sem que isso importe o desaparecimento do crédito garantido (cfr. FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 54).

A ligação incidível a propósito da transmissibilidade do crédito resulta quer do art. 149.º da *Ley Hipotecaria* (“*el cesionario se subrogará en todos los derechos del cedente*”), quer do art. 1528.º do Código Civil (“*La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio*”); quer ainda do art. 150.º da *Ley Hipotecaria* (que prescreve a transmissibilidade automática da hipoteca que caucione obrigações transferíveis por endosso ou títulos ao portador, sem comunicação ao registo ou ao devedor). Este último facto demonstra que, independentemente das condições que se estabelecem para a transmissão da hipoteca, se o crédito estiver materializado num título endossável, a lei abdica de qualquer requisito adicional e faz coincidir a titularidade da hipoteca na pessoa do credor. Sobre esta figura nos pronunciaremos *infra* (pp. 419ss) com mais profundidade. Atente-se, ainda, na possibilidade de *sub-rogação de terceiro* na posição do credor hipotecário, em termos próximos daqueles que o ordenamento pátrio prevê, sempre que o terceiro haja concedido um empréstimo para pagamento da dívida garantida (cfr. ADOLFO CATALAYUD SIERRA, “Régimen jurídico de la subrogación activa o de acreedor tras la Ley 41/2007”, *La Notaría*, n.º 49/50 (Janeiro de 2008), 2008, pp. 11-39, pp. 13ss).

Discute-se se a *accessoriedade* no direito espanhol impõe que a *uma hipoteca* corresponda apenas *um crédito* ou se *uma hipoteca* pode garantir *várias obrigações*, com causas distintas. É pacífica a aceitação de uma hipoteca para caucionar várias prestações assumidas pelo devedor de um *único crédito* (“*así, en el caso de un préstamo, debiendo estar bien determinadas, se cubre la devolución del capital, los intereses ordinarios, los intereses de demora, costas y gastos, etc.*”), e a associação de uma hipoteca a *várias obrigações* desde que com a mesma causa ou com causa dependente (cfr. Resolución da DGRN de 1 de junio de 2006 — “*Obligaciones distintas pueden recibir una única cobertura hipotecaria cuando aquéllas tienen conexión causal entre sí o de dependencia de una respecto de otra*”); todavia, questiona-se se *podem duas obrigações autónomas ser garantidas pela mesma hipoteca* (sobre este assunto, cfr. BLASCO GASCÓ, *cit.*, pp. 235ss).

<sup>325</sup> JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas...*, pp. 29ss; FRANCISCO JORDANO FRAGA, “Transmisión...”, p. 1277 (“*Precisamente porque toda hipoteca exige inexcusablemente, para existir, un crédito del que es accesorio/garantía, es por lo que la hipoteca [el derecho real de garantía] sólo puede transmitirse junto con el concreto crédito del que es accesorio/garantía*”).

Desde cedo, porém, se questionou se o direito castelhano não abria algumas exceções ao princípio da acessoriedade ou, pelo menos, se o seu conteúdo não é um pouco menor do que o clássico<sup>326</sup>.

*Em primeiro lugar*, defendia-se a existência de desvios na faculdade de constituição de *hipotecas de seguridad*. Esta categoria dogmática abrange casos em que se atenuam as exigências da acessoriedade (hipoteca de dívida futura ou condicional, ficando a produção de efeitos da

---

Nada impede, porém, que o credor hipotecário ceda o crédito sem a hipoteca, caso em que esta se extingue — JORDANO FRAGA, *cit.*, p. 1280; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 35. Da mesma forma, cedendo o crédito hipotecário a alguém que seja *credor quirografário* do mesmo devedor, não se proíbe uma *cessão da hipoteca* para o crédito que até aí não beneficiava de garantia especial — BLASCO GASCÓ, *cit.* p. 375.

Detenhamo-nos um pouco na cessão do crédito hipotecário, que é bastante rara em Espanha (cfr. MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, "La cesión...", p. 3448; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 361). Até 2007, além dos *supra* citados preceitos do último parágrafo do art. 149.º da *Ley Hipotecaria* e do art. 1528.º do Código Civil, a doutrina recorria ainda ao primeiro parágrafo do art. 149.º da *Ley Hipotecaria* para demonstrar a acessoriedade da hipoteca, que este espelhava de forma evidente que a cessão do crédito garantido implicava a transmissão da hipoteca: "*El crédito hipotecario puede enajenarse o cederse en todo o en parte, siempre que se haga en escritura pública, de la cual se dé conocimiento al deudor y se inscriba en el Registro*". No fundo, *crédito e hipoteca* eram vistos como conjunto incidível na sua transmissão, em consonância com a prescrição da lei civil, estabelecendo três condições de realização da cessão do crédito e da hipoteca: a formalização em escritura pública (i), a inscrição registral (ii) e a notificação ao devedor (iii). Discutia-se, então, se o incumprimento da obrigação de notificação ao devedor importava a *invalidade* da cessão ou tão-somente a sua ineficácia; neste último caso, questionava-se se se tratava de uma ineficácia perante terceiros ou *inter partes* (já que a disciplina do art. 1527.º do Código Civil não sanciona a falta de notificação *nem mesmo com a ineficácia*: simplesmente, se não for conhecida do devedor a cessão, este podia desobrigar-se pela realização da prestação ao cedente). A posição maioritária ia no sentido da *ineficácia perante terceiros* de uma cessão de crédito hipotecário não notificada ao credor — LOURDES BLANCO PÉREZ-RUBIO, "La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario", *Revista de Derecho Privado*, n.º 5 (Setembro 2003), 2003, pp. 630-657, pp. 630ss; MANUEL AMORÓS GUARDIOLA, "La cesión...", p. 3452; FRANCISCO JORDANO FRAGA, "Transmisión...", p. 1304 (frisando a diferença entre o *registro da hipoteca a favor do cessionário e a notificação do devedor* — p. 1308); FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 376ss.

Ora, a *Ley* 41/2007, que operou uma importante reforma o direito hipotecário espanhol, veio extinguir o requisito da notificação do devedor na transmissão, estabelecendo uma nova redacção para o §1 do art. 149.º da *Ley Hipotecaria*: "*El crédito o préstamo garantizado con hipoteca podrá cederse en todo o en parte de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.526 del Código Civil. La cesión de la titularidad de la hipoteca que garantice un crédito o préstamo deberá hacerse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad*". Assim, desapareceu a exigência de notificação ao devedor, pelo que a cessão dela não depende (embora, na sua falta, o devedor possa desobrigar-se cumprindo a sua prestação para com o cedente [art. 1527.º do Código Civil]). Tal alteração deve-se-á a eliminar a dicotomia entre a eficácia *inter partes* da cessão (que não dependia da notificação) e perante terceiros (cfr. FRANCISCO RODRÍGUEZ BOIX, *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, disponível na internet via [www.notariosregistradores.com](http://www.notariosregistradores.com), consultado em 27 de Outubro de 2010, pp. 1ss).

Mais relevante é o facto de se ter atenuado o tratamento unitário do crédito hipotecário: estabelece-se agora que a cessão *do crédito* se regula pelas regras do Código Civil (não carecendo, por isso, de qualquer formalidade); a transmissão *da hipoteca* carece de escritura pública e inscrição tabular. Isto é, se a alienação do crédito ocorre pelo negócio *não solene* entre cedente e cessionário, a hipoteca só é validamente legada mediante exteriorização da vontade em escritura pública e correspondente inscrição, o que pode defrontar um desencontro temporal entre a transmissão do crédito e da hipoteca, colocando em causa a acessoriedade prescrita na lei civil. Para RODRÍGUEZ BOIX, *ibidem*, este desfasamento não implica qualquer incompatibilidade com o regime da acessoriedade, já que este princípio, no direito hispânico, apenas impede que a hipoteca seja atribuída a uma pessoa diferente do credor, não importando que a cessão de *crédito e hipoteca* ocorram em simultâneo.

<sup>326</sup> Neste sentido, ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, "Apuntes...", p. 3594: "*En mi opinión, lo que se cuestiona no es el carácter accesorio de la hipoteca, que está fuera de toda duda, sino el contenido de esta accesoriedad*"; defendendo o número de exceções coloca em causa a própria vigência do princípio no direito espanhol, FERNANDO CANALS BRAGE, "La ampliación...", cap. I, n.º 2, defendendo que proliferação de exceções coloca em causa a tese de que "*la accesoriedad significa que la hipoteca nace, vive y muere con el crédito*". Um estudo exaustivo sobre os argumentos contra o "*dogma da accesoriedad*" pode ser lido no trabalho de RAMÓN DE LA RICA ARENAL, "La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IV, 1948, pp. 287-327, pp. 297ss.

hipoteca subordinada ao nascimento do crédito (i)<sup>327</sup>; hipoteca de créditos de montante indeterminado, como do contrato de conta-corrente, que merece o epíteto doutrinal de *hipoteca de máximo* (ii)<sup>328</sup>; hipoteca de títulos de crédito endossáveis ou ao portador (iii)<sup>329</sup>.

*Em segundo lugar*, desde a reforma da *Ley Hipotecaria* de 1944/1946 que se admite a *hipoteca de responsabilidad limitada*: as partes convencionam, na constituição da garantia, que a obrigação só se efectivará sobre os bens hipotecados, isentando o demais património do devedor de responder pelo crédito se a coisa onerada não for suficiente para cumprir a obrigação. Isto significa que a *obligación garantida* fica limitada ao *valor da hipoteca*, o que suscita a existência de excepções à *acessoriedade*: é a hipoteca a medida da dívida passando esta a ser acessória daquela; o valor da responsabilidade não depende da obrigação mas da capacidade venal do prédio; o demais património do devedor não reponde pela obrigação<sup>330</sup>.

---

<sup>327</sup> Sobre a noção e conteúdo das *hipotecas de seguridad*, vide o que dissemos *supra*, nota n.º 316. Não se trata de uma excepção a acessoriedade, porquanto a descrição da dívida futura ou condicional consta forçosamente da inscrição. Assim dispõe o art. 142.º da *Ley Hipotecaria*: “La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse”. Cfr. ainda arts. 12.º e 145.º da *Ley Hipotecaria*. Assim, a acessoriedade implica que enquanto o nascimento do crédito estiver sujeito a condição suspensiva, também assim estará a hipoteca: “No ha de decirse como en el derecho alemán que, mientras la hipoteca no se perfeccione por la existencia actual de un crédito, el derecho inscrito es meramente una deuda inmobiliaria de propietario” (BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 207).

Os Autores (*ibidem*, p. 208) vêem na admissibilidade de caucionamento de créditos futuros ou condicionais uma restrição à *acessoriedade da hipoteca*. Temos dúvidas que assim seja. Pelo contrário, cremos encontrar aqui uma manifestação do princípio: a *hipoteca* liga-se de forma genética a um determinado crédito, tabularmente descrito, sendo a sua sorte aquela que vier a caber ao crédito garantido; se ele não vier a produzir efeitos, também a hipoteca será ineficaz. No sentido de que não há excepção à acessoriedade, RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo VIII, p. 301; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 245; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 36, 48 e 290ss; JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “Accesoriedad...”, pp. 3506ss; ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “Apuntes...”, p. 3582.

<sup>328</sup> A *hipoteca de máximo* associada ao contrato de abertura de crédito surge no art. 153.º da *Ley Hipotecaria*. Quanto à sua natureza, apontam-se-lhe 3 elementos: variabilidade do montante garantido (que só será determinado no momento da execução), pelo que o registo publicita a quantia máxima por que responde o crédito (i); a identificação no registo da relação jurídica geradora do crédito (ii); a publicitação do método de determinação do montante do crédito (iii). Sobre a figura, vide BEATRIZ SÁENZ JUBERA HIGUERO, “Hipoteca...”, pp. 1247ss; RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo VIII, pp. 317ss; ELENA BELLOD FERNÁNDEZ DE PALENCIA, “Apuntes...”, pp. 3582ss; JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas...*, pp. 70ss; CÉSAR GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, “Patología...”, pp. 1113ss (que chama a atenção para o facto de que a circunstância de na hipoteca de máximo se fixar o montante máximo por que responde o prédio não é uma característica desta modalidade, já que tal sucede em todas as hipotecas [p. 1115]). Assim, a sua natureza decorre da *indeterminação inicial* de todos os vectores da obrigação assegurada (cfr. o que dissemos na nota n.º 316 sobre a definição de *hipoteca em garantia* no direito espanhol e respectiva inclusão da *hipoteca de máximo*); FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 297ss.

Sobre a admissibilidade desta figura no direito português e o problema da sua natureza, vide referências elencadas na nota n.º 235 e as considerações mais profundas no nosso trabalho “Contratos...”, pp. 245ss.

<sup>329</sup> Cfr. arts. 154.º e 155.º da *Ley Hipotecaria*. Por razões de sequência na exposição de raciocínio, uma vez que a *hipoteca de títulos de crédito* configura uma das hipóteses de solução do problema que nos ocupa, versaremos sobre este instituto *infra*, pp. 420ss.

<sup>330</sup> Assim dispõe o art. 140.º da *Ley Hipotecaria*: “No obstante lo dispuesto en el artículo 105, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes hipotecados. En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor”. Sobre esta figura, vide FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 224 (que levanta a questão de saber se a origem desta figura não estará na *Grundschuld*); RAMÓN DE LA RICA ARENAL, “La obligación...”, p. 304 (que defende que esta



Por fim, aceita-se expressamente a possibilidade de *hipoteca da hipoteca* ou *sub-hipoteca* (que não é mais do que a *cessão da hipoteca* do direito pátio) e a cessão do grau hipotecário. Nestes dois casos, como se percebe, opera-se um destaque entre a garantia e o crédito seguido de nova associação a outra obrigação<sup>331</sup>.

Desde 2007 é ainda mais óbvia a atenuação do princípio da acessoriedade, porquanto se criou a figura da *hipoteca flutuante* pela introdução do art. 153-bis na *Ley Hipotecaria*<sup>332</sup>. Este instituto constitui, com algumas limitações, a figura conhecida entre nós por *hipoteca genérica*: fixando-se um valor máximo e um limite temporal, admite-se a hipoteca de um número ilimitado de obrigações, umas existentes e outras futuras ou eventuais, sem necessidade da sua determinação cabal quanto à sua fonte ou causa. Isto é, trata-se de uma figura que prescinde da *acessoriedade* (bem como da *determinação registal*), já que se permite que “*toda e qualquer dívida a favor de certa instituição de crédito*” esteja coberta pela caução real, conquanto se prevejam os “*actos jurídicos básicos de los que deriven o pueden derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”. A figura não viola o princípio da especialidade, porquanto (para além do montante máximo garantido) se exige a identificação das relações jurídicas de que nascerão as obrigações a garantir (à semelhança da *hipoteca de máximo* já existente), bem como o método de identificação de tais obrigações e o prazo de duração da hipoteca<sup>333</sup>.

---

garantia, não constituindo uma *dívida fundiária* como a do direito alemão, reveste porém a faceta de uma *garantia independente*, porquanto não importa qualquer obrigação pessoal. *Vide* ainda p. 288, onde ensina que tal constitui uma excepção à regra geral, de *responsabilidade pessoal do devedor* com todo o seu património; pp. 291ss, sobre a relação entre a hipoteca tradicional e a responsabilidade pessoal). Como parece resultar da lei, esta modalidade apenas assegura *mútuos* e só pode ser usada nas *hipotecas voluntárias* (RICA ARENAL, *cit.*, pp. 308-309).

Sobre a controvérsia relativa à existência, ou não, de brechas ao princípio da acessoriedade nesta figura, *vide* JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, “*Accesoriedad...*”, pp. 3503ss (especialmente p. 3514), e BLASCO GASCÓ, *cit.*, pp. 227-230. Para os Autores, não há qualquer atenuação da acessoriedade, já que a hipoteca só existe e é válida se o crédito também o for (e se vença) e que o adquirente de um prédio onerado com esta figura não se torna responsável principal pela dívida (embora possa convencionar a assunção da dívida).

<sup>331</sup> Cfr., respectivamente n.º 4 do art. 107.º da *Ley Hipotecaria* e art. 241.º do *Reglamento Hipotecario*. Sobre a cessão do grau hipotecário no direito espanhol, cfr. FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 411ss.

<sup>332</sup> A nova figura é por vezes tratada indiferentemente como *hipoteca de máximo* ou como *hipoteca flotante*, fazendo-se coincidir conceitos que não são idênticos (cfr. CÉSAR ÁLVAREZ, “*La Hipoteca...*”, p. 2). Na verdade, a *hipoteca flutuante* é aquela que pode ser associada a outra dívida diferente da inicialmente garantida com o mesmo grau hipotecário (à semelhança do que vimos suceder com a *hypothèque rechargeable*) e, por isso, é sempre uma *hipoteca de máximo*. Todavia, a expressão *hipoteca de máximo* é utilizada também para as hipotecas (não flutuantes) que garantem uma obrigação de quantia indeterminada, como a dívida emergente de um contrato de conta-corrente (cfr. BEATRIZ SÁENZ JUBERA HIGUERO, “*Hipoteca...*”, p. 1246; MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “*La determinación...*”, ponto 3; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 255ss).

Além deste instituto, em 2007 regulou-se ainda a *hipoteca inversa*, instituto dedicado a consumidores em situação económica muito difícil que, em troca de uma renda (a ressarcir depois da morte do proprietário ou ao fim de um prazo determinado), constituem uma hipoteca sobre o seu imóvel. Uma vez que esta figura apenas se dirige a consumidores, fica fora do âmbito do nosso estudo, pelo que não a desenvolveremos. Sobre a *hipoteca inversa*, *vide* MARIA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ, “*Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa*”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 711, 2009, pp. 215-260, pp. 219ss.

<sup>333</sup> Cfr. BEATRIZ SÁENZ JUBERA HIGUERO, “*Hipoteca...*”, pp. 1260 e 1272; CÉSAR ÁLVAREZ, “*La Hipoteca...*”, p. 2; MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, “*La determinación...*”, ponto 3 (que discutia a sua viabilidade antes da previsão positiva). A hipoteca flutuante está prevista no art. 153-bis da *Ley Hipotecaria*. Assim, será

É certo que a *hipoteca flotante* é aceite somente a favor de instituições financeiras e de instituições públicas. Simplesmente, são estes os titulares da grande maioria das hipotecas, pelo que a introdução da figura no direito espanhol (ainda que limitadamente) implica um alívio da acessoriedade como princípio estruturante do direito hispânico: não pode hoje afirmar-se que *toda a hipoteca* em Espanha é uma garantia acessória<sup>334</sup>.

Por outro lado, e à semelhança do que vimos suceder nos direitos portugueses, francês e italiano, a *hipoteca* espanhola é perpetrada pelo princípio da indivisibilidade, mesmo que o crédito se cinda por fenómeno sucessório ou cessão parcial. Isto é, encontramos a solução simetricamente oposta àquela que vimos para a *Hypothek* germânica, onde a fragmentação do crédito importa a subdivisão da hipoteca. A posição jurídica de cada um dos credores por que se distribuiu o direito originário é idêntica, gozando da protecção da hipoteca sem preferência uns sobre os outros<sup>335</sup>. Este princípio da *indivisibilidade* tem aplicação também ao objecto do direito real, pelo que a divisão da coisa hipotecada conduz à oneração de todos os prédios que resultarem da separação, podendo o titular executar qualquer dos novos prédios em que o primeiro se houver dividido<sup>336</sup>.

---

possível uma hipoteca destinada a garantir todas as obrigações que o devedor assuma ou venha a assumir perante o Banco X, relativas a todas as relações creditórias concedidas para aquisição e recuperação do imóvel Y, até ao montante Z: “*es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexos causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación*” — FERNANDO AZOFRA, “Hipotecas...”, p. 1182. No fundo, a grande diferença entre esta hipoteca fluante e a anteriormente aceite *hipoteca de máximo* está na identificação do crédito: na hipoteca de máximo, identifica-se necessariamente o negócio jurídico que gerará a obrigação (futura ou condicional); na hipoteca fluante, basta a determinação da relação económica entre as duas partes.

<sup>334</sup> Neste sentido, OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca...*, p. 19. Em sentido contrário, FERNANDO AZOFRA, “Hipotecas...”, pp. 1197 e 1198: o Autor considera que a acessoriedade existe, simplesmente é matizada — a hipoteca fluante será acessória *das dívidas que venham a surgir entre aquele devedor e credor na relação jurídica identificada*. Segundo a sua opinião, a prova de que a acessoriedade existe estará da invalidade de uma hipoteca genérica (sobre todas as dívidas entre credor e devedor, sem indicação da causa). Por nossa parte, como explicámos, consideramos que a identificação da relação jurídica é uma exigência de *determinabilidade* e não propriamente da acessoriedade: esta última exige que a uma hipoteca se associe um crédito, o que não sucede da *hipoteca fluante*. Sublinhe-se, ademais, que o Autor se mostra fortemente crítico da restrição da hipoteca fluante a *certos credores* (*cit.*, pp. 1204ss).

<sup>335</sup> Cfr. n.º 1 do art. 1860.º do Código Civil (“*La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causabientes del deudor o del acreedor*”) e parágrafos 2 e 3 do mesmo artigo; art. 122.º da *Ley Hipotecaria*, que estabelece o princípio da integridade da hipoteca. Simplesmente, como bem notam BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 229, a previsão de uma solução diametralmente contrária redundaria no mesmo resultado da ordem jurídica alemã: estabelecer que a hipoteca garante sempre o crédito original, não obstante a cisão da dívida, é o mesmo do que estatuir que a segmentação da dívida dá origem a várias hipotecas com o mesmo grau de preferência. *Vide*, ainda, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 248; JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas...*, p. 38; LINO RODRÍGUEZ OTERO, *Instituciones...*, Tomo III, p. 196.

A única excepção encontra-se no caso de a cessão parcial do crédito ter ocorrido por *sub-rogação do credor*, legal ou voluntária. Neste caso, o legislador espanhol determina (art. 1212.º do Código Civil) que quem exerce a sub-rogação parcial não goza de prioridade em relação ao sub-rogado, pois estabelece que a sub-rogação do credor implica a transmissão dos direitos associados ao crédito “*ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de las hipotecas*”. Ou seja, *não se estabelece* que a sub-rogação prejudique o credor, produzindo efeitos apenas para com terceiros e com o devedor (cfr. PÉREZ GONZÁLEZ e JOSÉ ALGUER, *cit.*, p. 229).

<sup>336</sup> Neste caso, se forem indicadas quais os montantes garantidos por cada uma das partes do prédio originariamente hipotecado, é lícito ao devedor exigir a extinção de um dos gravames quando os demais

O princípio da indivisibilidade, no entanto, não é imperativo, aceitando-se convenção em sentido contrário<sup>337</sup>.

### c) *Modelação contratual do conteúdo da hipoteca*

O direito espanhol é dotado de considerável rigidez.

Assim, no que tange à *restrição contratual dos direitos do credor hipotecário* (e com excepção da *hipoteca de responsabilidade limitada* que vimos *supra*), há uma absoluta aversão: o pacto que limite o poder de execução do credor hipotecário à condição de *outro* credor promover a venda da coisa onerada “*choca con la esencia misma del derecho de hipoteca*”, não sendo por isso admitido; a convenção pela qual se proíbe o titular de *sub-hipotecar* contraria norma imperativa; a jurisprudência espanhola (quer da Direcção-Geral, quer do Tribunal Supremo) considera ilícitas as convenções que proíbam a oneração, alienação ou arrendamento da coisa hipotecada<sup>338</sup>. Alguma doutrina, porém, admite a possibilidade de convencionar limites à extensão da hipoteca: que a hipoteca sobre um prédio rústico não alastrará ao edifício aí construído; que as eventuais acessões naturais de que o prédio venha a beneficiar não estarão oneradas; etc.<sup>339</sup>. Note-se, ainda, ter matriz imperativa o conjunto de mecanismos ao dispor do titular da hipoteca para assegurar a existência da garantia, designadamente o recurso à *acção de devastação* (onde o titular pede ao tribunal que aprecie a culpa do proprietário na deterioração do valor da coisa empenhada e tome as providências para o impedir — art. 117.º *Ley Hipotecaria*)<sup>340</sup>.

Já no que concerne à *ampliação dos poderes* do titular da garantia, a lei espanhola é mais permissiva, embora de forma demarcada. Assim, a *Ley Hipotecaria* determina poder ser convencionada a *venda extrajudicial* da coisa hipotecada na falta de cumprimento, abdicando-se da necessidade de recurso às vias judiciais e permite-se a *extensão objectiva do objecto da hipoteca* aos frutos da coisa hipotecada<sup>341</sup>.

---

constituam garantia suficiente (cfr. arts. 123.º e 124.º da *Ley Hipotecaria* e FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 50ss e 249ss). Semelhante faculdade não é dada ao devedor que constitua *várias hipotecas* para garantir um único crédito em *hipoteca solidária* ou que *não inscreva* uma afectação de cada um dos prédios a montantes determinados da dívida inicial. Sobre este problema, ÁNGEL SERRANO DE NICOLÁS, “¿Indivisibilidad y accesoriedad de la hipoteca? Dos cuestiones candentes del Derecho hipotecario en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo”, *La Notaria*, n.ºs 53 e 54, 2008, pp. 137-140, p. 138.

<sup>337</sup> Cfr. Resolução DGRN de 8.4.2002, publicada na *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 678, 2003.

<sup>338</sup> Quanto à primeira cláusula, cfr. BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 259; quanto à segunda, cfr. n.º 4.º do art. 107.º da *Ley Hipotecaria* e FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 44. Uma análise das decisões da DGRN é feita por JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas...*, p. 42.

<sup>339</sup> FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 186. Como o Autor admite, porém, não há consagração jurisprudencial desta leitura e são concitáveis problemas atinentes ao princípio da totalidade dos direitos reais.

<sup>340</sup> O direito espanhol prevê ainda o vencimento antecipado do crédito por diminuição da garantia patrimonial, embora seja discutível a qualificação da norma como *real* ou *obrigacional* (n.º 3 do art. 1129.º do Código Civil).

<sup>341</sup> A extensão aos frutos é prevista no art. 111.º da *Ley Hipotecaria*. Quanto à cláusula de execução extrajudicial, repare-se que não conduz à execução privada pelo credor mas à venda *notarial* do imóvel, de acordo com as

À semelhança da maioria das leis europeias, não se aceita todavia o pacto comissório, expressamente vedado pelo art. 1859.º do Código Civil Espanhol. Importa porém sublinhar que a proibição do pacto comissório não é entendida de forma tão absoluta como à luz da legislação portuguesa: doutrina e jurisprudência vêm considerando *não* ser proibida a *promessa de venda* da coisa ao credor hipotecário por valor determinado ou a adjudicação da coisa ao credor na falta de licitante na execução<sup>342</sup>. Assim, o direito espanhol parece mais protector do credor do que os institutos congéneres dos direitos português e italiano: admite um conjunto alargado de convenções que conduzem a um *reforço da segurança* do financiador, ao mesmo tempo que é menos vincado na proibição do pacto comissório.

### 2.2.6. O direito anglo-saxónico (Inglaterra e País de Gales).

O ordenamento jurídico da *common law* conhece hoje uma figura análoga às que vimos analisando: a *mortgage*, com origem no direito franco, acabou por se tornar num gravame bastante semelhante à *hypotheca* de matriz romanista, depois de uma importante evolução<sup>343</sup>.

---

regras estabelecidas no regulamento hipotecário (cfr. art. 1858.º do Código Civil Espanhol e art. 129.º da *Ley Hipotecaria*: “Además, en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada”. No ensinamento de BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 259, “es evidente que pueden pactar expresamente la exclusión de dicho procedimiento”.

<sup>342</sup> BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 259; Resoluções da Direcção-Geral dos Registos e Notariado de Espanha de 9 de Fevereiro de 1901 e 29 de Agosto de 1933; JOSÉ MANUEL FÍNEZ RATÓN, “Garantías Reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3829-3839, pp. 3831ss.

<sup>343</sup> O penhor de coisa (que incidia sobre móveis e imóveis) assumia no direito franco duas modalidades: *mortgage* e *vif-gage* (penhor morto e penhor vivo, respectivamente). No *penhor vivo*, os frutos da coisa empenhada eram propriedade do credor, que deveria imputar o seu valor na dívida; aproximava-se, assim, da consignação de rendimentos, pois cumpria simultaneamente a função de garantia e de cumprimento da obrigação. No *penhor morto*, não obstante os frutos serem igualmente percebidos pelo credor, não eram descontados ao crédito, sendo tidos como rendimento do crédito. Como se percebe, no penhor morto, a valência da *mortgage* como garantia era secundária, já que o primordial interesse do credor residia no rendimento que retirava da coisa empenhada, assumindo o credor uma posição muito próxima da de um proprietário. Ademais, na falta de pagamento tempestivo, o devedor perderia a coisa para o credor.

O *mort-gage*, sendo instituto comum na Europa (como vimos *supra* [nota 275], no direito germânico tomava o nome de *Satzung* germânica) constitui a primeira fase da *mortgage* inglesa, a quem deve a sua designação. Simplesmente, o *penhor morto* foi proibido pelo Papa Alexandre III, razão pela qual a figura desapareceu do continente; todavia, “*naí desenvolver-se em Inglaterra, permitindo a common law que o credor possa vender a coisa onerada, em caso de incumprimento pelo devedor, ou até de fazer seu o imóvel em pagamento da dívida*” — ARMINDO RIBEIRO MENDES, “Um novo...”, p. 67; GARY WATT, “The Eurohypothec...”, p. 182; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 368. Numa segunda fase (entre os séculos XIII e XV), a *mortgage* assume as vestes de alienação fiduciária: “*the pledging of lands was replaced by a conveyance to the lender of the fee simple estate in the borrower’s land — the fee simple estate being the largest right of land ownership recognised in English private law*”, pelo que o devedor recuperaria a *ownership* pelo pagamento atempado da dívida. A *mortgage* atribuía ao credor o direito aceder à posse da coisa, mas geralmente só o fazia quando o devedor não pagava tempestivamente (AKKERMANS, *ibidem*; WATT, *cit*, p. 182).

Ainda nesta segunda fase, a partir do fim do século XV e até ao *Land Property Act* de 1925, a *English classic mortgage* passou a compreender um acordo de *reversão* da coisa. No fundo, a *mortgage* passou a constituir, em substância, uma garantia especial das obrigações que não pretendia atribuir ao credor a propriedade da coisa. Simplesmente, a hipoteca “*comprised a conveyance of the debtor’s fee simple estate to the mortgagee followed by re-conveyance in the debtor repaid*

Esta garantia, inserida no sistema jurídico-real anglo-saxónico, materializa a atribuição pelo proprietário (*mortgagor*) ao credor (*mortgagee*) de um direito (que pode ser um *legal interest* ou um *equitable interest*) sobre um imóvel; este será depois devolvido ao proprietário aquando da extinção da dívida (a *mortgage debt*). À imagem dos institutos correspondentes de direito continental, o credor adquire um direito *in rem* (e não apenas *in personam*) que lhe permite pagar-se com preferência face aos demais credores à custa do valor da coisa onerada. É por isso que, desde o *Land Registration Act* de 2002, se chegou à conclusão que “*the English mortgage is in essence the same thing as the Hypotheca of the Civilians*”<sup>344</sup>.

---

*the debt by a certain date*”, consolidando-se a coisa na esfera jurídica do credor se a dívida não se extinguisse dentro do prazo. Aliás, mesmo o pagamento atempado da dívida não garantia a devolução da coisa, porquanto a *common law* permitia que o credor a mantivesse, indemnizando o devedor. Tal resultado podia, porém, ser corrigido na jurisdição da *equity* (a partir do séc. XVII), que atribuía ao devedor o poder de manter a posse da coisa (independentemente da propriedade) e de a recuperar pelo pagamento da dívida, mesmo depois de ultrapassado o prazo: é o “*equity right of redemption*”, que criou uma enorme discrepância entre a *law* e a *equity* e conduziu, do ponto de vista prático, a que a coisa hipotecada ficasse geralmente na posse do devedor (cfr. WATT, *cit.*, pp. 182-183; AKKERMANS, *cit.*, p. 368). O “*fee simple*” será a tradução mais próxima, em direito inglês, da *propriedade* continental; rigorosamente, a propriedade dos bens pertence à Rainha, pelo que o mais amplo direito que se exerce sobre os prédios é o *fee simple* (ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 110). Esta será, no fundo, a principal distinção entre o direito continental e o direito anglo-saxónico (abrangendo os direitos sueco e dinamarquês), por força da imunidade que este sistema jurídico encontrou ao direito romano na área do direito das coisas — este centrado na noção de *dominium* e aquele nas relações entre sujeitos (cfr. SJEFF VAN ERP, “A Comparative...”, p. 75; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “A comparative...”, p. 203).

Assim, antes da entrada em vigor do *Land Property Act* de 1925, eram 3 as formas de constituição da *mortgage* (que, como vimos, se traduzia na *ownership* desacompanhada da posse): a simples transmissão da propriedade com a cláusula de reversão no momento do pagamento da dívida (i); a conversão da *leasehold* — o credor adquiria um direito temporário sobre a coisa (um *leasehold interest*) e, caso a dívida não fosse paga até ao fim desse prazo, o seu direito estendia-se até ao “*fee simple*” (ii); a criação por *equity* (a oneração de uma coisa detida a esse título, como por exemplo no quadro de um *trust*) (iii). cfr. G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, p. 717.

Este desenho da *mortgage* desaparece por mão do *Land Property Act* de 1925, que vem valorizar o carácter de garantia da *mortgage*, afastando a sua ligação à *ownership* da coisa e proibindo a atribuição do *fee simple* com a hipoteca, pelo que este se mantém sempre no *mortgagor*: “*A mortgage is a conveyance or other disposition of an interest in property designed to secure the payment of money or the discharge of some other obligation*” (*Cheshire and Burn's...*, *cit.*, p. 717). Cfr. §85 do *Land of Property Act* de 1925, entretanto modificado pelo *Land Registration Act* de 2002 e pelo *Law of Property Act* de 1989. Em 1925, portanto, o direito inglês afastou-se do americano, convertendo a *mortgage* (entendida até aí como a transmissão da *ownership* desacompanhada da posse) em figura próxima à da hipoteca de direito continental (cfr. G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, pp. 720-722; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 519; MANUEL CASERO MEJÍAS, “La Eurohipoteca...”, p. 107; WATT, *cit.*, p. 183). Do ponto de vista prático, tornaram-se possíveis segundas e subsequentes hipotecas sobre a mesma coisa, já que a *ownership* se mantém no devedor — é a *terceira fase da mortgage*.

Ainda assim, na *mortgage* do século XX, há a descrição de um direito sobre a coisa. Este direito poderia assumir duas modalidades: um *direito de gozo* sobre o prédio por 3000 anos, revogável pelo pagamento da dívida (i); ou uma “*charge by way of legal mortgage*”, ónus sobre o prédio que consiste no direito de constituir a primeira modalidade de *mortgage* (possibilidade de receber um *leasehold* sobre o prédio por 3000 anos no caso de o devedor não cumprir no prazo acordado) (ii). Como se percebe, a segunda modalidade é já muito próxima da hipoteca continental, porquanto a coisa responde apenas *no caso de incumprimento* da dívida, não havendo propriamente uma *dedução* dos poderes de gozo do proprietário. Já a primeira mantém-se próxima da noção tradicional da *mortgage*. É esta a razão pela qual, em meados do século XX, alguma doutrina continua a definir esta figura como a “*transfer of ownership by way of security*” (ULRICH DROBNIG E ROY GOODE, “Security for payment in export and import transactions”, *Commercial Operations in Europe*, ROY GOODE E K. R. SIMMONDS, A. W. Sijthoff, Leyden, 1978, pp. 339-371, p. 343).

<sup>344</sup> GARY WATT, “The Eurohypothec...”, p. 184. *Vide* a evolução da *mortgage* que descrevemos na nota anterior.

A constituição da *mortgage* tem duas modalidades: a primeira (partidária da tradição anterior ao *Land Property Act* de 1925) é a *mortgage by demise*: o credor adquire um direito de absoluto (*leasehold*) sobre o prédio por um período de tempo determinado, ficando o *mortgagor* com um direito de reversão, a exercer no momento da extinção da dívida. A segunda modalidade é constituição por contrato, denominado “*legal charge by deed expressed to be by way of legal mortgage*”, sendo ainda necessária a inscrição registral<sup>345</sup>.

A primeira modalidade está em vias de extinção: efectivamente, não apenas caiu em desuso como é proibida pelo *Land Registration Act* de 2002 para todos os prédios descritos no registo. A isto acresce que, nos termos do mesmo diploma, a descrição dos prédios é legalmente determinada num conjunto alargado de circunstâncias (tendentes a eliminar os casos de prédios omissos), designadamente sempre que ocorra qualquer transacção imobiliária. Nessa medida, esta figura desaparecerá à medida que o Registo Predial cobrir todas as propriedades<sup>346</sup>.

A *mortgage* pressupõe a existência de um crédito, tratando-se, assim, de uma garantia acessória. O princípio da acessoriedade, todavia, não é entendido tão estritamente quanto conhecemos do direito luso: é possível associar a garantia a *todos os créditos que venham a surgir entre aquelas duas partes até ao montante X*; isto é, é admissível a hipoteca genérica, o que não é viável nos ordenamentos que prescrevem mais rigidamente a acessoriedade da hipoteca<sup>347</sup>.

Ao proprietário, a ordem jurídica atribui o direito de extinguir a *mortgage* pelo pagamento da obrigação, faculdade irrenunciável e judicialmente exigível<sup>348</sup>. Ao *mortgagee*, no

---

<sup>345</sup> Sobre a primeira modalidade, *vide* o que dissemos na nota n.º 343 sobre a *mortgage* anterior ao *Land Property Act* de 1925. Este direito absoluto a prazo conferido ao *mortgagee* não põe em causa, porém, que o *legal fee simple* permaneça na esfera jurídica do *mortgagor*, já que é um direito *in alieno solo*. Neste sentido, G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, p. 724. No que concerne à segunda modalidade, cfr. §4, n.º 1, alínea g) do *Land Registration Act* de 2002. Nos termos do §7 do mesmo diploma, a omissão do registo obrigatório provoca a ineficácia total dos actos a ele sujeitos. Repare-se que é a instituição do registo predial que se deve a instauração do princípio da taxatividade, já que passou a considerar *equitable interests* todos os direitos não previstos na lista do *Land Registration Act* (cfr. SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 77).

<sup>346</sup> Cfr. §4 a §8 do *Land Registration Act* de 2002. O *Land Registration Act* de 1925 (que acompanhava as regras do *Land Property Act* de 1925) não impunha o registo obrigatório: “*the proprietor of registered land had in general terms the same powers to mortgage the land as if the land had not been registered*” (G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, p. 724). Desde o *Land Registration Act* de 2002, tal deixou de ser possível: nos termos do §23, n.º 1, alínea a), o proprietário de prédio descrito não pode constituir uma *mortgage by demise*: “*Owner's powers in relation to a registered estate consist of (a) power to make a disposition of any kind permitted by the general law in relation to an interest of that description, other than a mortgage by demise or sub-demise*” (sublinhado nosso). Sobre a obsolescência da *mortgage by demise*, cfr. CHESHIRE, BURN e CARTWRIGHT, *cit.*, p. 725; sobre a reforma registral inglesa, *vide* SERGIO NASARRE AZNAR, "La reforma del Derecho registral inglés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 683, 2004, pp. 1285-1314, pp. 1285ss.

<sup>347</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 107. É por esta razão que o autor repudia a habitual tradução de *mortgage* por *hipoteca*: “*La habitual traducción del concepto de mortgage por hipoteca induce a confusión, porque a través de ello se conecta con principio accesoriedad*”. Este facto não impede, porém, que a doutrina venha indicando a *mortgage* como garantia estritamente acessória — cfr. NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 11.

<sup>348</sup> G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, pp. 756ss; GARY WATT, "The Eurohypothe...", p. 185.

caso de incumprimento, a ordem jurídica atribui vários poderes sobre o proprietário (mesmo que não seja devedor): o poder de exigir pessoalmente o cumprimento da obrigação do *mortgagor* (i); o direito de aceder a posse da coisa onerada (ii), a faculdade de receber os frutos da coisa (iii), o poder de promover a venda da coisa e de se pagar à sua custa (iv) e de adquirir a coisa onerada (v).

Isto é, há importantes diferenças do instituto inglês face as garantias imobiliárias acessórias dos direitos continentais. *Do lado passivo*, apesar da acessoriedade, a extinção da dívida não provoca automaticamente a redenção da garantia; *do lado activo*, o credor hipotecário adquire um leque de poderes mais alargado, para além da faculdade de executar a coisa: quando o *mortgagor* não é o devedor principal, a constituição da hipoteca implica a criação de uma *garantia pessoal do proprietário* (para além da garantia real); a *mortgage* abrange a possibilidade de o credor tomar a posse da coisa e, assim, acresce um *direito de retenção* à viabilidade de execução; a garantia permite ao credor, por outro lado, substituir o proprietário na percepção dos frutos da coisa, abrangendo por isso uma figura próxima à *consignação de rendimentos*<sup>349</sup>.

Estas diferenças são determinantes: um credor garantido por *mortgage* tem, no fundo, uma *garantia imobiliária muito ampla* que lhe permite utilizá-la da forma que reputar mais eficaz para satisfação do seu crédito. Esta posição jurídica não tem paralelo nos direitos de *civil law*, porquanto aí cada um destes poderes corresponde a uma garantia diferente. No fundo, se nos ordenamentos jurídicos continentais “*todos los detalles de las hipotecas son regulados mediante disposiciones legales, [...] en Inglaterra las partes fijan libremente todas las modalidades de hipoteca en el contrato hipotecario*”<sup>350</sup>.

A acrescer a estas importantes diferenças, deve notar-se que a importância relativa da *mortgage* face às demais garantias é menor no direito inglês. Na verdade, a existência da *floating charge* (que onera todo o património do devedor [necessariamente uma pessoa colectiva], ficando dormente até que o credor a decida *crystalizar* e pode ser até combinada com a *mortgage*) vem determinar uma perda de relevância da hipoteca, não obstante esta ser mais eficaz face a terceiros<sup>351</sup>.

---

<sup>349</sup> G. C. CHESHIRE, E. H. BURN E J. CARTWRIGHT, *Cheshire and Burn's...*, p. 764. Os Professores lembram, porém, que “*it is not usual, however, for a mortgagee, despite his legal right, to enter in possession of the mortgaged property, unless he wishes to do so as a preliminary to exercising his statutory powers sale, when the mortgagor is in default*”.

<sup>350</sup> OTMAR STÖCKER, “La Eurohipoteca: un medio...”, p. 17. Para ilustrar este *status quo*, o Autor aduz que “*un banquero inglés diría: ‘Para garantizar mi préstamo tengo una hipoteca que tiene las modalidades siguientes:...’; ‘un banquero continental afirmaría: ‘tengo una hipoteca’ – y todos conocen las modalidades de su garantía hipotecaria*”.

<sup>351</sup> Sobre a *floating charge* e suas vantagens e desvantagens para o credor, cfr. MICHAEL BRIDGE, “The English law of security: creditor-friendly but unreformed”, *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 81-97, pp. 85ss; FRÉDÉRIQUE DAHAN, “La Floating Charge: Reconnaissance en France d'une sûreté anglaise”, *Journal du Droit International*, Ano 123, n.º 2,

### 2.2.7. Outras garantias acessórias

Além das figuras que tratámos com maior detalhe (as que representam um certo paradigma e aquelas que, pela sua especificidade, comprovam a disparidade jurídico-material), no espaço europeu não parecem coexistir garantias imobiliárias iguais: cada Estado-Membro regulou de forma autónoma o instituto correspondente. De forma muito sintética, indicamos algumas particularidades de garantias imobiliárias de outros ordenamentos europeus.

#### 2.2.7.1. A Hypothek do direito austríaco

A *Hypothek* prevista pela lei austríaca, no essencial, é semelhante à *Hypothek* alemã. Na verdade, a principal distinção que neste particular avulta é o facto de a lei austríaca não conhecer garantias independentes, pelo que o catálogo de garantias imobiliárias tem na *hipoteca acessória* o seu membro mais importante. Simplesmente, a acessoriedade não é entendida no direito austríaco de modo tão intenso como aquele que resulta das congéneres sob influência do Código Napoleónico, porquanto há um conjunto de disposições que permitem atenuar a acessoriedade (razão pela qual alguma doutrina coloca a garantia imobiliária austríaca num *terceiro grupo*, entre as garantias acessórias e independentes)<sup>352</sup>.

A sua constituição depende de negócio jurídico e inscrição tabular. Tal como a congénere alemã, a validade do negócio de constituição não depende de solenidade notarial, embora a obrigatoriedade surja de modo indirecto por força das regras do registo: este só admite a prova do negócio por documento público, o que equivale a dizer que há uma imposição de escritura como formalidade *ad probationem*<sup>353</sup>.

Já a inscrição registal (*Intabulation*) supõe um *negócio real*, de oneração da coisa, cuja validade *depende* da validade do negócio obrigacional (afastando-se o *princípio da abstracção*). No fundo, enquanto que no direito alemão encontramos um *sistema abstracto de tradição* (a validade do negócio real não depende do contrato obrigacional), no direito austríaco vigora um *sistema causal*, pois o título de transmissão é condição imprescindível à validade do negócio real<sup>354</sup>.

---

1996, pp. 381-404, p. 382. A oponibilidade a terceiros da *floating charge* é assegurada por inscrição registal e por menção em todos os documentos da sociedade devedora.

<sup>352</sup> Neste sentido, NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 12.

<sup>353</sup> Cfr. §451 e §431 ABGB; NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 12; MÓNICA JARDIM, "O sistema registal austríaco", *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves — Studia Iuridica n.º 91*, Vol. II, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, pp. 329-365, p. 332.

<sup>354</sup> Cfr. §433 ABGB. *Vide* MÓNICA JARDIM, "O sistema registal austríaco", p. 335, e KARL KREUZER, "La propriété...", pp. 94-96.



### 2.2.7.2. A hipoteca bancária do direito holandês

No direito holandês, a hipoteca é caracterizada como instituto acessório (à semelhança da *hypothèque* do Código Napoleónico), o que não obsta à sua associação a dívida futura ou condicional. A sua constituição depende de instrumento público notarial (restrito, como veremos *infra*, a tabeliões neerlandeses) que mencione expressamente a obrigação garantida e o seu montante<sup>355</sup>.

Quanto à sua modelação negocial, a garantia reveste alguma flexibilidade que não encontramos nas principais congéneres. Se o pacto comissório é absolutamente vedado, algumas convenções são legalmente admitidas: por exemplo, pode convencionar-se que o arrendamento do imóvel hipotecado fica sujeito a autorização do credor hipotecário (o que se liga à regra executiva holandesa segundo a qual o arrendamento é oponível ao adquirente na venda executiva, o que poderia desvalorizar o imóvel onerado)<sup>356</sup>.

Todavia, o comércio jurídico neerlandês rapidamente denotou a necessidade de uma garantia imobiliária que se não extinguisse pelo cumprimento da obrigação, podendo ser associada a outras dívidas. Assim, ao lado da hipoteca *fixa* surgiu a *hipoteca bancária*, que se tornou mais habitual no mercado de crédito: “*asegura todos los créditos recíprocos y futuros del acreedor, por ejemplo, como consecuencia de una determinada relación bancaria, garantizando la responsabilidad hasta un límite máximo*”<sup>357</sup>. Ora, o facto de o mercado hipotecário entender esta garantia como a figura *normal* parece revelar uma apetência natural dos operadores económicos por garantias imobiliárias mais flexíveis<sup>358</sup>.

Não se trata, porém, de uma *dívida fundiária* como a congénere germânica que veremos *infra*: na verdade, esta garantia não pode ser titulada pelo proprietário da coisa e extingue-se pelo perecimento de *todas* as dívidas identificadas como associáveis à garantia (caso em que o proprietário pode exigir o respectivo cancelamento). É, ao invés, uma figura que *depende da existência* de um crédito (ainda que futuro), embora não careça de ser determinado; por outras palavras, constitui uma *hipoteca genérica*, que se afasta do modelo romano de hipoteca. Assim, é difícil a sua categorização no que respeita à sua independência ou acessoriedade: “*A través de la constitución de una hipoteca bancaria puede obtenerse como resultado*

---

<sup>355</sup> Cfr. art. 3:260 do Código Civil Holandês (*Burgerlijk Wetboek*). Quanto à restrição aos notários holandeses, cfr. art. 3:31 e o que dizemos *infra*, na nota n.º 601. Quanto à feição acessória da hipoteca, *vide* BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 294. O direito de hipoteca é definido pelo art. 3:227 do *Burgerlijk Wetboek*.

<sup>356</sup> Cfr. art. 3:325 *Burgerlijk Wetboek*; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, pp. 295-296.

<sup>357</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, “La Eurohipoteca...”, p. 104; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 296.

<sup>358</sup> Cfr. BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 297.

(desde un punto de vista de la línea de crédito) efectos que se asemejan a una hipoteca de contrato máximo y, desde un punto de vista comercial incluso recuerdan a una deuda territorial<sup>359</sup>.

### 2.2.7.3. A *ejerpantebrev* do direito dinamarquês

A hipoteca, no direito dinamarquês, é composta por um reconhecimento escrito de certa dívida cujo cumprimento é garantido por uma coisa.

Pode revestir duas formas: a *pantebrev* e a *ejerpantebrev*. A primeira é “una hipoteca fuertemente accesoria incorporada a un título, que se constituye por el propietario en garantía de un determinado crédito”<sup>360</sup>. Já a *ejerpantebrev* é uma hipoteca a favor do proprietário (e independente de qualquer crédito), assente num título que pode ser transmitido a um credor para garantia de certa obrigação, constituindo-se um *penhor* sobre esse título: “El Banco no obtiene el derecho pleno sobre ella, sino un derecho de prenda sobre ese *ejerpantebrev*”. Extinta a dívida, extingue-se também o penhor sobre o título, sendo este devolvido ao proprietário que, assim, o pode utilizar para garantir um outro crédito.

Como se percebe, este encadeamento de uma *garantia independente* assente num *título que pode ser empenhado* satisfaz, na prática, as mesmas necessidades supridas pela *Grundschild*, mediante uma flexibilização da acessoriedade da hipoteca.

### 2.2.7.4. A flexibilização da *hypothèque* no Código belga

O Código Napoleónico vigente na Bélgica não conheceu as originalidades que o congénere gaulês inaugurou em 2006. Ainda assim, o legislador belga operou uma flexibilização da acessoriedade originária, admitindo expressamente a hipoteca de dívidas *determináveis* mas ainda *não determinadas*, de que o exemplo mais paradigmático é o das obrigações que vierem a nascer de um contrato de abertura de crédito<sup>361</sup>.

### 2.2.7.5. A *hypoteka* lituana

Também na Lituânia, depois do período socialista, foi introduzida a *hypoteka* em termos clássicos, perpetrada pela acessoriedade estrita, pelo registo constitutivo e pelo princípio da especialidade. Todavia, surgem especificidades na proibição do pacto

---

<sup>359</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 104.

<sup>360</sup> Os dados e a citação são de MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 105.

<sup>361</sup> ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 104. Sublinhe-se que no direito belga a inscrição registal da hipoteca é condição absoluta de eficácia, ao invés do que sucede nos demais direitos reais (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 87).

comissório: embora afirmada categoricamente, a lei determina que no caso de se frustrarem três tentativas de venda executiva, *a coisa hipotecada é entregue ao credor*. Existe, assim, um *pacto comissório de origem legal*, ainda que apenas mobilizado subsidiariamente<sup>362</sup>.

### 2.3. As hipotecas independentes — garantias reais imobiliárias não acessórias

A doutrina alemã não tem dúvidas quanto à identificação da principal razão pela qual os bancos germânicos não foram atraídos para a concessão de crédito hipotecário em outros Estados-Membros: *“most Western European legal systems only made provision for accessory mortgages and the German mortgage banks were therefore unable to apply the contractual structures and procedures used at home based on the Grundschild”*. A vigência, em certos países, de *hipotecas independentes* traça uma disparidade fundamental entre ordenamentos jurídicos da Europa comunitária, já que estas, como veremos, reforçam de forma preponderante a posição do credor. Assim, tem-se revelado uma preferência clara dos financiadores por sistemas que admitem garantias imobiliárias *não acessórias*<sup>363</sup>.

Efectivamente, muitos aspectos que caracterizam a *rigidez* das hipotecas acessórias são contrapostos por uma enorme flexibilidade destas *garantias independentes*: veja-se a possibilidade de conservação do grau hipotecário pela extinção do crédito; a fácil associação da mesma garantia a novos créditos ou a obrigações surgidas de um contrato de conta-corrente; a especial adequação a financiamentos por tranches ou a consórcios de devedores; a facilidade de cobertura de obrigações acessórias; a livre transmissão da garantia (que constitui uma alternativa à execução); a possibilidade de ocultação da identidade do credor; e a

---

<sup>362</sup> VYTAUTAS MIZARAS, et al., *Security Rights in Immovable Property in European Private Law — National Report for Lithuania*, SSRN, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1873707>, consultado em 20 de Fevereiro de 2014, pp. 4ss.

<sup>363</sup> OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2257; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 416 (*“Die einzelnen Staaten der EU kennen überwiegend nur akzessorische Grundpfandrechte”*); ROLF STÜRNER, "Das Grundpfandrecht...", p. 379 (*“Die letzten Jahrzehnte freien Wettbewerbs unter Grundpfandrechten haben einen deutlichen Trend zur abstrakten Sicherheit der Grundschild ergeben”*); HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 775 (frizando a opção dos operadores económicos alemães e suíços a favor das figuras independentes aí previstas, em detrimento das mais tradicionais garantias acessórias), e HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 22 (identificando, à data, 98% das garantias imobiliárias na Alemanha como independentes e apenas 2% como acessórias); BURKHARD JÄKEL, "Outlines...", p. 94 (recordando, no mercado alemão, que a regra é a utilização da hipoteca independente e a excepção a garantia acessória); BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 229 (*“from the second half of the twentieth century, the Grundschild has taken over in practice”*); PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 30 (lembrando serem as garantias acessórias tidas por *garantias fracas*); CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 90 (*“Mortgage practice, if given a choice, clearly favours the non accessory models”*); ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 372; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 254 (ilustrando ser cada vez mais rara, no direito alemão, a utilização da *Hypothek* (acessória) em detrimento da *Grundschild* (hipoteca independente); JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 398; WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 226 (*“In der Bankpraxis hat die Grundschild, in der Form der Sicherungsgrundschild, aus Praktikabilitätsgründen immer mehr an Boden gewonnen und die Hypothek im Sicherheitenbereich fast nahezu verdrängt”*).

viabilidade de o proprietário criar um gravame antes da existência de qualquer crédito, gerando um valor transaccionável à custa do imóvel<sup>364</sup>.

O repúdio ou atenuação da acessoriedade tem sido o caminho trilhado pelos legisladores para *flexibilizar* o mercado hipotecário (e, assim, potenciar a circulação dos créditos imobiliários) constituindo tendência generalizada no quadro europeu (sobretudo depois da comprovação estatística de ligação entre a existência de garantias independentes e o volume de crédito hipotecário, nas relações internas). Esta propensão observa-se quer na mitigação da acessoriedade em grande parte das hipotecas europeias (vejam-se os exemplos francês, austríaco, holandês e espanhol), quer na introdução de garantias imobiliárias independentes em países da Europa oriental, quer ainda na pressão doutrinária para sua previsão em sistemas que as não conhecem<sup>365</sup>.

Não há aqui qualquer novidade substancial. Deve reconhecer-se que, nas garantias pessoais, assistimos também a uma fuga à acessoriedade tendente ao reforço da confiança do credor, o que assume maior importância nas transacções internacionais e vem justificando um *renascimento das garantias pessoais*<sup>366</sup>.

---

<sup>364</sup> Neste sentido, ROLF STÜRNER, "Das Grundpfandrecht...", p. 380; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Un pas més en la «mobilització» de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent", *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º 1, 2002, pp. 51-79, pp. 64ss; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 235; SJEF VAN ERP, "Surety Agreements and the Principle of Accessory — Personal Security in the Light of a European Property Law Principle", *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 3, 2005, pp. 309-331, pp. 316-317. Por estas razões, MAURO BUSSANI, "Le droit...", p. 39, indica justamente a acessoriedade da *ipoteca* italiana como o ponto fraco do sistema transalpino de garantias imobiliárias.

<sup>365</sup> Neste sentido, HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 781 ("It has been established that the amount of mortgages in France is considerably lower than in other comparable Member States with more modern and advantageous mortgage systems") e HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 4; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", pp. 96-102; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 30; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 19 (defendendo que a acessoriedade "ya no se corresponde con las necesidades prácticas actuales") CÉSAR ÁLVAREZ, "La Hipoteca...", p. 2; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 103 e 106 (que defende que só as hipotecas independentes são adequadas às relações transnacionais).

Assim, é sabido que na Estónia, Hungria e Eslovénia foram introduzidas garantias imobiliárias independentes — respectivamente a *hiipoteek* em 1993 [similar à *Grundschuld* alemã], a *zemliski dolg* em 2003 e a *önálló zálogjog* — (HANS G. WEHRENS, "Real Security...", pp. 781-782; AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., *Basic...*, p. 6; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 89; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 671, 2002, pp. 915-948, ponto n.º 3); na Polónia discute-se a introdução de uma *hipoteca independente* (cfr. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, "The position...", pp. 54ss; SCHMID e HERTEL, *cit.*, p. 18). Igualmente, a doutrina vem propondo a sua introdução na Catalunha (SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Un pas...", p. 51, e "Propuesta...", ponto n.º 6; SERGIO NASARRE AZNAR, "La conveniencia de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya", *La Notaria*, n.º 11/2001, 2001, pp. 211-220, pp. 211ss).

<sup>366</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Garantias...", pp. 336ss; MÓNICA JARDIM, *A Garantia...*, p. 36; MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "Utilidad y problemas actuales del crédito documentario", *Documentos de Trabajo del Centro de Investigación y Docencia Económicas*, n.º 44, 2010, disponível na internet via [http://libreriacide.com/?P=docs\\_trabajo&PRODfamily=dt&PRODclassification=202](http://libreriacide.com/?P=docs_trabajo&PRODfamily=dt&PRODclassification=202), consultado em 22 de Julho de 2015, pp. 3ss; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 15; ALESSANDRO NATUCCI, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, CEDAM, Milão, 1992, p. 3; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 126. Aliás, segundo PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*,

Curiosamente, se as garantias acessórias são hoje consideradas velharias desadequadas às modernas técnicas de financiamento, o princípio da *accessoriedade* em Roma era tido como progresso significativo na protecção de devedores. Ademais, o repúdio da *accessoriedade* altera o próprio conceito de *garantia real* (*direito a satisfazer o crédito à custa de uma coisa com preferência face aos demais credores*), já que o *crédito* pode não existir<sup>367</sup>.

### 2.3.1. *A Grundschild ou dívida fundiária do direito alemão*

Para além da *Hypothek* (§§1113-1190 BGB), a lei civil alemã consagra a figura da *Grundschild* (traduzível por hipoteca independente, dívida predial ou dívida fundiária — §§1191-1198 BGB), que apresenta com aquela uma estreita relação<sup>368</sup>. As diferenças entre os dois institutos não são maiores que as que existem entre as várias modalidades de hipotecas (sobretudo, entre a *Verkehrshypothek* e a *Sicherungshypothek*). Aliás, os princípios que regem a sua constituição, modificação, transmissão e extinção são tão idênticos que se estabelece a livre convertibilidade das *hipotecas* em *dívidas fundiárias* (e vice-versa) sem necessidade de consentimento dos titulares de garantias com inferior grau. A distinção relevante entre a *Hypothek* e a *Grundschild* reside no carácter acessório da primeira e autónomo da segunda, equiparando-se no demais regime jurídico, já que apenas não são aplicáveis à *hipoteca independente* as normas da *Hypothek* que não pressupõem um crédito (§ 1192 BGB)<sup>369</sup>.

---

p. 30, é o facto de algumas experiências de unificação de garantias pessoais terem optado por institutos acessórios em detrimento de figuras independentes que justifica o seu insucesso.

<sup>367</sup> Cfr. BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 489; ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 563; MATHIAS HABERSACK, "Die Akzessorietät — Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 52, n.º 18, 1997, pp. 857-865, p. 861.

<sup>368</sup> Assim, MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 744, e ERIK JAYME, JOBST JOACHIM NEUSS E HANS JOACHIM HANSEN, *Dicionário...*, Parte II (Alemão-Português), p. 182, preferem as expressões *dívida fundiária* ou *hipoteca independente*; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 65, usa a designação de *dívida imobiliária ou predial*; F. SILVEIRA RAMOS, *Dicionário...*, p. 204, elege *dívida/cédula hipotecária*. Porque as expressões parecem ser sinónimas, utilizá-las-emos indiferentemente, referindo-nos sempre à *Grundschild* do direito alemão.

Quanto à ligação entre a *Grundschild* e a *supra* analisada *Hypothek*, note-se que esta última tem importância residual, porquanto em cerca de 98% dos casos são constituídas *dívidas fundiárias* (cfr. ESTHER MUNIZ ESPADA, *Bases...*, p. 107; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 398, e a bibliografia citada na nota 363).

O direito alemão prevê ainda as *Rentenschulden* ou *rendas prediais* (§§1199 a 1203 BGB), onde o imóvel é afectado à entrega periódica de certa soma de dinheiro a um credor determinado, criando para o proprietário algo muito próximo a uma *obrigação real* (*vide*, p. todos, M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, pp. 265ss). Esta renda pode ser extinta pela *remição*, prestação paga pelo proprietário da coisa onerada ao respectivo credor, cujo exercício constitui um direito potestativo do proprietário. O valor de remição consta obrigatoriamente do registo predial (n.º 2 do §1199 BGB). A *Rentenschuld* pode ser convertida em *Grundschild* (e vice-versa), mediante acordo entre as partes e sem necessidade de consentimento dos titulares de grau inferior.

<sup>369</sup> É este raciocínio que subjaz à afirmação de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 532, segundo a qual "*Hypothek und Grundschild sind Belastungen eines Grundstücks mit einer daraus zu entnehmenden Geldsumme. Die Hypothek ist akzessorisch (angelehnt), die Grundschild ist es nicht*". Cfr. ainda KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 301; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 398; BURKHARD JÄKEL, "Outlines...", p. 94 (que chama a atenção para o facto de o BGB regular a *Hypothek* e depois apenas apontar as diferenças da *Grundschild*); JAN WILHELM, *Sachenrecht, cit.*, pp. 583 e 593.

Isto é, a *hipoteca independente* é um gravame predial não acessório de qualquer crédito, que confere ao titular o poder de ser pago no seu montante à custa do valor do imóvel, podendo desencadear a venda processual do bem.

### 2.3.1.1. Descrição sumária do instituto.

Historicamente tributária da combinação do direito germânico com princípios jurídicos latinos<sup>370</sup>, a *Grundschild* apresenta como principal traço distintivo face à hipoteca a ausência de ligação com o devedor e com qualquer dívida. O titular adquire o direito de obter, à custa do prédio, determinado valor, a partir de certa data de *vencimento*. Isto é, embora a *Grundschild* se traduza num direito real que atribui ao seu titular os mesmos poderes que detém o titular de uma *Hypothek*, apresenta face a esta a diferença fundamental de não

---

Quanto à livre convertibilidade das figuras, independentemente de autorização dos credores com grau posterior, cfr. §1198 do BGB e MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 525. Aliás, a conversão pode ser legalmente determinada: a hipoteca converte-se em dívida fundiária quando ocorre a extinção do crédito garantido (§1163, n.º 1, 2ª parte — “*Erlischt die Forderung, so erwirbt der Eigentümer die Hypothek*”; vide o que dissemos a propósito deste desvio à acessoriedade da *Hypothek* na nota n.º 284); a *hipoteca de cédula*, que só se constitui pela tradição do título ao credor, é uma conversão da *dívida fundiária* em *Hypothek* (cfr. §1163, n.º 2; vide ainda o que dissemos *supra* sobre a constituição das hipotecas de cédula).

<sup>370</sup> Tal como a *Hypothek*, a *Grundschild* terá tido origem na combinação do direito germânico de Mecklenburg, Hamburgo e de Lübeck, com institutos latinos, sendo acolhida pelo direito prussiano em 1872 (cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, pp. 522 e 592; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 66, nota n.º 6).

No direito romano vingava a regra de que a extinção da primeira hipoteca implicava o avanço do grau de prioridade das garantias subsequentes. Tal norma criou embaraços ao comércio jurídico, porquanto um credor, ao aceitar uma segunda ou terceira hipoteca, contava com a extinção da primeira para que a sua avançasse para posição privilegiada (vide, entre outros, ANTÓNIO SANTOS JUSTO, "Direitos Reais — A base...", p. 33; *Direito Privado...*, Vol. III, p. 205; "Hipoteca...", parte I, p. 578; PAOLO FREZZA, *Le Garanzje...*, Vol. II, p. 100).

Nos direitos germânicos, não vigorava o princípio da *totalidade*, pelo que era possível a constituição de garantias imobiliárias sobre uma *parcela* do valor da coisa: admitia-se a constituição de direitos separados *sobre a mesma coisa*, onerando quotas do seu valor. Esta representação conduzia a um sistema de graus fixos (o sistema dos “*sesten Pfandstellen*” — WOLFF, *cit.*, p. 592) pelo qual o credor tinha direito a um determinado grau de prioridade inalterável. Se a primeira hipoteca constituída se extinguisse (onerando uma quarta parte da coisa), isso não implicava o avanço das garantias seguintes mas a viabilidade de o proprietário poder voltar a onerar aquela parte da coisa garantindo nova obrigação que viesse a contrair.

Ora, a combinação do princípio romano da *totalidade* dos direitos reais com o sistema dos *graus fixos* levou ao nascimento da *Grundschild*. Embora aceitando que os direitos reais de garantia incidem sobre o prédio na sua totalidade, quis afastar-se a regra latina pela qual o titular de garantia posterior veria a sua posição alterada pela extinção da primeira hipoteca. Nessa medida, estabeleceu o direito prussiano (*Decreto Real de 11 de Agosto de 1802*) que a extinção da dívida garantida pela primeira hipoteca não implicaria a extinção no gravame, mas a sua *transmissão ao proprietário*; isto é, ao invés de operar a romana *elasticidade* da propriedade (que reabsorveria o ónus que a comprimia), o proprietário tornar-se-ia titular, em simultâneo, da *propriedade onerada* e da “*garantia*”. Percebe-se a consequência desta opção: se a extinção da dívida garantida transmite o gravame para o proprietário (que, depois, a poderá associar a qualquer obrigação que venha a assumir, com o grau inicial), o direito adquirido pelo proprietário não é já uma *garantia de uma obrigação*. De facto, a obrigação extinguiu-se, pelo que a hipoteca não está já associada a qualquer dívida; este direito é uma *garantia independente*.

O passo seguinte foi dado em 1872, ano em que a lei da aquisição da propriedade admitiu que o proprietário inscrevesse em seu nome uma garantia real sobre a coisa (*Eigentumserwerbsgesetz* de 5 de Maio de 1872). Isto é, a *garantia independente* não surgia já apenas nos casos em que o uma hipoteca via extinta a obrigação garantida mas admitia-se a sua geração *ab initio* como “*garantia do proprietário*”. Esta figura foi depois consagrada no BGB, que veio admitir quer a criação da *dívida fundiária do proprietário*, quer a livre convertibilidade entre a *hipoteca* e a *dívida fundiária*. O BGB foi ainda mais além, estabelecendo igualmente a possibilidade de constituição a favor de outrem uma *Grundschild*, não restringindo essa viabilidade à *garantia do proprietário*.

depender de qualquer obrigação creditória. O titular, independentemente de ser ou não credor, pode realizar o seu direito executando processualmente a coisa. Porque os poderes são iguais aos do credor hipotecário, a *hipoteca independente* é regulada pelas mesmas normas da hipoteca (§ 1192 BGB), razão por que se encontram as mesmas modalidades quanto à constituição: *hipoteca independente de livro* ou *hipoteca independente de cédula*<sup>371</sup>.

A independência da garantia implica que a *função* da dívida fundiária se possa agrupar em duas categorias. *Por um lado*, não obstante a sua natureza autónoma, a *Grundschild* pode ser constituída para *garantia* de obrigações (*Sicherungsgrundschild*), assumindo função idêntica à da hipoteca, embora sem as consequências da acessoriedade. *Por outro*, admite-se a respectiva constituição sem qualquer dívida a caucionar, ficando o proprietário simultaneamente titular da propriedade onerada e da hipoteca independente (*Eigentümergrundschild* ou *dívida fundiária do proprietário*), podendo mais tarde transaccioná-la, designadamente como garantia de obrigações que venha a assumir<sup>372</sup>. A viabilidade da “*Grundschild do proprietário*”, contraria “*a ideologia romana segundo a qual a hipoteca se extingue desde que se reúnam na mesma pessoa os conceitos de credor hipotecário e proprietário do imóvel hipotecado*”. Assim, tudo se passa como se o proprietário não fosse devedor hipotecário mas tão-somente *dono da coisa endividada*. Se o proprietário pagar ao credor a obrigação que onera o prédio, tornar-se-á *credor do imóvel*, pois a *Eigentümergrundschild* tem existência autónoma, podendo “*entrar no património do dono do imóvel como elemento per se stante, sem ser absorvida pelo domínio. Desta forma evita-se que o valor criado seja destruído inutilmente e garante-se que continue a servir como um eficaz instrumento de crédito*”<sup>373</sup>.

Nessa medida, o instituto assume uma função e uma natureza que vai além da garantia de certa obrigação: “*consiste numa parte do valor do prédio autonomizado do domínio e independente*”, que pode ser transaccionado sem qualquer *dívida garantida* e cuja constituição significa uma divisão dos poderes de domínio sobre a coisa. Isto é, mesmo quando assume

---

<sup>371</sup> O seu regime é idêntico ao da *Hypothek*: o título é nominativo, pelo que o nome do titular tem de ser inscrito no registo. Todavia, uma vez emitido, a dívida fundiária é transmissível pela tradição material da respectiva cédula, sem necessidade de inscrever no registo no nome do novo titular (cfr. o que dissemos *supra*, p. 161).

A aplicação subsidiária das regras da *Hypothek* não abrange, evidentemente, as regras da hipoteca que pressupõem a acessoriedade quanto a um crédito determinado (n.º 1 do §1192 BGB). Assim, não se aplica a obrigatoriedade de identificação da obrigação garantida (§1115 BGB) nem a proibição de ceder a hipoteca sem o crédito ou este sem aquela (§1153 BGB). Cfr. JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 399; WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 271; BURKHARD JÄKEL, "Outlines...", p. 94; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 604.

<sup>372</sup> Concretizemos, com auxílio do exemplo que nos dá WOLFF: o proprietário de um imóvel constitui sobre o prédio uma *Grundschild* no valor de 1000, de que é igualmente titular. Este direito, que onera a sua propriedade, é alienável, pelo que o proprietário cede depois esta *dívida fundiária* a troco de 1000 (ou de 900). O adquirente da *hipoteca independente* tomou o direito de executar a coisa onerada e de receber 1000 à custa do seu valor; é credor do próprio imóvel. O proprietário tem a faculdade de impedir a venda judicial da coisa readquirindo a *Grundschild*.

<sup>373</sup> As citações são de MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", pp. 745-746. Também neste sentido, HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", pp. 14 e 18 (que contudo rejeitam a imagem de WOLFF de que o devedor é o próprio imóvel, reconduzindo tal qualidade ao seu proprietário).

uma função fiduciária (isto é, no caso em que o proprietário, potenciando a confiança do seu credor, constitui uma *dívida fundiária* a seu favor), nunca se associa juridicamente a um crédito. Ao invés, cria-se uma *nova relação jurídica* em que o devedor é o “*próprio imóvel — por isso esta hipoteca também é denominada como dívida territorial ou dívida fundiária —, e o credor pode ser um qualquer indivíduo, incluindo o proprietário do imóvel hipotecado*”<sup>374</sup>.

Mesmo sabendo que a *Grundschild* é, as mais das vezes<sup>375</sup>, constituída com o propósito de garantir o cumprimento de uma obrigação (sendo constituída ou alienada *em troca* da concessão de crédito e assumindo o título de *Sicherungsgrundschild — dívida fundiária de garantia*), a natureza independente implica distinções em face da hipoteca.

*Em primeiro lugar*, a *hipoteca independente* pode ser transmitida sem o crédito que garantia e este sem aquela, já que, apesar da função fiduciária subjacente, não há juridicamente qualquer conexão entre um e outro. A inexistência desta ligação admite que a transmissibilidade da garantia seja simples (não importando qualquer alteração na sua estrutura) e permite às partes operar alterações no crédito original de modo totalmente particular, sem modificar a garantia<sup>376</sup>.

*Em segundo lugar*, a *Grundschild* não se extingue mesmo que o crédito garantido seja nulo: ensina WOLFF que a hipoteca independente, face ao crédito garantido, como que reveste um carácter abstracto, à semelhança das letras de câmbio, não sendo contagiada por quaisquer invalidades de que afectem a obrigação<sup>377</sup>.

*Por fim*, a *Grundschild de garantia* não se extingue pelo cumprimento da obrigação que assegurava. Ao invés, a dívida fundiária mantém-se, passando a ser titulada pelo proprietário como *valor autónomo da coisa* com o grau de prioridade inicialmente detido. Este poderá utilizar a mesma *Grundschild* para contrair nova dívida, entregando o direito (e conservando assim o seu grau de prioridade) como garantia de nova obrigação<sup>378</sup>.

Isto é, as três consequências que tornam a figura *especial* em face da hipoteca acabam por reconduzir-se ao facto de a *Grundschild* não ver a sua existência jamais afectada pelo

---

<sup>374</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 745.

<sup>375</sup> Cfr. KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 303, e BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 233.

<sup>376</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 181.

<sup>377</sup> "Die Grundschild ist der Forderung gegenüber selbständig, wie ein Wechsel" (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 534).

<sup>378</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 181. Não obstante tal efeito jurídico ser inerente à natureza independente da *dívida fundiária de garantia*, certo é que o resultado não é muito diferente daquele que ocorre quando o proprietário da coisa onerada com uma *Hypothek* (acessória) cumpre a obrigação garantida. Na verdade, vimos *supra* (nota n.º 284) e melhor explicaremos *infra* (pp. 192ss) que, nesse caso, o devedor adquire a *Hypothek* sobre a coisa, a qual se converte automaticamente numa *Grundschild do proprietário* por força da extinção do crédito a que se associava, deixando de vigorar o princípio da acessoriedade. A independência da *Grundschild* implica ainda que o retorno da *Grundschild* à esfera jurídica do proprietário não seja automático, carecendo de convenção que títule a transferência do direito (BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 234).



destino do crédito caucionado: não se extingue pelo cumprimento dívida e não é afectada pelos vícios substanciais que a invalidem, desaparecendo apenas pelo seu próprio cancelamento ou invalidação<sup>379</sup>.

Nessa medida, a característica mais impressiva da *Sicherungsgrundschuld* radica no facto de o credor adquirir um direito que excede aquilo que necessita para protecção do seu crédito; do ponto de vista do *devedor-proprietário*, o risco assumido é bastante superior, porquanto ainda que o crédito se extinga ou seja nulo, o seu imóvel não será *ipso facto* desonerado. Note-se, todavia, que nos casos em que a dívida fundiária é usada para garantir uma obrigação, não se permite uma utilização imprópria: o *acordo de garantia* pode servir de base à protecção do proprietário com base nos expedientes gerais próprios dos sistemas perpetrados pelo princípio da abstracção — *abuso de direito e enriquecimento sem causa*<sup>380</sup>.

Já do ponto de vista do credor, a *independência* do instituto não constitui qualquer desvantagem: não obstante a *Grundschuld* gerar uma nova relação creditória em que o lado passivo é ocupado pelo próprio prédio onerado, *isso não implica* que só o imóvel responda pelo crédito. Na verdade, se o proprietário for o devedor na relação creditória garantida pela *Grundschuld*, ele responde com todo o seu património, tal como se o crédito estivesse assegurado por uma *Hypothek*. Isto é, o facto de a *Grundschuld* assumir a natureza de dívida fundiária não afasta a responsabilidade *pessoal* do devedor<sup>381</sup>.

Apesar do *excesso de protecção* ao credor face ao que seria necessário (que poderia implicar uma recusa dos operadores económicos em utilizar esta figura como garantia das obrigações), a *Grundschuld* oferece ao devedor um conjunto de vantagens face à *Hypothek*.

*Em primeiro lugar*, o endividamento do proprietário pode ser secreto, sem que a falta de publicidade do mútuo diminua a protecção do credor ou de terceiros. Na verdade, constituindo-se uma *Grundschuld do proprietário* na modalidade de *hipoteca independente de cédula*, o registo mencionará o nome do proprietário; ora, tal como vimos para a *Hypothek*, é depois

---

<sup>379</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 745. Repare-se, porém, que é viável atenuar contratualmente o carácter independente da dívida fundiária de garantia, já que é possível subordinar a constituição da *Grundschuld* à condição suspensiva da existência da dívida garantida. Neste caso, a garantia aproxima-se da hipoteca romana, já que se gera uma acessoriedade genética maior do que a da *Hypothek* germânica: nesta, a inexistência da dívida garantida leva à sua conversão numa *Grundschuld*; naquela, a inexistência do crédito acarreta a inexistência da garantia (sobre esta viabilidade, cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 535).

<sup>380</sup> KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 306; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 146. Ademais, como veremos melhor *infra* (a propósito da injustiça do resultado das garantias independentes), o *Bundesgerichtshof* desenvolveu jurisprudência que, escudada na legislação de protecção do consumidor, permite em certos casos opor o *contrato de garantia* ao titular da *Grundschuld* — cfr. nota n.º 825.

<sup>381</sup> Neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 534, nota n.º 9. Só nos casos em que o proprietário não for o devedor é que estará vedada ao credor a execução do património remanescente daquele; simplesmente, essa característica é comum à *Hypothek* e à *Grundschuld*, pois em nenhum dos casos o proprietário afectou o seu restante património ao cumprimento daquela obrigação. Isto é, a *Grundschuld* é uma *segunda relação creditória* que não substitui (mas antes acresce) à relação obrigacional principal.

possível transmitir a dívida fundiária por simples tradição material da *cédula hipotecária*, sem necessidade de levar ao registo essa alienação. Nessa medida, o credor fica protegido (enquanto se mantiver na posse da respectiva cédula) e o devedor poderá manter oculto o seu endividamento, já que as tábuas publicitarão somente a *Grundschild do proprietário*<sup>382</sup>.

Em *segundo lugar*, olhe-se na viabilidade de reutilização de uma *Grundschild*, sem custos adicionais: se o proprietário readquirir a hipoteca independente (pelo pagamento da obrigação caucionada), volta a ser titular da dívida fundiária. Assim, poderá ceder a hipoteca para garantir novos créditos, sem qualquer averbamento ou inscrição registal.

Chegados a este ponto, importa sublinhar ser controversa a natureza jurídica da dívida fundiária, nomeadamente quanto à sua classificação como direito real de garantia. De facto, a *hipoteca independente* (ou o paralelo instituto de direito suíço que analisaremos *infra*) aproxima-se de uma garantia real mas pode não assegurar crédito algum, o que coloca em causa a sua índole de *garantia*<sup>383</sup>.

---

<sup>382</sup> Todavia, sublinhe-se que a protecção do credor não inscrito no registo é inferior no caso de execução do prédio por iniciativa de outro credor. De facto, nos termos do §55 GBO, o titular de uma *dívida fundiária* que conste do registo é sempre notificado; ora, não estando mencionada a nova titularidade do direito, o credor não terá essa certeza (cfr. MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 535: “*der Nachteil für die kreditgebende Bank ist, daß sie, da sie nicht im Grundbuch steht, nicht sicher ist, von Zwangsversteigerungen des Grundstücks zu ersahen*”). Ademais, por força do §1155 BGB (e tal como sucede na *transmissão da hipoteca de cédula*) o possuidor do título só se considera *inscrito no registo* se provar uma cadeia de transmissões ininterrupta tituladas por documento autêntico; e que a posse da cédula lhe é exigível no momento da execução (*vide* o que dissemos *supra*, p. 161).

<sup>383</sup> Na verdade, a existência de um crédito é pressuposto essencial para uma *garantia especial*, pelo que a doutrina enfrenta aqui alguma dificuldade na classificação da *dívida fundiária* (cfr. JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 415; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 619). Não querendo alongar-nos nesta discussão, importa apenas ilustrar algumas teses quanto à respectiva natureza.

*Em primeiro lugar*, pode considerar-se a *dívida fundiária* como parcela de valor da coisa e não como um gravame que onera a propriedade. A ser assim, quando titulada pelo proprietário, não existirá uma propriedade onerada mas apenas a reunião na mesma esfera jurídica da totalidade do valor da coisa: é a tese desenvolvida por OBERNECK, KINDEL e GOLDSCHMIDT, profundamente analisada por KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, *cit.*, p. 291, e por BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 296. Esta posição enfrenta um obstáculo, porquanto só faria absoluto sentido se a constituição da *hipoteca independente* dependesse da sua transmissão a um terceiro (só aí haveria emparcelamento do valor predial); ora, a *Grundschild* pode constituir-se na esfera jurídica do proprietário, sem que jamais venha a ser alienada. Ademais, o facto de uma *Grundschild* do proprietário poder ser unilateralmente extinta, ocorrendo nesse caso a reexpansão da propriedade, aproxima-se da natureza de um direito real que *onera a propriedade*; simplesmente, ao invés do que sucede no direito pátrio, pode ser um direito real menor *sobre coisa própria*, pois a elasticidade da propriedade não é automática (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 610; SCHWAB e PRÜTTING, *ibidem*, p. 291). Tal contraria a noção romana da elasticidade da propriedade, cuja principal característica é o seu funcionamento automático, por força da “*vocação da propriedade para a plenitude*” (cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “Direitos Reais — A base...”, p. 33; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, p. 175).

*Em segundo lugar*, olhe-se à concepção de WOLFF, *cit.*, p. 526, que considera ser a *Grundschild* (tal como a *Hypothek*) um direito real de garantia. Simplesmente, para que seja subsumível naquela categoria dogmática, o Professor vê-se forçado a reelaborar o próprio conceito de *direito real de garantia* de modo a abarcar os institutos que conferem ao titular o poder de promover a venda de coisa alheia *quer* para satisfazer o seu crédito, *quer* independentemente de qualquer crédito. A justificação de este instituto cair ainda dentro do conceito de uma garantia real estará no facto de, tal como sucede na hipoteca, a venda da coisa poder ser impedida pelo proprietário, entregando certo montante ao respectivo titular. Em sentido próximo, realçando o *objectivo* da figura como critério decisivo, SCHWAB e PRÜTTING, *cit.*, p. 292. A conclusão a tirar é que só pode a *Grundschild* considerar-se um direito real de garantia *alterando o respectivo conceito*: um direito real de garantia é aquele que confere ao *credor* o direito a satisfazer *o seu crédito à custa do valor ou dos rendimentos de certa coisa, com preferência face aos*

### 2.3.1.2. A constituição da *Grundschild*.

Como dissemos *supra*, a relação entre a hipoteca e a dívida fundiária é muito estreita, diferenciando-se apenas quanto à associação a um crédito. Assim, a *Grundschild* pode ser criada *ab initio* como hipoteca independente ou pode resultar da conversão de uma hipoteca.

Antes de versarmos sobre a convertibilidade dos institutos, importa aflorar, desde já, uma figura próxima da *Grundschild* do proprietário: a *Eigentümerhypothek* (hipoteca do proprietário), muitas vezes confundida pela doutrina lusa com a *Eigentümergegrundschild*<sup>384</sup>. De facto, como corolário do sistema de graus fixos a que nos referimos *supra*, estabelecem-se hipóteses em que o proprietário adquire a *Hypothek e o crédito* sem que a garantia se extinga ou se converta numa *dívida fundiária*. Nestes casos, o adquirente passa a ser titular *quer* da propriedade, *quer* da garantia que a onera, não ocorrendo a reexpansão da propriedade. Isto é, se o proprietário (não devedor) adquirir a hipoteca *e o crédito hipotecário*, passaremos a estar face a uma *hipoteca do proprietário*, mantendo-se a relação de acessoriedade entre a garantia e a dívida, pelo que o seu titular (o proprietário) não poderá ceder o crédito sem a caução ou esta sem aquele: é credor de uma obrigação assegurada pelo seu próprio prédio<sup>385</sup>.

---

*demais credores*, não abrangendo um direito que atribui ao titular o poder de, independentemente de qualquer crédito, executar a coisa e retirar dela certo montante.

*Em terceiro lugar*, considere-se a tese de que a *hipoteca independente* é um direito real não deduzido da propriedade plena. Esta concepção não é tradicionalmente aceite pelo facto de contradizer o princípio segundo o qual os direitos reais limitados se subtraem à *propriedade*, tendo esta o mais conteúdo mais amplo dos poderes de domínio sobre a coisa. Ora, o proprietário que for simultaneamente titular de uma *Grundschild* do pode voluntariamente extingui-la, operando o avanço dos graus hipotecários dos credores posteriores. Nessa medida, parece demonstrada haver uma *certa* elasticidade da propriedade, que se reexpande (*vide* a análise desta concepção de BLAS PÉREZ GONZÁLEZ E JOSÉ ALGUER, *Derecho...*, p. 296).

*Por fim*, pode classificar-se a *Grundschild* como direito de natureza variável: será uma *garantia real* quando seja utilizado para assegurar o cumprimento de uma obrigação mas uma parte autonomizável do valor da coisa quando o não seja (cfr. ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 108).

Além destas quatro teses, são ainda conjecturáveis mais duas hipóteses.

Poder-se-ia concitar a hipótese de a figura se enquadrar numa *obrigação real* que a lei permite criar, de acordo com a qual o sujeito que for titular da propriedade fica adstrito ao pagamento de certo valor ao credor. Embora esta tese explicasse a transmissibilidade da obrigação pela alienação da propriedade (dada a ambulatoriedade da generalidade das obrigações reais), são muito mais os aspectos do regime jurídico da *dívida fundiária* que não se coadunam com a natureza de obrigação real. Na verdade, a *Grundschild* não se extingue pela entrega do respectivo valor ao credor, ocorrendo ao invés a sua aquisição pelo proprietário; da mesma forma, a natureza de obrigação real não explicaria o poder de promover a venda da coisa, já que as obrigações reais não conferem ao credor uma garantia especial; por fim, ficaria por explicar o facto de a *hipoteca independente* poder ser constituída como garantia de uma obrigação, caso onde o devedor pode não ser proprietário da coisa onerada.

Poderia também colocar-se a hipótese de a dívida fundiária consubstanciar um *ónus real*. Efectivamente, um ónus real surge como a combinação entre uma obrigação real (obrigando o titular de um direito real ao cumprimento de uma obrigação de conteúdo positivo) com a garantia real, pelo que o bem sobre que incide responde ele próprio pelo incumprimento. A dificuldade desta concepção está, pois, na identificação da *obrigação*: é que mesmo que a *Grundschild* seja constituída com função fiduciária, tal não quer dizer que o proprietário seja necessariamente o devedor da obrigação.

<sup>384</sup> É normal ver na doutrina a utilização da expressão “*hipoteca do proprietário*” para designar a *Eigentümergegrundschild*; julgamos dever evitar-se tal tradução, já que se pretende traduzir a *Eigentümerhypothek*.

<sup>385</sup> Estabelece-se, todavia, que enquanto a *Hypothek* e a propriedade estiverem reunidas na mesma esfera jurídica, se aplicam as regras da dívida fundiária do proprietário (cfr. n.º 2 do §1177 BGB). Será o caso em que A constituiu uma hipoteca sobre um prédio seu a favor de B para garantir uma dívida de C. Se A satisfizer o

Feito este sublinhado, debruçemo-nos sobre a *Grundschild*. Uma das formas da sua constituição é a *conversão de uma hipoteca*, já que o direito alemão estabelece a *convertibilidade* entre a hipoteca e a dívida fundiária. Isto é, uma *Hypothek* pode ser convertida em *Grundschild* quando se extinga ou seja declarado nulo o crédito garantido, da mesma forma que uma *dívida fundiária* pode ser convertida numa *hipoteca acessória*<sup>386</sup>.

Nessa medida, a *dívida fundiária do proprietário (Eigentümergrundschild)* pode surgir de modo similar à *hipoteca do proprietário* — pelo pagamento do crédito pelo proprietário. Se o proprietário adquirir apenas a *hipoteca* mas não o crédito (o que sucederá, desde logo, quando se extinga a dívida caucionada por pagamento ou quando o credor renuncie à sua *Hypothek*) adquire uma “*hipoteca do proprietário*” que se converte imediatamente em *dívida fundiária do proprietário*, sem necessidade de alteração registal<sup>387</sup>. Quer isto dizer que a modalidade da *Hypothek* (de cédula ou de livro) se manterá agora na *Grundschild*, bem como todas as suas características (montante e grau). Simplesmente, se até aqui estava associada a um crédito, agora é independente de qualquer dívida, conferindo ao titular o poder de executar o prédio e de receber à sua custa o valor da dívida fundiária.

---

credor, obterá não apenas o crédito sobre C como a hipoteca sobre o seu próprio prédio (ainda que, porque se aplicam as regras da *dívida fundiária do proprietário* [§1177 e §1197 BGB], não possa executá-lo). Como veremos *infra*, esta hipoteca poderá a qualquer momento (e em obediência ao princípio da livre convertibilidade do §1198 BGB) ser transformada em *Grundschild do proprietário*, se o crédito associado se extinguir (cfr. KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 287; WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 229; JAN WILHELM, *Sachenrecht*, cit., p. 621; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 229). No fundo, “*Das Eigentümergrundpfandrecht ist Eigentümerhypothek, wenn dem Pfandrecht noch eine Forderung zugrundeliegt, Eigentümergrundschild, wenn die nicht der Fall ist*” — JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 409.

<sup>386</sup> Cfr. §1198 BGB e o que dissemos *supra* na nota n.º 284 e pp. 157ss. O facto de a propriedade não se expandir aquando da extinção do crédito não constitui desvio à acessoriedade da hipoteca: esta desaparece pela morte da dívida a que se ligava. A distinção face à regra latina radica no facto de não ser a *propriedade* a ocupar o espaço de domínio sobre a coisa que a hipoteca até aí preenchia mas *outro direito real* — a *dívida fundiária*.

<sup>387</sup> Cfr. n.º 1 do §1177 BGB. Esta poderá reconverter-se em *hipoteca do proprietário* se o crédito (já desligado da garantia) reentrar na esfera jurídica do proprietário, caso em que a garantia volta a associar-se à obrigação (vide §1198 BGB, que estabelece o princípio da convertibilidade das duas figuras). Cfr. KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht*, cit., p. 292; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 142.

Sobre a renúncia à garantia, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, pp. 594-595; sobre a extinção da obrigação, cfr. n.º 1 do §1163 BGB. É absolutamente indiferente o modo de extinção da obrigação, seja ele cumprimento, remissão, compensação, ocorrência de condição ou termo resolutivos (*ibidem* p. 596).

Há, porém, excepções à transmissão da hipoteca para o proprietário. *Por um lado*, prevêem-se mecanismos (§§1179, 1179a e 1179b BGB) que conduzem ao cancelamento da hipoteca depois da extinção do crédito que garantia, beneficiando os titulares de direitos com prioridade inferior (sobre estes, vide WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, p. 250). *Por outro*, se o devedor não era o proprietário, a extinção da dívida implicará a aquisição da hipoteca pelo devedor *no montante em que possa exigir do proprietário o ressarcimento* (§1164 BGB). É o caso de o actual proprietário da coisa ter adquirido o imóvel hipotecado ao devedor pessoal, tendo-se imputado o valor da hipoteca ao preço da transmissão, sem que o adquirente haja assumido pessoalmente a dívida. Ora, se o devedor pessoal (o alienante do prédio) vem mais tarde a cumprir a obrigação, adquire o direito a ser ressarcido da imputação do valor da hipoteca no contrato de compra e venda; este crédito de regresso sobre o actual proprietário é beneficia de hipoteca com o grau de preferência da que assegurava a obrigação anterior. Por outro lado, e apesar de o §1164 BGB prever apenas esta hipótese, WOLFF defende que sempre que o devedor não seja o proprietário, o cumprimento da prestação por aquele implica a aquisição da *hipoteca* a seu favor, transformando-se de seguida numa *dívida fundiária*.

Para além da conversão da *Hypothek* na dívida fundiária, a hipoteca independente pode ser constituída sem ter sido jamais uma hipoteca. Esta viabilidade é permitida *quer* pela inscrição a favor do proprietário de uma *Grundschild* (que pretendeu separar do direito de propriedade uma parcela de domínio sobre a coisa, podendo depois transaccioná-la — caso em que temos também uma *Eigentümergrundschild* ou “dívida fundiária a favor do proprietário”<sup>388</sup>), *quer* mediante a constituição da dívida fundiária a favor de um terceiro.

No primeiro caso, a hipoteca independente constitui-se pela *declaração do proprietário e inscrição registal*; no segundo caso, o método de constituição dependerá da opção por uma *Grundschild* de cédula ou de livro. São admitidas ambas as modalidades, evidenciando-se uma preferência pela *Grundschild de cédula* nos casos de criação de dívida fundiária a favor do proprietário (que, depois, a quererá transaccionar) e sendo a *Grundschild de livro* seja eleita nos casos de constituição a favor de um credor, com função fiduciária<sup>389</sup>. Note-se, porém, que quando em causa esteja a materialização do direito real numa cédula, a constituição junto do registo gera sempre uma *hipoteca independente do proprietário* até que ocorra a tradição do título para o sujeito a favor do qual se pretende conferir o direito<sup>390</sup>.

Atente-se, ainda, que a *Grundschild* pode resultar do propósito de constituição de uma hipoteca a favor de terceiro. Será o caso, por exemplo, da geração da hipoteca com o propósito de garantir um crédito que não chegou a nascer (por vício de forma ou por ser contrário à ordem pública, por exemplo) ou que *não nasceu ainda*. Nestas situações, a inscrição tabular *da hipoteca* dá origem (definitiva ou temporariamente) a uma *Grundschild* do proprietário; isto é, não se dá uma *transformação da hipoteca* mas a criação primitiva da dívida fundiária, provocando-se de antemão uma inexactidão registal (que publicita erradamente uma *Hypothek*) e atribuindo ao proprietário uma pretensão de rectificação<sup>391</sup>.

---

<sup>388</sup> Cfr. n.º 1 do §1196 BGB. O mesmo sucedia no direito prussiano. *Vide* o que dissemos na nota n.º 370.

A *hipoteca do proprietário* e a *dívida fundiária do proprietário* apresentam algumas diferenças face aos correspondentes direitos incidentes sobre coisa alheia. *Por um lado*, como aludimos na nota n.º 385, o titular não pode provocar a execução da coisa; *por outro*, o titular tem plena liberdade para alterar o conteúdo do seu direito mediante inscrição registal (converter livremente a *Grundschild do proprietário* em *hipoteca do proprietário*; transformar um *direito de cédula* em *direito de livro*, ou vice-versa); *em terceiro lugar*, por acordo com os credores com grau posterior e inscrição registal, pode ser modificado o grau de prioridade do direito; *por fim*, o proprietário pode extinguir a dívida fundiária de que é titular, mediante declaração de abandono perante a conservatória e requisição do seu cancelamento (§875 BGB), caso em que se dá o avanço dos graus hipotecários dos titulares posteriores.

<sup>389</sup> Neste sentido HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 15, e MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 746 (a "*hipoteca de livro «do proprietário»* que inicialmente tenha sido uma hipoteca a favor de um terceiro também não implica a criação de uma nova hipoteca; ou seja, não motiva uma nova inscrição, bastando que, por nota marginal, se faça constar do registo que fica na disposição do proprietário; e caso este a ceda, também por nota marginal, tal ficará expresso no registo").

<sup>390</sup> Cfr. n.º 2 do §1163 BGB, aplicável *ex vi* §1192 BGB.

<sup>391</sup> Cfr. n.º 1 do §1163 BGB associado ao §1177 BGB. Nada disto sucede, porém, se o propósito do proprietário foi a constituição de uma *dívida fundiária* como garantia de um crédito cuja produção de efeitos vem a ficar comprometida (porque é nulo, inexistente ou porque não chegou a nascer): com efeito, a norma do n.º 1 do §1163 BGB (que estabelece que a extinção ou invalidade da dívida garantida implica a aquisição do direito real pelo proprietário) é inerente à natureza *acessória* da hipoteca, não se aplicando ao regime jurídico da *dívida*

### 2.3.1.3. O regime jurídico

#### a) *A inalterabilidade do grau hipotecário.*

Se *Hypothek* e *Grundschild* se regem pelas mesmas regras que a hipoteca, é inegável ser a existência da *hipoteca independente* a autorizar a existência, no direito alemão, de um princípio de *graus fixos* nas garantias reais imobiliárias. Estas afastam-se da hipoteca romana por não pressuporem alterações no grau hipotecário: uma vez constituída uma “*dívida fundiária*” com certa prioridade, esta mantém-se independentemente de serem satisfeitas dívidas garantidas por “*hipoteca independente*” anterior<sup>392</sup>.

Entendamo-nos. Nas hipotecas de matriz romana, se o devedor paga obrigação garantida pela primeira de várias hipotecas, as demais sobem um lugar na prioridade: a hipoteca que figurava em segundo lugar passa a consubstanciar uma posição mais segura que anteriormente, e assim sucessivamente para as garantias com grau subsequente. Ora, atenta a natureza independente da figura, nada disto sucede no quadro da *Grundschild*: uma vez satisfeita a primeira de várias *dívidas fundiárias*, o sujeito que a pagou (por exemplo, o proprietário) adquire a parcela autónoma do domínio predial dotada do primeiro grau de prioridade, que pode transaccionar livremente.

Assim, ao invés de o pagamento da dívida pelo proprietário favorecer os demais credores hipotecários (com o reforço da solvabilidade do crédito afiançado), o cumprimento mantém inalterada a posição daqueles. Para o proprietário, surgiu uma nova oportunidade de contrair novas dívidas, já que pode oferecer o primeiro grau hipotecário. Isto é, não se prejudicando os demais credores, cria-se uma situação de vantagem ao *proprietário*, que pode voltar a dispor do primeiro grau hipotecário<sup>393</sup>. O mesmo sucede quando um imóvel estiver onerado com várias hipotecas, graças à convertibilidade entre *Hypothek* e *Grundschild*: o pagamento da obrigação garantida pela primeira hipoteca implica que, em vez de se extinguir,

---

*fundiária*. Isto é, a norma não é abrangida pela disposição do §1192 BGB, já que esta manda aplicar à *Grundschild* as normas da hipoteca “*soweit sich nicht daraus ein anderes ergibt, daß die Grundschild nicht eine Forderung voraussetzt*”.

<sup>392</sup> É verdade que a inalterabilidade do grau hipotecário não é característica exclusiva da dívida fundiária, já que uma *Hypothek* com o segundo lugar de prioridade não é beneficiada pela extinção do crédito que era garantido pela primeira hipoteca sobre o prédio. Simplesmente, tal sucede porque o pagamento da primeira obrigação não acarreta a extinção do gravame sobre o prédio; como vimos, o cumprimento implica a aquisição do gravame pelo proprietário, convertendo-se automaticamente numa *Grundschild*. Nessa medida, a articulação do princípio da totalidade dos direitos reais com o mecanismo dos graus fixos depende da existência da *hipoteca independente*; se esta não fosse prevista, o cumprimento da dívida associada à primeira garantia importaria a sua extinção.

<sup>393</sup> O mesmo sucederá, como é evidente, se o titular da *hipoteca independente* renunciar ao seu direito — caso em que esta é assumida pelo proprietário (§1164 e §1192 BGB) — e se a dívida fundiária e a propriedade se reunirem na esfera jurídica da mesma pessoa, por qualquer outra razão — como sucessão (§889 BGB).

esta seja adquirida pelo proprietário, transformando-se automaticamente numa *Grundschild* (transaccionável ou reconvertida numa *Hypothek* com o primeiro grau de preferência)<sup>394</sup>.

Segundo MÓNICA JARDIM, o afastamento da regra romana constitui factor de justiça acrescida: a mutabilidade do grau hipotecário das figuras latinas beneficia injustamente os “segundos” credores hipotecários (que haviam assumido o risco de não beneficiar de absoluta prioridade e que são, sem qualquer razão, colocados numa melhor situação face àquela que haviam aceite) e prejudica o proprietário (que não pode voltar oferecer o primeiro lugar hipotecário e, assim, financiar-se com as condições da dívida que extinguiu)<sup>395</sup>.

### ***b) Transmissibilidade e modificação da hipoteca independente.***

O titular de uma *Grundschild* goza do mesmo poder sobre a coisa do credor hipotecário, podendo promover a respectiva venda processual e receber à sua custa o valor do gravame inscrito<sup>396</sup>. Este direito é livremente transmissível, seja por negócio jurídico, seja por execução judicial.

A alienação convencional da *dívida fundiária* rege-se pelas mesmas regras da hipoteca. Assim, tratando-se de uma *Grundschild de cédula*, bastará acordo escrito e a tradição do documento; tratando-se de uma *hipoteca independente de livro*, a cessão operacionaliza-se com o acordo e a inscrição a favor do novo titular (§1154 BGB).

Prevê-se, ainda, uma terceira modalidade de *Grundschild* com vista a potenciar a sua transmissibilidade: a *dívida fundiária ao portador* (§1195 BGB). Esta é constituída por declaração unilateral do proprietário e inscrição registal, pelo que a emissão da cédula não é necessária ao nascimento do direito. A cédula depois emitida é um *título de direito real* (e não um título de

---

<sup>394</sup> Cfr. §1198 BGB: “Eine Hypothek kann in eine Grundschild, eine Grundschild kann in eine Hypothek umgewandelt werden. Die Zustimmung der im Range gleich- oder nachstehenden Berechtigten ist nicht erforderlich”.

<sup>395</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, p. 345: “prejudica o dono do imóvel hipotecado e beneficia, sem motivo legítimo, os “segundos” credores hipotecários. Prejudica o dono do imóvel, pois este não pode oferecer a ninguém o lugar prioritário, assegurado pela primeira e antiga hipoteca, como forma de garantir um novo crédito; o mesmo é dizer que não pode obter uma soma de dinheiro igual à que pagou e conduziu à extinção da primeira hipoteca. E favorece ou enriquece sem causa os «segundos» credores hipotecários, porque estes, quando se tornaram credores privilegiados, apenas tiveram em conta o valor de garantia da coisa hipotecada que excedia o valor da primeira hipoteca, e ao ascenderem obtêm uma melhor posição que lhes assegura uma maior segurança de virem a satisfazer o seu crédito, sem qualquer razão e à custa do dono do imóvel, cuja órbita do crédito se reduz”.

<sup>396</sup> A dívida fundiária do proprietário (e, bem assim, a *hipoteca do proprietário* — legalmente equiparada pelo §1177 BGB), apresenta porém uma particularidade: o proprietário não pode provocar a execução da coisa, embora caso outro credor o faça, tenha direito a fazer valer os poderes conferidos pela dívida fundiária. Esta proibição terá uma função protectora dos titulares de garantias reais sobre a mesma coisa de grau inferior, já que a sua admissibilidade permitiria que o proprietário conseguisse expurgar do seu prédio os gravames existentes aproveitando um momento de desvalorização da coisa. Isto é, poderia provocar a venda processual da coisa, licitando o prédio por um valor insuficiente à satisfação de todos os titulares de hipotecas ou dívidas fundiárias. Neste sentido, MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 604.

crédito garantido por hipoteca), aplicando-se à sua transmissibilidade o regime das coisas móveis, pelo que pode ser adquirida por negócio, usucapião, sucessão, etc.<sup>397</sup>.

### *c) Modelação negocial da Grundschild*

Neste particular, o estatuto jurídico da hipoteca independente é similar ao que vimos para a *Hypothek*, assumindo especial destaque a manutenção da proibição absoluta do pacto comissório<sup>398</sup>. Nessa medida, face à congénere gaulesa, a *maior flexibilidade* que a natureza independente implica quanto à sua transmissibilidade é temperada com a *menor adaptabilidade* no que aos poderes do titular concerne.

## **2.3.2. *Schuldbrief ou cédula hypothécaire do direito suíço.***

### **2.3.2.1. Razão de estudo de uma figura de ordenamento extracomunitário.**

O facto de a Suíça não estar integrada na UE permite questionar a bondade da nossa opção de análise de uma garantia de direito helvético: as eventuais disparidades aqui existentes entre o direito da confederação e as ordens jurídicas dos Estados-Membros não têm influência na realização do mercado comunitário de garantias imobiliárias.

É absolutamente certo este raciocínio: não é a disparidade do direito suíço e sua influência no mercado comunitário que funda a nossa opção de análise da *Schuldbrief*. Simplesmente, este instituto jurídico foi utilizado pela *União Internacional do Notariado Latino* como proposta de inclusão de uma *euro-hipoteca*, atentas as suas características; ora, porque a *euro-hipoteca* é uma das possíveis soluções ao nosso problema, não estaríamos nunca desonerados de estudar o instituto suíço<sup>399</sup>. Assim, escolhemos tratá-lo nesta sede, por simplificar a comparação com as garantias dos Estados-Membros; justamente por esta razão, centramos a nossa análise apenas na cédula hipotecária (a que serviu de proposta à *euro-hipoteca*) e não versaremos sobre as garantias acessórias constantes da lei helvética.

---

<sup>397</sup> Cfr. §1188 BGB e §1192 BGB; MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 643; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 302.

<sup>398</sup> Cfr. § 1147 BGB; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 509; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 234.

<sup>399</sup> Cfr. HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", pp. 3ss; CESARE LICINI, "L'Euroipoteca Cartolare (a proposito di un istituto giuridico che... non esiste ancora)", *Quadrimestre — Rivista di Diritto Privato*, n.º 3, 1993, pp. 765-798, p. 766.



### 2.3.2.2. Descrição sumária do instituto

A cédula hipotecária surge definida no art. 842.º do Código Civil Suíço como uma obrigação *personale* afiançada por direito real de garantia, materializada em papel-valor livremente transaccionável. Cada cédula hipotecária inscrita no registo impõe a emissão de um título, que dependerá do consentimento expresso do devedor e do proprietário do imóvel<sup>400</sup>. O seu regime foi profundamente reformado pela Lei Federal de 11 de Dezembro de 2009 (*Cédule hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels*), que entrou em vigor a 1 de Janeiro de 2012, pelo que procuraremos aqui desenhar algumas das alterações ocorridas.

Da noção legal, retiram-se duas conclusões: *por um lado*, a obrigação e a garantia são absolutamente incidíveis, pois o título incorpora ambas as figuras e assume a função de papel-valor; *por outro*, a obrigação tem natureza *personale*, a implicar que o devedor responda com todo o seu património na satisfação da obrigação afiançada<sup>401</sup>.

A natureza pessoal da obrigação e sua ligação indissociável com a garantia, atendo-nos apenas no interesse da livre circulação de capitais, representaria um *minus* por comparação à dívida fundiária alemã: *por um lado*, a validade da garantia dependeria da obrigação afiançada, o que não sucede com a correspondente figura alemã; *por outro*, a ligação pessoal da obrigação ao devedor dificulta a sua transmissibilidade, já que a dívida pode ser modelada com cláusulas acessórias e tornar-se pouco atractiva a posteriores adquirentes. Com essa preocupação, a lei suíça (na versão anterior à reforma de 2012) já previa um conjunto de normas destinado a dotar o instituto de negociabilidade: a obrigação inscrita teria forçosamente valor fixo, não podia sujeitar-se a condições ou termos, e a emissão da cédula implicava uma *novação legal da dívida*, protegendo o credor contra eventuais causas de invalidade dele desconhecidas (a dívida garantida extinguiu-se, dando lugar à obrigação constante do título)<sup>402</sup>. O propósito de reforçar a transmissibilidade terá sido determinante na

---

<sup>400</sup> Cfr. art. 856.º do Código Civil Suíço e VESNA STANIMIROVIC, *La cédule hypothécaire comme garantie de la banque, en particulier le transfert de propriété à titre de sûreté*, disponível na internet via <http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIREVesnaStanimirovic.pdf>, consultado em 5 de Março de 2013, p. 2.

<sup>401</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 18; ROLF STÜRNER, "Das Grundpfandrecht...", p. 379 (que sublinha a *persönlicher Haftung* da cédula hipotecária); THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 180; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 66. Aliás, segundo ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 109, esta será a principal distinção entre as figuras alemã e suíça. Sobre o carácter incidível de obrigação e dívida, vide VESNA STANIMIROVIC, *La cédule...*, p. 3.

<sup>402</sup> Cfr. art. 854.º do Código Civil Suíço, na redacção anterior a 2012. Nas impressivas palavras de MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 747, "a constituição da cédula hipotecária faz nascer um novo crédito — um crédito que resulta do reconhecimento da dívida por parte do devedor, de tal modo que se extingue, por novação, a antiga obrigação que esteve na base da constituição da cédula hipotecária (art. 855, al. 1, CC)". A novação legal tinha dois efeitos: por um lado, o credor deixava de ter, contra o devedor, outro direito para além do que resultava da cédula; por outro, a nova dívida não podia ser inquinada com quaisquer causas de invalidade que eventualmente inquinassem a obrigação primitiva (VESNA STANIMIROVIC, *La cédule...*, p. 6). Ademais, por força do art. 17.º do Código das Obrigações,

alteração legislativa de 2012, que estabeleceu, salvo convenção em contrário, que a obrigação (abstracta) contida na cédula *acresce*, sem a substituir, à dívida que deu origem à garantia; nessa medida, surgiu a possibilidade de o devedor (que pode não ser o proprietário da coisa onerada) não substituir a dívida original pela cartular<sup>403</sup>.

Este particular figurino do instituto helvético conduz a que a sua função económica seja bem mais abrangente do que a das congéneres acessórias: *por um lado*, naquilo que pode ser tido como a sua função clássica, pode a cédula ser usada como caução de certa dívida, atribuída ao credor (garantia directa). Neste caso, o instituto goza de uma importante vantagem face àquelas, já que eventuais invalidades ou motivos de ineficácia da obrigação principal não alastram à cédula hipotecária, reforçando assim a segurança do credor.

*Por outro lado*, pode ser tida como valor em si mesmo e que é possível empenhar (garantia indirecta): neste quadro, o proprietário constitui uma cédula hipotecária (de que é titular, admitindo-se pois uma *cédula hipotecária do proprietário*) sobre a qual constitui um penhor. O credor não goza de um direito *sobre o imóvel* mas de um direito a executar o *papel-valor*, que compreende uma obrigação garantida pelo prédio. A grande vantagem residirá na desformalização deste negócio, pois o penhor não carece de escritura pública<sup>404</sup>.

*Por fim*, admite-se a sua *alienação fiduciária*: o devedor constitui uma cédula hipotecária a seu favor sobre o prédio e transfere a *propriedade da cédula* para o credor com finalidade fiduciária (*fiducia cum creditore*), assumindo este a obrigação de a restituir no momento do cumprimento da dívida garantida. Trata-se de uma criação da prática bancária suíça que procura combinar as vantagens do *penhor da cédula hipotecária* (ao não depender de qualquer forma) com a aquisição pelo credor da plenitude dos poderes inerentes ao título (*maxime o*

---

a emissão da cédula hipotecária significava ainda um reconhecimento de dívida, conferindo superior segurança ao credor — cfr. CESARE LICINI, "L'Euroipoteca...", p. 771.

<sup>403</sup> Cfr. n.º 2 do art. 842.º do Código Civil Suíço, na redacção em vigor desde 1 de Janeiro de 2012.

<sup>404</sup> Em compensação, surgem inconvenientes para ambas as partes.

*Para o credor*, há que sublinhar que a garantia só indirectamente incide sobre o prédio, pelo que no caso de incumprimento terá de executar o penhor, suportando o risco de a execução ser menos eficaz — "*le titre peut ne pas trouver d'acquéreur*" e mesmo a aquisição da cédula pelo credor pignoratício é só o primeiro passo para a realização do pagamento (só depois se tornará titular de um direito real de garantia sobre o prédio e poderá lançar mão de nova acção judicial — VESNA STANIMIROVIC, *La cédule...*, pp. 10 e 28). Assim, a prática demonstra que os credores vêm exigindo um direito sobre o imóvel (*cit.* p. 11). Para minorar estes inconvenientes, a jurisprudência suíça vem admitindo a validade da convenção pela qual o credor pignoratício possa utilizar os poderes correspondentes à *propriedade da cédula hipotecária* (*maxime o* poder de utilizar a coisa) conquanto esta cláusula seja integrada no contrato de constituição da garantia. Cfr. Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 24 de Fevereiro de 1938, *Gertsch c. Kinoretti*, publicado no BTE — *Bundesgerichtsentscheide*, 73, II, pp. 415-420, solução que merece a forte discordância da Autora por subverter os fins e natureza do penhor (*cit.*, p. 38).

*Para o devedor proprietário*, resulta o risco próprio da existência de dois gravames (a cédula hipotecária sobre o prédio e o penhor sobre a cédula) podendo vir a ser alvo de duas execuções (cfr. VESNA STANIMIROVIC, *La cédule...*, p. 11).

poder de executar a coisa para satisfazer a dívida que consta do título) atribuídos pela *propriedade fiduciária sobre a cédula*<sup>405</sup>.

O desenvolvimento deste último modo de uso da cédula (através de negócio fiduciário atípico que convoca a aplicação analógica de normas sobre penhor de direitos<sup>406</sup>) ter-se-á devido a uma das características da cédula hipotecária na versão anterior a 2012: quando usada *directamente* para caucionar uma dívida implicava necessariamente a sua novação legal; ora, a prática demonstrou apetência por um mecanismo onde a cédula pudesse *acrescer ao crédito subjacente*, atribuindo ao credor uma (ainda) maior segurança. Hoje, com a possibilidade de as partes convencionarem a manutenção da obrigação principal depois da criação da cédula hipotecária, esta modalidade parece ter perdido interesse<sup>407</sup>.

Como se vê, a *cédula hipotecária* constitui uma garantia que, *na prática*, é tida por independente sem contudo contrariar o princípio da acessoriedade: a hipoteca é *accessória de uma obrigação: a obrigação abstracta cartular* que, por sua vez, é *independente* da obrigação principal. No fundo, gerou-se um mecanismo de reunião das vantagens inerentes à independência sem derogar formalmente o princípio da acessoriedade da hipoteca<sup>408</sup>.

Assim, a sua função é idêntica: mesmo utilizando-a de forma directa (isto é, mesmo constituindo-se para garantir uma obrigação do proprietário), quando este pagar a dívida afiançada, o devedor goza do direito de "*de faire radier l'inscription ou de laisser subsister au registre foncier*", podendo neste último caso "*réemployer la cédula hypothécaire*"<sup>409</sup>. Isto é, no que toca à acessoriedade, a verdade é que, do ponto de vista pragmático, a cédula hipotecária suíça se aproxima da *dívida fundiária de direito alemão*, admitindo igualmente a conservação e reutilização do grau prioritário (ainda que, formalmente, ele adquira a *obrigação cartular* de que é devedor e que, por sua vez, está garantida por hipoteca).

---

<sup>405</sup> VESNA STANIMIROVIC, *La cédula...*, p. 12. O direito transmitido é uma *plena propriedade*, atribuindo ao titular todos os poderes a ela inerentes.

<sup>406</sup> VESNA STANIMIROVIC, *La cédula...*, p. 18.

<sup>407</sup> Na verdade, a utilização da cédula como *garantia directa* ou como *garantia fiduciária* atribuía ao credor a propriedade da cédula. A diferença residia, pois, na extinção da obrigação garantida, que não ocorria quando a transmissão da cédula era tinha lugar a título fiduciário.

Assim, parece também aqui descobrir-se o propósito da intervenção legislativa, dotando a cédula hipotecária dos caracteres que o comércio jurídico vinha desejando — *vide Message concernant la révision du code civil suisse (Cédula hypothécaire de registre et autres modifications des droits réels) du 27 juin 2007* apresentada pelo Conselho Federal à Assembleia Federal da Confederação Suíça. Neste documento, publicado no Jornal Oficial (*Feuille fédérale* n.º 07.061 pp. 5015-5078) e que contém a explicação académica e executiva da reforma, explica-se que o abandono da solução da *novação legal* pretende responder justamente a uma das solicitações dos operadores económicos (p. 5049).

<sup>408</sup> Neste sentido, HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 26, quando conclui que o exemplo suíço demonstra que "*même dans les pays qui connaissent un système hypothécaire issu du droit napoléonien, il est possible d'envisager une sûreté indépendante de la créance, ainsi que sa transmission*".

<sup>409</sup> Art. 854.º Código Civil Suíço.

### 2.3.2.3. Modalidades

A validade de constituição da *Schuldbrief* depende da titulação do negócio em escritura pública e sua inscrição no registo, cabendo ao conservador a emissão da cédula<sup>410</sup>.

Quanto à forma, a cédula pode assumir as modalidades de *cédula de registo* ou *cédula sobre papel*, por sua vez classificável em *título nominativo* ou *título ao portador*.

A *cédula de registo* constitui-se pela inscrição tabular a favor do titular (que pode ser o proprietário da coisa onerada). Neste caso, a cédula é transmissível por declaração escrita do titular feita às autoridades registais, regime igualmente aplicável à constituição de outros direitos reais sobre a cédula (art. 859.º Código Civil Suíço)<sup>411</sup>.

A *cédula hipotecária sobre papel* (cuja emissão não dispensa a inscrição tabular), materializa-se num título emitido pelo conservador. Este pode ser *nominativo*, identificando um credor determinado (assumindo desta forma a natureza de *título à ordem* e submetendo-se ao respectivo regime legal) ou constituir um *título ao portador* (sendo que, também neste caso, o primeiro portador pode ser um terceiro ou o proprietário da coisa sobre que incide a *Schuldbrief*)<sup>412</sup>. Em qualquer dos casos, a *cédula hipotecária sobre papel* é transmissível pela entrega do título, embora nos títulos nominativos o registo publicite a transmissão e o nome do adquirente. Isto é, como nota a doutrina, face à regulamentação da *Grundschild* alemã, "*la cédule hypothécaire de droit suisse s'oriente plus au point de vue de la négociabilité*", utilizando todas as vantagens da "independência" da garantia no que concerne à sua transmissibilidade e, por isso, rapidamente classificada como o instituto ideal ao reforço da circulação das garantias imobiliárias no espaço europeu<sup>413</sup>.

Quanto ao titular, a cédula hipotecária pode ser constituída a *favor de um terceiro* ou do próprio proprietário da coisa onerada<sup>414</sup>.

A emissão da cédula a *favor de terceiro* supõe a celebração de dois negócios jurídicos: *por um lado*, o *contrato de garantia imobiliária*, através do qual o devedor se obriga a constituir a cédula hipotecária (gerando um direito real de garantia sobre o prédio) e o credor se compromete a devolvê-la assim que o seu crédito seja satisfeito, sujeitando-se forçosamente

---

<sup>410</sup> Quanto à solenidade de titulação, cfr. n.º 2 do art. 799.º do Código Civil Suíço; quanto à inscrição constitutiva, cfr. arts. 857.º e 860.º (antes da reforma — 856.º e 857.º). Cfr., ainda, CESARE LICINI, "L'Euroipoteca...", p. 768.

<sup>411</sup> Como o penhor, cuja valia analisámos *supra* — MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 133.

<sup>412</sup> As regras reguladoras dos títulos de crédito à ordem constam dos arts. 1145.ºss do Código das Obrigações Suíço; as dos títulos ao portador encontram-se nos arts. 978.ºss do mesmo Código. Cfr. HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 11.

<sup>413</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", pp. 180-181; HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 24.

<sup>414</sup> Cfr. HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", p. 10, e art. 854.º do Código Civil Suíço.

a escritura pública. *Por outro*, a constituição da cédula, negócio jurídico unilateral concretizado na declaração de consentimento do proprietário do imóvel dirigida ao conservador<sup>415</sup>.

Já a constituição da cédula hipotecária a favor do proprietário (caso em que as qualidades de devedor e o credor estão reunidas na mesma pessoa) depende apenas da declaração unilateral do proprietário, exprimindo a vontade de onerar o imóvel e requerendo ao conservador que proceda à inscrição registal. Recorde-se, como vimos, que a titulação da cédula pelo proprietário pode também ocorrer como consequência da extinção do crédito (que implica a reacquirição do *título* pelo proprietário e viabilidade da sua reutilização).

### 2.3.3. Outras garantias independentes

Não obstante a *Grundschild* e a *Schuldbrief* constituírem as mais paradigmáticas garantias independentes, não são as únicas.

*Por um lado*, olhe-se ao *certificado hipotecário* do direito sueco: “*the landowner asks the land registration authority to register a deed over his property for a particular amount. He then receives a Mortgage Certificate (MC). The MC can be handed to a lender a security for a loan, if in paper form. If the MC is in register form, it is transferred to the other lender’s MC account with the register authority. Alternatively, it is transferred automatically when the lender applies for an MC (or, in case of changes of lender, from the lending bank to the releasing bank)*”<sup>416</sup>. Nesta figura, à semelhança da *Schuldbrief* de direito suíço, o titular tem um direito sobre o prédio mas igualmente um *direito de crédito* sobre o seu proprietário, sendo estes incidíveis; por outro lado, a existência da garantia depende da materialização em *cédula* e não está *formalmente* inscrita no registo predial; todavia, este certificado é electrónico e disponível informaticamente a qualquer interessado, pelo que, do ponto de vista pragmático, tudo se passa como se existisse um *registo constitutivo dos certificados hipotecários*<sup>417</sup>.

Por outro, surgiram garantias independentes na Europa de Leste, baseadas na dívida fundiária alemã. É o caso da Estónia (desde 1993), da Hungria (desde 2003) e da Eslovénia<sup>418</sup>.

## 2.4. Conclusões: a diversidade substantiva e a surpreendente identificação de aspectos comuns.

---

<sup>415</sup> Este segundo negócio produz efeitos substantivos e tabulares: o consentimento do proprietário é pressuposto para a inscrição registal e é o negócio que onera o prédio com aquela garantia real — cfr. MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, p. 748; VESNA STANIMIROVIC, *La cédula...*, p. 3.

<sup>416</sup> GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 31.

<sup>417</sup> OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, pp. 21ss, e ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 109.

<sup>418</sup> Referimo-nos, respectivamente à *hüpooteek* estónia, à *zemljski dolg* húngara e à *ünálló zálogjog* eslovena. Sobre estas figuras *vide* a bibliografia citada *supra*, na nota n.º 365.

Inevitavelmente, somos conduzidos à conclusão que a doutrina vem anunciando: há profunda disparidade na regulação das garantias imobiliárias, a ponto de não subsistirem duas figuras iguais no espaço europeu. Será, porventura, um dos domínios onde a disciplina substantiva é mais diversa entre os Estados-Membros: o pacto comissório é absolutamente proibido em Portugal, Espanha, Alemanha, Inglaterra e Itália, sendo porém a *regra* em França; a ligação da hipoteca ao crédito é siamesa em Portugal e Itália, mais distante em França e Espanha e absolutamente dispensada na Alemanha; a ampliação dos poderes do credor é imperativamente proibida na maioria dos Estados-Membros mas pode ser amplamente pactuada em Espanha e em Inglaterra; a hipoteca desaparece por decurso do tempo em França e em Itália, ao passo que noutros sistemas subsiste incólume ao calendário.

Esta dissemelhança entre as garantias imobiliárias, associada à rigidez da disciplina de muitas delas (principalmente as acessórias) e à aplicação necessária da *lex rei sitae* vem conduzindo a um obstáculo intransponível à aceitação de hipotecas sobre coisa situada em país diferente daquele em que o credor exerce a sua actividade. Será, porventura, a *principal razão de inexistência* de um mercado europeu de garantias imobiliárias, porquanto parece evidente que “*aunque determinadas características y detalle son regulados de forma parcialmente idéntica, sin embargo prevalecen la diferencias*”<sup>419</sup>.

Todavia, não pode deixar de reconhecer-se que nem todos os aspectos da regulação da hipoteca são díspares, devendo sublinhar-se importantes convergências.

*Em primeiro lugar*, a construção da união económica e monetária, pressupondo a ausência de restrições aos movimentos de capitais, atenuou algumas disparidades. Assim, em 1999 declarou o Tribunal de Justiça ser, em princípio, contrária ao direito europeu legislação nacional que proibisse a expressão da hipoteca em moeda de outro Estado-Membro, provocando a alteração das normas internas que o prescreviam. Na verdade, a imposição da conversão do crédito para a moeda do Estado da situação da coisa implicaria um enfraquecimento do “*nexo entre o crédito a garantir, cobrável na moeda de outro Estado-Membro, e a hipoteca, cujo valor pode, em razão de flutuações monetárias posteriores, tornar-se inferior ao do crédito a garantir, o que só pode levar a reduzir a sua eficácia e, portanto, o atractivo de uma tal garantia*”<sup>420</sup>.

---

<sup>419</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 112, e OLIVER REMIEN, "Immobilienrecht...", p. 321. Neste sentido, *vide* a extensa lista doutrinal elencada *supra*, na nota n.º 101.

<sup>420</sup> Cfr. Acórdão *Manfred Trummer* (*cit.* nota n.º 49), n.º 26. A obrigatoriedade de expressão da hipoteca em moeda nacional era uma determinação frequente. No caso colocado ao Tribunal de Justiça, mobilizava-se o direito austríaco que, no n.º 1 do art. 3.º do *Verordnung über wertbeständige Rechte* de 16 de Novembro de 1940, na versão então vigente, determinava que as hipotecas só poderiam ser constituídas em xelins austríacos ou por referência ao preço do ouro. Segundo CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 63, teria sido possível à Áustria demonstrar que a exigência de expressão em moeda nacional constituiria uma restrição admissível em face de interesse público fundamental de protecção dos terceiros, que não conheceriam facilmente a capacidade de garantia do imóvel quando vislumbrassem o gravame expresso em moeda estrangeira, sujeita a flutuações (o

*Em segundo lugar*, a publicidade da hipoteca é assegurada pelo registo (já que a inexistência de desapossamento é uma marca desta garantia) e a inscrição tabular é condição absoluta de eficácia em *todos* os Estados-Membros, mesmo naqueles onde o registo não desempenha tradicionalmente uma função constitutiva (como o sistema francês) ou nos integrados num sistema de *Common Law* (tradicionalmente afastados da necessidade de registo para a produção de efeitos)<sup>421</sup>. Aliás, mesmo na Suécia, onde o *certificado hipotecário* consta de uma cédula e é esse o requisito publicitário exigido, permanece a publicidade tabular, porquanto a cédula tem suporte electrónico e consta do registo predial<sup>422</sup>. Acresce que a publicidade registal tem conteúdo homogéneo: em todos os Estados-Membros consta das tábuas a indicação do *montante garantido*, indicando expressamente o valor por que o imóvel responde no caso de execução hipotecária<sup>423</sup>.

*Em terceiro lugar*, em todos os sistemas a garantia imobiliária atribuí ao seu titular um direito de natureza real manifestado no poder de promover a venda da coisa e de ser pago à sua custa com preferência face aos demais credores. Isto é, o poder caracterizador da *hipoteca* (pois mesmo a *mortgage*, que atribui mais faculdades, se caracteriza essencialmente pelo poder de execução da coisa) tem configuração idêntica em todos os Estados-Membros, cifrando-se a diversidade nos *outros aspectos (não principais) da hipoteca*<sup>424</sup>. Ademais, há negócios sobre a hipoteca admitidos em *todos os sistemas europeus*, independentemente da configuração da garantia. Designadamente, em todos os direitos nacionais se prevê que a transmissão da hipoteca (com ou sem o crédito associado) não careça de autorização do proprietário; em

---

que correspondia, aliás, à observação do Governo Finlandês nesta causa). Todavia, a Áustria terá sido traída pela sua própria legislação, porquanto apesar de não autorizar a expressão da hipoteca em moeda estrangeira, autorizava “*the value of the mortgage to be expressed by reference to the price of fine gold, which is subject of fluctuations in the same way as the value of the foreign currency*”. Analisando extensamente este Acórdão, cfr. BRAM AKKERMANS, “Property law and internal...”, p. 242; LEO FLYNN, “Coming...”, p. 799; MONIQUE LUBY, “Comentário ao Acórdão Manfred Trummer...”, p. 495.

<sup>421</sup> CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, pp. 38 e 86; OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, pp. 27ss; SJEF VAN ERP, “A Comparative...”, p. 83; NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 15; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Registration...”, p. 811. Note-se que o estudo de SCHERBER deixa de fora os sistemas anglo-saxónicos. Todavia, vimos *supra* que no Reino Unido o *Land Registration Act* de 2002 veio estabelecer o registo obrigatório para as novas hipotecas; na Irlanda foi estabelecido um sistema de registo obrigatório que, de modo faseado, foi abrangendo todo o território, o que sucedeu a 1 de Janeiro de 2011 (cfr. *Statutory Instruments* n.º 87/1969; 605/2005; 81/2008; 176/2009; 516/2010).

<sup>422</sup> OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, p. 21.

<sup>423</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, pp. 28-29.

<sup>424</sup> CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 17; THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 174; JOSÉ M. GARRIDO, “Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its Implications for Secured and Preferential Creditors”, *International Insolvency Review*, vol. 7, n.º 2, 1998, pp. 79-94, p. 87, nota n.º 28; ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae e Disciplina delle Garanzie Mobiliari nel Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007, p. 5, nota n.º 8.

todos os direitos europeus se permite a transmissão da hipoteca para outra obrigação, diferente da que afiançava originalmente (*cessão da hipoteca e cessão do grau hipotecário*)<sup>425</sup>.

*Por fim*, está em curso a *atenuação da acessoriedade*, mesmo nos Estados cuja lei só conhece hipotecas acessórias, esbatendo-se assim aquela que é a principal distinção entre os direitos europeus da hipoteca<sup>426</sup>. Acrescente-se que, como vimos, a acessoriedade da hipoteca não impede, em nenhum direito nacional, o caucionamento de obrigações decorrentes de uma linha de crédito (o que é possível em todos os direitos europeus<sup>427</sup>), demonstrando a aptidão da hipoteca para associação a contratos de financiamento não tradicionais.

### 3. AS DISPARIDADES DE PROTECÇÃO REGISTAL.

Tendo-se demonstrado as diferenças entre os regimes jurídicos materiais da hipoteca e a imperatividade da sua regulação (obrigando operadores económicos a enfrentar regimes hipotecários substancialmente distintos consoante a lei reguladora da garantia real), surgem novos problemas derivados de semelhante disparidade no domínio tabular. As diferenças no Registo Predial<sup>428</sup> vão da natureza constitutiva ou meramente consolidativa da inscrição aos seus efeitos substantivos, passando pela respectiva fiabilidade, aspecto que "*fractures the European map much further beyond the dichotomy between Civil Law and Common Law, and even between Germanic and Latin law systems*". Na verdade, encontramos sistemas registais dissemelhantes no espaço europeu, tributários dos respectivos contextos históricos que presidiram à sua formação e das necessidades que vinham suprir<sup>429</sup>.

*Por um lado*, a protecção tabular de que goza a hipoteca inscrita é desigual nos vários Estados-Membros, sendo certo que a confiança do credor depende directamente do grau de perfeição do sistema registal, que o possa proteger de possíveis ónus, encargos ou direitos que conflituem com o seu interesse. *Por outro*, alguns sistemas consagram gravames prediais (de direito público ou privado) que, podendo prevalecer sobre o direito do credor hipotecário, não estão sujeitos a registo. *Por fim*, o acesso internacional à informação registal

---

<sup>425</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, respectivamente, pp. 62-63 e p. 76.

<sup>426</sup> Neste sentido, CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 18; ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 563; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 321; ALESSANDRO NATUCCI, *Astrazione...*, p. 3 (que o sublinha quer no âmbito das garantias reais, quer pessoais); OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2272.

<sup>427</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, pp. 121-122.

<sup>428</sup> À semelhança de MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 23, nota n.º 7, utilizamos a expressão com inicial maiúscula para nos referirmos à instituição e minúscula para mencionarmos a inscrição tabular.

<sup>429</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 47ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 6. A citação é de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 798. Ainda assim, como veremos, os sistemas registais permitem alguma *categorização* em sistemas-tipo, antecipando a nossa conclusão de que as diferenças não vão tão longe quanto no direito hipotecário.



não é fácil, seja porque subsiste o inegável problema linguístico, seja porque se restringe a concessão de certidões aos operadores estabelecidos no país da situação da coisa<sup>430</sup>.

Não obstante o problema mencionado em segundo lugar ser geralmente indicado como inerente ao sistema registal (razão pela qual tratamos deste problema nesta sede), reconhecemos que a asseveração pode não ser rigorosa, já que em vários ordenamentos é o *direito substantivo* que estabelece a preferência, face à hipoteca, de garantias não sujeitas a registo (privilégios creditórios, por exemplo).

### 3.1. A protecção conferida pelo Registo Predial ao titular de uma hipoteca

A protecção conferida pela inscrição depende em boa parte do sistema tabular vigente. Na verdade, em países que adoptam *sistemas de transcrição* (onde o conservador não analisa a validade substancial do acto e em que só são inscritos actos *inter vivos*) o registo produz necessariamente menos efeitos do que em Estados onde vigorem *sistemas de entabulação* (que publicitam todos os factos sobre o prédio e onde o conservador exerce uma função qualificadora, apreciando a legalidade do acto)<sup>431</sup>.

---

<sup>430</sup> Estes problemas (disparidade de protecção, existência de gravames ocultos e dificuldade de acesso à informação) são apontados por OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2257; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 1; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 86; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 309. Os problemas inerentes à diversidade linguística (mesmo no quadro de direito unificado) são analisados por JACOBIE W. RUTGERS, "Registered European Security Instrument in a Multilingual European Union", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 153-163, pp. 153ss.

A ligação entre a perfeição do sistema tabular e a eficácia da hipoteca foi notada por JOSÉ TAVARES, *Os Princípios...*, Vol. I, p. 577, e não perdeu a actualidade. Na verdade, basta atentar no conjunto de problemas surgidos nos Estados Unidos relativos às execuções hipotecárias a partir de 2008 inerentes à falta de fidedignidade dos dados tabulares (fenómeno conhecido como *Mortgage Gate*). O problema adveio da criação, por parte dos principais credores hipotecários, de um sistema electrónico (*Mortgage Electronic Registration System*) que passou a figurar como titular das hipotecas (a quem estas eram formalmente cedidas) mas que, no fundo, apenas remetia para um sistema privado de registos onde as verdadeiras cessões eram anotadas. Isto é, os registos deixaram de constar do sistema público, ocorrendo apenas no *sub-registo*. Simplesmente, o que ocorreu na prática foi a cessão das hipotecas mediante *promissory notes* em branco (que eram depois trocadas no sistema financeiro), pelo que desapareceu o registo das transacções dos créditos hipotecários securitizados (cfr., sobre o tema, FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mortgage Gate: As incertezas sobre a exequibilidade das hipotecas geridas pelo *Mortgage Electronic Registration System* nos Estados Unidos", *Registo Público de Imóveis Eletrónico — Riscos e Desafios*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012, pp. 30-125, pp. 34ss e 58ss).

Atente-se que a disparidade registal vem criando obstáculos não apenas no domínio predial como também no quadro mercantil. Sobre estes problemas, e vias de solução, vide RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La función del registro mercantil en el derecho internacional de sociedades", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 2, 2002, pp. 47-79, pp. 77ss.

<sup>431</sup> A categorização não é exacta, pois não existem sistemas puros como os descritos. É, porém, uma aproximação aos modelos que se desenham nos direitos europeus (cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, pp. 131-133; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 129ss; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 25; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Dictamen...", pp. 129ss; WALTER BÖHRINGER, "Comparison...", pp. 169ss). Sobre a origem histórica do Registo Predial, vide MÓNICA JARDIM, *cit.*, pp. 42ss; WALTER BÖHRINGER, "Comparison...", p. 167.

Deve notar-se que, na descrição sumária que ora faremos dos sistemas registais, caracterizaremos *modelos puros* de Registo Predial, bem sabendo que os vários sistemas nacionais contêm especificidades que raramente permitem inserir-se totalmente em nenhuma das categorias descritas<sup>432</sup>.

### 3.1.1. O princípio da fé pública registal

A mais conhecida divergência no âmbito registal entre os direitos dos Estados-Membros está na vigência do *princípio da fé pública registal*. Se o mero facto de existirem disparidades no direito tabular constitui foco de insegurança (porquanto o potencial credor sempre terá de se informar sobre o regime de protecção conferido pelo registo no Estado da situação da coisa, importando custos de assessoria e, assim, uma desvantagem concorrencial face às instituições de crédito desse Estado), a verdade é que a posição jurídica do credor hipotecário é substancialmente diferente consoante aquele cânone vigore ou esteja ausente<sup>433</sup>.

Entendamo-nos. Um credor hipotecário gostaria de receber do registo a certeza de que, *por um lado*, não existem outros ónus e encargos sobre a coisa que afectem a sua posição jurídica e, *por outro*, que quaisquer invalidades ou ineficácias relativas ao seu *dante causa* não prejudicarão o poder de se pagar à custa da coisa com preferência em relação aos demais credores. É neste segundo factor que a principal distinção subsiste, permitindo agrupar os direitos registais europeus em duas categorias, consoante o nível de tutela oferecido<sup>434</sup>.

*Em primeiro lugar*, os sistemas que conferem uma protecção *fraca* (*sistemas de inoponibilidade*), que apenas asseguram que, uma vez inscrito um direito, este não pode vir a ser posto em causa por outros direitos incompatíveis ou conflituantes de terceiros que os hajam adquirido do mesmo transmitente. Podem, assim, produzir um *efeito aquisitivo*<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 129ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 6.

<sup>433</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 760; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 103; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 102; DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 121; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle: Land Registry Standard — Paving the Way for a Common Property Market", *GIM Internacional — Global Magazine for Geomatics*, vol. 19, n.º 12, 2005, pp. 1-3, p. 2.

<sup>434</sup> Rigorosamente, poder-se-ia elencar uma terceira categoria: os sistemas de mero "recording", que simplesmente arquivam documentos sem prévio exame e onde apenas se produz efeito informativo. Simplesmente, a maioria da doutrina considera que estes *não são sistemas de Registo* e não têm expressão na Europa no domínio hipotecário, pelo que escusamos de a ele nos referirmos. A este sistema dá-se por vezes o nome de *sistema de raiz saxónica*, mas, como vimos *supra*, em Inglaterra e na Irlanda vigoram sistemas de registo constitutivo da hipoteca (cfr. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 23 [especialmente notas 17 e 18] e "A Publicidade Registral e a Segurança do Comércio Jurídico Imobiliário", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 593-601, p. 596; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 810).

<sup>435</sup> Esta tutela é a prestada pelos sistemas denominados de *inoponibilidade* (francês, belga, luxemburguês, etc.): "O mínimo de garantia que qualquer registo imobiliário oferece é a chamada força negativa ou preclusiva da publicidade: aquele que pretende adquirir sabe que, se inscrever a sua aquisição no registo, fica a salvo dos ataques de qualquer terceiro que haja adquirido do mesmo dante causa, um direito incompatível e também sujeito a registo, sempre que este não tenha obtido o registo a seu favor

De outro lado, os sistemas que conferem uma protecção forte (os sistemas registais de direitos), pois além da vertente *negativa* da protecção tabular, asseguram ao titular que o seu direito não será perturbado por qualquer invalidade ou ineficácia anterior, desde que verificados os pressupostos legalmente previstos: é este, em sentido rigoroso, o *princípio da fé pública registal*. Em sentido próprio, o cânone assegura que aquele que confia no registo não será afectado por qualquer invalidade ou ineficácia anterior, porquanto a lei determina que o registo é exacto e completo: “*impede, em relação aos terceiros de boa-fé, a prova do facto contrário ao constante do registo, garante-lhes a existência, a extensão e a titularidade dos direitos reais registados e, portanto, assegura-lhes a manutenção da sua aquisição*”<sup>436</sup>.

---

ou o tenha obtido posteriormente a si. Por exemplo, num sistema em que o registo não seja elemento imprescindível para a aquisição do direito, se A transmitir um direito de propriedade sobre um imóvel a B e este não solicitar o registo, posteriormente, A pode apresentar-se perante C como proprietário e constituir uma hipoteca sobre o referido imóvel. Caso C solicite e obtenha o registo a seu favor, depois já não lhe poderá ser oposto o direito de B, uma vez que o facto aquisitivo de B não foi registado com anterioridade” (MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, p. 754; “A segurança jurídica gerada...”, p. 385, e *Efeitos substantivos...*, p. 130; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade e Princípios...”, p. 24, e “A Publicidade Registral...”, p. 596; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, “Garantías...”, p. 996 (que prefere a terminologia *sistema francés*, por oposição a *sistema alemão*); SJEF VAN ERP, “The Cape Town Convention: a Model for a European System of Security Interests Registration”, *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 1, 2004, pp. 91-110, p. 100 (que usa a terminologia de *sistema negativo*, por oposição ao *sistema positivo*); WALTER BÖHRINGER, “Comparison...”, p. 171; FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, “Mortgage...”, p. 42 (que explica ser este o sistema utilizado na maioria dos ordenamentos dos Estados Unidos). Mesmo esta tutela pode variar consoante se exija onerosidade ou boa fé do sujeito inscrito (cfr. MÓNICA JARDIM, “Herdeiros e legatários testamentários e o art. 5.º do Código do Registo Predial”, *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, pp. 915-960, pp. 926ss).

Nestes sistemas, tendencialmente o conservador está despidido de função qualificadora, por isso sendo conhecidos por sistemas de *registo de documentos*: não se aprecia a *validade* do direito inscrito porque o registo também não a garante (*vide* VAN ERP, *cit.*, p. 104; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “A comparative...”, p. 211; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 508; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 48). Assim ocorre em Itália, onde o art. 2674.º *Codice Civile* estabelece taxativamente as causas de recusa do registo, as quais se reportam a vícios estritamente registais, pelo que não pode o conservador apreciar a legalidade substancial do título; ou em França, onde o conservador “*se borne à vérifier que l’acte est publiable, c’est à dire, que «l’effet relatif» est respecté et que l’acte est régulier en la forme*”, com certas excepções em matéria de nulidades muito graves (cfr. LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 248; JOSÉ GONZÁLEZ, “Dupla qualificação: o alcance do princípio da legalidade na qualificação notarial e registal”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 206ss, p. 206; MÓNICA JARDIM, “O sistema registal francés”, p. 977). Mesmo a exigência da *forma notarial* foi introduzida apenas no Decreto de 4 de Janeiro de 1955 (cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 230).

Sublinhe-se, porém, que esta é apenas uma característica *tendencial*, pois multiplicam-se sistemas registais de mera oponibilidade onde o registador assume poderes de controlo de legalidade e, em certos casos, se protegem adquirentes de boa fé que confiaram na informação registal. Será o caso português e holandês, segundo JAAP ZEVENBERGEN, “Registration of property rights; a systems approach — Similar tasks, but different roles”, *Notarius International*, n.º 1-2/2003, 2003, pp. 125-137, p. 132.

Deve ainda alertar-se que, como alerta JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, “O artigo 5.º do Código de Registo Predial e a compra e venda imobiliária”, *O Direito*, Ano 143, n.º V, 2011, pp. 965-991, p. 965, que se os *efeitos aquisitivo e consolidativo* que derivam do sistema descrito são aqueles mais abundantemente tratados, os sistemas de protecção fraca acabam por produzir *outros* efeitos de profunda importância: pense-se no registo da mera posse que, apesar de meramente enunciativo, altera o prazo de aquisição por usucapião.

<sup>436</sup> MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, p. 756, e “O sistema registal germânico”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXVIII, 2002, pp. 381-437, p. 405ss; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, “Garantías...”, p. 996 (sublinhando que o sistema “*garante titularidades: quien adquiere del que aparece en el Registro como dueño adquiere válidamente y se hace dueño*”); FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, “Mortgage...”, p. 43 (“*a inscripción, sob ciertas condiciones, está dotada do denominado efeito da fé pública registral — recolhido entre nós pelo art. 34 LH —*

Percebe-se bem a diferença, que pode ser determinante no momento de aceitar a constituição de uma garantia real: num sistema de protecção *fraca*, o registo não assegura ao potencial credor hipotecário que o sujeito que figura como proprietário é efectivamente

---

*mediante o qual a inscrição confirma a existência e a titularidade do direito, protegendo essa atribuição – entitlement – por meio de uma regra de propriedade”*); CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, p. 305; HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A função do registo como meio «de protecção do tráfico jurídico»", *Regesta — Boletim da Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos*, Ano VII, n.ºs 70 e 71, 1986, pp. 273-286 e 293-311, p. 278; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 483; RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Fundamentos de la Publicidad Registral, 8.ª Edição, Bosch, Barcelona, 1995, pp. 160 e 335ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 48.

Isto é, o princípio da fé pública registral implica ambas as dimensões de protecção e não somente a sua vertente *negativa* (de inoponibilidade), existente nos sistemas de protecção *fraca*. É por isso que os sistemas de fé pública atribuem ao conservador um papel *qualificador*, verificando a validade do direito a inscrever, já que se garante a respectiva existência depois de inscrito. Este princípio vigora, com diferenças, designadamente na Alemanha, Suíça, Áustria, Espanha, Dinamarca, Suécia, conferindo ao credor hipotecário a certeza de não ver prejudicada a sua posição jurídica em virtude de factos anteriores: “*Assim, se por hipótese, na Alemanha, A consegue que no registo se inscreva a seu favor o direito de propriedade sobre um imóvel, com base no consentimento formal do até ali titular registral mas inexistindo o imprescindível acordo real e, de seguida, onera com uma hipoteca o referido direito a favor de um adquirente de boa-fé, sem dívida que esse adquirente, ao obter o registo a seu favor, se torna credor hipotecário, uma vez que o registo lhe garantiu, não apenas que A não havia anteriormente vendido a outra pessoa, mas, exactamente, que A era o proprietário. E, se por exemplo, um direito de usufruto se tiver extinguido mas a respectiva inscrição registral permanecer em vigor e o ex-usufrutuário constituir sobre o seu «direito» uma hipoteca, o credor será protegido, adquirindo, efectivamente, o direito real de hipoteca*” (Cfr. MÓNICA JARDIM, *ibidem*). Com protecção similar (embora com funcionamento diferente) note-se ainda a actual modelação do Registo Predial inglês e irlandês (cfr. ZEVENBERGEN, *cit.*, p. 51).

Os pressupostos de actuação da *vertente positiva do princípio* (protecção do titular contra invalidades que afectem a posição jurídica do *dante causa*), não são uniformes. Em todos os sistemas europeus que o adoptam, exige-se a *boa fé* do sujeito e a *obtenção do registo* a seu favor; a partir daqui, se alguns sistemas protegem o adquirente assim que obtém a inscrição, outros subordinam a tutela ao decurso de um certo período de tempo; alguns sistemas defendem o titular qualquer que haja sido a forma de aquisição, outros restringem a protecção às aquisições negociais ou mesmo às operadas por negócio oneroso; alguns sistemas introduzem o princípio da fé pública registral como cláusula geral, outros subtraem certos direitos do seu âmbito — cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, p. 307; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 140.

Assim, o direito espanhol exige, no art. 34.º da *Ley hipotecaria*, boa fé [presumida legalmente] (i), onerosidade (ii), aquisição do titular constante do registo (iii) e inscrição do direito a favor do adquirente (iv) (RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo II, pp. 337-454); no direito austríaco, o princípio da fé pública protege terceiros de *boa fé*, caso não esteja registada acção de impugnação da inscrição em que confiou (cfr. §14 da *Grundbuchgesetz* e MÓNICA JARDIM, "O sistema registral austríaco", p. 337).

O direito alemão (§892 e §893 BGB) protege adquirentes de *boa fé* (i) e *por negócio jurídico* (ii), desde o momento da aquisição do direito pelo terceiro de *boa fé* — o que parece explicar o facto de, na Alemanha, os serviços registais estarem sob a autoridade de um Juiz (LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 247). Nessa medida, se a hipoteca inscrita garantia um crédito ineficaz ou inexistente (tendo, por isso, sido convertida substancialmente em *Grundschild* do proprietário), o facto não prejudica os adquirentes de *boa fé* a quem o crédito hipotecário haja sido cedido. Igualmente, se o proprietário pudesse invocar, perante o titular originário, uma invalidade na constituição da hipoteca (um vício da vontade, por exemplo), esta invalidade — se omissa no registo a acção destinada a conhecê-la — não vai nunca afectar o adquirente da hipoteca (§1138 e §1157 BGB). Aliás, mesmo que o cedente não fosse, na verdade, o titular da garantia (em virtude, por exemplo, da procedência de uma acção de nulidade de uma transmissão anterior a seu favor), a confiança do terceiro no registo garante-lhe a titularidade da hipoteca (MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, pp. 564-565; HÖRSTER, *cit.*, p. 278) Repare-se que a fé pública é variável consoante estejamos perante uma *Sicherungshypothek* ou uma *Verkehrshypothek*: nesta, além das normas dos §892 e §893 BGB, vale o §1138 que vem sublinhar a vigência do princípio da fé pública *para a obrigação*. Isto é, a fé pública registral, na *hipoteca de tráfico* de direito alemão, assegura ao terceiro adquirente que as invalidades da hipoteca não põem em causa o direito que tomou.

No que concerne ao direito pátrio, há controvérsia quanto à questão de saber se nos arts. 17.º/2 CRPred. e 291.º CC vigora este cânone — *vide*, sobre este assunto, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 705ss; ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Registo...", pp. 45ss; HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A função...", pp. 303ss.

Divergindo da concepção de *fé pública registral* que aqui descrevemos (e entendendo-a como a protecção negativa do registo), cfr. ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Registo...", p. 37.

dono do imóvel, asseverando-lhe tão somente que quaisquer transmissões ou onerações não registadas (e que devessem estar inscritas) não lhe serão oponíveis. No entanto, se a posição jurídica do seu *dante causa* vier a ser afectada, ferida de qualquer invalidade ou ineficácia, tal facto repercutir-se-á na hipoteca por aquele constituída, em nome do princípio *nemo plus iuris in alium transferre potest, quam ipse habeat*.

Pelo contrário, nos sistemas que consagram o princípio da fé pública registal, ainda que o direito do *dante causa* venha a ser afectado, qualquer eventual invalidade ou ineficácia não será dotada de eficácia retroactiva plena, deixando intocada a posição do credor hipotecário<sup>437</sup>. Nos sistemas mais protectores (designados de *ultimate title registration*) há mesmo uma *coincidência* entre a verdade material e a verdade registal (o *mirror-principle*), que isenta qualquer interessado de investigar nada mais sobre a condição jurídica do prédio para além do que conste do registo — os direitos registados são *garantidos* pelo sistema tabular<sup>438</sup>.

Ora, sabendo que alguns dos direitos registais europeus conferem apenas protecção fraca, é previsível que as instituições de crédito que habitualmente exercem a sua actividade em Estados que adoptam o princípio da fé pública registal não confiem em garantias reais tuteladas pela mera inoponibilidade, não estando dispostas a ver o seu direito comprometido por invalidades anteriores ao seu *dante causa* ou a assumir deveres de investigação adicionais quanto à condição jurídica do prédio<sup>439</sup>.

---

<sup>437</sup> Assim, conclui MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 758, que, nestes sistemas, a "inscrição vale título", porquanto é o registo que sustenta a sua posição jurídica. Já nos sistemas de protecção fraca "o registo não assegura ao possível credor hipotecário que A é o proprietário do imóvel, assegura apenas que A ainda não alienou ou onerou o direito de propriedade", sem garantir sequer que aquele foi alguma vez titular do direito (p. 755). Se o sujeito que figura como proprietário havia adquirido de quem nunca tinha sido dono (ou com recurso a coacção física; ou tendo o registo sido fundado na apresentação de um título aquisitivo falsificado), o titular da garantia não será protegido. Cfr. JUAN B. VALLET DE GOYTISOLO, "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 323-388, p. 387; HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A função...", p. 275; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 9.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003, p. 20; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, pp. 326 e 329. É comum fazer-se uma ligação entre o sistema de constituição e transmissão dos direitos reais e a vigência do *princípio da fé pública*: defende-se que este não vigora nos sistemas de *título* (onde o registo assume função declarativa) e existe nos sistemas que fazem depender a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis de *título e registo* (cfr. LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 247). A associação é incorrecta: veja-se o direito espanhol, que não exige a inscrição registal como *modo* e consagra o princípio da fé pública registal, assegurando ao titular de um direito que não será afectado pela invalidade do direito do seu transmitente (RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo II, p. 335). A única associação que pode fazer-se é de que onde vigorar um *sistema de registo de documentos* (amputando o conservador de função qualificadora e não estabelecendo o princípio da fé pública registal), o registo não pode ser constitutivo (SJEFF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 107). VAN ERP vai porém longe demais, ao sustentar que se exige um *sistema consensual*. Ora, a ausência de função constitutiva não implica necessariamente o princípio da consensualidade — veja-se o direito espanhol, que exige um *modo* (a *traditio*, ainda que *ficta*). Apenas se torna necessário que o modo *não seja a inscrição registal*.

<sup>438</sup> Cfr. JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 49.

<sup>439</sup> Neste sentido, BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 2; FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mortgage...", p. 44; SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", p. 86; WALTER BÖHRINGER, "Comparison...", p. 169; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, p. 49.

Na verdade, a importância do mercado de crédito hipotecário é muito superior nos ordenamentos que, *simultaneamente*, conhecem institutos jurídico-substantivos mais seguros (como *hipotecas independentes*) e onde vigora a maior protecção conferida pelo sistema registal, não sendo líquida a quota-parte de responsabilidade dos dois factores nesse resultado. Assim, na Alemanha — onde vigora um instituto como a *Grundschild* (mais seguro que hipoteca tradicional em virtude do seu carácter independente), onde impera o princípio da abstracção na constituição dos direitos reais (implicando que invalidades do negócio obrigacional de constituição da hipoteca não afectem o adquirente)<sup>440</sup> e um sistema registal que garante ao titular que a sua posição jurídica não é afectada por invalidades ou ineficácias anteriores — o volume de *crédito hipotecário residencial* chega a 44% do Produto Interno Bruto<sup>441</sup>.

### 3.1.2. Os efeitos da inscrição da hipoteca

A inscrição de um direito no registo predial produz efeitos consideravelmente distintos nos vários ordenamentos jurídicos europeus<sup>442</sup>. Porém, no estrito caso da hipoteca, concluímos não haver uma clivagem tão grande, já que em qualquer das leis europeias a hipoteca carece da inscrição registal para que produza o seu efeito — a *preferência* face aos demais credores. No fundo, o registo é sempre condição absoluta de eficácia.

Todavia, as semelhanças terminam aqui.

*Por um lado*, nem todos os sistemas tabulares geram a presunção de que o direito inscrito existe e que pertence ao titular que consta do registo. Este efeito é encontrado nos vários ordenamentos jurídicos europeus *de entabulação* (onde o conservador exerce uma função qualificadora) mas desconhecida dos edificios registais de *transcrição*, como o francês<sup>443</sup>.

---

<sup>440</sup> À semelhança do que sucede com o princípio da fé pública registal, o princípio da abstracção joga igualmente a favor dos terceiros, protegendo o adquirente ainda que o negócio seja nulo. Tutela, assim, todos quanto confiam na validade daquele negócio, ainda que prejudicando a justiça material. Por esta razão, o sistema compensa as injustiças através do instituto do enriquecimento sem causa. Sobre as vantagens e desvantagens dos sistemas abstractos, *vide* STEVEN BARTELS, "An Abstract...", pp. 61ss.

<sup>441</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 761, que, aliás, vê aqui o principal obstáculo registal, mais grave do que a dificuldade de acesso à informação. Segundo explica, seria insuficiente que uma qualquer entidade fornecesse *on-line* informação sobre o nível de tutela registal concedida pelos sistemas tabulares europeus: "*tal conduziria, no mínimo, a que as entidades de crédito dos Estados-Membros onde vigorem sistemas registais de protecção forte não venham a conceder crédito, mediante a aquisição de uma euro-hipoteca que onere bens situados em Estados-Membros onde estejam implantados sistemas registais de protecção fraca; uma vez que, como é evidente, não se sujeitarão ao risco de perder a euro-hipoteca em virtude de um vício que afecte, com eficácia retroactiva real, a valia ou a eficácia do facto jurídico aquisitivo do direito de propriedade por ela onerado*". Quanto aos dados estatísticos, *vide* HYPOSTAT..., p. 74.

<sup>442</sup> Indicando este problema como a principal clivagem entre os sistemas europeus de Registo, cfr. ARTURO PICCIOTTO, *Lineamenti generali del sistema tavolare, principali differenze con il sistema della trascrizione e procedimento in affari tavolari*, disponível na internet via <http://tribunaletrieste.it/documenti/relazioni/persito2.htm>, consultado em 5 de Janeiro de 2013, p. 1.

<sup>443</sup> Assim, a presunção existe, por exemplo, no direito alemão (§891 BGB), espanhol, (art. 41.º da *Ley Hipotecaria*) e luso (art. 7.º CRPred). A presunção não é gerada em França: "*o registo não gera qualquer presunção iuris*

Por outro, mesmo quando a presunção é estabelecida, produz distintas consequências. Em primeiro lugar, distinguem-se os efeitos jurídicos da presunção, porquanto alguns sistemas, como o alemão, admitem a contradição da inscrição registal (é tida como presunção *iuris tantum*) e outros, como o espanhol, não permitem infirmar a informação tabular (pelo que a impugnação do facto inscrito carecerá sempre do pedido prévio ou simultâneo da nulidade ou cancelamento da inscrição)<sup>444</sup>. Em segundo lugar, há importantes distinções no que concerne ao âmbito da presunção, porquanto o direito alemão, na *Verkehrshypothek* estende os efeitos ao próprio crédito, presumindo a existência da obrigação garantida<sup>445</sup>.

### 3.2. Direitos ocultos, potencialmente conflitantes com a hipoteca.

Como vimos, em todos os sistemas registais nacionais, no domínio da hipoteca vigora pelo menos o efeito da *inoponibilidade*, no sentido de que ao credor hipotecário não é oponível um direito conflitante ou incompatível sujeito a registo que não houvesse sido inscrito. Nessa medida, o credor pode confiar que não surgirão hipotecas com grau prioritário ou onerações da propriedade que não constassem do assento registal.

Todavia, se o assento registal confere segurança quanto ao estatuto hipotecário da coisa, a verdade é que a inscrição de uma hipoteca com o primeiro grau não garante ao seu titular o direito de se pagar à custa da coisa antes de qualquer credor ou permite confiar no valor aparente do prédio.

Por um lado, o registo nem sempre traça uma ligação óbvia quanto às limitações de direito público que possam constranger os poderes exercitáveis sobre a coisa (servidões públicas, integração em área protegida, etc.), com efeitos directos no respectivo valor e, assim, na garantia do credor<sup>446</sup>.

Por outro, e embora este seja um problema de direito substantivo, o registo não precavê o titular de direitos de outrem que, nos termos da *lex rei sitae*, possam prevalecer sobre hipotecas anteriormente registadas, influenciando de forma preponderante na afectação da coisa ao crédito do titular. Em vários Estados-Membros existem privilégios creditórios que

---

*tantum de exactidão do seu conteúdo*" (MÓNICA JARDIM, "O sistema registal francês", p. 977), o que se explica pelo facto de o conservador controlar apenas a *regularidade formal do título* e o cumprimento das *regras registais* (p. 1016).

<sup>444</sup> Cfr., no direito alemão, §55 GBO. Sobre o carácter ilidível da presunção e possibilidade de rectificação do registo, vide MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 563, e MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 190. No direito espanhol, o carácter ilidível da presunção é declarado pelo art. 38.º da *Ley Hipotecaria*: "*no podrá ejercitarse ninguna acción contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, sin que, previamente o a la vez, se entable demanda de nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente*".

<sup>445</sup> Cfr. §1138 BGB e o que dissemos *supra*, pp. 157ss.

<sup>446</sup> Cfr. SJEF VAN ERP, "EU Charter...", p. 47: "*Although the private law status of immovable property (who is the owner, are there, e. g., any servitudes resting on the property?) may be clear from the land registry — and it should be noted that not all land registries in the EU provide a full and complete overview of these rights — frequently the public law status is not so clear*".

prevalecem sobre a *primeira hipoteca*, sendo graves os casos em que aqueles produzem efeitos independentemente de registo e mesmo que posteriores à hipoteca<sup>447</sup>.

Este problema foi aliás identificado como uma das mais graves condicionantes do mercado hipotecário gaulês, já que naquele ordenamento os sectores económicos vêm conseguindo, através de *lobbying*, a consagração de incontáveis privilégios creditórios, uns registáveis e outros ocultos, uns prevalecendo sobre a hipoteca e outros não. O excesso de privilégios prejudica a segurança do credor hipotecário, até porque dificulta a operação de graduação dos créditos<sup>448</sup>.

---

<sup>447</sup> Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 728; PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Privilégios Creditórios", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. II, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 111-130, p. 126; MÓNICA JARDIM, "O sistema registral francês", p. 976 (quanto à prevalência do privilégio imobiliário geral sobre hipotecas registadas, em França); PASCAL ANCEL, *Droit...*, pp. 95-110, e MARTIN GDANSKI, "Taking...", p. 76 (elencando a miríade de privilégios legais do direito gaulês prevalecendo sobre hipotecas anteriores); HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 382; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 485; AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA E OTMAR STÖCKER, "Der Rang erstrangiger Hypotheken", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 6-26, pp. 12-14; EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, *Position...*, p. 3; CLÁUDIA MADALENO, *A vulnerabilidade das garantias reais — a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 14ss; JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht, cit.*, p. 417; ALBERTO TRABUCCHI, *Istituzioni...*, p. 293 (sobre a influência destes na *ipoteca italiana* e necessidade da *surrogazione del creditore perdente* como forma de o corrigir); SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 193; MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 408 (sobre os privilégios do direito francês que preferem a hipotecas anteriores); JESÚS CAMY ESCOBAR, "Principios...", p. 191.

A título de exemplo, atente-se, em Portugal, nas normas do art. 751.º CC (que determina a prevalência dos privilégios creditórios sobre hipotecas, ainda que registadas anteriormente) ou, em Espanha, no art. 32.º da *Ley del Estatuto de los Trabajadores* (que determina a prevalência de créditos salariais sobre hipotecas anteriores).

Um dos casos mais graves estará no direito pátrio (n.º 2 do art. 759.º CC), originalidade profundamente atentatória da segurança da hipoteca, ao estabelecer a prevalência do *direito de retenção* (não registado) sobre hipotecas anteriormente registadas. Acresce que o direito luso confere esta garantia não apenas aos tradicionais titulares do direito de retenção (aqueles que tiveram despesas com a coisa detida, e onde se considerou *injusto* que a sua despesa [normalmente de pequeno montante] fosse locupletar outro credor) e também não apenas com o carácter excepcional que ele surge nos direitos francês e italiano, mas também aos promitentes-compradores, gerando consequências desastrosas na tutela dos credores hipotecários do proprietário — MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2, 2014, pp. 39-83, p. 63; JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Contrato-Promessa — Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, pp. 53-113, p. 88; JOÃO ANTUNES VARELA, "Emendas ao regime do contrato-promessa", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 119, 120 e 121, 1987-1988-1989, pp. 226ss (ano 119); pp. 235ss (ano 120); pp. 226ss (ano 121), ano 121, p. 34; ISABEL MENÉRES CAMPOS, *Da hipoteca...*, p. 228, e "Duas...", p. 322; GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, "Temas da Acção Executiva", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 253-302, p. 278; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3-29, p. 4 (que, no entanto, defende a sua manutenção, apesar de restritivamente interpretado); PEDRO SAMEIRO, "O direito de retenção e a situação do credor hipotecário", *Revista da Banca*, n.º 26, 1993, pp. 89-97, p. 92; PEDRO ROMANO MARTINEZ E PEDRO FUZETA DA PONTE, *Garantias...*, p. 221; SALVADOR COSTA, *O Concurso...*, pp. 160 e 199.

Repare-se, no que concerne aos privilégios creditórios, que caso o devedor venha a ser declarado insolvente, o direito falimentar português determina alguma moderação na respectiva preferência, porquanto estabelece a extinção de alguns deles (art. 97.º CIRE; CATARINA SERRA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012, p. 90; ROMANO MARTINEZ e FUZETA DA PONTE, *cit.*, p. 222). Todavia, multiplicam-se garantias ocultas que, no quadro do processo de insolvência, influem na graduação dos créditos (cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 271ss).

<sup>448</sup> Sobre este assunto, cfr. FRANCESCA FIORENTINI, "La riforma...", p. 1162; MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 392 ("*I privilegi fiscali si sono demoltiplicati con le nuove imposte, al punto che la stessa amministrazione*



Como se percebe, reside aqui um obstáculo à aceitação de hipoteca por parte de financiadores externos: se o problema é já grave no plano interno, credores estrangeiros não conseguem sequer prever quais as vicissitudes ocultas que podem afectar a realização da sua garantia, aumentando por isso o risco inerente ao financiamento e os custos de informação. Todos estes problemas reflectem-se no custo do crédito, tornando a relação jurídica internacional menos atractiva do que a criação de hipotecas puramente internas<sup>449</sup>.

### 3.3. O acesso à informação registal

Outra dificuldade reside ainda no acesso à informação registal a partir de Estado-Membro diferente daquele onde o prédio se situa. Este problema relaciona-se não apenas com a confiança do credor<sup>450</sup> mas também com a viabilidade de constituição de hipoteca sobre coisa em Estado-Membro diferente daquele onde o negócio é celebrado, pelo que optámos por tratarmos deste problema *infra*, a propósito dos obstáculos de contratação em país diferente daquele onde a coisa se encontra<sup>451</sup>.

## IV. A SUJEIÇÃO DO CRÉDITO HIPOTECÁRIO A VÁRIOS RAMOS DO DIREITO: O PROBLEMA DA REALIZAÇÃO DA GARANTIA

A doutrina frisa que outra razão da raridade de utilização de garantias imobiliárias nas obrigações internacionais reside na sujeição do crédito hipotecário a normas de diversos ramos do direito (civil, registal, falimentar e processual). Como se percebe, tal multiplica os problemas de *desarmonia material*: algumas normas podem integrar o direito público (definindo o seu próprio domínio de aplicação) e as normas jurídico-privadas potencialmente aplicáveis

---

*finanziaria farebbe fatica a contarli. Nuovi privilegi sono stati concessi in modo frettoloso: alcuni di considerevole portata, in ragione della rilievo dei beni oggetto della garanzia, o dalla priorità del loro grado, quali i privilegi delle Caisses de sécurité sociale e il privilegi fallimentari [super privilegi dei salari e privilegi detto dell'articolo 40]; altri particolari elementi perturbatori, come quello, occulto, recentemente ottenuto dai syndicats de copropriété. Si è potuto parlare di una vera e propria religione dei privilegi*".

Aliás, parte da reforma de 2006 incidiu sobre esta matéria, minorando o problema pela substituição de muitos privilégios creditórios especiais por *hipotecas legais* e sujeitando outros a registo (BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 149). Estas operações de "limpeza" dos privilégios creditórios e consequente restabelecimento dos princípios da publicidade e da prioridade, são cíclicas, segundo PEDRO ROMANO MARTINEZ, "Privilégios...", p. 112: "*a evolução relativa aos privilégios creditórios verificada em Portugal e em alguns outros países é cíclica: vão-se admitindo sucessivamente diferentes hipóteses de privilégios creditórios; seguidamente, perante a confusão gerada, a lei elimina-não-se admitindo tão-só privilégios em situações muito delimitadas, mas depois, paulatinamente, alargam-se as situações*".

<sup>449</sup> Cfr. GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 485; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 95.

<sup>450</sup> Constituinte aliás, segundo EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, *Position...*, p. 2, o principal obstáculo à existência de crédito hipotecário internacional.

<sup>451</sup> Cfr. *infra*, pp. 336ss.

porventura qualificam-se em conceitos-quadro diferentes, provocando eventualmente a mobilização simultânea de normas de distintos ordenamentos, nem sempre harmonizáveis<sup>452</sup>.

Se a disparidade das regras tabulares e jurídico-reais foi já objecto de análise, importa agora verificar se o momento da *efectivação da garantia* (isto é, os processos de execução ou de insolvência) gera igualmente desincentivos à aceitação de hipotecas sobre coisa situada no estrangeiro. Na verdade, é nesse momento, ainda que haja segurança quanto à lei aplicável nos domínios jurídico-privados (a *lex rei sitae* para a disciplina da garantia; a lei escolhida para as obrigações contratuais, etc.), que surge uma ligação inevitável a corpos normativos até aí irrelevantes (direito processual e falimentar) e a eventual concretização de hipóteses normativas da *lex rei sitae* com significância directa no valor da hipoteca (é o caso da existência de privilégios creditórios ocultos com superior prioridade). Ademais, os efeitos substantivos da garantia real, enquanto atributiva de preferência na satisfação do crédito face a credores comuns, materializam-se justamente nesse processo: as garantias só são relevantes no caso de inadimplemento, momento em que se visa a satisfação coerciva do crédito<sup>453</sup>.

O óbice é potenciado quando a realização da hipoteca se associa à insolvência do devedor, caso onde os problemas se podem avolumar (competência internacional; profusão de privilégios creditórios; opção pela recuperação do insolvente e correspondente não execução do seu património), importando saber até que ponto a *efectivação da garantia* no estrangeiro constitui, autonomamente, um factor dissuasor da aceitação de hipotecas nas transacções internacionais.

---

<sup>452</sup> No sentido de que este factor contribui para a escassez do crédito hipotecário internacional, vide MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91. Sublinhando a ligação do direito das garantias às regras falimentares, DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 657.

Uma das causas desta circunstância é o fenómeno do *dépeçage* ou *especialização*, que se concretiza na *parcelização do objecto da regra de conflitos*: ao invés de prever uma regra de conflitos cujo conceito-quadro é o *negócio jurídico*, estatuem-se várias normas de DIP com elementos de conexão distintos para os diversos aspectos do negócio. O propósito do *dépeçage* é a *"preocupação de justiça conflitual objectiva, de busca das soluções mais adequadas à matéria a regular"*, mas potencia o risco de *"contradições normativas ou valorativas, ou de dessintonias, entre as proposições jurídicas que são pedidas a diferentes ordens jurídicas"*: é o problema da desarmonia material (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 438; WILHEM WENGLER, "The General...", p. 357, e "Les principes...", p. 604).

Não se ligando especificamente à aplicação de normas estrangeiras *in foro*, a harmonia material é um dos princípios cuja efectivação é tratada no direito internacional privado, expressando *"a ideia de unidade do sistema jurídico, a ideia de que no seio do ordenamento jurídico as contradições ou antinomias normativas são intoleráveis"*, já que sua realização é neste âmbito mais problemática: sendo convocadas normas de mais do que um ordenamento jurídico, reúnem-se as condições para que as antinomias sucedam (cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 114; WENGLER, *cit.*, p. 603).

<sup>453</sup> EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, "O Direito...", n.º 18-19, p. 100 (*"o problema das garantias coloca-se quando o credor não obtém o pagamento voluntário e tem de intentar uma acção em tribunal contra o devedor"*); GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 27. Na verdade, a *preferência* é o elemento chave da hipoteca, não existindo garantia real sem ela. Assim, é no momento da *execução* que se coloca a eficácia da garantia (cfr. GUILHERME MOREIRA, *Instituições...*, Vol. II, p. 392, PAULO CUNHA, *Da Garantia...*, Tomo II, p. 124; GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 7; SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 193; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios...*, Vol. I, p. 281; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 477-493).

## 1. A EXECUÇÃO DE UMA HIPOTECA INTERNACIONAL

Em matéria de execução, há uma preponderância geral da ordem jurídica do Estado da situação da coisa, decorrente do monopólio coercivo do Estado territorial, princípio fortemente estabelecido: só o Estado territorial pode usar prerrogativas de autoridade pública, estando correlativamente proibido de o fazer fora do seu território.

As raízes e justificações deste *monopólio coercivo* descobrem-se, por um lado, no direito internacional público, pois a soberania implica o exclusivo da *violência legítima* nos limites do território; por outro, no direito constitucional, já que o princípio da justiça pública (e correspondente proibição da violência privada) é um dos corolários do Estado de Direito. Independentemente da razão preponderante, é tido por inequívoco que os poderes de execução constituem actos de autoridade que só podem ser exercidos dentro de fronteiras<sup>454</sup>.

A aditar à competência judiciária exclusiva dos órgãos judiciais do Estado da situação da coisa, é largamente aceite a classificação das *normas executivas* como *regras processuais*, implicando o domínio da *lex fori* no que concerne às vias coercivas ao dispor do credor e aos meios de defesa do executado (*auctor regit actum*). No fundo, o *monopólio coercivo* é simultaneamente orgânico (no sentido de que só as autoridades do Estado territorial gozam

---

<sup>454</sup> Tal não impede, *por um lado*, que o Estado territorial possa delegar tais funções em entidades privadas ou em Estados estrangeiros (LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 231) nem implica, *por outro*, que o tribunal competente esteja isento de deveres de cooperação com tribunais de outros Estados-Membros (RUI PEREIRA DIAS, "Suing Corporations in a Global World: a role for transnational jurisdiction cooperation?", *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012-2013, pp. 493-517, p. 499). Na verdade, apesar de relativamente desconhecida do direito continental, nas ordens jurídicas anglo-americanas vem havendo uma evolução no sentido da admissibilidade de aplicação de medidas provisórias extraterritoriais (cfr. HORATIA MUIR WATT, "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la *Court of Appel, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 86, n.º 1, 1998, pp. 27-50, pp. 28ss).

No sentido de que o monopólio coercivo do Estado territorial se funda no Direito Internacional Público, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "A competência internacional exclusiva dos tribunais portugueses", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 403-433, p. 425, e *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 189; LOUIS D'AVOUT, *cit.*, p. 229; JAMES LESLIE BRIERLY, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, 6.ª Edição, The Clarendon Press, Oxford, 1963, Cap. V; GÉRARD COUCHEZ, "Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1995-1998, pp. 123-151, p. 123; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional — Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 232 (sufragando ser a *jurisdição compulsória* uma das decorrências da *soberania territorial*); FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 219; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997, p. 330; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010, p. 111; WLADIMIR BRITO, *Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 366; AFONSO PATRÃO, "O Tribunal...", pp. 641ss.

Defendendo que o fundamento é jusconstitucional, EMMANUEL GUINCHARD, "Procédures individuelles d'exécution", *Droit et pratique des voies d'exécution*, 6.ª Edição, SERGE GUINCHARD E TONY MOUSSA, Dalloz, Paris, 2009, pp. 1874-1899, p. 1876, e *La Conception française de la territorialité de l'exécution en danger*, (policopiado), Paris, 1998, p. 65; JOÃO ANTUNES VARELA, J. MIGUEL BEZERRA E SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985, p. 4; FERNANDO FERREIRA PINTO, *Lições de Direito Processual Civil*, Ecla Editora, Lisboa, 1992, p. 8. Sobre o princípio do Estado de Direito e a sua dimensão de garantia da via judiciária, *vide* JOAQUIM GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 275.

de competência para coercivamente impor decisões) e normativo, uma vez que as regras executivas são necessariamente escolhidas da *lex fori*<sup>455</sup>.

Esta associação decorre, *por um lado*, do facto de a execução carecer da cooperação e participação de outras autoridades territoriais (conservatórias, por exemplo) e poder implicar o recurso à força pública nos termos determinados pelo juiz de execução; *por outro*, da razão prática de que a coincidência da *lei da execução* com a *lei reguladora dos direitos reais* (a *lex rei sitae*) tende à eficácia das decisões, atribuindo eficácia absoluta ao processo de execução e aos actos nele regulados (como a penhora); *por fim*, de este domínio se entrecruzar com as políticas prosseguidas pelos Estados em matéria de política social e de habitação (possivelmente impedindo ou limitando *certas execuções*), a aconselhar a territorialidade<sup>456</sup>.

A influência do direito europeu neste domínio é muito limitada, vigorando um princípio de *autonomia processual* dos Estados-Membros: só são ilícitas as regras nacionais que ponham em causa a realização das liberdades comunitárias, designadamente as normas discriminatórias (como as que estabelecem obrigações adicionais para exequentes estrangeiros)<sup>457</sup>. Ora, mesmo expurgando-as, a sujeição ao direito executivo do Estado

---

<sup>455</sup> Sobre a qualificação das normas executivas como normas processuais, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 234. A regra *auctor regit actum* foi desenvolvida por J.-P. NIBOYET, "Le conflit...", p. 398 ("*toute autorité publique, habilité à faire certains actes, ne peut jamais les faire selon ses propres lois*") e não é exclusivamente mobilizável aos tribunais mas a qualquer autoridade: é o caso do "*notaire, l'officier de l'état civil, le conservateur des hypothèques*" — cfr. FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 104; PIERRE MAYER, *La distinction...*, p. 132; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 19; J.-P. NIBOYET, *Manuel...*, p. 864.

Frisando o monopólio orgânico e normativo, *vide* PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 505; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Droit...*, Tomo II, p. 447; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 27; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 177; HANS W. BAABE, "The Operation...", p. 441; ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 49; HESSEL YNTEMA, "«Autonomy» in Choice of Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 1, 1952, pp. 341-358, p. 353.

<sup>456</sup> São os fundamentos aduzidos por LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 236, e pela COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 13. Quanto às opções legislativas relativas à execução que têm subjacentes normas substantivas inerentes à garantia hipotecária, pense-se no exemplo espanhol: do lado da *execução* prevê uma *via extrajudicial* e, do lado *substantivo* encontra vários expedientes tendentes à avaliação do imóvel onerado no momento da contratação da hipoteca (cfr. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, "La Protección...", pp. 44ss). A realidade, assim, implica que o problema da lei aplicável seja muitas vezes absorvido pelo conflito de jurisdições, como ensinam PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 506.

<sup>457</sup> Cfr. MARIA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2013, *Mohamed Aziz*, proc. C-415-11", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 17, n.º 44, 2013, pp. 327-344, pp. 330-331. Na verdade, o Tribunal de Justiça considerou incompatíveis com o mercado único as regras alemãs que impunham a prestação de uma caução ao *demandante estrangeiro* como garantia de pagamento das despesas judiciais — a *cautio judicatum solvi* (Acórdão TJCE de 1 de Julho de 1993, *Hubbard*, proc. C-20/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-3777, n.º 15); as disposições que restringiam o acesso ao processo de injunção às obrigações em moeda nacional (Acórdão TJCE de 29 de Outubro de 1980, *Boussac*, proc. 22/80, *Colectânea da Jurisprudência*, 1980, pp. 3427); a regra alemã segundo a qual o autor podia arrestar o património do réu situado no Estado do foro assim que fosse crível que a execução viesse a correr no estrangeiro — gerando desta forma uma *discriminação* entre processos executivos a ter lugar no estrangeiro ou no Estado do foro (Acórdão TJCE de 10 de Fevereiro de 1994, *Mund & Fester*, proc. C-398/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-467, n.º 15ss). Sobre estas decisões, SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Europeo", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 157-190, p. 167; CHRISTIAN KOHLER, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit International Privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1993-1995, pp. 71-87, p. 73;

territorial convoca, no que concerne à circulação internacional de garantias imobiliárias, duas ordens de problemas: a *disparidade das regras executivas* e a *variedade dos sistemas de execução*.

### 1.1. A disparidade das regras executivas em matéria de hipoteca

O conhecido problema de *disparidade* de conteúdo de normas executivas conduz à colocação do credor hipotecário em posições diferentes consoante o país de situação da coisa. Diz a doutrina que esta variabilidade constitui factor de insegurança, porquanto a ponderação da hipoteca no processo executivo influi directamente na qualidade da garantia<sup>458</sup>.

Embora este facto seja frequentemente apresentado como forte obstáculo ao crédito internacional, uma análise mais cuidada permite concluir que não subsiste importante disparidade no que concerne *aos poderes executivos do credor hipotecário*: em todos os sistemas é atribuída ao titular da garantia a faculdade de promover a venda processual da coisa onerada e, assim, satisfazer o seu crédito. Nessa medida, as diferenças são muito mais *substantivas* (designadamente no que concerne à acessoriedade ou à admissibilidade do pacto comissório) do que *processuais*. Há, simplesmente, consequências processuais quanto ao *modo de executar a garantia* directamente relacionadas com aspectos substantivos que afluíramos *supra*, mas que não parecem determinantes<sup>459</sup>.

Onde as diferentes opções legislativas avultam é no caso de promoção da execução por *outro credor*, tendo tal processo por efeito a alienação da coisa onerada. Neste caso, encontramos, *por um lado*, sistemas que chamam necessariamente o titular da hipoteca ao processo (mesmo que o seu crédito não esteja ainda vencido) e, à custa da coisa vendida, lhe entregam o valor da garantia. Nestes ordenamentos, a coisa é alienada *livre de quaisquer garantias*, já que a venda executiva realiza, ainda que antecipadamente, as que onerassem a coisa. Esta solução pretenderá facilitar a execução (vendendo a coisa livre de garantias aliciar-

---

ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d'Avenir", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 317, 2005, pp. 313-536, p. 379; BERND VON HOFFMANN, "The Relevance of European Community Law", *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 19-37, pp. 22ss.

<sup>458</sup> Sobre este problema, cfr. OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 22; GEOFFREY C. HAZARD, et al., "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, n.º 3, 2001, pp. 769-784, pp. 769ss; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 27. Aliás, será esta divergência o fundamento da proposta de criação de normas processuais supranacionais (cfr. ANTONIO GIDI, "Vers un procès civil transnational: une première réponse aux critiques", *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, PHILIPPE FOUCHARD, Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp. 139-150, pp. 139ss).

<sup>459</sup> Assim, os sistemas que admitem o pacto comissório (como a *hypothèque* francesa desde 2006) atribuem ao titular da hipoteca um poder superior — não apenas de *promover a venda da coisa* mas o poder de *adquirir a coisa* (cfr. ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial", *La venta extrajudicial de bien hipotecado*, ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, Colmares, Granada, 2012, pp. 1-31, p. 9).

se-ão potenciais interessados na aquisição) satisfazendo simultaneamente o interesse do credor hipotecário pela realização, por vezes antecipada, da sua garantia<sup>460</sup>.

No *segundo grupo* estão os sistemas que fazem subsistir a garantia mesmo depois da venda judicial da coisa (não sendo por isso forçoso o chamamento ao processo executivo do credor hipotecário). Nestes ordenamentos, apenas caducam as garantias *posteriores* à do exequente (quer tenham ou não sido satisfeitos os respectivos credores) mantendo-se em vigor as hipotecas com grau superior. Isto é, o titular da primeira hipoteca não é afectado pela venda executiva da coisa promovida por credor comum ou com hipoteca de grau inferior,

---

<sup>460</sup> É neste grupo que se insere a lei portuguesa — cfr. n.º 2 do art. 824.º CC, articulado com a alínea *b*) do n.º 1 do art. 786.º CPC, que faz transferir a garantia dos credores não exequentes para o *produto da venda* (cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 97; ALBERTO DOS REIS, *Processo de Execução*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1954, p. 405). Igualmente com esta opção, veja-se o direito romeno (n.º 3 do art. 518.º do Código de Processo Civil Romeno), holandês (Art. 3:273 do *Burgerlijk Wetboek* [Código Civil]), francês e italiano. Sobre os sistemas francês e italiano, *vide* D. KERAMEUS KONSTANTINOS, "Distribution Proceedings and Relationships among Creditors in a Comparative Perspective", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, et al., T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 311-328, pp. 314-318; para uma comparação das várias soluções, *vide* OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, p. 83.

No nosso direito, esta *realização antecipada da garantia* implica que se entregue o respectivo valor ao credor hipotecário *a título de pagamento* (isto é, a caducidade da garantia pode importar o vencimento antecipado da dívida), não obstante uma leitura da lei parecer indicar a manutenção da garantia até à data do vencimento (incidindo agora sobre o *dinheiro da venda* e já não sobre a coisa [caso em que deixaria necessariamente de se tratar de uma hipoteca, já que o objecto não é uma coisa imóvel]; cfr. n.º 3 do art. 824.º CC — "*os direitos de terceiro que caducarem nos termos do número anterior transferem-se para o produto da venda dos respectivos bens*").

Este efeito de *vencimento da dívida* por força da execução do bem decorre Este efeito dá-se por expressa determinação legal, que autoriza o titular de hipoteca a participar no processo executivo (mas não a desencadeá-lo) "*ainda que o crédito não esteja vencido*" (n.º 7 do art. 788.º CPC). Neste caso, a sentença de graduação determinará, no montante do crédito, o desconto do benefício da antecipação (n.º 3 do art. 791.º CPC).

O vencimento antecipado só não ocorrerá se o credor hipotecário com dívida não vencida, apesar de citado para participar na execução (art. 786.º CPC), decidir nela não intervir. Nesse caso, o credor não deixará de estar garantido, embora a caducidade da hipoteca no momento da venda processual da coisa implique a transferência da garantia para o *produto da venda* (n.º 2 e 3 do art. 824.º CC) — caso em que deixaremos necessariamente de falar de uma hipoteca, já que o objecto não é uma coisa imóvel. Neste sentido, ALBERTO DOS REIS, *Processo...*, Vol. II, p. 405 ("*consegue, na execução movida por C, o que conseguiria se ele próprio houvesse requerida execução hipotecária [...]. Vai ao produto da arrematação levantar a importância do seu crédito*"); MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 60; Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14 de Fevereiro de 2012, 5298/08.3TBLRA-B.C1 ("*relativamente aos direitos reais de garantia, o produto daquela venda exerce uma função solutória: ele é utilizado para satisfazer os créditos que se encontravam garantidos pelo direito que se extinguiu com aquela venda*"); Acórdão STJ de 31 de Janeiro de 2013, proc. 367-D/1999.P1 ("*uma vez instaurada a execução por um credor e penhorado um imóvel onerado com uma garantia real a favor de terceiro, este terceiro não perde a sua garantia. O que sucede é que ele é obrigado a ir ao processo executivo reclamar o seu crédito dotado de garantia real a fim de o mesmo ser graduado e oportunamente pago pelo produto da venda do bem que é objecto da garantia e pela ordem que resultar da graduação dos diversos créditos*"); Acórdão STJ de 17 de Dezembro de 1991, proc. 080962, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 412, 1992, pp. 470ss, ("*todos os direitos de garantia, sejam qual for a sua origem, cuja constituição e registo sejam anteriores a venda na execução acabam, transferindo-se para o produto da venda (n. 3 daquele artigo) os direitos dos respectivos titulares. Com isto se relacionam as disposições dos artigos 864, designadamente as alíneas b) a d) do seu n. 1, a 871, do Código de Processo Civil, cujo resumo significa, no fundo, a preocupação de chamar a execução todos os credores beneficiários de direitos de garantia sobre os bens penhorados e de numa só execução reunir a apreciação de todos eles em relação (em relação) com o produto de venda. E é por esta via adjectiva que se defende os titulares desses direitos face ao facto de a venda só ser possível uma vez e de para o seu produto serem transferidos todos os direitos cuja garantia caduca*").

mantendo-se o seu direito sobre a coisa, apesar da alienação processual (que ocorre com todos os ónus e gravames — mesmo garantias — que sobre a coisa incidiam)<sup>461</sup>.

Como se percebe, em qualquer dos casos se protege o titular da hipoteca, nunca perdendo este o direito de que é detentor: simplesmente, do ponto de vista teórico, os sistemas do primeiro grupo são mais eficazes na sua tutela, *seja* porque a venda da coisa livre de garantias propiciará um maior sucesso na realização de capital, seja porque o titular é chamado ao processo para reclamar e graduar o seu crédito, seja porque pode mesmo vir a ser pago antes do vencimento da obrigação por força da execução da coisa<sup>462</sup>.

Já os países que se integram no segundo grupo parecem tutelar melhor o devedor, pois não o forçam nunca ao pagamento antecipado da dívida garantida só pelo facto de outro credor ter promovido a execução: a coisa onerada, ainda que vendida processualmente, continuará a garantir o pagamento da obrigação quando esta vencer. O contraponto é a alienação de coisa onerada, que pode revelar-se (ainda) mais ruinosa do que a venda processual de uma coisa livre de gravames, com prejuízo para todos os interessados.

## 1.2. O problema da expectativa do credor: a viabilidade de execução extrajudicial da hipoteca.

Mais importante parece ser o *problema sistémico*: o credor não conhece a duração esperada dos processos de execução no país de situação da coisa (que é muito variável no espaço europeu); não domina a língua do processo e carecerá, provavelmente, de representação especializada no Estado de situação do imóvel onerado (gerando custos adicionais); ignora os custos dos procedimentos de venda (profundamente distintos). No fundo, estas dissemelhanças contribuem para a desconfiança na aceitação de hipotecas sobre coisa situada no estrangeiro, constringendo o mercado e encarecendo o crédito<sup>463</sup>.

---

<sup>461</sup> Assim sucede na Suíça (cfr. art. 135.º da *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite* — “*Les conditions des enchères doivent indiquer que les immeubles sont adjugés avec toutes les charges les grevant [servitudes, charges foncières, gages immobiliers, droits personnels annotés] et que les obligations personnelles du débiteur seront déléguées à l’acquéreur*”) e em Espanha (cfr. art. 134.º da *Ley Hipotecaria* [“*El testimonio del decreto de adjudicación y el mandamiento de cancelación de cargas, determinarán la inscripción de la finca o derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, gravámenes e inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ellas*”] e n.º 2 do art. 674.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Vide a comparação total dos sistemas feita por OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, p. 83.

<sup>462</sup> É o raciocínio de ALBERTO DOS REIS, *Processo...*, Vol. II, p. 405, vertido no Acórdão STJ de 31 de Janeiro de 2013 (*cit. nota n.º 460*): “*Qualquer outra solução que exigisse a manutenção da garantia e como tal impusesse a transmissão do bem para o adquirente onerado ainda com essa garantia, não apenas prejudicaria seriamente os interesses do devedor, que veria o bem profundamente desvalorizado ao ser vendido nessa circunstância, como pouco ou nenhum proveito teria para o credor — com excepção de manter o benefício do prazo, caso ele tivesse sido fixado em seu proveito — que teria sempre mais tarde de promover a execução para obter pagamento através do bem*”.

<sup>463</sup> Sobre a disparidade no modo, custos e duração da execução, cfr. MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report of 22 December 2006*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market](http://ec.europa.eu/internal_market), consultado em 29 de Setembro de 2012, p. 21 (“*Inconsistent and lengthy foreclosure periods in Member States create*

A principal e mais impressionante divergência está na coexistência de sistemas onde a execução é estritamente judicial com países onde se desenrolou uma “*relaxation*” do processo para credores dotados de garantia imobiliária, admitindo execuções extrajudiciais (diante de notário ou conservador) ou mesmo privadas. Será o caso luxemburguês (que pela inclusão da *clause de voie parée* atribui ao credor o poder de vender a coisa hipotecada diante notário), o caso espanhol (onde tal via está expressamente consagrada na lei) ou, em certa medida, o exemplo belga, que manteve a autoridade de execução no Juiz mas transferiu a tramitação para os cartórios notariais<sup>464</sup>. Aliás, a admissibilidade do pacto comissório em alguns sistemas

---

*uncertainty for investors as well as lenders, and ultimately drive up the cost of borrowing to the consumer*”); EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, *Position...*, p. 4 (“*the value of a mortgage as surety is considerably influenced by the time and the cost that is necessary to realise the surety*”); MANUEL B. AALBERTS, “The Globalization...”, p. 404 (“*As a result of the differences in regression law, it is relatively easy for mortgage lenders in the Netherlands and the UK to take possession of the properties of households that default on their mortgage loan, but very hard or almost impossible in some Southern European countries such as Italy*”); GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 27; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 94; DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration...*, p. 371; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde “O crédito...”*, p. 13; ERIC KLESTA, “Experience...”, p. 19 (“*the length of the whole process, from the start of the enforcement procedure till the reception of the proceeds after auction, can vary from 1,5 year in Spain to 3 years in Greece and Portugal*”); ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, “Alternativa...”, p. 9.

<sup>464</sup> Na lei luxemburguesa, *vide* art. 71.º da *Loi du 2 janvier 1889 sur la saisie immobilière*. Sobre o exemplo belga, *vide* ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, “Alternativa...”, p. 13. Sobre a tendência de *desformalização* e *simplificação* da execução hipotecária, *vide* ERIC DIRIX, “Remedies...”, p. 229, que alude às opções francesa, holandesa, suíça e belga.

No direito espanhol, a reforma operada pela *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 2000 manteve, no essencial, as normas de execução hipotecária, embora hoje subtraídas à *Ley Hipotecaria*. Assim, ao dispor do credor hipotecário sobre prédio em Espanha existem várias vias: *por um lado*, o tradicional processo de execução, onde o credor faz valer, acrescendo à garantia geral das obrigações, a sua hipoteca; *por outro*, um processo especial de execução hipotecária, mais célere e com limitação dos fundamentos de oposição, dirigido apenas à execução do prédio onerado (não abrangendo o demais património do devedor); *em terceiro lugar*, e para os casos em que é necessário reconstituir título executivo, não apenas o binómio *acção declarativa + acção executiva* como também um *proceso monitorio* (que combina uma função declarativa e executiva, revelando-se mais célere do que a propositura de duas acções); *por fim*, um *proceso de ejecución hipotecaria extrajudicial*, diante notário, com diversas vantagens: não intervenção de advogado (reduzindo os custos), maior celeridade do processo e limitação dos motivos de oposição à execução. Em contraponto, não há nesta via efeito de caso julgado na decisão do notário (o que não preclui a intervenção judicial); as oposições à execução não suspendem a venda da coisa; e há um domínio limitado da possibilidade da sua utilização. Esta execução extrajudicial de coisa hipotecada foi reformada em 2013 (*Ley 1/2013*), dotando o procedimento de maior segurança para todos os sujeitos envolvidos. Para uma análise profunda das opções ao dispor do credor hipotecário sobre coisa em Espanha, *vide* FEDERIC ADAN DOMÈNECH, *La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, 2008, pp. 54-92; JAVIER LARRONDO LIZARRAGA, *Hipotecas...*, pp. 63ss; ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, “La Protección...”, pp. 129ss (que analisa as alterações adoptadas em 2011, dificultando a execução em nome da protecção do devedor); FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, pp. 446ss (pronunciando-se sobre as normas vigentes antes da reforma de 2000); JOSÉ IGNACIO NAVAS OLÓRIZ, “Venta extrajudicial de bienes hipotecados”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 121-130, pp. 122ss (sobre as alterações introduzidas em 2013 na venda extrajudicial de coisa hipotecada); MANUEL GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, “Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria”, *La venta extrajudicial de bien hipotecado*, ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, Colmares, Granada, 2012, pp. 33-71, p. 35 (sublinhando a maior celeridade do processo de execução notarial).

Repare-se que, nestes sistemas que admitem a execução *extrajudicial*, o Tribunal de Justiça já se pronunciou pela ilicitude de inclusão de cláusulas contratuais que admitam a *execução hipotecária* depois de mera interpelação, por violação da Directiva sobre cláusulas abusivas nos contratos celebrados sobre consumidores — cfr. Acórdão TJCE de 14 de Março de 2013, *Mohamed Aziz*, proc. C-415/11, *Colectánea de Jurisprudência*, 2013, n.º 43ss; M.ª JOSÉ ACHON BRUÑÉN, “Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013”, *Diario La ley*, 25 de Março de 2013, 2013, pp. 1-10, pp. 1ss; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, “La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria”, *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 69-89, p. 70; MARIA PAZ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Comentário...”, p. 332.



(como na *hypothèque* gaulesa) permite considerar que o credor fica em situação próxima de uma *execução privada*<sup>465</sup>.

As instituições europeias parecem estar cientes desta realidade, porquanto aprovaram um Regulamento que consagra um procedimento de decisão europeia de arresto de contas bancárias, para facilitar a cobrança de créditos civis e comerciais internacionais. É certo que se trata de um mecanismo *in rem* (e não *in personam*), e de medidas *conservatórias* (e não executivas). Não deixa, ainda assim, de ser o reconhecimento de que a disparidade das normas executivas constitui obstáculo à instituição do mercado único<sup>466</sup>.

Porque deixámos do objecto do nosso estudo os empréstimos hipotecários concedidos a consumidores, não relevam aqui as medidas que vários Estados adoptaram para proteger cidadãos em situação económica muito difícil, quando em causa está a execução da casa de morada de família. Tais medidas têm como efeito impedir ou dificultar a realização do crédito à custa da coisa, designadamente impondo renegociação da dívida ou conferindo ao devedor um direito de arrendar o prédio, que se opõe aos adquirentes<sup>467</sup>. Ainda assim,

---

Em Portugal, como é sabido, o credor hipotecário apenas pode recorrer a um tradicional processo de execução (contra *todo* o património do devedor), no seio do qual pode fazer valer a preferência inerente à hipoteca no que toca ao prédio onerado (RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 249; SALVADOR COSTA, *O Concurso...*, p. 62; MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, pp. 79ss).

<sup>465</sup> Neste sentido, cfr. ERIC DIRIX, "Remedies...", p. 229. A isto acresce que o Juiz pode, a pedido do credor, suspender o processo de adjudicação da coisa ao titular da hipoteca e admitir que esta proceda à venda privada da coisa, com as cautelas próprias que envolvem a aceitação do pacto em França (como a avaliação da coisa executada) — cfr. ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "Alternativa...", p. 10.

<sup>466</sup> Neste sentido, MÉLINA DOUCHY-LOUDOT E EMMANUEL GUINCHARD, "Espace judiciaire civil européen", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 2011, pp. 871-883, p. 871; sobre o carácter *reduzido* da unificação proposta, por força do reenvio de muitas questões relevantes à *lex fori*, pp. 874ss. Trata-se do Regulamento (UE) n.º 655/2014 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Maio de 2014, que vem na sequência de uma necessidade apontada logo em 2005 pela Comissão (cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 13) e pelo MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 21, que propunha um objectivo de prazo máximo de duração dos processos de execução hipotecária em toda a UE.

<sup>467</sup> Sobre as medidas adoptadas em Espanha (quiza as mais nocivas para o credor), cfr. ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT, "La Protección...", pp. 53 e 89-102; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "La suspensión...", pp. 70ss, e "Alternativa...", pp. 20ss. Sobre as circunstâncias que levaram à sua adopção, cfr. ÁNGEL SANZ IGLESIAS, "Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 48, 2013, pp. 1-7, pp. 2ss.

Também em Portugal o legislador interveio (porventura menos profundamente) para tutela do devedor, prevendo um *regime extraordinário de protecção de devedores em situação económica muito difícil*, aprovado pela Lei n.º 52/2012, de 9 de Novembro. A aplicação deste regime depende da verificação cumulativa de várias condições: apenas se aplica a devedores individuais de mútuo hipotecário destinado a aquisição da sua habitação permanente (sendo o imóvel onerado a única habitação do agregado familiar); a coisa hipotecada deve ter valor patrimonial tributário de, no máximo, 120.000 Euros e o mutuário deve estar em situação económica muito difícil (que é definida pelo acto legislativo). Os devedores abrangidos podem requerer a aplicação do regime (demonstrando documentalmente à instituição de crédito o preenchimento dos requisitos legais) e, em consequência, a instituição de crédito fica *imediatamente impedida de promover a execução da coisa* (art. 8.º). Depois de deferida a aplicação do regime, o banco deve apresentar ao devedor, no prazo de 25 dias, um plano de reestruturação da dívida que contenha pelo menos uma de várias medidas: concessão de um período de carência quanto ao pagamento das prestações; estabelecimento de um valor residual no plano de amortizações; prorrogação do prazo de amortização do empréstimo; redução do *spread* durante o período de carências; concessão de um empréstimo adicional autónomo destinado a suportar temporariamente o pagamento das prestações do crédito à habitação. O mutuário deve negociar o plano com a instituição de crédito, sob pena de perder o direito às medidas substitutivas.

deve reconhecer-se que estas medidas (que, quando aplicáveis, retiram eficácia à garantia e, por isso, reduzem a sua qualidade) podem ter efeitos na confiança dos financiadores neste tipo de garantia, pelo que é aceitável o argumento de que a sua existência constitui também um obstáculo à criação do mercado europeu de hipotecas.

## 2. A INSOLVÊNCIA INTERNACIONAL

### 2.1. Intervenção comunitária — condição da integração económica

O fenómeno da insolvência, tantas vezes associado à execução das garantias reais, coloca um importante número de problemas conflituais. Com efeito, a globalização e criação da *união económica e monetária* trazem frequentemente à insolvência um carácter internacional: é comum que certo operador económico tenha a sua actividade dispersa por vários Estados, o que implicará não apenas que os credores tenham diversas proveniências como que o património do falido esteja localizado em vários países<sup>468</sup>.

Nessa medida, surgem várias questões de índole internacionalprivatística que importa resolver para que os operadores económicos possam prever, com segurança, as consequências da eventual falência do seu devedor: a competência internacional, a lei aplicável, a produção de efeitos de insolvência a bens situados noutros Estados e o reconhecimento *in foro* da falência declarada no estrangeiro<sup>469</sup>.

---

Frustrando-se o acordo no plano de reestruturação da dívida garantida, ao abrigo deste regime, não pode o banco executar a garantia nos termos habituais. Ao invés, ocorrerá a dação em cumprimento do imóvel hipotecado, procedendo-se para o efeito à avaliação da habitação (i), a alienação do imóvel a Fundos de Investimento Imobiliário para Arrendamento Habitacional (com ou sem arrendamento e opção de compra a favor do mutuário e entrega do preço à instituição de crédito, liquidando-se assim a dívida) (ii) ou a permuta por uma habitação de valor inferior, com revisão do contrato de crédito e redução do capital em dívida pelo montante da diferença de valor entre as habitações (iii). Em qualquer dos casos, não obstante não existir uma exoneração da dívida, diminuem-se os poderes executivos do titular da hipoteca.

<sup>468</sup> MARIA HELENA BRITO, "Falências Internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183-220, p. 184; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 599, e "O «CIP» (Centro dos Interesses Principais) e as Sociedades: um capítulo europeu", *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, vol. 1, 2009, pp. 133-151, p. 133; MANFRED BALZ, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, pp. 485-532, p. 486. Repare-se que a insolvência internacional não é um fenómeno recente, remontando ao século XIV — cfr. PAUL DIDIER, "La problématique du droit de la faillite internationale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º 3, 1989, pp. 201-206, p. 201.

Abdicando de algum rigor na terminologia, utilizaremos como sinónimos as expressões de insolvência e falência para nos referirmos à impossibilidade de cumprimento de obrigações vencidas, abrangendo quer os processos de liquidação, quer os de recuperação de empresas.

<sup>469</sup> A enumeração é de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 448, e "O regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2006, pp. 1101-1152, p. 1102); MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "The interaction between national law and European integration law: The future EC Bankruptcy Convention", *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, HOMMELHOFF, ERIK JAYME E MANGOLD, Müller, Heidelberg, 1995, pp. 51-69, p. 52; e THOMAS M. GAA, "Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?", *International Lawyer*, vol. 27, n.º 4, 1993, pp. 881-909, p. 885.

Para o problema de que tratamos, será imperioso que tais questões apresentem uma resposta absolutamente inequívoca, pois a insolvência é precisamente a situação de que o credor hipotecário se quis precaver ao exigir a prestação da garantia imobiliária e face à qual analisou a sua *qualidade*<sup>470</sup>. Ora, a hipótese de esta vir a ser decretada num tribunal estrangeiro (porventura indeterminável no momento da concessão do crédito) e a eventualidade de o processo vir a ser regulado por lei desconhecida do credor (*maxime*, por lei que admita a execução de um plano de recuperação de empresa em detrimento da liquidação, contra a vontade do credor hipotecário) pode ser bastante para que o mutuante recuse a concessão de financiamento internacional garantido por hipoteca. Efectivamente, na disciplina da insolvência, mais importante do que o reconhecimento dos efeitos da decisão judicial são as regras do seu desenvolvimento, já que é aí que se resolvem os conflitos de interesses relevantes. No fundo, no nosso problema, ao *risco do crédito* e ao *risco da garantia regulada por lei estrangeira* acresce o *risco da insolvência julgada noutra país*, com efeitos e consequências não previsíveis para o credor<sup>471</sup>.

---

<sup>470</sup> Neste sentido, JÜRGEN BAUR E ROLF STÜRNER, *Sachenrecht*, cit., p. 385; EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 7; CLAUDIO DORDI, "La Convenzione dell'Unione Europea sulle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIII, n.º 2, 1997, pp. 333-366, p. 335; CHRISTOPHE ALBIGES E MARIE-PIERRE DUMONT-LEFRAND, *Droit...*, p. 4; MORITZ BRINKMANN, "The Position of Secured Creditors in Insolvency", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 249-272, p. 249; HORST EIDENMÜLLER, "Secured Creditors in Insolvency Proceedings", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 273-283, p. 274; IVÁN HEREDIA CERVANTES, "El artículo 5 del reglamento comunitario 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones relativas a los derechos reales sobre créditos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2003, pp. 223-234, p. 223; FRANÇOIS T'KINT, "La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit belge", *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelas, 2004, pp. 1073-1083, p. 1084. Explica ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", p. 54, que perante uma insolvência, são muito díspares as posições dos credores consoante sejam ou não titulares de uma garantia real: "*an unsecured creditor may, on the average, expect a dividend of less than five percent on his claim, whereas a secured creditor may expect satisfaction for more than fifty percent of the secured debt*".

<sup>471</sup> LUIGI DANIELE, "Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 289-318, p. 290; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6302; IAN F. FLETCHER, "Choice of Law Rules", *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, GABRIEL MOSS, IAN F. FLETCHER E STUART ISAACS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 45-65, p. 45; MORITZ BRINKMANN, "The Position...", p. 262 ("*Unclear or obscure avoidance provisions generate an certainty, particularly for secured creditors*"); IVÁN HEREDIA CERVANTES, "El artículo 5...", p. 224; ANGELICA BONFANTI, "Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 17, n.º 2-3, 2003, pp. 407-426, p. 408. Por esta razão, YVES CHAPUT, "Vers un droit de la faillite européenne?", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelas, 2002, pp. 571-580, p. 571, considera paradoxal a inexistência de regras substantivas uniformes sobre insolvência. Este não é um problema novo, porquanto no início do século XX alertava CH. DE BOECK, "Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite", *Revue de Droit International Privé*, Tomo IX, 1913, pp. 283-320 e 793-816, p. 290, que a eventualidade de exclusão, no processo de insolvência, dos direitos de credores sobre coisas no estrangeiro constituía "*un vol plus ou moins légalement organisé*". Esta concepção (de que o *forum shopping* constitui um problema e que deve ser evitado) conhece a discordância de WOLF-GEORG RINGE, "Forum Shopping under EU Insolvency Regulation", *European Business Organization Law Review*, vol. 9, 2008, pp. 579-620, pp. 600ss.

Consciente destes problemas, o legislador comunitário interveio por via do direito internacional privado. A União apercebeu-se que a transparência e previsibilidade nas insolvências internacionais são condição necessária à integração económica, razão pela qual instituiu um *regime conflitual europeu de insolvência*, materializado no Regulamento (CE) n.º 1346/2000<sup>472</sup>. Foram consagradas soluções equilibradas, capazes de evitar muitos dos óbices cuja emergência temíamos. Sintetizemo-las em quatro pontos.

---

<sup>472</sup> Cfr. Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, que será substituído, a partir de 26 de Junho de 2017, pelo Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015. Sobre a origem do normativo europeu, baseado na Convenção de 1995 promovida pela Comunidade Europeia (que não chegou a entrar em vigor), cfr. IAN F. FLETCHER, "A culling of sacred cows: the impact of the EC insolvency regulation on English conflict of laws", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 167-186, pp. 168ss, e *Insolvency in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999, pp. 247ss; MANFRED BALZ, "The European...", pp. 489ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1105; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização do Direito Internacional Privado*, (policopiado), Porto, 2012, p. 694; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie Finanziarie nell'Insolvenza Transnazionale: l'Attuazione della Direttiva 2002/47/CE", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XL, n.º 3, 2004, pp. 841-876, p. 842; PATRIZIA DE CESARI, "Giurisdizione, Riconoscimento ed Esecuzione delle Decisioni nel Regolamento Comunitario relativo alle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIX, n.º 1, 2003, pp. 55-84, p. 56; ARLETTE MARTIN-SERF, "La faillite internationale: Une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant", *Journal du Droit International*, vol. 122, n.º 1, 1995, pp. 31-99, pp. 67ss; JACQUES BÉGUIN, "Un îlot de résistance à l'internationalisation: le droit international des procédures collectives", *L'internationalisation du droit — Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 31-56, p. 33 (que relata a dificuldade de obtenção de consenso).

Sobre os seus objetivos e necessidade, *vide* VINCENZO STARACE, "La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXV, n.º 2, 2002, pp. 295-308, p. 296, nota n.º 2; MANUEL DESANTES REAL, "España ante el proceso de elaboración del derecho internacional privado «intracomunitario»", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 204-224, p. 219; P. M. VEDER, "Party Autonomy and Insolvency Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 261-276, p. 262; ILARIA QUEIROLO, "L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza", *Comunicazioni e Studi — Istituto di Diritto Internazionale della Università di Milano*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 903-957, p. 933. Para uma análise aturada das várias opções nele contidas, *vide* MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003, pp. 21ss. Repare-se que a intervenção comunitária era sentida com premência, porquanto os instrumentos de DIP até aí existentes de inspiração comunitária (desde logo a Convenção de Bruxelas de 1968) não abrangia a insolvência (cfr. MICHELE ANGELO LUPOI, "A (Not so Simple Matter of) Jurisdiction: the Relationship between Regulations (EU) No. 1346/2000 and No. 44/2001", *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, ROLF STÜRNER E MASANORI KAWANO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 63-71, p. 65).

Três notas se impõem quanto a este normativo europeu.

*Em primeiro lugar*, estabelece regras comuns de competência internacional e regras de conflitos sobre lei aplicável em matéria de insolvência. Trata-se, assim, de uma *fonte europeia de direito internacional privado* e não uma lei uniforme, tendo a União renunciado à *harmonização dos direitos nacionais* e optado pela sua coordenação. Esta realidade não obsta, porém, a que se prevejam *normas materiais unificadas complementares* substantivas e processuais (cfr. LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 1103; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 271; DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 615; YVES CHAPUT, "Vers un...", p. 572; MICHAEL BOGDAN, "The E. C. law of international insolvency", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, Anos 11 e 12, n.º 4, 2001-2002, pp. 452-459, p. 452; STEFANIA BARIATTI, *cit.*, p. 842; LUIGI DANIELE, "Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento Comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVIII, n.º 1, 2002, pp. 33-50, p. 34; LUIGI FUMAGALLI, "Il Regolamento Comunitario sulle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI (Seconda Serie), n.º 3, 2001, pp. 677-709, p. 678; WOLF-GEORG RINGE, "Forum...", p. 580). Tal opção dever-se-á à fonte nacional do direito falimentar, decorrente do desenvolvimento histórico do instituto e ao carácter de *ordem pública* da sua apreciação (com motivações e

Por um lado, articulou-se a determinação do *tribunal competente* com o *direito aplicável*, potenciando a boa administração da justiça e precavendo conflitos insanáveis entre a lei processual (do foro) e outra lei que pudesse ser designada (sujeitando assim a uma única lei todos os aspectos da insolvência). Isto é, a lei do Estado em cujos tribunais corre o processo da insolvência determinará os seus pressupostos, a legitimidade para a requerer, a formação da massa insolvente e sua administração, o reconhecimento e graduação dos créditos e os efeitos da declaração da insolvência<sup>473</sup>.

---

propósitos distintos), ligado a uma miríade de ramos jurídicos de aplicação territorial (executivo, registal, tributário, etc.) — cfr. PAUL DIDIER, "La problématique...", p. 203. A natureza *conflitual* do regulamento parece ser desconsiderada por PEDRO PIDWELL, "A Insolvência Internacional e a Arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 765-802, pp. 776ss, que analisa o acto europeu como mecanismo de unificação do direito falimentar, perspectiva que merece reservas.

*Em segundo lugar*, excluem-se alguns processos do seu âmbito de aplicação: a insolvência de instituições de crédito, de empresas de seguros, de organismos de investimento colectivo e de empresas de investimento que prestem serviços que impliquem a detenção de fundos ou valores mobiliários de terceiros (cfr. n.º 2 do art. 1.º), que estão sob a alçada da Directiva 2001/24/CE, relativa ao saneamento e liquidação das instituições de crédito, alterada pela Directiva n.º 2014/59/UE, de 15 de Maio de 2014 (para comparação dos regimes, *vide* VIRGÓS SORIANO e GARCIMATÍN ALFÉREZ, *cit.*, p. 18). Assim, o Regulamento das Insolvências dedica-se aos processos colectivos que em face de falência do devedor, vão implicar a diminuição dos seus poderes de administração ou disposição e nomeação de um administrador da insolvência, desde que estejam expressamente previstos nos anexos A e B ao regulamento. Estes anexos foram já alterados diversas vezes, sendo a última versão conferida pelo Regulamento de Execução (UE) n.º 663/2014 do Conselho, de 5 de Junho de 2014.

*Por fim*, é sabido que no domínio das garantias financeiras há disposições específicas, procurando imunizar os titulares de alguns efeitos da insolvência (cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02 (alterada pela Directiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/09), relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos na harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 693-723, pp. 707ss).

<sup>473</sup> Cfr. art. 4.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000, e art. 7.º do Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 (a partir de 2017). Sobre o seu âmbito, *vide* P. M. VEDER, "Party...", p. 263, PATRIZIA DE CESARI, "Giurisdizione...", p. 67, e SERGIO MARIA CARBONE, "Il regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Diritto Processuale Civile e Commerciale Comunitario*, SERGIO MARIA CARBONE, MANLIO FRIGO E LUIGI FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 96ss. Segundo CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 65-94, p. 66, o acto jurídico comunitário insere-se na categoria de *disposições sobre competência internacional*, não obstante se regular igualmente o direito aplicável.

A opção é avisada, porquanto as normas falimentares têm uma natureza híbrida, sendo simultaneamente processuais e substantivas (cfr. MANFRED BALZ, "The European...", p. 486; IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 47; ARLETTE MARTIN-SERF, "La faillite...", p. 34), a aconselhar a coincidência entre direito aplicável e tribunal competente. Esta opção (de articulação da competência jurisdicional com a regulação da lei aplicável), aliás, está a tornar-se um "*seemingly universal principle of private international law*" e uma tendência do DIP europeu, esbatendo-se hoje a linha divisória entre os conflitos de leis e os conflitos de jurisdições (IAN F. FLETCHER E HAMISH ANDERSON, "The Insolvency...", p. 265; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 851; STEFAN LEIBLE E MICHAEL MÜLLER, "A General Part for European Private International Law?", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 137-152, p. 140; PHILIPPE LÉBOULANGER, "La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 2, 1998, pp. 401-420, p. 404, considerando que esta tendência "*exprime une réaction contre les complications estimées croissantes et excessives du jeu des règles de conflits de lois*"; DÁRIO MOURA VICENTE, "Método Jurídico e Direito Internacional Privado", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 7-37, p. 10).

Por outro, quanto ao mérito, segue o critério proposto pela doutrina maioritária — “sistema misto de pendor universalista”<sup>474</sup>. Isto é, prescreve a competência dos tribunais e da lei do

---

<sup>474</sup> Classicamente, são dois os critérios conflituais de organização do processo de insolvência (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 450ss, e "O regulamento...", pp. 1107ss; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "O «CIP»...", p. 134; CARLOS ESPLUGUES MOTA, *La Quiebra Internacional*, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 25-43; LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, pp. 1011ss; PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., pp. 506ss; MIGUEL VIRGÓS SORIANO e FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, pp. 21ss; PAUL DIDIER, "La problématique...", pp. 205-207; PHILIPPE LÉBOULANGER, "La mise...", p. 404; DONALD THEODORE TRAUTMAN, JAY LAWRENCE WESTBROOK e EMMANUEL GAILLARD, "Four Models for International Bankruptcy", *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, n.º 4, 1993, pp. 573-625, p. 575; PEDRO PIDWELL, "A Insolvência...", pp. 770ss; DIEGO CORAPI, "Le droit italien sur la mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 931-939, p. 931; NADINE WATTÉ e VANESSA MARQUETTE, "Faillite internationale — Compétence — Effets d'une faillite prononcée à l'étranger — Sûretés réelles — Droit de préférence", *European Review of Private Law*, vol. 7, n.º 3, 1999, pp. 287-317, p. 292).

No sistema territorial, cada Estado organiza o processo de insolvência quanto aos bens aí situados (aplicando a sua própria lei), tendendo-se para uma pluralidade de processos. Como vantagens, aponta-se a melhor adequação aos credores locais (que não terão de acudir a um processo a correr em Estado estrangeiro ou ver desconsiderados privilégios creditórios que a lei local lhes atribui); a desnecessidade de valoração de garantias reais constituídas sobre coisas no estrangeiro de acordo com lei desconhecida; maior proporcionalidade (um processo de insolvência em certo Estado pode ser suficiente, não se afectando a actividade do insolvente noutros países); e eventual maior simplicidade quando o número de credores é muito elevado.

O sistema universal, que se caracteriza pela apreciação da insolvência num único Estado (sobre todos os bens do devedor) tem a seu favor outras importantes vantagens: menores custos de um processo único; menor incerteza jurídica quando o devedor tenha bens em vários Estados; sujeição a um único tribunal e aplicação da mesma lei a todos os credores (favorecendo a igualdade das respectivas posições jurídicas); maior eficácia na promoção da recuperação de empresas (se o destino a dar for o saneamento da empresa em detrimento da liquidação, o objectivo realizável se a decisão abranger a totalidade do património do insolvente); e imunização do processo a manobras fraudulentas de transporte dos activos para *paraísos de execução*, reduzindo os riscos dos credores e, assim, refreando o seu ímpeto de desencadear o processo prematuramente.

Ora, apesar de o sistema universal ser globalmente preferível (*vide* ROBERT K. RASMUSSEN, "A new approach to transnational insolvencies", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 1997, pp. 1-36, pp. 17-19), a sua adopção pura não satisfaz necessidades de credores locais nem se atingem as vantagens de um processo de insolvência parcial, sobretudo atenta a profunda diversidade de leis falimentares e das garantias reais. Por esta razão, podem ser criados sistemas mistos, com preponderância do critério universal ou territorial (o que constitui o caso da intervenção comunitária, que consagra uma *universalidade limitada*) — MARIA HELENA BRITO, "Falências...", p. 193; CATARINA SERRA, "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português", *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 10, 2013, pp. 97-143, p. 102; JOSÉ M. GARRIDO, "Some...", p. 82; VIRGÓS SORIANO e GARCIMARTÍN ALFÉREZ, cit., p. 25; MIGUEL VIRGÓS SORIANO e ETIENNE SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Conselho da União Europeia, Bruxelas, 1996, n.º 12, p. 13; IAN F. FLETCHER e HAMISH ANDERSON, "The Insolvency...", p. 264 (que recordam ser esta a tendência actual); MICHAEL BOGDAN, "The E. C. law...", p. 453; PATRIZIA DE CESARI, "Giurisdizione...", p. 62; CLAUDIO DORDI, "La Convenzione...", p. 339; SERGIO MARIA CARBONE, "Il regolamento...", p. 103; ILARIA QUEIROLO, "L'evoluzione...", p. 936, e "L'influenza del Regolamento comunitario sul difficile coordinamento tra legge fallimentare e legge di riforma del diritto internazionale privato", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI e STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 835-848, p. 835; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 2, 2014, pp. 207-215, p. 207; FRANCESCO SALERNO, "Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIV, n.º 1, 1998, pp. 5-50, p. 17; LUIGI FUMAGALLI, "Il Regolamento...", p. 687; WOLFGANG LUEKE, "The New European Law on International Insolvencies: a German Perspective", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, vol. 17, 2000-2001, pp. 369-405, p. 373; SYLVAIN POILLON-PERUZZETTO, "Le créancier et la «faillite européenne»: commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité", *Journal du Droit International*, vol. 124, n.º 3, 1997, pp. 757-781, p. 763; NADINE WATTÉ e VANESSA MARQUETTE, "Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", *Revue de Droit Commercial Belge*, 2000, pp. 565-579, p. 565; ISABEL REIG FABADO, "Libre circulación de decisiones concursales en la Unión Europea", *Nuevas Fronteras del*

Estado-Membro “em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor”, sendo aqueles, em princípio, exclusivamente competentes para julgar a insolvência. Admitem-se, porém, duas restrições a esta regra: *por um lado*, prevê-se a abertura de *processos territoriais secundários*, a correr noutros Estados-Membros, desde que o insolvente aí tenha estabelecimento e com efeitos apenas quanto aos bens situados no território desse Estado (que assumem a dupla função de facilitar a liquidação dos bens situados nesse país e de melhor proteger os credores locais); *por outro lado*, estabelecem-se exceções e restrições à aplicação da *lex fori concursus*<sup>475</sup>.

*Em terceiro lugar*, antevendo dificuldades inerentes à disparidade legislativa no âmbito da insolvência, o instrumento legislativo europeu não se limitou à unificação de regras de conflitos e de competência, mas prescreveu algumas regras substantivas uniformes, cuja disciplina é subtraída à *lei reguladora da insolvência*. Esta manobra destinou-se a garantir que o processo de insolvência se desenrole com parâmetros comuns quanto às posições jurídicas de credores conectados com Estado-Membro diferente daquele onde decorre o processo<sup>476</sup>.

---

*Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO*, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 235-264, p. 241; BOB WESSELS, "The secured creditor in cross-border finance transaction under the EU insolvency regulation", *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 18, n.º 3, 2003, pp. 135-148, p. 135; ANGELICA BONFANTI, "Le procedure...", p. 413.

A divergência dos legisladores nacionais quanto ao *melhor sistema* terá sido o fundamento para uma tão tardia intervenção europeia nesta matéria — neste sentido, MICHELE ANGELO LUPOI, "A Not so...", p. 65.

<sup>475</sup> Cfr. n.º 1 do art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, do Conselho, de 29 de Maio de 2000 (inalterado pelo Regulamento [UE] n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015), que presume, no caso de insolvência de pessoas colectivas, ser o Estado da sede estatutária. Para uma análise mais profunda das regras de competência internacional estabelecidas no Regulamento, *vide*, entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 458-464, e "O regulamento...", pp. 1117-1124; MARIA HELENA BRITO, "Falências...", pp. 183ss; DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência internacional: Direito aplicável", *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, pp. 793-815, pp. 793ss; LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", pp. 292ss e 306ss; VINCENZO STARACE, "La disciplina...", pp. 300ss; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, pp. 21ss; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Procedimientos concursales y competencia Internacional", *DeCITA — Derecho do comércio internacional = Derecho del comercio internacional*, n.º 11, 2009, pp. 9-33, pp. 9ss, e "La *vis attractiva concursus* nel diritto concorsuale europeo", *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Ano LXXXVI, n.º 3-4, 2010, pp. 360-379, pp. 360ss.

O processo secundário, regulado exclusivamente pela *lex fori* e com efeitos limitados aos bens aí situados, não aprecia todavia a situação de insolvência, a qual é reconhecida do processo principal, ainda que à luz de critérios diferentes (art. 27.º do Regulamento de 2000) — DANIELE LUIGI, *cit.*, p. 306; STARACE, p. 302. Estes processos têm sempre carácter *liquidatário* (LUIGI FUMAGALLI, "Il Regolamento...", p. 688; JEAN PIERRE RÉMERY, "La faillite comme instrument de construction européenne: Acquis et perspectives", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelas, 2002, pp. 27-51, p. 32). Tal característica (o propósito exclusivo de liquidação nos processos secundários) alterar-se-á num futuro próximo, porquanto o art. 51.º do Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015 vem admitir a utilização dos processos territoriais para medidas de saneamento e recuperação — cfr. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, n.º 2, 2013, pp. 387-391, p. 388; PIETRO FAZZINI E MATTEO WINKLER, "La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 27, n.º 1, 2013, pp. 141-165, p. 144; ANTONIO LEANDRO, "Amending the European Insolvency Regulation to Strengthen Main Proceedings", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.º 2, 2014, pp. 317-340, pp. 329ss.

<sup>476</sup> LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", pp. 290ss, e NADINE WAITTÉ, "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau Règlement Européen des procédures d'insolvabilité", *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de*

Por fim, estabeleceu o reconhecimento da decisão de insolvência entre os Estados-Membros em moldes francamente satisfatórios. Na verdade, não obstante distinguir entre *reconhecimento e atribuição de força executiva* (determinando apenas os efeitos automáticos do primeiro), o âmbito do pleno reconhecimento é bastante alargado, abrangendo a decisão de abertura e de encerramento do processo, as decisões relativas à sua tramitação, as medidas cautelares, e a designação do *síndico* ou *administrador de insolvência*<sup>477</sup>. Esta dimensão tem relevância preponderante, pois permite ao administrador de insolvência designado no Estado A agir no Estado B de acordo com os poderes que a lei reguladora da insolvência lhe atribuir, nomeadamente promovendo os registos necessários (art. 22.º do Regulamento de 2000 e art. 29.º do acto de 2015) e procedendo à liquidação dos bens da massa insolvente que aí se situem (art. 18.º do acto de 2000 e art. 21.º do Regulamento de 2015). Neste caso, deve respeitar as formas de liquidação previstas pela lei local e não pode utilizar meios coercivos<sup>478</sup>.

As opções são sensatas: apartam-se disparidades conflituais entre os Estados-Membros (dada a regulação europeia) e adopta-se o método jurisdicional de regulação das situações privadas internacionais, colhendo as vantagens inerentes. Nessa medida, não haveria porque detectar nesta área especiais dificuldades (susceptíveis de gerar insegurança na concessão de crédito hipotecário) atinentes ao interesse do credor em precaver-se da situação de insolvência, já que o processo será julgado em tribunal certo e sujeito à lei designada<sup>479</sup>.

---

*Bruxelles*, vol. 24, n.º 2, 2001, pp. 7-42, p. 13. Entre estas disposições encontra-se, por exemplo, a regra pela qual a massa insolvente é universal (qualquer credor pode reclamar dela o cumprimento dos seus direitos, quer no processo universal, quer nos processos territoriais — n.º 1 do art. 32.º).

<sup>477</sup> Cfr. arts. 16.º, 17.º, 18.º e 25.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000, de 29 de Maio de 2000. Sobre este assunto, *vide* IAN F. FLETCHER, "A culling...", pp. 181-182, e *Insolvency in Private...*, pp. 283ss; LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", p. 301; NADINE WATTÉ, "L'opposabilité...", p. 11; JEAN PIERRE RÉMERY, "La faillite...", p. 31. Também os processos secundários (que têm efeitos para com os bens situados no Estado do foro) gozam do reconhecimento automático em toda a UE, o que é especialmente útil caso alguns bens venham a ser transportados. A atribuição de força executiva dependerá de uma declaração judicial de executoriedade pedida no Estado de reconhecimento, já que o n.º 1 do art. 25.º remete expressamente para a *Convenção de Bruxelas*, entretanto substituída pelo Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. Nessa medida, a remissão deve considerar-se feita para o regime de *exequatur* que este prevê nos arts. 38.º-58.º (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", pp. 1143 e 1147; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 510). O Regulamento 44/2001 mantém-se em vigor nas relações com a Dinamarca (apenas foi derogado pelo Regulamento n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 [Regulamento Bruxelas I-bis] nos demais Estados-Membros). Ora, porque este último instrumento eliminou o *exequatur* (cfr. art. 39.ºss e RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Abolition of Exequatur: Problems and Solutions — Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgements: too many words in the sea", *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 351-375, pp. 355ss), a remissão deve fazer-se para a versão de 2001.

A distinção será eliminada a partir de 2017, porquanto o novo Regulamento (UE) n.º 2015/848 vem aplicar o regime de dispensa de *exequatur* também aos processos de insolvência (art. 32.º).

<sup>478</sup> Este limite, imposto pelo n.º 3 do art. 18.º do Regulamento de 2000 (n.º 3 do art. 21.º do Regulamento de 2015), cria uma *conexão múltipla cumulativa*: só são atribuídos os poderes simultaneamente previstos pela *lex fori concursus* e pela *lex rei sitae* (LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", p. 305).

<sup>479</sup> Não ignoramos as críticas que vêm sendo dirigidas ao normativo comunitário e que, aliás, motivaram o recente acto legislativo de modificação, sobre que nos debruçaremos *infra*. Tal não obsta a que o Regulamento



## 2.2. Riscos do credor hipotecário: incerteza quanto à lei aplicável e ao tribunal competente?

A nossa conclusão preliminar é simplista. De facto, subsistem problemas que podem dissuadir um potencial credor de aceitar hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro.

*Em primeiro lugar*, avulta a natureza *não universal* das normas do Regulamento. Contrastando com muitos dos similares instrumentos de fonte comunitária, as regras europeias não substituem as correspondentes disposições internas (nem em matéria de conflitos de leis, nem a respeito dos conflitos de jurisdições): o Regulamento só é aplicável se “o centro dos interesses principais do devedor estiver situado na Comunidade”. Quanto aos devedores cujos principais negócios se situem fora da União, o tribunal competente há-de ser determinado segundo o direito processual interno e a lei aplicável será seleccionada pelas regras de conflitos de cada Estado<sup>480</sup>.

*Em segundo lugar*, e ainda que o Regulamento seja aplicável, o critério de determinação de competência internacional é também o “centro dos interesses principais” (local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses), devendo a localização apreciar-se no momento da abertura do processo de insolvência<sup>481</sup>.

Estes dois problemas são determinantes: a segurança jurídica que se queria conferir pela determinação uniforme de regras de competência internacional é prejudicada pelo critério firmado. Não só constitui conceito indeterminado como, no momento da aceitação da hipoteca, não é possível ao credor conhecer com certeza, em caso de insolvência futura,

---

tenha sido um sucesso, como sublinha G. MCCORMACK, "Reforming the European Insolvency Regulation: a Legal and Policy Perspective", *Journal of Private International Law*, vol. 10, n.º 1, 2014, pp. 41-67, p. 41.

<sup>480</sup> Cfr. Considerando n.º 14 do Regulamento de 2000 (n.º 25 do Regulamento de 2015), local insólito para determinação do campo de aplicação das normas, nota DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 621. Sobre as dificuldades decorrentes da natureza *não universal* das regras do Regulamento, cfr. IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 46; NADINE WATTÉ E VANESSA MARQUETTE, "Le Règlement...", p. 569; ILARIA QUEIROLO, "L'evoluzione...", p. 939 (considerando ser “*uno dei punti deboli*” do normativo, pois o devedor pode deslocar o centro dos seus interesses principais como manobra capaz de evitar a aplicação do normativo europeu); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 603, e "O «CIP»...", p. 137. Segundo MANFRED BALZ, "The European...", p. 498, tal opção deveu-se a pressão do Reino Unido, empenhado em manter os seus próprios critérios nas insolvências conectadas com Estados terceiros.

É duvidoso se, para aplicação do regulamento, basta a existência de contacto relevante com outro Estado (mesmo que não membro) ou se é exigível a verificação de conexão relevante com outro Estado-Membro. Pronunciando-se pela primeira posição, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 454.

<sup>481</sup> Assim interpretou o Acórdão TJCE de 17 de Janeiro de 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, proc. C-1/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-701, n.º 29: “o artigo 3.º, n.º 1, do regulamento deve ser interpretado no sentido de que o órgão jurisdicional do Estado-Membro em cujo território está situado o centro dos interesses principais do devedor no momento da apresentação por este último do requerimento de abertura do processo de insolvência”, o que já decorria do Considerando n.º 13 do Regulamento de 2000. Sobre o aresto, LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "El traslado del centro de los intereses principales del deudor", *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 9, 2006, pp. 497-520, pp. 499ss; sobre o sentido do “centro dos interesses principais” vide ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "O «CIP»...", pp. 140ss, que explica pretender-se gerar *previsibilidade*, pelo que o centro dos interesses principais se identifica com o que for “determinável por terceiros” (p. 142).

qual o Estado onde o devedor virá a sedear os seus interesses ou sequer se uma eventual insolvência estará coberta pelo normativo europeu (e, assim, reconhecida em toda a União). Tal significa, portanto, que a segurança que se queria trazer pela regulação comunitária pode ser gorada: se o devedor, antes da insolvência, alterar o seu CIP para o Brasil e não mais haverá, no espaço europeu, coordenação das regras de conflitos e das normas de competência internacional.

Um credor que exige a prestação de uma garantia real pretende acautelarse justamente contra a insolvência do devedor, visando obter prioridade na satisfação do seu direito face a credores comuns: o seu interesse é recolher da coisa o seu valor, ainda que o devedor se torne insolvente. A sua prudência alastrará certamente à questão de saber onde vai uma eventual falência ser apreciada e à luz de que lei: preocupá-lo-ão os poderes conferidos à assembleia de credores e ao administrador da insolvência, a sua influência na satisfação do seu crédito e a forma de graduação dos créditos garantidos por hipoteca. Ora, em face do instrumento europeu, esta informação não é cognoscível no momento da concessão do crédito: dependerá do local em que, *no momento da insolvência*, estiver “o centro dos interesses principais do devedor”, não sendo determinável *ex ante*. Se esse local for fora da UE, o credor nem sequer pode prever *quais* as regras de conflitos vigentes ou as normas de competência internacional mobilizáveis<sup>482</sup>.

---

<sup>482</sup> Cfr. MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 93; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "El traslado...", pp. 513ss; IAN F. FLETCHER E HAMISH ANDERSON, "The Insolvency...", p. 259 (explicando que “*the logical first step in making a transaction ‘bankruptcy proof’ is to identify the jurisdictions in which insolvency proceedings might occur*”). Sobre a indeterminação do conceito “centro dos interesses principais”, vide IAN F. FLETCHER, "A culling...", p. 171; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1120; CATARINA SERRA, "Insolvência...", p. 102; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "O «CIP»...", pp. 140ss; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Procedimientos...", pp. 11ss; PATRIZIA DE CESARI, "Giurisdizione...", p. 63; MICHELE ANGELO LUPOI, "Commentario al Regolamento CE 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza", *Commentario Breve alla Legge Fallimentare (e alle leggi sulle procedure concorsuali)*, 6.ª Edição, ALBERTO MAFFEI ALBERTI, CEDAM, Milão, 2013, pp. 2086-2154, p. 2015; FANNY CORNETTE, "Le «centre des intérêts principaux» des personnes physiques dans le cadre de l'application du Règlement Insolvabilité dans le départements de la Moselle, du Bas-Rhin et du Haut-Rhin", *Journal du Droit International*, vol. 140, n.º 4, 2013, pp. 1115-1125, pp. 1118ss; PIETRO FAZZINI E MATTEO WINKLER, "La proposta...", p. 143; LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", p. 296, alertando para o facto de o conceito de *centro dos interesses principais* ser definido no preâmbulo em moldes muito próximos da definição de “estabelecimento”, da alínea *b*) do art. 2.º como critério de instauração de processos secundários.

Ao não se conhecerem *ex ante* as regras reguladoras de uma eventual e futura insolvência (ou sequer se o Regulamento será aplicável), é fácil antever a incerteza em que é colocado um potencial credor a quem é oferecida uma hipoteca sobre a coisa: será que a *lex concursus* aceita que se adie a liquidação do prédio onde a empresa labora em proveito da massa insolvente — como permite a legislação portuguesa, conferindo embora uma indemnização ao credor hipotecário (cfr. art. 161.º e 166.º CIRE) ou a lei francesa (art. L624ss do *Code de Commerce*)? Será que aquela lei determina que a não reclamação do crédito em certo prazo possa conduzir à extinção da garantia, como faz o direito francês (cfr. art. L622-24ss do *Code de Commerce*)? Ou será que, como sucede na lei espanhola, o crédito hipotecário é, em princípio, intocável no processo de insolvência (art. 90.º *Ley concursal*)? Sobre as consequências do processo de insolvência para o credor hipotecário (e sua fragilidade) no quadro da lei francesa, LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCCQ, *Les sûretés...*, p. 278; sobre a protecção do credor hipotecário na lei espanhola, CARLOS VÁSQUEZ IRUZUBIETA, "Comentario al Artículo 90 de la Ley Concursal, sobre créditos con privilegio especial", *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial vLex, Madrid, 2009, p. 2.

É certo que o próprio Regulamento combate tal incerteza na falência de pessoas colectivas: desde que aplicável, o acto europeu estabelece uma presunção a favor da lei da *sede estatutária* que só pode ser ilidida, segundo o Juiz comunitário, quando “*elementos objetivos e determináveis por terceiros permitirem concluir pela existência de uma situação real diferente daquela que a localização da referida sede é suposto reflectir*”. Todavia, nada impede o devedor de alterar a sede para país onde a lei falimentar lhe seja mais favorável (gozando a seu favor da presunção regulamentar) nem existe qualquer juízo de densificação para as pessoas singulares, sejam consumidores ou profissionais. Esta facilidade de manipulação do critério vem fundando críticas crescentes quanto à ineficácia do acto europeu na prevenção do *forum shopping*<sup>483</sup>.

Em terceiro lugar, os cada vez mais frequentes processos extrajudiciais de *pré-insolvência* (ou de *revitalização*) não são expressamente abrangidos pelo normativo europeu, sendo muito discutível a sua compreensão<sup>484</sup>. Ora, porque algumas leis falimentares permitem a

---

Esta indeterminação conceptual no critério de determinação de competência tem uma outra consequência: gera a eventualidade de conflitos de competência. Alguma doutrina (LIMA PINHEIRO, LUIGI DANIELE e LAURA CARBALLO PIÑEIRO) propõe um mecanismo de resolução dos *conflitos positivos competência*: a primeira decisão de um tribunal nacional que estabeleça a sua própria competência (por considerar ser aí situado o “*centro dos interesses principais*”) é reconhecida automaticamente em toda a União; nessa medida, o tribunal do Estado-Membro onde o processo for instaurado em segundo lugar deve declarar-se oficiosamente incompetente. Sobre as dificuldades originadas, mesmo no interior da União, pelo facto de o insolvente ter o centro dos seus interesses fora do espaço comunitário, *vide* DOMINIQUE BUREAU, “La fin...”, pp. 621ss.

Não obstante as insuficiências do critério (nomeadamente, por poder pôr em causa a posição de credores que não tomaram posição na instauração do processo de insolvência [cfr. WOLFGANG LUEKE, “The New...”, pp. 381-382]), este parece ser o *menos* problemático (sobretudo face à presunção do n.º 1 do art. 3.º) — *vide* as alternativas ensaiadas por LAURA CARBALLO PIÑEIRO, “Towards...”, p. 209. Repare-se ainda que a incerteza poderia ser combatida, segundo a Autora (p. 207), pela atribuição de natureza *universal* às regras nele contidas (*vide* COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, relativo aos processos de insolvência* — COM(2012) 744, Bruxelas, 2012, ponto 1.2).

<sup>483</sup> Cfr. HORST EIDENMÜLLER, “Recht als Produkt”, *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 64, n.º 13, 2009, pp. 641-653, p. 647: “*In der Praxis hat die EuInsVO dieses Ziel allerdings nicht erreicht, ganz im Gegenteil: Das Anknüpfungskriterium des Mittelpunkts der hauptsächlichsten Interessen ist faktensensibel und manipulationsanfällig*“. Este facto vem levando os devedores a transferir a sua sede para sistemas falimentares que privilegiem a *recuperação de empresa à liquidação* — mormente a passagem das sedes das empresas alemãs para França (*ibidem*, p. 647). Igualmente neste sentido, cfr. PIETRO FAZZINI e MATTEO WINKLER, “La proposta...”, p. 154; MICHELE ANGELO LUPOI, “Commentario...”, p. 2105; ISABEL REIG FABADO, “Libre...”, p. 257; BOB WESSELS, “The secured...”, p. 136; FANNY CORNETTE, “Le centre...”, pp. 1123 e 1125. A presunção a que nos referimos está plasmada na segunda parte do n.º 1 do art. 3.º do Regulamento (CE) n.º 1346/2000 e foi concretizada no Acórdão TJCE de 2 de Maio de 2006, *Eurofood*, proc. C-341/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, I-3813, n.º 34.

O problema da inexistência de presunção para pessoas singulares tem, porém, solução à vista, porquanto o Regulamento (UE) n.º 2015/848, aplicável às insolvências a partir de 26 de Junho de 2017, estabelece uma presunção do *centro dos interesses principais* do devedor no local da sua *residência* (se for consumidor) ou no *local da sua actividade principal* (se exercer uma actividade comercial ou profissional independente) — n.º 1 do art. 3.º).

<sup>484</sup> Os efeitos práticos desta incerteza são evidentes: suponhamos, por exemplo, que a lei centro dos interesses principais do devedor admite a elaboração de um plano de revitalização que opere um perdão parcial do crédito ou uma moratória sem o acordo necessário de um credor hipotecário. Estará este procedimento abrangido pela regra do art. 4.º do Regulamento, apesar de não constituir em sentido próprio um *processo de insolvência*? Ou a lei aplicável deverá ser determinada mediante as regras conflituais gerais?

A questão é controversa, sendo o problema da submissão ao Regulamento dos processos de *pré-insolvência* (previstos em muitos direitos nacionais) um dos fundamentos da respectiva reforma (cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2012) 744...*, ponto 1.2.; G. MCCORMACK, “Reforming...”, p. 45; JUAN IGNACIO MARCUELLO SALTO, “Los principales procedimientos concursales del derecho comparado europeo en el marco del

instauração de um plano de recuperação mesmo sem anuência do credor hipotecário (porventura com efeitos no seu crédito), há de considerar-se que a *incerteza* quanto à lei aplicável (porquanto a sua determinação não depende de regras uniformes comunitárias) constitui forte obstáculo na aceitação de uma hipoteca em relação jurídica internacional.

*Por fim*, a lei reguladora da insolvência designada pelo Regulamento “*não se aplica à constituição dos direitos que os credores pretendem fazer valer na insolvência*”<sup>485</sup>. Isto é, a validade e medida de cada um dos direitos sobre o património do devedor são apreciados à luz da lei indicada pelo DIP do foro e julgados em tribunal determinado pelo Regulamento Bruxelas I (não necessariamente coincidente com o dos *interesses principais do devedor*), limitando-se a lei da insolvência à apreciação da posição falimentar de cada um dos titulares. Este aspecto também influi na posição relativa dos credores. Com efeito, se a opção combate a insegurança conflitual (porquanto ainda os credores desconheçam a *lex concursus*, é certo que dela não depende a validade ou eficácia dos seus créditos), admite porém a reclamação de créditos válidos à luz de uma lei desconhecida e com cuja competição não contavam<sup>486</sup>.

### 2.2.1. O controverso art. 5.<sup>o</sup><sup>487</sup> e a reserva dos direitos reais: a natureza e os efeitos da sua separação.

O legislador comunitário ter-se-á apercebido destes óbices e visou solucioná-los retirando do domínio da *lex concursus* as consequências que esta estabeleça para os direitos reais de terceiro sobre coisa situada em *Estado-Membro* diferente do da apreciação da insolvência (desde que anteriores), reconhecendo a impossibilidade de aplicar *uma única lei* a todos os seus aspectos: “*a abertura do processo de insolvência não afecta os direitos reais de credores ou de terceiros sobre bens corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, quer sejam bens específicos, quer sejam conjuntos de bens indeterminados considerados como um todo, cuja composição pode sofrer alterações ao longo*

---

derecho internacional privado actual”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 149-188, p. 181; ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La propuesta...”, p. 387; PIETRO FAZZINI E MATTEO WINKLER, “La proposta...”, p. 149). Segundo CATARINA SERRA, “«Abrindo» o Regulamento Europeu sobre Insolvência Transfronteiriça — Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do regulamento na perspectiva do direito português”, *Para Jorge Leite*, Vol. II — Escritos Jurídicos, JOÃO REIS, et al., Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 729-742, p. 729, e “Insolvência...”, p. 103, aliás, este é o seu *primeiro* problema.

<sup>485</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 465, e “O regulamento...”, p. 1125; STEFANIA BARIATTI, “Filling the gaps of EC Conflicts of Laws Instruments: the case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 23-38, p. 36.

<sup>486</sup> Suponha-se, por exemplo, que o devedor assume dívidas de jogo que, nos termos da lei portuguesa, constituem obrigações naturais. Ainda que um credor esteja certo que a insolvência será apreciada em tribunal luso e à luz da lei pátria, a não abrangência dos direitos dos credores pela lei da insolvência gera insegurança ao mutuante, porquanto ignora se a lei à luz da qual foram constituídos lhes concede validade.

<sup>487</sup> Esta norma, que se conservará substancialmente intocada, passará a integrar o art. 8.º do Regulamento (UE) n.º 2015/848, aplicável às insolvências a partir de 26 de Junho de 2017.

do tempo, pertencentes ao devedor e que, no momento da abertura do processo, se encontrem no território de outro Estado-Membro<sup>488</sup>.

A natureza da norma em gerado controversia. Para alguma doutrina, tratar-se-á de uma *disposição conflitual especial* destinada a substituir a *lex fori concursus* pela *lex situs*. A ser assim, não obstante a declaração de insolvência produzir efeitos sobre todo o património do devedor, será a *lex rei sitae* (e não a lei reguladora da falência) a disciplinar efeitos da insolvência sobre os direitos reais incidentes em coisas situadas no estrangeiro.

---

<sup>488</sup> Sobre a impossibilidade de aplicação de uma única lei à insolvência e a todos os direitos reais, vide CH. DE BOECK, "Les conflits...", p. 293. Evidentemente, a exclusão só ocorre quando *lex concursus* e *lex rei sitae* não coincidam: se a insolvência for apreciada no Estado territorial, a lei desse país determinará as consequências da falência e a posição do titular da garantia (cfr. PHILIP SMART, "Rights in Rem, Article 5 and the EC Insolvency Regulation: An English Perspective", *International Insolvency Review*, vol. 15, n.º 1, 2006, pp. 17-55, p. 20). O princípio geral da sujeição da insolvência à lei do Estado onde esta é apreciada (art. 4.º, da versão de 2000; art. 7.º do Regulamento de 2015) é excepcionado por um conjunto de regras (art. 5.ºss do Regulamento de 2000 e 8.ºss do Regulamento de 2015). Algumas dessas normas são inequivocamente conflituais, substituindo a vocação da *lex fori concursus* por outra conexão: a possibilidade de compensação é apreciada pela lei reguladora do crédito (art. 6.º [2000] e 9.º [2015]), os efeitos da insolvência sobre contratos sobre imóveis regem-se pela *lex rei sitae* (art. 8.º [2000] e 11.º [2015]), efeitos da insolvência sobre contratos de trabalho regem-se pela *lex contractus* (art. 10.º do Regulamento de 2000 e 13.º do Regulamento de 2015), etc.. No seio destas regras, algumas são universais — isto é, substituem a *lex concursus* pela conexão indicada, seja ou não de um Estado-Membro (arts. 6.º e 14.º [2000]; 9.º e 17.º [2015]) — e outras apenas excepcionam o princípio geral quando apontem para a legislação de outro país comunitário (arts. 8.º, 10.º, 11.º [2000]; 11.º, 13.º e 14.º [2015]), pelo que quando apontem a legislação de um país terceiro é controversa a questão de saber se há uma ampliação da *lex fori concursus* ou uma remissão para as regras de conflitos de fonte interna (sobre este problema, MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 91). Sobre as razões da universalidade de apenas 2 regras, LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", p. 315; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 853. Outras normas do regulamento (que limitam também o domínio da *lex concursus*) têm natureza polémica, pois é discutível se configuram disposições *materiais* que disciplinam directamente certas matérias ou se constituem regras de conflitos especiais. O exemplo paradigmático é justamente a norma que transcrevemos, relativa aos direitos reais sobre imóveis situados em Estado-Membro diferente daquele onde a insolvência é apreciada (art. 5.º do Regulamento [CE] n.º 1346/2000, e 8.º do Regulamento [UE] n.º 2015/848).

Perante esta norma, e antes de mais desenvolvimentos, importa deixar dois sublinhados.

Em primeiro lugar, é de frisar que a excepção só é aplicável a coisas que se situem *noutro Estado-Membro*: caso o devedor seja proprietário de imóvel situado em Estado terceiro sobre que incidam direitos reais de terceiros, não é claro se a *lex fori concursus* é aplicada (eventualmente prejudicando a respectiva posição — opinião de ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 299-300; IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 52; STEFANIA BARIATTI, *cit.*, p. 852 [que vê nesta excepção uma protecção das liberdades de circulação e que, assim, só é mobilizada perante outros Estados-Membros]; e BOB WESSELS, "The secured...", p. 139) ou se a solução deverá buscar-se às regras de conflitos do Estado da situação da coisa (concepção de MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, pp. 91 e 102).

Em segundo lugar, cabe salientar que há alguma polémica quanto à interpretação da hipótese da norma (*direitos reais*). A doutrina (DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência...", pp. 806-807; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 100, p. 73; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 859; WOLFGANG LUEKE, "The New...", p. 389; e NADINE WATTÉ, "L'opposabilité...", p. 19) sufragam a qualificação *lege causae*, atribuindo à *lex rei sitae* a definição dos direitos reais. De todo o modo, mesmo cabendo à *lex rei sitae* a identificação de certo direito como real, o *critério da qualificação* está reservado a um conceito autónomo e formal, entendendo *direitos reais* como faculdades de "o titular reclamar o bem que é objecto desse direito a qualquer pessoa que não possua um direito real hierarquicamente superior" — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 467, nota n.º 1103, e "O regulamento...", pp. 1128-1129; ANNA GARDELLA, *cit.*, p. 281; FLETCHER, *cit.*, p. 54; WATTÉ, *cit.*, p. 20; VIRGÓS SORIANO E GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *cit.*, p. 97 ("los Estados miembros tienen libertad para determinar conforme a su propio ordenamiento cuando nos encontramos ante un derecho real; sin embargo, corresponde al Reglamento de Insolvencia fijar los límites dentro de los cuales los Estados miembros pueden utilizar esa libertad a los efectos del artículo 5").

Para outros Autores, a regra constitui norma de *direito material uniforme* que imuniza da insolvência o património situado no estrangeiro sobre que incidam direitos reais de terceiros, excluindo a aplicação de qualquer norma falimentar (da *lex rei sitae*, da *lex fori concursus* ou de qualquer outra lei).

Independentemente da posição adoptada, a regra tem por efeito a evicção da *lex concursus* na afectação dos direitos reais sobre coisas situadas noutro Estado-Membro, protegendo o credor hipotecário de normas falimentares estrangeiras que, eventualmente, viessem a retirar eficácia às hipotecas no caso de insolvência<sup>489</sup>. Nessa medida, a questão está em saber se, a esses bens, o tribunal da insolvência aplica as regras falimentares da *lex situs* (designadamente as que estabelecem o regime de satisfação dos credores com garantia real), ou se a declaração de insolvência é ineficaz para os titulares desses direitos reais, excluindo-se a aplicação da *lex fori concursus* e não chamando qualquer outra para regular a insolvência desses bens<sup>490</sup>. Qualquer das interpretações protege o credor hipotecário da insegurança conflitual: mesmo aceitando que a norma determina a aplicação do direito falimentar da *lex rei sitae*, o titular da garantia não enfrentará qualquer surpresa, porquanto sempre seria essa a lei aplicável se o processo de insolvência fosse aberto no Estado territorial.

A favor da primeira tese (considerando que a disposição contém uma regra de conflitos que convoca as normas de insolvência da *lex situs*), podem avançar-se três argumentos: *por um lado*, pode sustentar-se que a exclusão da *lex fori concursus* se funda no intuito de ampliação da *lex rei sitae* para além do estatuto real com vista a assegurar a plena eficácia dos direitos *in rem* (designadamente no que concerne à execução coerciva do bem, necessariamente realizada pelas autoridades territoriais, dificultando a aplicação de regras concursais estrangeiras); *em segundo lugar*, pode sufragar-se que o interesse da estabilidade dos direitos reais (atendendo à sua eficácia absoluta) depende da sujeição de todas as vicissitudes à mesma lei — incluindo a insolvência; *por fim*, que solução alternativa (a *imunidade desse*

---

<sup>489</sup> Neste sentido, DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 657. Há também um propósito de simplicidade processual, como explicam MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 92. No seu ensinamento (p. 94), na falta desta disposição a hipoteca estaria sujeita aos limites que a lei reguladora da insolvência viesse a estabelecer, porventura de forma incongruente com a função deste direito; por outro lado, não seria "*fácil de justificar que un derecho real válidamente constituido sobre un bien localizado en el foro sea seguro frente a un procedimiento de insolvencia doméstico pero vulnerable frente a un procedimiento extranjero; bastaría un hecho exógeno a la garantía, el desplazamiento del domicilio del deudor a otro Estado, para devaluar los derechos del acreedor*". No mesmo sentido, WOLFGANG LUEKE, "The New...", p. 387.

<sup>490</sup> Não pode olvidar-se que sempre será a *lex rei sitae* a disciplinar o conteúdo e existência dos direitos reais em causa, por via da aplicação do DIP interno. Nessa medida, o que se discute é o chamamento das normas falimentares da *lex situs*. Neste sentido, ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 280.

património à insolvência) daria ao credor garantido uma protecção excessiva, criando uma injustificada desigualdade entre os credores do insolvente<sup>491</sup>.

No seguimento da doutrina maioritária<sup>492</sup>, cremos todavia que o normativo europeu estabeleceu uma tutela muito forte ao titular do direito real, determinando a inoponibilidade da insolvência declarada noutro Estado-Membro (nem com os efeitos da *lex situs*): os direitos

---

<sup>491</sup> A favor desta posição, YVES CHAPUT, "Vers un...", p. 577; NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 148; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 698, nota n.º 2012; AXEL FLESSNER, "Dingliche Sicherungsrechte nach dem Europäischen Insolvenzübereinkommen", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E HEIN KÖTZ, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 277-287, p. 282. Parece deduzir-se igualmente esta interpretação das palavras de ARLETTE MARTIN-SERF, "La faillite...", p. 93, que escrevia sobre a Convenção comunitária que precedeu o Regulamento. Cfr. ainda HORST EIDENMÜLLER, "Secured...", p. 283, que reconhecendo não ter sido consagrada esta concepção, considera-a preferível por razões de equilíbrio entre os credores, sufragando a sua estatuição numa revisão do acto europeu. ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", pp. 68 e 70, sustenta algo muito próximo, não obstante reconhecer não ter sido esta tese a ficar plasmada no acto comunitário: devem produzir-se os efeitos da *lex concursus* que forem admitidos pela *lex rei sitae*, operando-se assim uma aplicação cumulativa das duas leis, pois o "appropriate balancing of the interests involved can only be achieved by giving due weight to both the *lex concursus* and the *lex rei sitae*". Ademais, lembra que a tese alternativa (a da imunidade do património) parece ser fundada na necessidade de evitar "a difficult issue on the conflict of laws", o que considera não ser argumento suficientemente forte (ULRICH DROBNIG, "German...", p. 158). Sobre esta proposta, que postula a aplicação cumulativa das normas falimentares da *lex rei sitae* e da *lex concursus*, vide BOB WESSELS, "The secured...", p. 138.

<sup>492</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", pp. 1127-1128; LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Insolvências Transfronteiriças, Quid iuris?*, Lisboa, 2003, p. 46; PHILIP SMART, "Rights...", p. 23-27; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 281; SERGIO MARIA CARBONE, "Il regolamento...", p. 110; MANFRED BALZ, "The European...", p. 509; DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 658; PETER HUBER, "Internationales Insolvenzrecht in Europa", *Zeitschrift für Zivilprozess*, vol. 114, n.º 2/2001, 2001, pp. 133-166, p. 154; LUIGI DANIELE, "Il Regolamento...", p. 313, e "Legge...", p. 38, nota n.º 5; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 92; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6302; IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 51, e *Insolvency in Private...*, p. 270; STUART ISAACS, et al., "The Effect of the Regulation on Cross-Border Security and Quasi-Security", *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, GABRIEL MOSS, IAN F. FLETCHER E STUART ISAACS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 91-130, p. 102; P. M. VEDER, "Party...", p. 268; JOSÉ M. GARRIDO, "Some...", p. 87 (sublinhando que, por força desta opção, muitos credores com hipoteca sobre coisa no estrangeiro ficam numa situação melhor do que aquela que enfrentariam se a coisa se situasse no Estado de julgamento da insolvência [basta pensar nos Estados-Membros cuja lei admite que os outros credores aprovelem planos de recuperação com efeitos no crédito hipotecário sem o acordo do seu titular]); ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", p. 68 (criticando a solução, entendendo-a como "concession to the old-fashioned principle of territoriality"); STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", pp. 857-858; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 52; LUIGI FUMAGALLI, "Il Regolamento...", p. 701; HENRIETTE-CHRISTINE DUURSMAN-KEPPLINGER, DIETER DUURSMAN E ERNST CHALUPSKY, *Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar*, Springer, Wien, 2002, p. 210; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 537; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, RAFAEL ARENAS GARCÍA E PEDRO MIGUEL ASENSIO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 2011, p. 590; CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", p. 219; ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, p. 149; NADINE WATTÉ, "L'opposabilité...", p. 18; ANDRÉ PRÜM, "Avancées du droit communautaire dans les procédures collectives du secteur financier", *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 3, n.º 5, 2002, pp. 243-245, p. 244; LAURA CARBALLO PINHEIRO, "Towards...", p. 212; REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté et conflit de lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, pp. 17-54, p. 38; WOLFGANG LUEKE, "The New...", p. 387; MICHELE ANGELO LUPOI, "Comentario...", p. 2117; DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 131; LAURENCE IDOT, "Un nouveau droit communautaire des procédures collectives: Le règlement (CE) n.º 1346/2000 du 29 mai 2000", *La Semaine Juridique — Entreprise et Affaires*, n.º 42, 2000, pp. 1648-1652, p. 1650; SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, "Le créancier...", p. 770; HORST EIDENMÜLLER, "Secured...", p. 282; G. MCCORMACK, "Reforming...", p. 59; GERARDO BROGGINI, "Le garanzie nei contratti internazionale", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LIII — Nuova serie, n.º 3, 2000, pp. 335-360, p. 360; IVÁN HEREDIA CERVANTES, "El artículo 5...", p. 228. Será também o raciocínio subjacente às palavras de MARIA HELENA BRITO, "Falências...", p. 195; ANGELICA BONFANTI, "Le procedure...", p. 423. Aliás, note-se que esta visão é expressamente firmada por MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 23, p. 18, e n.º 94-95, p. 70, que foi anexo à Convenção que precedeu e inspirou o Regulamento.

reais de terceiros são *blindados* ou *imunizados* face às insolvências apreciadas fora de fronteiras, quer do ponto de vista processual, quer no âmbito substantivo. No fundo, a declaração de insolvência e o eventual plano de recuperação não afectam aqueles bens, pelo que, para o credor hipotecário, tudo se passa como se a insolvência não tivesse sido apreciada.

Sustentamo-lo por três razões principais.

*Em primeiro lugar*, deve atentar-se que a norma do art. 5.º (ou 8.º, da versão de 2015), ao excluir a aplicação da *lex fori concursus*, não estabelece qualquer outra conexão, dirigindo-se a resguardar os direitos reais de terceiros. Ademais, os considerandos introdutórios vêm sublinhar esta interpretação, declarando expressamente que os direitos reais de terceiros não são “*afectados pela abertura do processo de insolvência. O titular do direito real deve, pois, poder continuar a fazer valer esse direito à restituição ou liquidação do bem em causa*”<sup>493</sup>.

*Em segundo lugar*, porque a imunização dos direitos reais sobre coisas no estrangeiro está temperada pela viabilidade de instauração de um *processo territorial de insolvência* (se o devedor aí tiver estabelecimento), com efeitos restritos àquele Estado, destinado à liquidação daqueles bens e onde, à luz da lei local, pode o credor hipotecário fazer valer a sua garantia no processo de insolvência de acordo com a lei que previu quando aceitou a caução real<sup>494</sup>.

*Por fim*, o regulamento não procede a uma separação dos bens situados no estrangeiro: apenas determina uma imunização dos *direitos reais de terceiros* face àquele processo de insolvência. Assim, nada obsta a que o síndico proceda ao pagamento das dívidas dos credores garantidos (extinguindo ou adquirindo os direitos reais que estes titulavam) e,

---

<sup>493</sup> Cfr. considerando n.º 25 do Regulamento de 2000 e n.º 68 do Regulamento de 2015. Esta formulação difere das utilizadas nas demais regras excepcionais (cfr. art. 11.º, por exemplo [art. 14.º da versão de 2015]), que substituem a aplicação da *lex concursus* pela *lex rei sitae*, atribuindo ao processo os efeitos que teria caso fosse uma insolvência interna (cfr. JOSÉ M. GARRIDO, "Some...", p. 89; STUART ISAACS, et al., "The EC...", p. 102; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 23, p. 18).

<sup>494</sup> Serão os *processos secundários*, previstos expressamente nos n.º 3 do art. 3.º dos Regulamentos (CE) n.º 1346/2000 e (UE) 2015/848. Cfr. o considerando 25 e o art. 5.º do Regulamento de 2000 (considerando 68 e art. 8.º do Regulamento de 2015) e a explicação de ANNA GARDELLA, *Le garanžje...*, p. 282; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1128; MANFRED BALZ, "The European...", p. 510; IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 55; WOLFGANG LUEKE, "The New...", p. 387; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 23, p. 18. A sua função é a protecção dos credores locais e, por outro lado, a facilitação da liquidação dos bens (Relatório VIRGÓS/SCHMIT, *cit.*, n.º 32, p. 22).

É por esta razão que existe aqui uma “*regla de inmunidad relativa, ya que no impide que se abra un procedimiento territorial en el Estado de situación del bien, siempre que el deudor disponga allí de un establecimiento*” — MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 95; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, cit.*, p. 537; Relatório VIRGÓS/SCHMIT, *cit.*, n.º 97, p. 72; ANGELICA BONFANTI, "Le procedure...", p. 424; NINA SCHERBER, *Europäische...*, pp. 146-147, (que elenca as críticas dirigidas a esta solução — acaba por multiplicar os processos de insolvência por tantos Estados onde houver imóveis do insolvente que tenham garantido especialmente alguma das suas obrigações).

Caso não possa ter lugar o processo territorial (em virtude de inexistência de estabelecimento do devedor nesse Estado), a solução é a execução territorial do bem — independente do processo de insolvência; neste caso, “*o excedente da venda dos bens abrangidos por direitos reais tem de ser entregue ao síndico/administrador de insolvência do processo principal*”. Cfr. considerando n.º 25 (2000) e 68 (2015), *in fine*.



depois, livremente proceda à liquidação desses bens (sobretudo quando estes tenham um valor superior ao da garantia) o que condiz com a tese da *imunização* dos direitos reais<sup>495</sup>.

### 2.2.2. *A ratio do legislador comunitário: a protecção de um credor hipotecário na insolvência internacional.*

A *imunização* dos bens situados no estrangeiro (sobre que incidem direitos reais de terceiros) terá tido duas preocupações.

Em primeiro lugar, avulta um intuito de protecção dos titulares de direitos reais de garantia, designadamente dos credores hipotecários. A União Europeia terá pretendido que a incerteza sobre a lei reguladora da insolvência não prejudicasse a aceitação de garantias (ou outros direitos) reais. Nessa medida, só um processo de insolvência no Estado territorial produzirá efeitos para tais titulares, nos termos da lei local. No fundo, a tutela da confiança nas garantias reais terá sobrelevado o interesse de tratamento unitário da insolvência<sup>496</sup>.

Em paralelo, terá havido uma preocupação de eficácia, porquanto a alternativa conduziria o síndico nomeado pelo Estado onde foi declarada a insolvência a morosos procedimentos no estrangeiro, tendentes à regulação e graduação dos direitos de terceiros. Nessa medida, considerou-se mais eficiente a separação dos bens sobre que incidem direitos

---

<sup>495</sup> Neste sentido, cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 283; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 859.

<sup>496</sup> Neste sentido, DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 658; DÁRIO MOURA VICENTE, "Insolvência...", p. 808; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1127 ("*Quando a coisa se localiza num Estado distinto do Estado de abertura do processo, a aplicação da lei do Estado de abertura do processo aos efeitos destes direitos na insolvência poderia frustrar a confiança depositada na sua eficácia segundo a lei da situação da coisa e criaria, por isso, uma indesejável incerteza jurídica*"); ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 283 (sustenta que a opção visa "*conservare il legame indissolubile tra diritti reali di garanzia e sistema di credito, rispettando l'affidamento riposto sulla disponibilità e sull'efficacia della garanzia da parte del creditore*"); MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 97, p. 72. De facto, confortando o nosso entendimento, repare-se que este regime apenas se aplica aos bens situados no seio da União Europeia (cfr. o que dissemos na nota n.º 488), denunciando a preocupação de tutela do crédito no espaço europeu.

No caso da hipoteca, a protecção é dupla, pois além da exclusão da competência da *lex fori concursus* pela norma do art. 5.º (8.º do Regulamento de 2015) — relativa aos direitos reais — acresce a regra do art. 11.º (14.º do Regulamento de 2015) sobre direitos sujeitos a registo obrigatório sobre imóveis, aeronaves ou navios, sujeitos à lei do Estado sob cuja autoridade é feito o registo, pois é sabido que em vários Estados-Membros o registo da hipoteca é legalmente obrigatório. Na verdade, ainda que se não estabelecesse a *imunidade dos direitos reais de terceiros* face à insolvência, o art. 11.º determinaria uma aplicação cumulativa da lei da insolvência e da lei do Estado que organizou o registo: "*Configura-se assim uma conexão plural condicionante; a lei do Estado-Membro da abertura do processo ordena as modificações que o plano de insolvência deve produzir sobre os direitos do devedor relativos aos bens em causa, a lei do Estado-Membro do registo determina se esses efeitos podem produzir-se, bem como os registos obrigatórios e os respectivos efeitos*". Cfr. LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 1136; LUÍS CARVALHO FERNANDES E JOÃO LABAREDA, *Insolvências...*, p. 61; IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 62.

Reconheça-se, porém, que esta solução acaba por ter o efeito reverso de prejudicar o credor hipotecário pela morosidade: se a coisa se situar em Estado diferente daquele onde foi declarada a insolvência, terá de aguardar pela instauração de processos secundários ou de proceder à execução individual do bem, não satisfazendo o seu crédito imediatamente no processo principal (neste sentido, NINA SCHERBER, *Europäische...*, p. 147). Ainda assim, a principal crítica que é feita a esta norma é a da *sobreprotecção* do credor hipotecário, não faltando quem advogue a sua eliminação (G. MCCORMACK, "Reforming...", p. 59).

reais alheios e cometê-los a um processo local, dispensando eventuais obstáculos atinentes ao reconhecimento de efeitos prescritos por lei estrangeira<sup>497</sup>.

Concretizemos: se nos tribunais do Estado A for declarada a insolvência de devedor proprietário de prédios noutra Estado-Membro, as garantias reais sobre estes bens não são prejudicadas, pelo que os respectivos titulares continuarão a poder executá-las no Estado territorial (como se a insolvência não houvesse ocorrido) ou a fazê-las valer em *processo territorial de insolvência* desencadeado pelo síndico nomeado no processo principal. Assim, não subsiste aqui foco de insegurança para credores hipotecários: qualquer que seja a lei reguladora da insolvência e o Estado da sua apreciação, os seus efeitos não afectam a hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro; apesar de o credor desconhecer, no momento da constituição de hipoteca, onde e por que lei será regulada a eventual insolvência do devedor, certo é que o seu direito estará sempre salvaguardado, porque colocado de fora do respectivo âmbito. No fundo, a insolvência só pode prejudicar o credor nos termos previstos pela *lex situs* e quando o processo de insolvência aí ocorra, esvanecendo-se a insegurança conflitual<sup>498</sup>.

Nessa medida, a ligação do direito hipotecário ao falimentar não constitui, por si só, qualquer obstáculo adicional à constituição de crédito hipotecário transnacional, porquanto a intervenção do legislador comunitário, não obstante as insuficiências demonstradas, imunizou as garantias reais. Na verdade, a crítica que pode ser dirigida é justamente oposta: a tutela do credor hipotecário foi tão longe que se chegou ao ponto de a insolvência não abranger as dívidas garantidas por hipoteca sobre bens noutra Estado-Membro<sup>499</sup>.

### 2.3. A certeza da lei aplicável: incentivo à geração de hipotecas?

O exposto leva-nos a concluir que muitos dos riscos que conjecturámos a propósito da situação jurídica do credor hipotecário perante uma insolvência internacional foram eficazmente solucionados pela intervenção do legislador comunitário. Isto é, a aceitação de

<sup>497</sup> Cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 282; MANFRED BALZ, "The European...", p. 509.

<sup>498</sup> Esta mesma preocupação alastra à aquisição de garantias reais ocorrida *mesmo depois da declaração da insolvência*: em momento onde os poderes de disposição do devedor estarão por natureza limitados e, porventura, ineficazes em face da massa insolvente, os terceiros adquirentes, a título oneroso, de direitos reais sobre imóveis vêem apreciada a sua aquisição pela lei da situação da coisa; nessa medida, se esta não sancionar tais negócios com a ineficácia ou se a fizer depender do registo da declaração de insolvência, o terceiro ver-se-á sempre protegido, não obstante o reconhecimento automático da declaração de insolvência e independentemente da *lex concursus* cominar em sentido diferente (art. 14.º do Regulamento de 2000 e 17.º do Regulamento de 2015). Este regime aplica-se ainda à aquisição de direitos sobre aeronaves, navios, e valores mobiliários sujeitos a registo obrigatório. Quanto ao reconhecimento automático das decisões (admitido em sentido estrito e sem autonomização dos *efeitos constitutivos*), cfr. arts. 16.º, 18.º e 25.º da versão de 2000 e 19.º, 21.º e 32.º da versão de 2015. Note-se que a norma do art. 14.º refere-se apenas a *actos de disposição* do devedor, pelo que poderia pensar-se que apenas a aquisição da propriedade beneficiaria da aplicação da lei da situação da coisa. Porém, ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1139, que a aquisição de direitos reais menores (como a hipoteca) beneficia igualmente desta protecção.

<sup>499</sup> Segundo DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 660, criou-se assim uma situação de contra-senso.

uma hipoteca numa relação jurídica intracomunitária não envolve *incerteza conflitual* (quanto aos efeitos de uma insolvência sobre o direito do credor ou o tribunal competente): só os tribunais do local de situação da coisa, mediante a sua lei falimentar, poderão afectar a posição jurídica do credor hipotecário.

Não obstante, somos colocados perante o mesmo problema existente no quadro do direito hipotecário. Resolvendo-se o *risco conflitual*, o credor que aceita uma hipoteca sobre coisa no estrangeiro terá de se informar e assessorar sobre os *poderes dos outros credores* no momento da falência ou das *cauteladas de reclamação do seu crédito* nesse cenário — regras que poderão ser substancialmente diferentes daquelas que conhece. E a verdade é que a disseminhança de normas é preponderante, afectando directamente a *qualidade* da hipoteca<sup>500</sup>.

As opções dos legisladores europeus em matéria de insolvência agrupam-se, de forma muito evidente, em duas categorias: *em alguns países* entendeu-se haver um interesse político e macroeconómico na salvação de empresas insolventes e na protecção do emprego e dos trabalhadores (mesmo sacrificando a liquidação dos bens e os direitos dos credores hipotecários); *noutros Estados* tem-se como interesse maior é a salvaguarda dos direitos dos credores (visando a atracção investimento e a tutela do crédito), optando-se pela facilitação da realização de liquidez, mesmo prescindindo da situação técnica de insolvência.

Por outras palavras, podem agrupar-se as opções falimentares em duas categorias: sistemas há que privilegiam a *recuperação das empresas* (visando salvaguardar o interesse económico-social da existência de uma empresa, embora porventura reduzindo a protecção dos credores) e outros que favorecem a *liquidação da empresa insolvente* (conferindo maior tutela aos credores, embora aceitando o desaparecimento da empresa como unidade económica). As opções legislativas não são estanques, variando ao longo do contexto social e económico que cada ordem jurídica vai enfrentando<sup>501</sup>: apenas há em comum a raiz marcadamente nacional da regulação falimentar<sup>502</sup>.

---

<sup>500</sup> Aludiremos somente aos aspectos do direito falimentar que influenciam a *qualidade da hipoteca*, não ignorando que as diferenças vão muito além deste aspecto. Desde logo, divergem quanto à questão de saber se é estabelecido o *fresh new start* do devedor — cfr. JEAN PIERRE RÉMERY, "La faillite...", p. 43.

<sup>501</sup> A tendência actual parece ser a de privilegiar a *recuperação* das empresas, contrastando com o movimento que teve lugar no início do século (cfr. ERIC DIRIX, "Remedies...", p. 229) e a de criação de procedimentos de *pré-insolvência*, procurando intervir antes de se verificar a falência do devedor (JUAN IGNACIO MARCUELLO SALTO, "Los principales...", pp. 150 e 153)

Ilustrativa foi a oscilação do legislador português neste domínio. Se inicialmente, no Código de Processo Civil de 1939, a insolvência e falência se dirigiam à *liquidação* do património, este paradigma foi substancialmente alterado pelo Decreto-Lei n.º 177/86, de 2 de Julho, e pelo Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (COPEREF), de 1993, que preferiam a *recuperação das empresas*.

Mais tarde, com o Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), de 2004, retorna-se ao modelo primitivo, postulando a *liquidação* e afastando a recuperação de empresas contra a vontade dos credores, posição que o preâmbulo classificava como "*ideia errónea*" (cfr. n.º 6 do preâmbulo do Decreto-Lei n.º 53/2004, de 18 de Março). Por fim, em 2012 o legislador reaproxima-se do propósito de *recuperação de empresas*, quer

Esta opção tem efeitos em dois domínios.

*Por um lado*, em matéria de liquidação do património do insolvente (mesmo quando não haja lugar a procedimentos de recuperação de empresa) importa perceber se a hipoteca é ou não preterida face a direitos de trabalhadores ou privilégios do Estado, a implicar valor de garantia muito diferente consoante o prédio situe, ou não, em país cuja lei os estabeleça. Os países que se encontram no primeiro grupo tendem a sacrificar direitos dos credores (mesmo titulares de hipotecas) face a certos créditos cuja satisfação se tem como mais importante; os sistemas do segundo grupo tendem a *separar os créditos hipotecários*, permitindo aos respectivos titulares proceder à respectiva execução sem qualquer influência do processo falimentar.

*Por outro*, no quadro da recuperação de empresas, avultam ainda mais diferenças: “*A wave of law reforms in the 1980s brought rather more diversity than any degree of harmonization, even in basic principles*”. Assim, se em certos sistemas a satisfação do crédito hipotecário é intocável pelo processo de insolvência, noutros pode vir a ser aprovado um processo de recuperação que afecte o montante ou data de reembolso da dívida caucionada, mesmo contra a vontade do titular da hipoteca, à luz de um *princípio de igualdade dos credores*<sup>503</sup>. Acresce que a

---

facilitando os *planos de recuperação* quando já se verifica a situação de insolvência, quer por via do estabelecimento Processo Especial de Revitalização (PER — Lei n.º 60/2012, de 30 de Abril), quer pela previsão do Sistema de Recuperação de Empresas por Via Extrajudicial (SIREVE — Decreto-Lei n.º 178/2012, de 3 de Agosto), ambos dedicados a empresas em situação de *pré-insolvência* ou de *situação económica difícil* (reformados depois pelo Decreto-Lei 26/2015, de 6 de Fevereiro. Sobre a evolução, cfr. CATARINA SERRA, *O Regime...*, pp. 20ss; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas e Sinais distintivos, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 325ss; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Dos actos de comércio às empresas, o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 216ss; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, pp. 12ss.

<sup>502</sup> De facto, só no objectivo da insolvência há alguma proximidade nas opções dos Estados-Membros: “*enforcing the market exit of inefficient firms as well as reorganizing ailing firms that can be saved*” (MANFRED BALZ, “The European...”, p. 485; PAUL DIDIER, “La problématique...”, p. 203), pois em todos os outros domínios “*le droit de la faillite présente un caractère national, voire nationaliste, marqué*” (PHILIPPE WOODLAND, “Observations sur les orientations des droits européens de la faillite”, *La Semaine Juridique — Edition générale*, Série G-I, n.º 3137, 1984, n.º 1). A categorização dos sistemas e enunciação dos inerentes objectivos de política legislativa é feita por MANFRED BALZ, *cit.*, p. 499.

<sup>503</sup> Cfr. ERIC DIRIX, “Remedies...”, p. 225; BIANCA CASSANDRA SULPASSO, “Comparazione Giuridica ed Uniformazione delle Legislazione: le garanzie mobiliari”, *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLI, n.º 4, 1995, pp. 567-594, p. 571 (“*in molti sistemi, infatti, in caso di apertura di una procedura concorsuale a carico del debitore, i diritti del creditore garantito sono postposti*”). Esta divisão tem óbvios efeitos na *qualidade* da hipoteca e, assim, na confiança que um prestamista coloca em garantia predial sobre imóvel situado em Estado diferente daquele em que opera. Neste sentido, OTMAR STÖCKER, “La Eurohipoteca: un medio...”, p. 22 (“*Si en un ordenamiento jurídico, como por ejemplo en Francia, la calidad de la garantía de la hipoteca es restringida fuertemente por privilegios del Estado y de los trabajadores, esta hipoteca no tiene el mismo nivel de calidad y garantía como una hipoteca de otro país donde estos privilegios no existen*”).

No primeiro grupo surge, como sistema-tipo, o direito francês: em face da lei falimentar galesa, a própria existência da hipoteca pode ser colocada em causa sempre que é aberto um processo de insolvência. Neste sistema, havendo uma situação de crise gerada pela falência do devedor, o sistema jurídico faz diminuir a importância dos interesses individuais dos credores (e portanto das suas garantias), colocando a massa insolvente à disposição de *todos os credores* (cfr. PHILIPPE WOODLAND, “Observations...”, n.º 17ss).

*Em primeiro lugar*, o credor deve declarar no processo a sua garantia, sob pena de a perder (arts. L622-24 do *Code de Commerce*, embora seja advertido para o fazer); *em segundo lugar*, pode-lhe ser imposto um processo de recuperação que estabeleça um novo prazo de pagamento, mesmo contra a sua vontade (art. L626-18 do *Code de*

disseminação de processos extrajudiciais de *pré-insolvência* não conhece resposta conflitual unificada, porquanto o Regulamento (CE) 1346/2000 os não abrange<sup>504</sup>.

Como é evidente, os sistemas que privilegiam a posição dos trabalhadores e a manutenção da actividade da empresa do insolvente (sacrificando, se necessário, os credores com garantia imobiliária) tornam as garantias reais *menos seguras* do que as dos países que protegem em primeira linha os credores hipotecários. Nessa medida, nas relações internas destes países verifica-se uma *fuga* das garantias reais e uma busca das cauções de natureza pessoal prestadas por *outros sujeitos*; em simultâneo, nos domínios onde ao devedor é possível manipular a lei reguladora da insolvência (ainda que deixando as hipotecas fora dessa

---

*Commercé*); em terceiro lugar, pode-lhe ser imposta uma substituição da garantia (art. L626-22 *Code de Commerce*); por fim, mesmo que se liquide o património do insolvente, há uma lista de credores privilegiados que prevalecem sobre a hipoteca (designadamente os créditos salariais — cfr. art. L625-7 e L625-8 *Code de Commerce*; arts. L3253-2 a L3253-5 do *Code du Travail*). A isto acresce a proibição, a par dos credores comuns, de intentar quaisquer acções executivas no decurso do processo de insolvência, o que protela a satisfação do seu crédito e reduz e efectividade da garantia. Sobre os efeitos da insolvência face à hipoteca na lei francesa, cfr. PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 93; MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 424; FRANÇOIS T'KINT E WERNER DERIJKE, "Sûretés et procédures collectives: étude de droit comparé", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelas, 2002, pp. 521-544, p. 538; MARTIN GDANSKI, "Taking...", pp. 83-86; MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 407; os comentários às normas de ALAIN LIENHARD E PASCAL PISONI, *Code des procédures collectives commenté*, 10.<sup>a</sup> Edição, Dalloz, Paris, 2012, pp. 162ss. Soluções similares encontram-se no direito italiano — cfr. MANFRED BALZ, "The European...", p. 499.

Repare-se que o direito luso, parecendo à partida permitir a aprovação de um plano de insolvência que diminua os direitos do credor hipotecário sem o seu assentimento (porquanto não exige o seu voto positivo — arts. 211.º e 212.º CIRE), impede tal efeito: o credor hipotecário pode solicitar a *não homologação* do plano de insolvência invocando que ficaria em situação menos favorável em virtude do plano (art. 216.º CIRE): "Imagine-se, por exemplo, um credor titular de hipoteca sobre prédio do insolvente com valor bastante para satisfazer o crédito, mas que vê estatuído no plano uma redução do valor de todos os créditos" (cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Vol. I, p. 332, nota n.º 829. O mesmo exemplo é usado por ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Um Curso...*, p. 447).

No pólo oposto encontra-se o sistema alemão, onde o crédito hipotecário é, em princípio, intocável pelo processo de insolvência: o titular da hipoteca mantém o direito à execução do prédio e a receber à sua custa o seu crédito (cfr. §49 *Insolvenzordnung*), solução que vigora igualmente no direito espanhol (cfr. art. 90.º da *Ley Concursal*; CARLOS VÁSQUEZ IRUZUBIETA, "Comentário al Artículo 90...", p. 2 — "Nadie puede interferir en la realización de estos créditos que están garantizados con derechos reales que privan por sobre todo otro crédito sin este privilegio"). A filosofia por detrás destas opções é a de que "it is not a legitimate function of bankruptcy to maintain inefficient firms in operation where this is not in the interest of creditors" (MANFRED BALZ, "The European...", p. 491, nota n.º 23), tendência igualmente constante do direito da *common law* (cfr. PHILIP SMART, "Rights...", p. 18).

Pode ainda indicar-se uma terceira opção, existente no direito holandês (Lei de 30 de Setembro de 1893 sobre falência, ainda em vigor depois de muitas alterações): protege-se a unidade económica (ainda que sacrificando alguns credores), mas isentando os credores hipotecários e pignoratícios (na convicção que proteger os seus direitos significa tutelar o crédito). Trata-se de uma opção legislativa mitigada que confere a estes especiais credores a qualidade de *separatistas*, podendo reclamar os seus créditos à margem do processo de insolvência e como se esta não existisse (cfr. FRANÇOIS T'KINT E WERNER DERIJKE, "Sûretés...", p. 527).

<sup>504</sup> LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards...", p. 207; JUAN IGNACIO MARCUELLO SALTO, "Los principales...", p. 179. A previsão de regras de conflitos e de competência internacional para estes procedimentos é, aliás, uma das modificações que a COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2012) 744...*, ponto 1.2. reputava necessárias no normativo europeu. Uma única excepção parece estar no processo francês de *sauvegarde* (só utilizável quando o devedor não está ainda em situação de incumprimento das obrigações) que, sem que seja clara a razão, está incluído no Anexo A do Regulamento actualmente vigente. *Vide* a análise comparativa dos processos pré-insolvenciais vigentes no Reino Unido, na Alemanha, em França, em Itália e em Espanha de MARCUELLO SALTO, *cit.*, pp. 155-173.

regulação), os sujeitos em risco de falência vêm transferindo as respectivas sedes para os sistemas que tutelam menos os credores<sup>505</sup>.

Estas dissemelhanças não são opções técnicas axiologicamente neutras: pelo contrário, reflectem uma certa concepção de intervenção na economia, fortemente ligada a convicções nacionais que derivam dos diferentes contextos sociológicos históricos que marcaram o seu surgimento. Em qualquer caso, está em causa uma opção política com interesses principalmente jurídico-públicos, os quais podem variar consoante o decurso dos tempos<sup>506</sup>. Ora, a natureza híbrida das normas falimentares (simultaneamente processuais e substantivas; jurídico-privadas e jurídico-públicas) torna-as particularmente aptas a satisfazer interesses de política legislativa do Estado do foro<sup>507</sup>.

Aliás, a natureza valorativamente marcada deste ramo do direito (cujas opções derivam de uma certa concepção económica e da aplicação de uma determinada política), implica uma segunda consequência: a disparidade de normas não é apenas um fenómeno actual como não é previsível sucesso na harmonização relevante (nem mesmo a nível

---

<sup>505</sup> Cfr. HORST EIDENMÜLLER, "Recht...", p. 647, sobre a transferência para França das empresas alemãs em risco de insolvência. Como vimos, tal não afecta os titulares de hipotecas, cujos direitos são imunizados sempre que o prédio se situe em Estado diferente do da apreciação da insolvência. Sobre a fuga às garantias reais, cfr. HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 15, que justificam a perda de interesse nas garantias reais no direito francês pelas opções tomadas em matéria de insolvência.

<sup>506</sup> Neste sentido, MANFRED BALZ, "The European...", p. 498 ("*bankruptcy has particularly strong ties with the culture of individual legal systems. Few practitioners can claim to have a sufficient understanding of more than one bankruptcy system*" [p. 486]); PAUL DIDIER, "La problématique...", p. 203 ("*les diverses législations nationales, loin de rapprocher leurs points de vue avec le développement des échanges internationaux, ont plutôt approfondi leurs différences*"); JOSÉ M. GARRIDO, "Some...", p. 81, nota n.º 9 ("*bankruptcy law is difficult to harmonise because it incorporates fundamental social and general policies*"); THOMAS M. GAA, "Harmonization...", p. 885 ("*whether the municipal law emphasizes creditors' rights or encourages rehabilitation of businesses and accords a debtor fresh start, or seeks a balance between these policies — depends upon the social values and economic policies of that society*"); MICHAEL BOGDAN, "The E. C. law...", p. 452 (que lembra que uma unificação do direito da insolvência "*would be a hopeless task doomed to failure having regard to the widely different views and laws on security interests and preferential rights*"); SERGIO MARIA CARBONE, "Il regolamento...", p. 93 (que alude à "*importanza degli interessi pubblicistici che entrano in gioco con l'apertura di una procedura di insolvenza*"); ARLETTE MARTIN-SERF, "La faillite...", p. 87 ("*chaque législation a ses priorités: certains pays ignorent le superprivilège des salaires, d'autres font passer les créanciers privilégiés avant tout les autres créanciers, qu'ils doien antérieurs ou postérieurs à l'ouverture de la procédure*"); LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards...", p. 208 (que alude porém a uma tendência actual de favorecimento do modelo de reestruturação das empresas em detrimento da sua liquidação); FRANCESCO SALERNO, "Legge...", p. 31; ROBERT K. RASMUSSEN, "A new...", p. 2. Igualmente notando a profunda disparidade de regimes, MARIA HELENA BRITO, "Falências...", pp. 184ss; PEDRO PIDWELL, "A Insolvência...", pp. 768-769. Aliás, o próprio regulamento o reconhece no considerando n.º 11.

Quanto às causas da dissemelhança, vide PAUL DIDIER, *cit.*, p. 202: "*Ainsi, par exemple, le droit anglais de la faillite a défini ses principes et sa philosophie dans le courant du XVIII<sup>e</sup> siècle, à l'aube du libéralisme économique. [...] Le droit français, au contraire, est né pendant les guerres napoléoniennes. Comme le raconte un contemporain, les faillites se multipliaient d'une manière aussi scandaleuse qu'effrayante... Napoléon, indigné voulut une loi contre les faillites*". Como se percebe, no primeiro caso esta origem levou a que se visse a insolvência como um normal acidente de percurso que concedia ao devedor a possibilidade de um "*new start*", havendo que pagar aos credores e seguir; no segundo caso, a insolvência passou a ser vista como flagelo social que importa a todo o custo evitar.

<sup>507</sup> MANFRED BALZ, "The European...", p. 486; PAUL DIDIER, "La problématique...", p. 203 ("*une faillite n'est jamais une question purement privée*").

regional) deste ramo do direito. No fundo, trata-se de um corpo normativo tão ou mais difícil de harmonizar do que o dos direitos reais<sup>508</sup>.

Certo é que, persistindo a diversidade, há necessariamente um obstáculo à aceitação internacional de garantias reais, porquanto o credor hipotecário não conhece a valoração da sua caução no direito falimentar da *lex rei sitae*, sendo certo que a insolvência do devedor é justamente a situação de que se quer precaver<sup>509</sup>.

## V. OBSTÁCULOS NA CONTRATAÇÃO INTERNACIONAL DA HIPOTECA.

As transacções internacionais sobre imóveis no espaço europeu, sobretudo no que concerne à transmissão da propriedade, estão em crescimento. Porém, o incremento do número de negócios transnacionais relativos à constituição de direitos reais sobre imóveis não tem correspondência com a circulação internacional dos títulos. Isto é, os operadores económicos optam (ou são compelidos) por concluir o negócio no Estado da situação da coisa e não em qualquer outro, porventura mais conveniente às partes<sup>510</sup>.

Haverá uma multiplicidade de causas que conduzem a este *status quo* e que, necessariamente, prejudicam a criação do mercado europeu de garantias imobiliárias. A decisão de constituir uma hipoteca em Estado-Membro diferente daquele onde o imóvel se situa implicará dificuldades em natureza e número tal que impelem a que a celebração do negócio ocorra no Estado territorial. Esta situação não pode deixar de se considerar um obstáculo: as partes carecerão de se deslocar (ou de se fazer representar) num Estado porventura distante, poderão enfrentar regras formais desconhecidas, um contrato elaborado em língua que não dominam e por um titular que não conhecem, mormente nos Estados que adoptam sistemas de notariado latino.

Neste capítulo, procuraremos identificar as razões que conduzem a esta vicissitude.

---

<sup>508</sup> Neste sentido, THOMAS M. GAA, "Harmonization...", p. 893. Reconhecendo as dificuldades, porém, PAUL DIDIER, "La problématique...", p. 204, antevê uma aproximação dos direitos nacionais: *por um lado*, lembra que há grandes diferenças entre o disposto pela lei e a aplicação prática das normas falimentares, exemplificando que na lei gaulesa, apesar do intuito de *recuperação de empresa*, 90% dos processos terminam em liquidação; *por outro*, que as insolvências internacionais gerarão uma pressão para harmonização espontânea deste ramo de direito (que, aliás, é notada por LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards...", p. 208).

<sup>509</sup> Tal é reconhecido pela COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu — Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas — COM(2012) 742*, Bruxelas, 2012, p. 4.

<sup>510</sup> Isto é expressamente notado pelo PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 142.

## 1. A OBRIGATORIEDADE DE PRESENÇA FÍSICA DAS PARTES — A INADMISSIBILIDADE DE CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA À DISTÂNCIA DE GARANTIAS IMOBILIÁRIAS.

### 1.1. Identificação do problema

O titular de um direito real de garantia, ao invés do que sucede nos direitos de gozo, não tem interesse no local físico do imóvel, pois não pretende prevalecer-se das utilidades da coisa mas tão-só assegurar a satisfação do seu crédito. Assim, conquanto esteja seguro do valor do prédio, é-lhe absolutamente indiferente que o imóvel se situe a milhares de quilómetros e que nunca o venha a conhecer. O facto de o credor hipotecário não satisfazer o seu interesse no local da situação do imóvel será, naturalmente, um factor propício à constituição de cauções imobiliárias em relações creditícias internacionais.

Esta característica das garantias reais conduz a que os potenciais credores e devedores possam não apenas ser *ausentes* (no sentido em que credor e devedor residirão ou terão a sede em Estados-Membros diferentes) como *desconhecidos*, já que a segurança do credor radica no valor da coisa. Ao devedor é indiferente a proximidade física do credor ou as informações de que disponha sobre ele, já que o seu interesse se realiza com a entrega da quantia mutuada; da mesma forma, ao aceitar uma garantia real sobre imóvel de cujo valor esteja absolutamente certo, o interesse do credor na solvabilidade do mutuário perde relevância, já que a satisfação do seu direito é assegurada à custa da coisa.

Como é sabido, a viabilidade de celebração de negócios jurídicos entre *ausentes e desconhecidos* é tida como fulcral na construção do mercado único, pois potencia a celebração de contratos internacionais. Assim, o legislador comunitário tem vindo a incentivá-la através da eliminação de obstáculos ao comércio electrónico e da criação das condições essenciais à confiança dos operadores económicos em tal modo de contratar<sup>511</sup>.

---

<sup>511</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, p. 109; IAN WALDEN, "Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy", *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, GLÓRIA TEIXEIRA, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9-34, p. 10; CHRISTINA RAMBERG, "E-Commerce", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 229-244, p. 229; MARIANA CARVALHO HOMEM, "A formação dos contratos no comércio electrónico", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2013, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, p. 5; ESTHER MUÑIZ ESPADA, "Algunas consideraciones sobre la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 2677-2694, p. 2678 ("el comercio electrónico ofrece una oportunidad para estimular el crecimiento económico, mejorar la competitividad, fomentar las inversiones y en definitiva favorecer la construcción europea"). De facto, atente-se na Comunicação da Comissão Europeia ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões COM(97)157, de 15.04.1997 ("Uma iniciativa europeia para o comércio electrónico") onde o Comércio Electrónico é tido como chave de desenvolvimento e de expansão das empresas europeias e na redução do desemprego: "A sua rápida implementação constitui um desafio urgente para o comércio, a indústria e os governos na Europa. O comércio electrónico torna possível o comércio com baixos custos através de regiões e de fronteiras nacionais". Lembre-se a Directiva 97/66/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das



Na verdade, a eventual imperatividade da presença física dos outorgantes pode gerar insegurança às partes, porquanto subsiste disparidade de solenidades de contratação, de poderes dos titulares e respectivas obrigações notariais, impondo-se em vários sistemas a celebração do negócio na língua oficial do Estado onde o título é exarado (porventura desconhecida de uma das partes)<sup>512</sup>.

No que ao nosso problema diz respeito, é fácil perceber o contributo que se retiraria da viabilidade de constituição, por meios electrónicos, de direitos reais de garantia. A ser possível, dar-se-ia um importante passo na criação de um mercado comum de garantias imobiliárias, porquanto se tornaria desnecessário o recurso à representação (eliminando os gastos a ela inerentes), extinguindo uma dificuldade na concessão de crédito hipotecário internacional. De facto, ainda que a lei aplicável à forma do negócio prescrevesse a

---

telecomunicações, publicada no *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE) em 30.01.1998, a Directiva 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância, publicada no JOUE de 04.06.1997; a Directiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, relativa a certos aspectos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio electrónico, no mercado interno (*«directiva sobre comércio electrónico»*), publicada no JOUE de 17.07.2000; Directiva 2000/46/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Setembro de 2000 relativa ao acesso à actividade das instituições de moeda electrónica e ao seu exercício, bem como à sua supervisão prudencial, publicada no JOUE de 27.10.2000.

Frisando a importância da intervenção legislativa da UE, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 17. O seu efeito é a dissipação das dúvidas quanto à admissibilidade e valor dos documentos electrónicos, o que constitui factor essencial para que os operadores económicos depositem neles confiança; na sua ausência, discussões ocorrem sobre o seu valor probatório ou formal (veja-se, na ordem jurídica brasileira, LUCIANO LOPES PASSARELLI, *Teoria Geral da Certidão Registral Imobiliária*, Quinta Editorial, São Paulo, 2010, pp. 61-77), colocando em cheque a sua utilização. Da mesma forma, mas no plano internacional extracomunitário, a UNCITRAL tem vindo a desenvolver esforços no sentido do reforço do comércio electrónico. Atente-se nas Leis-Modelo sobre comércio electrónico de 1996 e sobre Assinaturas Electrónicas de 2001, e na Convenção das Nações Unidas sobre o Uso de Comunicações Electrónicas em Contratos Internacionais de 2007, que ainda não entrou em vigor por não ter obtido o número mínimo de ratificações. Sobre estas iniciativas, *vide* FABRÍCIO POLIDO E LUCAS DA SILVA, "Evolução das Iniciativas de Regulação Transnacional dos Contratos Internacionais Eletrónicos", *Direito Internacional do nosso Tempo*, Vol. III, CAMILLA CAPUCIO, et al., Arraes Editores, Belo Horizonte, 2013, pp. 175-190, pp. 177ss; MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "La falta de confianza en el comercio electrónico", *Documentos de Trabajo del Centro de Investigación y Docencia Económicas*, n.º 60, 2012, disponível na internet via [www.cide.edu](http://www.cide.edu), consultado em 21 de Fevereiro de 2014, pp. 11ss; NURIA GONZÁLEZ MARTÍN E MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.º 12, 2014, pp. 3-21, p. 7.

Sobre o valor dos documentos electrónicos na lei portuguesa, *vide* o nosso estudo "Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais — Reflexões sobre a viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa", *RevCEDOUA — Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano XV, n.º 29, 2012, pp. 47-83, pp. 47ss.

Utilizamos a expressão "*contratos internacionais*" para nos referirmos àqueles que têm contactos significativos com mais do que um Estado — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 363-416, p. 363. Os negócios entre *ausentes e desconhecidos* são apelidados de "*relações virtuais*" por MÁRIO CASTRO MARQUES, "O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas", *O Comércio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, GLÓRIA TEIXEIRA, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39-55, p. 43.

<sup>512</sup> Neste sentido, PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, "Pour une régulation des professionnels au service d'un marché efficient des transferts de propriété immobilière dans l'Union européenne", *La Semaine Juridique — Edition générale*, vol. 82, n.º 28-29, 2008, pp. 24-28, p. 163. Repare-se que as regras notariais alemãs, belgas e holandesas admitem que o documento autêntico seja redigido noutra língua que não a oficial, ao contrário do que sucede entre nós ou em França. Sobre este assunto, *cfr.* MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 468.

formalidade de documento autêntico, o notário poderia recolher as manifestações de vontade dos outorgantes através de meios telemáticos, apondo ao documento electrónico autêntico as assinaturas electrónicas avançadas (do notário e dos contratantes), assegurando a identidade dos intervenientes e a integridade das suas declarações de vontade<sup>513</sup>.

Por outras palavras: se a preocupação do legislador europeu na integração económica (materializada no *princípio da admissibilidade da contratação electrónica*) se estendesse à geração de garantias reais, admitir-se-ia que credor e devedor estivessem em locais distantes, mantendo o controlo notarial na vontade das partes através de meios telemáticos e sem necessidade de nomeação de representante<sup>514</sup>.

Simplemente, quando em causa está a constituição de direitos reais de garantia, o empenho das autoridades legiferantes europeias é menos pronunciado: *por um lado*, a obrigatoriedade do *princípio da admissibilidade da contratação electrónica* não alastra aos negócios reais sobre imóveis, cabendo por isso aos legisladores nacionais optar (ou não) pela viabilidade de utilização de mecanismos telemáticos na sua celebração; *por outro*, o legislador comunitário estabeleceu que, nos negócios jurídicos (reais ou não) em que o direito nacional exija a intervenção de uma entidade com funções notariais, cessa a obrigatoriedade da aceitação da contratação electrónica, sendo certo que o campo dos imóveis é aquele onde é

---

<sup>513</sup> Segundo MIGUEL PUPO CORREIA, "Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital", *Revista de Derecho Informático*, n.º 12, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, consultado em 9 de Junho de 2009, nota n.º 2, o neologismo *telemática* pretende "*significar a associação de tecnologias de telecomunicações e informática*". Sobre o valor das *assinaturas electrónicas avançadas* (terminologia do legislador comunitário [n.º 2 do art. 2.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas], que encontra correspondência na lei portuguesa como "*assinaturas electrónicas qualificadas*" [art. 2.º do Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto, alterado e republicado pelo Decreto-Lei n.º 88/2009, de 9 de Abril]), *vide* o nosso trabalho "Assinaturas...", pp. 47ss; UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New Approach to Improving the Interoperability of Electronic Signatures in Cross-Border Legal Transactions", *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2008, pp. 703-720, pp. 704ss. De facto, a valia dos documentos electrónicos com assinatura electrónica qualificada (*assinatura digital* ou outra tecnologia) tem regulação europeia; simplesmente, "*ancora poco significativa è la circolazione internazionale di documenti elettronici provisti di firma digitale*" (UGO BECHINI, "Firma Digitale, Documento Elettronico e *Lex Attestationis*: un nuovo (circoscritto) caso di *dépeçage*?", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 25, n.º 3, 2011, 767-787, p. 767), o que se deve em boa parte ao facto de subsistirem dificuldades de interoperabilidade de leitura de certificados digitais emitidos por autoridades certificadoras estrangeiras.

Sobre os problemas de certificação da identidade dos outorgantes e da integridade das suas declarações de vontade, *vide* PAULA COSTA E SILVA, "A contratação automatizada", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 289-306, p. 291.

<sup>514</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "Contratação Electrónica", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 43-68, p. 47. Utilizamos a enunciação "*contratação electrónica*" com o sentido da celebração de negócios jurídicos bilaterais através de meios telemáticos (sobre a noção, cfr. IAN WALDEN, "Regulating...", p. 9; MARTIEN SCHAUB, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amsterdão, 2004, p. 4; MIGUEL PUPO CORREIA, "Sociedade...", pp. 1ss; MÁRIO CASTRO MARQUES, "O comércio...", p. 39; ALEXANDRE DIAS PEREIRA, *Comércio electrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 14; MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "La falta...", p. 2).

A isto acresce que os notários, responsáveis em vários ordenamentos pela titulação de garantias imobiliárias, se dotaram das tecnologias necessárias à utilização de documentos electrónicos e assinaturas electrónicas qualificadas, como nos dão nota UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 705.

mais frequente a imposição de actuação notarial. Isto é, o legislador comunitário não determinou aos Estados-Membros a obrigação de aceitar a contratação electrónica na constituição de hipoteca, sendo estes livres de fixar os requisitos formais que entenderem, designadamente exigindo a presença física e simultânea das partes<sup>515</sup>.

Estando tal opção na disponibilidade das autoridades nacionais, há que indagar até que ponto é possível a contratação, entre ausentes e desconhecidos, de um direito real de garantia sobre um imóvel, mesmo antes de identificar a lei aplicável à forma das declarações negociais e de resolver a questão da qualificação das respectivas regras.

## 1.2. As opções legislativas dos Estados-Membros quanto a este problema

### 1.2.1. O sistema notarial

É possível categorizar os sistemas jurídicos europeus, no que tange às formalidades de constituição ou transmissão de direitos reais imobiliários, em dois grupos: os ordenamentos que adoptam o figurino do notariado latino e as ordens jurídicas, de matriz anglo-saxónica ou escandinava, que atribuem à função notarial outro papel<sup>516</sup>.

---

<sup>515</sup> Cfr. n.º 2 do art. 9.º da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000 (*directiva do comércio electrónico*) e ESTHER MUÑIZ ESPADA, "Algunas...", p. 2684. Segundo FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ, "O controlo da legalidade — seu significado", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 73-80, p. 77, GARCÍA MÁ, a opção europeia deveu-se à desarmonia dos sistemas notariais dos Estados-Membros. Na verdade, lembra UGO BECHINI, "Firma...", p. 767, que a comunicação electrónica tem tido muito mais sucesso nas relações entre cidadãos e a Administração Pública do que no quadro dos grandes negócios privados, onde se incluem os contratos sobre imóveis.

<sup>516</sup> É sabido que a categorização é simplista; na verdade, pode dizer-se que não há dois figurinos notariais iguais e que a função notarial varia de Estado para Estado; no entanto, apesar de simplista, a categorização é genericamente aceite pela doutrina, já que, como nota FRANCESCO CARNELUTTI, "La figura giuridica del notaro", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930, p. 922, as diferenças entre muitos sistemas são pequenas variações. Neste sentido, MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202, pp. 113-114; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123-149, p. 124; JOSÉ ARISTONICO GARCÍA, "Las funciones notariales en España y en Europa. La doble calificación de las escrituras", *El Mundo — Nueva Economía*, n.º 109, 2002, pp. 1-3, p. 1; JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos Registos e do Notariado*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 599; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial e Registral — O novo regime jurídico do notariado privado*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 24ss.

Deixamos de lado o sistema notarial *administrativo*, vigente nos Estados que adoptam uma economia socialista. De facto, em todos os Estados-Membros vigora uma economia de mercado, não sendo aquele sistema adoptado em qualquer Estado comunitário, desonerando-nos de o caracterizar. Sobre a questão de saber se a integração europeia impõe ou apenas favorece um modelo económico, *vide* WOLF SAUTER, "The Economic Constitution of the European Union", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 1998, pp. 27-68, pp. 57ss; ANTONINO ABATE, "Droit communautaire, privatisations, dérèglementations", *Revue du Marché Unique Européen*, vol. 3/1994, 1994, pp. 11-73, pp. 13ss; EDUARDO PAZ FERREIRA, "A Constituição Económica e a União Económica e Monetária: da Construção do Socialismo ao Credo Monetarista", *Em Torno da Revisão do Tratado da*

Nos sistemas de *notariado latino (ou romano-germânico)* impera a figura do *documento autêntico*, visando-se garantir a segurança jurídica predial numa perspectiva preventiva. Nestes ordenamentos, o tabelião é um oficial público a cujos documentos a lei confere uma eficácia especial (até executiva), já que assegura, “*mediante a assessoria ou conselho, [...] que a vontade das partes, vertida no documento, satisfaça as condições necessárias para a produção dos efeitos previstos na lei e pretendidos pelos particulares*”. Isto é, a função do notário gera *segurança documental*, derivada da eficácia especial que a lei confere ao documento autêntico e da manutenção do original em arquivos públicos, e *segurança substancial*, resultante do controlo de legalidade que opera (“*incapacidades, erros de direito ou de facto, coações encobertas, fraudes à lei, e, eventualmente, reservas mentais e simulações, absolutas ou relativas*”), em virtude da qual dá fé ao documento por si produzido. É neste contexto que se fala na coexistência na pessoa do notário de um *officium publicum* (que certifica e autoriza) e de um *officium civile* (profissão jurídica de perícia legal), duplo papel que justifica o *numerus clausus* de notários e nomeação estadual destes oficiais. Ora, qualquer das funções redundava na preocupação de *justiça preventiva*, porquanto a intervenção do oficial público é dirigida a evitar o recurso às autoridades judiciárias<sup>517</sup>.

---

*União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 179-204, p. 188; MATHIAS AUDIT, "Régulation du marché intérieur et libre circulation de lois", *Journal du Droit International*, Ano 133, n.º 4, 2006, pp. 1333-1363, p. 1334.

No modelo de tabelionato administrativo, o notário é um empregado público dotado de poderes mais extensos do que os que resultam do modelo latino: a sua função é a *garantia absoluta* da legalidade e a *colaboração com os órgãos da Administração*, podendo por isso influir no conteúdo dos actos jurídicos privados. No fundo, para lá de uma função autenticadora e conformadora, o notário administrativo *não é uma figura imparcial*, representando os interesses do Estado naquele acto, o que se articulava com algumas normas de direito substantivo (veja-se que o que dissemos *supra* na nota n.º 272 sobre a *Hypothek* da República Democrática Alemã (RDA), onde a cessão de hipoteca carecia de autorização estadual e podia ser constituída uma *Aufbauhypothek* contra a vontade do proprietário). *Vide* o exemplo de HELMUT FESSLER sobre o sistema notarial vigente na RDA: “*quando um cliente ia a um notário, a um notário de Leste, e dizia que queria transferir todo o seu património, o notário sabia que se tratava de uma pessoa que queria fugir para o Ocidente. Face a essa situação, o notário era obrigado a denunciar esse cliente às autoridades policiais*” (HELMUT FESSLER, "O notariado latino nos países de Leste após a queda do Muro de Berlim", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 63-67, p. 64). Sobre este modelo, A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática Notarial*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 12; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 26.

Repare-se que, no período em que em Portugal onde o notário público foi funcionário público, nunca se estabeleceu o modelo administrativo: o notário era oficial público que assessorava os interessados na elaboração de documentos, sem actuar no interesse do Estado — *vide* GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 32-33.

<sup>517</sup> Parecer do Conselho Técnico da DGRN n.º 76/92, relatado por MOUTEIRA GUERREIRO, p. 9. *Vide* ainda, no mesmo sentido, MOUTEIRA GUERREIRO ("A Actividade Notarial e Registral na Perspectiva do Direito Português", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291-323, p. 322, que funda a função notarial “*na prevenção da conflitualidade e na resolução extrajudicial de múltiplos problemas que quotidianamente se apresentam na vida dos cidadãos, os quais não assumem a natureza conflituosa de litígios, que só através de recurso aos tribunais possam ser dirimidos, mas que, pelo contrário, podem obter uma resolução extrajudicial com intervenção capaz — e legalmente sancionada — de jurista idóneo e investido de pública fé*”; *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 101, que explica assumir o notário uma obrigação de resultado que consiste em emitir um acto válido na forma e na substância; "Formalizar, Desburocratizar, Simplificar nos Registos e no Notariado: Quid iuris?", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 465-491, p. 474); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008, p. 228; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 24 (sobre a segurança documental inerente ao facto de o documento público fazer prova plena e apenas poder ser contraditado por acção judicial) e p. 28 (sobre a *segurança substancial* própria do controlo de legalidade efectuado pelo notário); RUI MARCOS, "Ars

No mundo anglo-saxónico<sup>518</sup>, pelo contrário, o notário limita-se “a identificar os subscritores do documento, a reconhecer a sua assinatura, a colocar o respectivo selo e assinatura no documento

---

Notariae”, *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804, p. 800; JONATHAN FITCHEN, “Authentic Instruments and European Private International Law in Civil and Commercial Matters: is now the time to break new ground?”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 33-100, pp. 33 e 37 (que define o documento autêntico como o “public document by which an agent of the state in question formally and authoritatively records declarations made by the parties so as to constitute those declarations as legal obligations”); MÓNICA JARDIM, “A segurança jurídica preventiva...”, p. 114, e “A privatização do notariado em Portugal”, *Revista de Direito Imobiliário*, n.º 58, 2005, pp. 278-300, p. 284; FRANCESCO CARNELUTTI, “La figura...”, pp. 922 e 925ss (que explica que o notário é um “documentatore” e também um “interprete”); MARIE GORÉ, “L’Acte Authentique en Droit International Privé”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48, pp. 23 e 25 (que identifica o instituto do documento autêntico como traço distintivo do direito romano-germânico e identifica a actuação do oficial público como mais-valia que garante a validade do acto); BENITO ARRUÑADA, “The Economics of Notaries”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n.º 1, 1996, pp. 5-37, p. 5 (“Notaries thus perform many of the public functions [...] and many of the private functions”); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 5; ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, “La Circulación del Documento Público Notarial”, *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I — Derecho de la persona, familia y sucesiones, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 49-96, pp. 58 e 60ss; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática...*, p. 8; PIO XII, “Discurso por ocasião do V Congresso da União do Notariado Latino”, *Revista de Notariado e Registo Predial*, Ano 32, n.º 4, 1959, pp. 37-42, p. 38; FRANCISCO ÁRIAS, “O Notariado no Mundo”, *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 31-37, p. 33; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 4; MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, “La conception renouvelée du notariat par la perspective de régulation économique”, *Le notariat et la mondialisation, congrès du Mouvement Jeune Notariat*, 2007, pp. 50-56, p. 50; MALCOLM RIDDELL E ANTONIO CAPPIELLO, “Does the Rest of the World Need the «Civil Law Notary Model»? — A preliminary answer from the Real Estate Crises in the United States and China”, *Studi e Materiali — Consiglio Nazionale del Notariato*, Suppl. 1/2008, 2008, pp. 77-83, p. 79 (que sustentam que a crise da bolha imobiliária podia ter sido mitigada caso vigorasse nos EUA o figurino do notariado latino); SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Registration...”, p. 799. É aliás este figurino que explica que a doutrina venha sufragando a passagem de alguns processos de jurisdição voluntária para a alçada do notário (ANDREA PROTO PISANI, “Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile”, *Il Foro Italiano*, vol. CXXIII, Parte Quinta, n.º 1, 2000, pp. 1-11, pp. 9-10) e a opção do legislador português de chamar o notário para o processo litigioso de inventário.

O conceito de *justiça preventiva*, estruturante dos sistemas que adoptam o notariado latino, opõe-se ao de *justiça contenciosa* — caracterizada pela decisão de um litígio surgido *ex post*. Na verdade, a *justiça preventiva* dirige-se a acautelar o surgimento de controvérsias desnecessárias no quadro de certas transacções dotadas de particular importância e realiza-se pela subordinação dos efeitos negociais ao controlo de um terceiro imparcial, com formação específica, que recebe a vontade das partes e conforma-a ao ordenamento jurídico. Dado o controlo prévio, os documentos exarados pelo *terceiro imparcial* são dotados de força probatória plena, de forma a evitar os custos e a morosidade dos litígios judiciais relativos à validade e interpretação das cláusulas contratuais — cfr. JONATHAN FITCHEN, “Authentic...”, pp. 37-38; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 4.

A origem do notário latino remonta ao direito medieval. Ensina RUI MARCOS, *cit.*, p. 795, não existir em Roma um verdadeiro precedente do notário hodierno: o *notarius* era inicialmente mero estenógrafo, já que a negociação jurídica romana era perpetrada pelo princípio da oralidade. Sobre as origens, *vide* ainda ANTÓNIO SANTOS JUSTO, “A segurança jurídica do comércio e a função do notariado (direito romano)”, *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 36 (1.º Semestre de 2009), 2010, pp. 45-64, p. 59; GUSTAVO PESSOA PINTO, *História do Notariado Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 2009, pp. 7ss; GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, pp. 24ss (analisando os antecedentes do notário latino e os atribui à figura grega do *hiéronmnémon* ou *guarda-memória*, dos *notarii* [mero estenógrafo] e dos *tabelliones* [que escreviam os actos ou contratos em tábuas de madeira cobertas de cera a favor de particulares, que benificavam das respectivas consequências jurídicas]). Sobre as origens romanas do documento público, *vide* CARMEN GÓMEZ BUENDÍA, “Noción de documento público extrajudicial en Derecho español: antecedentes históricos y su proyección en el derecho actual”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 235-262, pp. 237ss.

<sup>518</sup> A submissão do sistema jurídico escocês ao Reino Unido veio a determinar a extinção dos notários romano-germânicos na Escócia, apesar da sua estrutura de *Civil Law*. Assim, a figura que aí encontramos hoje é

como garantia da não alteração deste ou, quanto muito, a recolher a declaração das partes segundo a qual o conteúdo do documento corresponde à vontade das mesmas”. Isto é, não existe a figura do documento autêntico, pois o notário “não recebe, não interpreta, nem dá forma legal à vontade dos particulares. Tão pouco qualifica essa vontade ou se preocupa que para a formulação da mesma concorram os requisitos que a tornam conforme à lei”. Assim, a figura do instrumento autêntico é absolutamente desconhecida, já que não há uma forma contratual entre privados em que o título seja exarado por terceiro imparcial e que faça prova plena do seu conteúdo. Em consequência, a própria função do notário é muito marginal<sup>519</sup>.

---

comparável ao *notary public* inglês que analisaremos *infra*. Vide, com mais pormenor, GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 38-39.

<sup>519</sup> As citações são de MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva...", p. 114, e "A privatização...", p. 284. Neste sentido, cfr. GISELA SHAW, "Notaries in England and Wales: modernising a profession frozen in time", *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, n.º 2, 2000, pp. 141-155, pp. 141ss ("In England, few people, even lawyers and parliamentarians, have any idea what a notary is or does"); GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 38 ("Le notary public peut aussi établir des actes notariés sous forme privée qui consistent essentiellement en une attestation que les parties ont signé le document devant lui à telle date"); DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado*, cit., Vol. I, p. 271 ("o notário não controla, pois, a legalidade dos actos preciso perante si celebrados"); JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 37; PIO XII, "Discurso...", p. 38 ("nestes últimos, com efeito, a função notarial limita-se à certificação da identidade daqueles que subscrevem o documento, e portanto, para a exercer, nenhum título especial de estudos é exigido: ela, em essência, identifica-se com a função de escrivão"); PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 25; MARIUS KOHLER E MARKUS BUSCHBAUM, "La «reconnaissance» des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières — Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 4, 2010, pp. 629-651, p. 644 ("le droit anglais par exemple – tout comme l'ensemble des pays de common law – ne connaît pas l'institution de l'acte authentique"); MICHAEL P. CLANCY, "The Organisation and Function of the Profession of Notary in the United Kingdom", *Notarius International*, vol. 5, n.º 3, 2000, pp. 102-106, p. 105; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La función...", p. 125; BENITO ARRUNADA, "The Economics...", p. 5 ("these so-called notaries have nothing in common with civil law notaries except for the name. In some cases they are not even law professionals but act only as qualified witnesses"); PETER STONE, *EU Private International Law — Harmonization of Laws*, Elgar European Law, Cheltenham, 2006, p. 211.

No fundo, os documentos sujeitos à intervenção dos notários ingleses dispõem apenas de uma mera certificação da "genuineness of a signature", pelo que "the professional does not assume any responsibility for the legal correctness of the content and the validity of the underlying agreement" — PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 13; GISELA SHAW, cit., p. 142; Parecer n.º 76/92 do Conselho Técnico DGRN (cit. nota n.º 517), pp. 13ss; DROZ, cit. (que sustenta que a intervenção notarial anglo-saxónica se dirigirá apenas à sua melhor aceitação no estrangeiro); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 632 (a propósito da figura da substituição no que concerne ao documento notarial americano como instrumento autêntico no direito português); PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Areópago n.º 121/1951, sobre a forma do testamento", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 42, 1953, pp. 371-376, p. 374.

Esta diferença fundamental criou dificuldades aquando da instituição do *título executivo europeu*, porquanto os documentos exarados por notários na Europa continental produzem força probatória plena no Reino Unido, Irlanda e Suécia, embora seja impossível a sua emissão por oficiais destes países (não existindo sequer a palavra "notário" na língua sueca). Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 12, nota n.º 25, e pp. 108 e 109, propondo uma intervenção da UE para estabelecimento do instrumento autêntico em todo o espaço europeu.

O que dizemos enfrenta uma importante excepção: os *scriveners notaries*, notários de Londres (estando a disseminar-se por todo o Reino Unido), encarregados de outorgar escrituras de tipo latino titulando negócios sobre imóveis situados no estrangeiro. O seu surgimento (bem como o dos *civil law notaries* nalguns Estados dos EUA para além do Estado de Louisiana — Florida, Alabama e Illinois [cfr. MALCOLM RIDDELL E ANTONIO CAPIELLO, "Does...", p. 82]) dever-se-á à necessidade sentida pelo comércio jurídico da autenticidade nas relações contratuais, mormente no quadro das transacções internacionais, o que explica o requisito de conhecerem pelo menos duas línguas estrangeiras — cfr. Parecer n.º 76/92 do Conselho Técnico DGRN (cit. nota n.º 517), pp. 11ss; MICHAEL P. CLANCY, "The Organisation...", p. 105; LUÍS MANUEL MOREIRA DE ALMEIDA, "Presente e Futuro do Notariado em Portugal", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 18-30, p. 23; NICOLÁS STASSINOPOULOS, "A opção pelo notariado latino", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado*

Nessa medida, olhando ao direito inglês enquanto sistema típico do mundo anglo-saxónico, a função dos *notaries* (aliás, repartida com os *solicitors* e com os *barristers*) não assume a importância que conhecemos dos sistemas romano-germânicos. Com efeito, em consonância com a inexistência do *instrumento autêntico*, impera aí o princípio da liberdade de forma dos negócios jurídicos. As exceções (que se materializam somente na exigência de *forma escrita* e não no documento autêntico) são reduzidas: é o caso da transmissão patrimonial de imóveis que, por força do *Statute of Frauds* de 1677 determina a obrigatoriedade de documento escrito (*act under seal*, também denominado *deed* ou *speciality*) assinado pelo proprietário, e submetido a registo<sup>520</sup>.

A intervenção do *notary* não transforma a natureza do documento (que continua *particular* — um testemunho) nem lhe confere valor probatório acrescido, sendo as partes os seus autores, razão pela qual se não reserva a função notarial a sujeitos com formação jurídica. No fundo, a actividade notarial anglo-saxónica “*limita-se à função de autenticação ou certificação; não cuida da legalidade substantiva dos actos jurídicos e muito menos da correspondência entre a vontade real e a vontade declarada das partes*”<sup>521</sup>.

---

do século XXI, *Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 139-143, p. 141; GISELA SHAW, "Notaries in England and Wales: modernising...", pp. 143ss, e "Notaries in England and Wales: What future in a climate of globalisation?", *Notarius International*, n.º 1-2/2006, 2006, pp. 38-45, pp. 41ss (fazendo profunda comparação entre as funções, competências e origens dos *scrivener notaries* e os *provincial notaries*). Assim, defende-se a aceitação dos seus actos nas mesmas condições dos documentos dos demais tabeliães latinos (cfr. PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique établi à l'étranger — Validité et exécution en France", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 377-412, p. 395; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 28) ainda que à face do direito inglês nenhuma força probatória especial seja conferida aos respectivos documentos. Aliás, estes notários são membros de pleno direito da UINL — GISELA SHAW, "Notaries in England and Wales: What...", p. 42; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 38 (que frisa o facto de o *scrivener notary* verificar e atestar a legalidade do *negotium*, beneficiando assim da *segurança substancial* que caracteriza o notariado romano-germânico, embora o documento não receba força probatória especial).

<sup>520</sup> "English law does not require a notarial instrument for any type of contract or other legal act". Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, pp. 13-14; BARBARA PASA, "La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los 'documentos públicos' en la Unión Europea y el notariado latino", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 151-182, p. 175. No direito inglês, são quatro as exceções à liberdade de forma: as *convenções antenuptiais* (devem ser celebradas por escrito e assinadas na presença de testemunhas), o *testamento* (que deve ser manuscrito ou assinado perante duas testemunhas), a *constituição de sociedades* (que deve ser escrita) e a *transacção de imóveis*. Atente-se que o *Land Registration Act* de 2002 prevê um número alargado de casos de registo obrigatório.

<sup>521</sup> Cfr. ALFREDO DE AZEVEDO SOARES, "O notariado como garante da segurança jurídica numa sociedade democrática", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 87-93, p. 90; PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Areópago...", p. 374; ALBINO MATOS, "O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 81-86, p. 83; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, p. 29. Sintomática deste sistema é a existência, nalguns Estados americanos, de *máquinas notariais*: "Dans certains drugstores et grands magasins américains, le notaire public est remplacé parfois par une machine à timbrer dans laquelle on introduit des feuillets qui ressortent assortis d'un timbre donnant la référence de la commission du notaire, la date d'expiration de celle-ci, la date et heure de la certification. Il suffit de prendre un jeton à la caisse..." — GEORGES A. L. DROZ, "Regards sur le droit international privé comparé — Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1991-IV, Tomo 229, 1991, pp. 13-424, p. 372, nota n.º 723.

Da forma similar, no *sistema escandinavo* (de que o direito sueco é *sistema-tipo*) é absolutamente desconhecida a figura do *documento autêntico* e reina a liberdade formal. Nos negócios com maior importância, a lei obriga a *forma escrita* sem determinar qualquer intervenção de um terceiro imparcial. No que aos negócios sobre imóveis diz respeito, a lei sueca estabelece (além da forma escrita) a obrigatoriedade da presença de testemunhas, requisito antigo com *ratio* desconhecida<sup>522</sup>.

### 1.2.2. A aceitação da contratação electrónica à distância na constituição da hipoteca

Do exposto, é possível antever que a sujeição as leis europeias de matriz anglo-saxónica ou escandinava não obstam ao suporte electrónico e à celebração do negócio *entre ausentes e desconhecidos*<sup>523</sup>. Na verdade, ainda que seja exigida intervenção notarial, uma vez que o *notary* não recebe nem dá forma à vontade das partes (limitando-se a certificar a sua autoria) não se descobrem óbices a que receba a vontade dos outorgantes através de meios telemáticos (certificando a identidade dos declarantes mediante a aposição da respectiva assinatura electrónica avançada) e certifique aquela autenticidade.

A transposição da directiva do comércio electrónico vem confirmar a nossa asseveração: o princípio da contratação electrónica só é excluído para os contratos cujo objecto seja um imóvel situado em país que o não permita, admitindo expressamente os contratos *entre ausentes e desconhecidos* nos demais casos<sup>524</sup>.

---

<sup>522</sup> Com efeito, o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 16, indaga: “*These requirements are all ancient, and the reasons for them are difficult to establish. Is the presence of witnesses prescribed in order to remind acting individuals of the seriousness of the act? Or must witnesses be present to observe the conclusion of the act in order to facilitate proof in future litigation that everything was conducted properly? And, can witnesses be relied upon at all to achieve these goals? There is no modern answer to these questions or analysis of requirements concerning the form of legal acts, and no coherent approach to questions of legal form and authentication in different fields of Swedish law – whether by using traditional means and methods or by relying on electronic tools*”. Assim, GEORGES A. L. DROZ, “*L'Activité...*”, p. 40, relata que os negócios sobre a propriedade imobiliária são normalmente realizados perante os bancos comerciais.

<sup>523</sup> Na matriz anglo-saxónica, abrangemos a lei irlandesa, a lei cipriota e as várias leis que vigoram no Reino Unido. Na verdade, é sabido que o Reino Unido constitui um sistema plurilegislativo, vigorando regras diferentes em Inglaterra, na Escócia, no País de Gales, na Irlanda do Norte, nas Ilhas do Canal e nas Ilhas Mann e Colónias. Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 57.

No que concerne ao modelo escandinavo, no quadro da União Europeia, submetem-se a este sistema a Dinamarca, a Suécia e a Finlândia. Como é sabido, o direito escandinavo não se integra no sistema da *Civil Law* nem da *Common Law*, sendo ímpar. Neste sentido, R. K. FELDTHUSEN, “*National Report for Denmark*”, *Principles of European Trust Law*, Vol. I, DAVID J. HAYTON, SEBASTIANUS CONSTANTINUS JOHANNES JOSEPHUS KORTMANN E HENDRIK VERHAGEN, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, pp. 173-193, p. 173.

<sup>524</sup> Assim, na Irlanda o *Statutory Instrument* n.º 68/2003, estabelece que a contratação electrónica só não se aplica a “*contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the Member State where the real estate is situated*”; no Reino Unido, o *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations* 2002 estabelece que “*formal validity of contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the member State where the real estate is situated*”.



Já os sistemas que adoptam o figurino do notariado latino puro<sup>525</sup> (a grande maioria dos Estados-Membros)<sup>526</sup> evidenciam um intuito de segurança jurídica predial, impondo a intervenção de um oficial público imparcial (jurista qualificado) que, com o escopo de prevenção de conflitos futuros sobre a validade ou sentido das cláusulas negociais, recolherá a vontade das partes, conformará os seus intuitos ao ordenamento jurídico e produzirá um documento não apenas *formalmente* válido como *substancialmente* controlado. Nessa medida, a lei confere *fé pública extrajudicial* e *valor probatório pleno* a tais documentos (os *instrumentos autênticos*) e reserva ao Estado o poder da investidura notarial<sup>527</sup>.

---

<sup>525</sup> Sendo certo que o ordenamento jurídico português se integra no notariado latino (cfr. MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva...", pp. 200ss; FRANCISCO ÁRIAS, "O Notariado...", p. 34; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática...*, p. 9; FERNANDO NETO FERREIRINHA E ZULMIRA NETO LINO DA SILVA, *Manual de Direito Notarial*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 20; JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos...*, p. 599), desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, se criou uma brecha na *pureza* do modelo. Com efeito, se é verdade que a função *dos notários* é exactamente a que resulta do arquétipo latino, certo é que certos negócios até aí reservados ao controlo público (pois dependiam da sua titulação em documento autêntico) — nomeadamente no âmbito predial — passaram a poder ser realizados por escrito particular, desde que autenticados por notário, advogado, solicitador ou câmaras de comércio e indústria. Isto é, a lei atenuou a sua preocupação de segurança preventiva, já que exige apenas que as partes confirmem o conteúdo das declarações expressas em documento particular perante certas entidades, dotadas ou não de *fé pública probatória*.

Ou seja, embora *os notários* exerçam a função que é própria do sistema latino, o ordenamento português prescindiu, em certos domínios, da sua intervenção nos termos típicos que enunciámos: passou a ser possível a transmissão de um direito real sobre imóvel sem que um oficial público elabore o título negocial. Neste aspecto, o direito luso prescinde de um controlo típico do sistema de tabelionato latino, já que *desformalizou* os negócios translativos de direitos reais sobre imóveis, parecendo prescindir do controlo preventivo da legalidade. É este *status quo* que funda a nossa convicção de *não ser puro* o sistema de notariado latino vigente em Portugal. Aliás, já em 2005 (antes da desformalização de 2008), NETO FERREIRINHA deduzia conclusão próxima — *cit.* p. 25.

<sup>526</sup> Na verdade, só o Reino Unido, a Irlanda, a Suécia, a Dinamarca, a Finlândia e o Chipre o não estabelecem (dados da União Internacional do Notariado Latino [UINL], disponíveis na internet via <http://www.uinl.org/>, consultados em 22 de Julho de 2015 — *vide* ainda JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 35). Atente-se na excepção a que nos referimos na nota n.º 519 quanto aos *scriveners notaries* de Londres, que exaram escrituras públicas e se integram na UINL.

O sistema de notariado latino vigora em 71 países, em todo o Mundo, representando 54,6% da população mundial. Os Estados onde o sistema vigora organizaram-se em 1948, em Buenos Aires, fundando a *União Internacional do Notariado Latino*. O número está em constante crescimento, dada a adopção deste sistema por países que, originariamente, plasmavam figurinos distintos. O exemplo mais paradigmático é o da China que abandonou o sistema de *notariado administrativo* (cfr. *supra* nota n.º 516) e estabeleceu em 2003 o modelo romano-germânico, sucedendo o mesmo nos Estados europeus outrora socialistas — cfr. HELMUT FESSLER, "O notariado...", pp. 66ss; e MARIA DE FÁTIMA COSTA BARREIRA, "Pela integração do notariado europeu", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 133-137, p. 134. Veja-se o caso da reforma das garantias imobiliárias na Lituânia que estatuiu para os notários justamente o papel típico do tabelionato romano-germânico (cfr. VYTAUTAS MIZARAS, et al., *Security...*, p. 2).

Também em Macau (onde desde 1990 vigorava um sistema de notariado privado exercido por advogados) foi estabelecido o sistema latino vigente na R. P. da China. Sobre o tema, cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 33ss (que ilustra a "*expansion du notariat latin*" e analisa o funcionamento e natureza da UINL); FRANCISCO ÁRIAS, "O Notariado...", pp. 34ss; HELMUT HEISS, "Vom EU- zum gesamteuropäischer Privatrecht? — Privatrechtsharmonisierung in der sich erweiternden Union", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* JÜRGEN BASEDOW, et al., Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 123-140, p. 124; MALCOLM RIDDELL E ANTONIO CAPPIELLO, "Does...", p. 80.

<sup>527</sup> JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 40. É por isso que, "*While it is technically possible for either «A» or «B» to bring a challenge to the material existence of such an agreement based upon some contractual incapacity or other operative error, it will be very difficult to do so in practice if the notary has properly performed his duties*".

No direito pátrio, o acto que descrevemos foi uma *escritura pública*, que é apenas um dos *documentos autênticos* previstos pelo nosso direito. Na verdade, nos ordenamentos integrados em sistemas de notariado latino, são

No domínio da hipoteca, a preocupação dos sistemas de notariado latino na segurança jurídico-real é ainda mais pronunciada: em alguns direitos europeus, a prescrição

---

definidos os documentos autênticos como aqueles que sejam “exarados, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência ou, dentro do círculo de actividade que lhe é atribuído, pelo notário ou outro oficial público provido de fé pública” (art. 363.º CC Português). Assim, o *Code Civil des Français* estabelece que “L’acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d’instrumenter dans le lieu où l’acte a été rédigé, et avec les solennités requises” (art. 1317.º); na Alemanha, o n.º 1 do §415 ZPO refere-se-lhes como “Urkunden, die von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind (öffentliche Urkunden)”; o art. 244.º do Código de Processo Civil Polaco (*Kodeks postępowania cywilnego*) define-os como os “documentos emitidos pelas autoridades públicas instituídas para este propósito ou outras autoridades nos limites da sua competência” (tradução não oficial: em língua polaca, estabelece-se “Dokumenty urzędowe, sporządzone w przepisanej formie przez powołane do tego organy władzy publicznej i inne organy państwowe w zakresie ich działania, stanowią dowód tego, co zostało w nich urzędowo zaświadczone”). Como é bom de ver, a expressão *documento autêntico* abrange quer a escritura pública, quer os demais documentos notariais, quer os documentos exarados pelas autoridades públicas. Na doutrina, FITCHEN, *cit.*, p. 22 define-o como “a public document by which an agent of the state in question formally and authoritatively records declarations made by the parties so as to constitute those declarations as legal obligations”.

No direito da União Europeia, a expressão “instrumento autêntico” é associada precisamente ao acto que descrevemos, em face da contradição entre o carácter *nacional* da regulamentação dos documentos públicos notariais e a regulação *européia* de um espaço da sua livre circulação. De facto, não apenas é este o conceito elaborado pelo Acórdão TJCE de 17 de Junho de 1999, *Unibank*, proc. C-260/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-3715, n.º 17, como o Regulamento (CE) n.º 805/2004, de 21 de Abril de 2004, que cria o *título executivo europeu*, e o Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, adopta, este conceito, quer do ponto de vista da terminologia, quer do conteúdo (cfr., respectivamente, n.º 3 do art. 4.º e alínea *i*) do art. 3.º). Sobre as definições de *acto autêntico* e *acto público*, PIERRE CALLÉ, *L’acte public...*, p. 4, e “L’acte authentique...”, p. 398; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L’Acte Public Étranger en Droit International Privé*, LGDJ, Paris, 1993, p. 7 (que frisa a disparidade profunda entre as várias concepções), e “L’acte quasi public en droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n.º 4, 1993, pp. 565-590, pp. 569ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 532; JONATHAN FITCHEN, “«Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation”, *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 323-358, p. 330; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES (“Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán”, *Diario La ley*, Año XXXIII, n.º 7940 — 9 Outubro 2012, 2012, pp. 3ss, título III, n.º 2, alínea *b*); “La Autonomía...”, p. 120; “La función...”, p. 125); LAJOS VÉKÁS, “Authentic Instruments and Court Settlements”, *Brussels I Regulation — European Commentaries on Private International Law*, ULRICH MAGNUS E PETER MANKOWSKI, Sellier — European Law Publishers, Munique, 2007, pp. 691-697, p. 692; HARRY DUINTEJER TEBBENS, “Vers une «Libre Circulation» des actes authentiques dans l’Union Européenne. Reflexions à propos d’un arrêt du Tribunal Supremo d’Espagne du 19 Juin 2012”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 309-321, p. 311; JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, “Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 535-552, p. 550; CARMEN PARRA, “El concepto de documento extrajudicial con fuerza ejecutiva en la Unión Europea”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 263-284, p. 275; PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 183-234, pp. 193ss; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, “Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 431-473, p. 436; CYRIL NOURISSAT, “L’acte authentique saisie par le droit européen”, *Petites Affiches*, n.º 173, 29 de Outubro de 2007, 2007, pp. 42ss, p. 42. Repare-se, *por um lado*, que a noção europeia exclui claramente os actos dos *notary public* anglo-saxónicos e, *por outro*, que o Regulamento se não aplica no Reino Unido, na Dinamarca nem na Irlanda — cfr. considerando n.º 82 do Regulamento; NOURISSAT, *cit.*, ponto B.

obrigatória da escritura pública nas transacções sobre imóveis é estabelecida como mera uma formalidade *ad probationem* — o seu incumprimento não prejudica a validade substancial do negócio, já que a exigência de forma se dirige apenas à prova do negócio. Todavia, no *estrito domínio da hipoteca*, estabelecem que a *validade substancial da hipoteca* depende da escritura pública, tornando a solenidade uma formalidade *ad substantiam vel solemnitatem*<sup>528</sup>.

Importa agora perceber se, nos ordenamentos que impõem a titulação de garantias reais sobre imóveis através da solenidade típica do notariado latino, se admite a opção pela contratação electrónica, combinando o controlo de legalidade do tabelião com a viabilidade de constituição da garantia entre *ausentes e desconhecidos*.

Ora, os Estados-Membros que consagram o sistema de notariado latino afastam expressamente o princípio de *admissibilidade da contratação electrónica* entre ausentes e desconhecidos nos negócios constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis cuja validade depende de intervenção notarial e, na prática, as obrigações impostas por cada Estado ao oficial público dependem da presença física dos outorgantes. Isto é, em face do interesse público de justiça preventiva materializado no controlo da legalidade do negócio e na regularidade do consentimento, a comparência dos contraentes junto do oficial público é tida como requisito de aferição de todas as condições de validade e eficácia do negócio,

---

<sup>528</sup> É o caso do direito francês e do direito espanhol.

No direito francês, dispõe o art. 2416.º do *Code Civil* que "*L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte notarié*", notando a doutrina que "*La convention d'hypothèque est un des rares actes solennels du droit français, c'est-à-dire que sa validité est subordonnée à l'accomplissement d'une forme*" e que, ao contrário da compra e venda (que é não é substancialmente inválida quando concluída por escrito particular, "*L'observation de cette disposition entraîne la nullité absolue du contrat*" (LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 261).

No direito espanhol, ensina PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 103, que "*un contrato de venta de inmueble que consta en documento privado es perfectamente válido. Ahora bien, se no se eleva a escritura pública, dicho contrato nos es plenamente eficaz; pues no puede oponer-se a terceros*". Todavia, no estrito caso da hipoteca, estabelece o art. 145.º da *Ley Hipotecaria* que uma das condições de *validade substancial* da hipoteca é justamente a sua constituição em escritura pública.

Como excepção, sublinhe-se o direito alemão, onde do ponto de vista substancial vigora o princípio da liberdade de forma e exigindo-se a escritura apenas como *prova do negócio* junto do registo, pelo que a imposição é estritamente *ad probationem* — cfr. §19 e §29 GBO e o que dissemos *supra* na nota n.º 282.

Sobre a distinção entre formalidades *ad probationem* e *ad substantiam*, cfr. CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 433; JOSÉ TAVARES, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. II, Pessoas, cousas, factos jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1928, p. 425; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 70; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 445; CHRISTINA RAMBERG, "E-Commerce", p. 233; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 67; e, detalhadamente, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. III, (policopiado), Coimbra, 1948, p. 88: as formalidades *ad substantiam* "*são exigidas sob pena de nulidade do negócio. Sem elas, o negócio não é válido. A sua falta é de todo irremediável. São, em suma, absolutamente insubstituíveis por qualquer outro género de prova*". As formalidades *ad probationem* "*são impostas, em dados termos, apenas para a prova de negócio. Se elas faltarem, o negócio não é propriamente nulo; só que a sua prova será mais custosa de obter. São, afinal, as que podem ser supridas por certos meios de prova mais seguros e também mais difíceis de conseguir*".

Como se sabe, o mesmo não sucede no direito pátrio, onde a falta de documento autêntico, quando exigido, implica a invalidade substancial do negócio (cfr. art. 220.º CC). Cfr. MANUEL DE ANDRADE, *cit.*, pp. 89-90; CARLOS DA MOTA PINTO, *cit.*, p. 433.

mesmo nos sistemas que consagram uma forma impura do notariado latino e ainda que aceitem o suporte electrónico do *instrumento público*. Assim, a generalidade dos legisladores nacionais de sistemas de tabelionato latino fez uso da exclusão autorizada e não estendeu o princípio da admissibilidade da contratação electrónica aos negócios hipotecários, seja pelo facto de consubstanciarem um direito real sobre imóveis, seja porque a lei nacional implica a intervenção de entidade com funções notariais<sup>529</sup>.

---

<sup>529</sup> Os Estados utilizam a *dupla autorização europeia* de exclusão destes negócios do comércio electrónico. Subjacente a este entendimento estará, designadamente, a aferição de incapacidade acidental dos contraentes, a qual depende da presença física dos outorgantes junto do oficial público.

Não pretendendo enumerar os diplomas dos 21 Estados-Membros que se integram no notariado latino, citamos alguns exemplos das opções nacionais (a lista completa pode ser consultada na internet, via <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72000L0031:PT:NOT#FIELD RO>). Na Bélgica, estabelece o art. 17.º da Loi de 11 Mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information que "*n'est pas applicable aux contrats [...] qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers*"; na Alemanha dispõe o §312b BGB que a contratação electrónica se não aplica aos contratos "*über die Veräußerung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, die Begründung, Veräußerung und Aufhebung von dinglichen Rechten an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sowie über die Errichtung von Bauwerken*"; em Espanha, o art. 23.º da Ley 34/2002, de 11 de Julio, exclui os "*contratos, negocios o actos jurídicos en los que la Ley determine para su validez o para la producción de determinados efectos la forma documental pública, o que requieran por Ley la intervención de órganos jurisdiccionales, notarios, registradores de la propiedad y mercantiles o autoridades públicas*"; em Itália, o Decreto Legislativo 09/04/2003, n.º 70, exclui os "*contratti che istituiscono o trasferiscono diritti relativi a beni immobili nei casi in cui tali contratti devono soddisfare requisiti formali*"; no Luxemburgo, o art. 50.º da Loi du 14 août 2000 relative au commerce électronique exclui expressamente "*les contrats qui créent ou transfèrent des droits sur des biens immobiliers*" e ainda os "*les contrats pour lesquels la loi requiert l'intervention des tribunaux, d'autorités publiques ou de professions exerçant une autorité publique*".

Em França é igualmente rejeitada a contratação entre ausentes e desconhecidos sempre que a lei exija a forma de documento autêntico. Porém, o legislador francês garante este objectivo aceitando o suporte electrónico da escritura pública (cfr. o que dizemos *infra*, na nota seguinte). Para uma crítica à exclusão na lei espanhola, *vide* JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", pp. 203ss; para uma análise das leis alemã, polaca e romena e similar conclusão, *vide* o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, pp. 72ss.

A referência ao notariado latino *não puro* pretende abarcar a lei portuguesa que, desde a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, passou a bastar-se com documento particular autenticado. Simplesmente, em Portugal a exigência de *escritura pública* ou *documento particular autenticado* torna essencial a presença simultânea das partes, sendo hoje inviável a celebração de escrituras públicas electrónicas. De facto, entre outros argumentos (que melhor explicamos no nosso trabalho "Assinaturas...", pp. 73ss), quanto às *escrituras públicas electrónicas*, a norma da alínea *l*) do art. 46.º do CNot. impõe a presença *simultânea* dos outorgantes e do notário, além de que o próprio conceito de *escritura pública* supõe a sua exarcação na presença das partes (cfr. Parecer do Conselho Técnico do IRN de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, p. 5); já o *documento particular autenticado* tem de ser *confirmado pelas partes junto da entidade com funções notariais*, devendo esta ler o documento e o termo de autenticação em voz alta e na presença de todos os outorgantes, por força das disposições conjugadas do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, e dos arts. 46.º e 150.º CNot..

Se a argumentação que expusemos parece suficiente, pode porém explorar-se outra linha de raciocínio. Poderia argumentar-se que a exclusão do *princípio da aceitação da contratação electrónica* a estes contratos não equivale à sua *proibição*. Na verdade, os legisladores nacionais prescrevem determinada forma de contratação *sem se pronunciar sobre o suporte electrónico ou em papel* do título de transmissão do direito real. Ora, atendendo à equivalência legal (determinada pela UE) entre *documentos em papel* e *documentos electrónicos*, desde que cumpridas as solenidades que cada legislador estabelecer para o negócio (e conquanto não esteja expressamente excluída a aceitação de suporte electrónico), o *suporte digital* do documento não será razão bastante para determinar a sua impossibilidade. De facto, olhando exemplificativamente para a lei portuguesa, em lugar algum o legislador se pronuncia sobre a classificação dos documentos electrónicos na *summa divisio* operada pela lei civil entre documentos autênticos ou particulares. Nessa sequência, não parece haver razão para arguir a inaplicabilidade do regime estatuído pelo Código Civil: um documento autêntico é aquele que é exarado, com as formalidades legais, pelas autoridades públicas nos limites da sua competência, pelos notários ou por outros oficiais públicos (cfr. o n.º 2 do art. 363.º CC). Ora, não suscita dificuldades a questão de saber se as autoridades públicas e os notários podem exarar documentos em suporte electrónico, pois o art. 5.º do Regime Jurídico dos Documentos

A nossa conclusão conhece uma singular mas importante excepção: a lei francesa.

É sabido que o *Code Civil* (à semelhança de outros ordenamentos europeus) admite expressamente a escritura pública electrónica, regulando o documento autêntico *electrónico e desmaterializado*, criado e acessível apenas através de meios informáticos, a que é atribuído o mesmo valor que o homólogo em papel. O *suporte electrónico* do documento autêntico não permite porém a celebração entre ausentes e desconhecidos: determina-se a presença física das partes perante notário e a assinatura autógrafa dos outorgantes. Efectivamente, a comparência diante notário é tida como essencial para o controlo da legalidade negocial que motivou a opção legislativa pela imposição da solenidade<sup>530</sup>.

---

Electrónicos e da Assinatura Digital (RJDEAD) o admite expressamente, conquanto se submeta às regras gerais e a autoridade cumpra as regras constantes do Decreto-Lei n.º 116-A/2006, de 16 de Junho, que cria o Sistema de Certificação Electrónica do Estado (Infra-Estrutura de Chaves Públicas).

Ponto é saber se, nos vários Estados-Membros de tabelionato latino, é *possível* cumprir as normas notariais e produzir uma *escritura pública* (com o sentido que lhe apontámos *supra*), materializada em suporte digital, sem que os outorgantes se apresentem fisicamente diante do titular. Ora, como melhor demonstrámos no estudo "Assinaturas...", pp. 71ss (para onde remetemos mais profundas considerações), as regras de elaboração de um título notarial não se compadecem com a *ausência* das partes: não é possível o cumprimento das "*formalidades legais*" de emissão de um documento autêntico *quando as partes não se apresentam diante o titular*. Se é certo que as autoridades públicas podem exarar documentos electrónicos (art. 5.º RJDEAD) e que a assinatura digital se equipara à assinatura notarialmente reconhecida (n.º 2 do art. 3.º RJDEAD), o documento electrónico que for exarado por notário ou outro oficial público nos limites da sua competência e ao qual seja aposta a respectiva assinatura digital será considerado *documento autêntico* se forem cumpridas "*as formalidades legais*" a que se refere o n.º 2 do art. 363.º CC. Estas formalidades compreendem, nomeadamente, as obrigações relativas à sua constância em livros, índices e arquivos (arts. 7.º a 34.º CNot.) que pressupõem documentos exarados em suporte de papel; o dever de controlo da legalidade do titular implica a percepção de incapacidades acidentais ou da regularidade do consentimento, o que depende da presença das partes, em qualquer sistema jurídico de tabelionato romano-germânico (cfr. Parecer do Conselho Técnico do IRN de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, p. 5, doutrina citada na nota n.º 517 e as noções de *escritura pública* elencadas na nota n.º 527); por fim, o art. 46.º CNot. impõe expressamente a presença física das partes.

Sobre estes problemas, *vide* MIGUEL PUPO CORREIA, *Assinatura Electrónica e Certificação Digital*, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, disponível na internet via <http://www.apdi.pt>, consultado em 17 de Julho de 2009, p. 27; JOAQUIM BARATA LOPES, "A segurança jurídica — Registos e notariado, factores de estabilidade económica", *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, 2007, disponível na internet via [http://encplp.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encplp.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), consultado em 22 de Julho de 2009, p. 14; JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004, p. 631; IAN WALDEN, "Regulating...", p. 21.

<sup>530</sup> Cfr. art. 1317.º do *Code Civil des Français*, uma das normas de transposição da directiva do comércio electrónico: "*L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solennités requises*". Cfr., sobre o documento autêntico em suporte electrónico no direito francês, BERNARD REYNIS, "O papel das novas tecnologias na autenticação", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 175-182, pp. 180ss (o Autor, face à impossibilidade actual de celebração de negócios internacionais à distância titulados em escritura pública electrónica, sublinha que o advento da desmaterialização física do documento público "*permite desejar, para o futuro, o tratamento à distância com os nossos colaboradores, o trabalho partilhado entre cartórios [...] e ainda, o reforço do efeito «rede» entre os notários de cada um dos nossos países*" — pp. 181-182).

Esta *desmaterialização* não conduz a uma celebração do negócio entre ausentes e desconhecidos. Com efeito, a versão actual do art. 17.º do *Décret n.º 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*, estabelece que o notário insere a sua assinatura electrónica avançada e as partes assinam autógrafa e presencialmente, surgindo a respectiva digitalização no ecrã. Neste sentido, *vide* o trabalho do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 71: "*The parties (and witnesses) have to sign by hand in such a way that their signature under the notarial act can be seen on screen. Thus the authentication procedure requires the parties to be present; otherwise the notary could not verify their identity and could not counsel them appropriately*" [sublinhado nosso]. Neste sentido, também, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 178.

Simplemente, a lei gaulesa cria um importante avanço: permite que dois contratantes possam apresentar-se diante de *dois notários diferentes*, prestando aí o seu consentimento (cuja regularidade é controlada pelo oficial junto de si). A comunicação à distância entre os tabeliães (por videoconferência) gerará uma escritura desmaterializada, assinada digitalmente por ambos. No fundo, sem abdicar do controlo da regularidade da prestação da vontade e da certificação da identidade pessoal do outorgante (que só a presença física assegura), permite-se a contratação à distância com a mesma solenidade. É este o confessado propósito do estabelecimento da *escritura pública electrónica*: a possibilidade de celebração de negócios *rigorosamente solenes* entre *ausentes* e sem necessidade de representação. O legislador francês parece ter criado condições para retirar da contratação electrónica todas as vantagens que lhe são inerentes, sem com isso ter reduzido o controlo de legalidade do acto contratual<sup>531</sup>.

Conjectura-se desde já uma via de resolução do problema que apontámos: a transposição deste sistema para as transacções internacionais. Bastará que os outorgantes se apresentem diante de notários *do seu país* e que estes assegurem a regularidade substancial do negócio; será suficiente, porventura, que a lei que regule o problema da *admissibilidade da escritura electrónica à distância* seja a lei francesa, para que as respectivas regras autorizem este modo de contratação.

O raciocínio não colhe. Na verdade, mesmo no quadro da lei gaulesa, subsiste um obstáculo: o quadro legal admite a contratação electrónica à distância ocorrida *perante dois notários franceses*<sup>532</sup>. Nessa medida, se os outorgantes se situarem em países diferentes (ressalvando a hipótese de recurso aos serviços consulares) a lei francesa, mesmo que aplicável a este problema, não admite a constituição electrónica da hipoteca.

### **1.3. A aplicação ampliada das normas que prescrevem formalidades *ad substantiam* impostas pelos sistemas de notariado latino e que proibem o negócio hipotecário à distância.**

---

<sup>531</sup> Cfr. MICHEL GRIMALDI E BERNARD REYNIS, "L'acte authentique électronique", *Repertoire du Notariat Défrénois*, n.º 17/03, 2003, pp. 1023-1042, pp. 1024 e 1029; art. 20.º do *Décret n.º 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*. O legislador francês foi, assim, pioneiro a recolher a principal vantagem dos documentos electrónicos na prática notarial (cfr. UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 706).

<sup>532</sup> Esta conclusão decorre do art. 2417.º *Code Civil*, quanto aos imóveis situados em França: "*Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraire à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités*". Quanto aos negócios sobre imóveis situados noutro Estado, a inviabilidade retira-se porquanto as condições técnicas de celebração da escritura pública electrónica por dois notários diferentes (perante cada um dos quais comparece um dos outorgantes) apenas são concedidas aos tabeliães gauleses, o que espelha o problema identificado por UGO BECHINI, "Firma...", p. 767: a comunicação electrónica está modelada, em geral, apenas para as situações puramente internas.

O facto de a maioria das ordens jurídicas nacionais europeias prescrever intervenção notarial e ordenar a presença simultânea de credor e proprietário devedor não seria por si só um problema. *Por um lado*, nos negócios transnacionais, as partes podem livremente escolher a lei aplicável às obrigações contratuais (ainda que nenhuma conexão tenha com o caso); *por outro*, o negócio será formalmente válido desde que respeite as solenidades prescritas, alternativamente, pela lei do Estado onde qualquer das declarações negociais seja emitida, pela lei aplicável à substância do contrato ou ainda, se as partes emitirem as declarações negociais em países diferentes, pela lei do Estado onde qualquer das partes resida<sup>533</sup>.

Concretizemos. Não obstante os esforços de unificação do direito material (a nível global e comunitário) a aceitação da *contratação electrónica à distância* nos direitos reais sobre imóveis depende da sua admissibilidade pela lei nacional<sup>534</sup>. Ora, o sistema conflitual europeu

---

<sup>533</sup> É inequívoca a sujeição deste problema ao Regulamento Roma I, não obstante o seu art. 23.º ressaltar a aplicação de regras de conflitos especiais contidas em actos de direito comunitário e, como veremos melhor *infra*, a consagração do princípio do reconhecimento mútuo na directiva do comércio electrónico poder ser tida como regra de conflitos. Na verdade, mesmo que se aceitasse tal concepção, a directiva não apenas admite a sua derrogação no tipo de negócios de que aqui tratamos como o princípio do país de origem é estabelecido para as condições de prestação de serviços da sociedade de informação e não à determinação da lei aplicável à forma dos contratos celebrados electronicamente (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, "Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003, p. 600). No fundo, "el empleo de Internet como medio para la celebración de contratos internacionales no modifica normalmente la determinación de la ley aplicable" — PEDRO MIGUEL ASENSIO, *Derecho Privado de Internet*, 3.ª Edição, Civitas, Madrid, 2002, p. 498.

No que respeita à autonomia conflitual, cfr. n.º 1 do art. 3.º do Regulamento Roma I, solução herdada da Convenção de Roma de 1980 (n.º 1 do art. 3.º). A forma do negócio não se sujeita necessariamente ao estatuto contratual, aquele que seria à partida mais adequado aos interesses das partes, segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226, e ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, pp. 123ss. Na verdade, o âmbito da *lex contractus* é definido pelo legislador conflitual comunitário como compreendendo tão-somente a interpretação do negócio, o cumprimento das obrigações dele decorrentes, as consequências do inadimplemento total ou parcial dessas obrigações (nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respectiva lei de processo), as causas de extinção das obrigações, a prescrição e a caducidade e as consequências da invalidade do contrato (art. 12.º Regulamento Roma I).

Quanto à forma, considera-se válido o contrato que cumprir, *alternativamente*, as disposições da *lex contractus*, da lei do local onde seja emitida qualquer das declarações negociais, ou ainda, se as partes emitirem as declarações em países diferentes, a lei do Estado onde qualquer das partes tenha a residência habitual ao tempo da declaração (art. 11.º do Regulamento Roma I). Assim, o sistema internacionalprivatístico comunitário, em face do regime do Código Civil (aplicável aos contratos celebrados até 1994), subtrai uma conexão (a lei indicada pelas regras de conflitos do Estado onde o negócio foi celebrado [cfr. n.º 2 do art. 36.º CC], o que se explica em face da hostilidade da convenção ao reenvio [art. 20.º do Regulamento ROMA I], como aliás é próprio dos instrumentos de unificação conflitual — cfr. RUI MOURA RAMOS, "L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 143-170, p. 163; BERNARD DUTOIT, "The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts", *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 39-65, p. 64).

<sup>534</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável aos contratos...", p. 367, que enuncia os esforços de unificação material do regime jurídico dos contratos celebrados por meios electrónicos. A identificação da lei estadual que regula a admissibilidade deste modo de constituição da hipoteca é estritamente necessária, não devendo iludir-nos a ideia de que, em contratos intracomunitários e em face da directiva sobre comércio electrónico (que prescreve a necessidade de os Estados-Membros assegurarem a viabilidade da celebração de

em matéria contratual espelha um princípio de *favor negotii*, materializado na regra de conflitos sobre *forma dos contratos*: um sistema de conexão múltipla alternativa que considera o negócio válido desde que cumpridas as disposições de *uma* de cinco leis designadas<sup>535</sup>.

Nesta sequência, ainda que ambos os outorgantes pretendessem expressar o seu consentimento em Estados cujas leis impusessem formalidades presenciais, bastaria às partes eleger como *lex contractus* uma lei que prescrevesse *escrito particular* ou *liberdade de forma* (e admitindo a contratação electrónica neste tipo de negócios) para que a validade formal se desse por atingida<sup>536</sup>.

---

contratos através de meios electrónicos e que foi transposta por todos os Estados-Membros) seria irrelevante a identificação da *concreta lei* disciplinadora da aceitação da contratação electrónica: as ordens jurídicas no espaço comunitário sempre aceitarão esta via de conclusão de negócios bilaterais, em obediência à legislação comunitária. Esta argumentação não colhe, *em primeiro lugar*, porque a *transposição* é um conjunto de medidas, materiais e jurídicas, que um Estado-Membro adopta para perseguir o objectivo fixado pela directiva, pelo que as soluções materiais variam consideravelmente; *em segundo lugar*, porque o legislador comunitário excluiu expressamente da obrigação de aceitação da contratação electrónica não apenas todos os negócios jurídicos “*que criem ou transfiram direitos sobre bens imóveis*”, como também os contratos que exijam a intervenção de “*entidades públicas ou profissões que exercem poderes públicos*” (cfr. alíneas *a*) e *b*) do n.º 2 do art. 9.º da directiva do comércio electrónico); *em terceiro lugar*, porque a identificação da *lei competente* é sempre essencial na resolução de problemas conexos àquele cuja unificação subsiste. Voltaremos a este assunto *infra*, a propósito da proposta de unificação do direito hipotecário.

<sup>535</sup> Isto é, escolhendo a lei aplicável por referência ao resultado material pretendido: “*garantizar la armonía internacional de decisiones y facilitar el tráfico jurídico*” (PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Forma de los Actos Jurídicos (Capítulo XIV)”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12.ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 3-14, p. 7, e “La Autonomía...”, pp. 72 e 89; J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 207). *Vide*, sobre este intuito, HAROLDO VALLADÃO, “O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correira*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 773-785, p. 776 (“*a razão do princípio da lei mais favorável, quanto à forma extrínseca, apoiou-se moderadamente na ideia de que a forma é um requisito precário, secundário. Não deve nunca ser fundamental, inarredável*”); BERNARDO CORTESE, “Artículo 11.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (‘Roma I’): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)”, *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 809-817, p. 810; TITO BALLARINO, “Disciplina della forma”, *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 163-177, p. 168. Sobre a conexão múltipla alternativa enquanto mecanismo de materialização, cfr. ERIK JAYME, “Identité...”, p. 46; JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional Privado — Apontamentos das Lições ao 5.º Ano do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras de 1954-1955*, (policopiado), 1955, p. 56.

<sup>536</sup> Vejamos um exemplo. As regras de DIP no espaço europeu implicam que a celebração do negócio à distância e de modo telemático seja formalmente suficiente desde que tal seja permitido *por uma de cinco leis*: a lei que regular as obrigações contratuais (em princípio, escolhida pelas partes) (*i*), a lei do local onde for emitida a declaração negocial do primeiro outorgante (*ii*), a lei do Estado onde for proferida a vontade contratual do segundo contratante (*iii*), a lei do Estado onde reside o primeiro contratante (*iv*) ou a lei do Estado onde reside a contraparte (*v*). Ora, sendo a *lex contractus* escolhida pelas partes, bastará às partes designar *qualquer* legislação que o admita, podendo assim constituir à distância e por via electrónica uma garantia real sobre um imóvel.

Se A, residente em Portugal, pretende constituir a favor de B, instituição de crédito com sede na Alemanha, uma hipoteca sobre um prédio sito em Portugal, é sabido que estando A e B nos respectivos Estados de residência, o contrato será formalmente válido se corresponder à lei portuguesa (residência de A e local onde este emite a sua declaração negocial), à lei alemã (sede de B e local onde esta emite a sua declaração negocial) ou à lei reguladora do contrato. Ora, porque nem a lei portuguesa nem a lei alemã admitem a constituição, entre ausentes, de direitos reais sobre imóveis, as partes poderiam escolher como *lex contractus* uma qualquer lei que o admitisse, mesmo que não tivesse qualquer contacto com a relação jurídica em causa.



Rigorosamente, poderia concitar-se outra alternativa para além da sujeição da forma do negócio a lei que não impusesse controlo notarial: a celebração do contrato perante notário latino cuja *lex auctoris* admita *suporte electrónico do documento notarial* e *prestação à distância do consentimento das partes*. Isto é, mantendo-se a exigência da *escritura pública* na lei aplicável à forma mas atribuindo a sua redacção a notário cuja *lei estatutária* admita o suporte electrónico e a recolha das declarações de vontade à distância.

Entendamo-nos. Coloca-se aqui um problema da qualificação das normas que admitem o *suporte electrónico dos documentos públicos* e a *recolha das declarações de vontade por via telemática*.

Por um lado, alguma doutrina defende a subsunção dessas normas no conceito-quadro *forma*: estará em causa saber se a *exteriorização da vontade negocial* pode ocorrer através de *documentos electrónicos*, o que contende com a definição das formalidades necessárias à validade do contrato<sup>537</sup>. A ser assim, o negócio hipotecário à distância só será válido quando à forma seja aplicável uma lei que não imponha *solenidade notarial latina* (porquanto, vimos, as que estabelecem *escritura pública* não o permitem).

Por nossa parte, julgamos ser mais feliz *outra hipótese de qualificação*. Podem as normas sobre a celebração à distância da escritura qualificar-se como *regras sobre o exercício da função notarial*, já que o suporte electrónico não constitui uma nova classe documental (mas apenas uma expressão desmaterializada de um tipo de documento pré-existente) e a prestação do consentimento sem presença física constitui somente o *modo de exercício da função notarial*<sup>538</sup>.

---

<sup>537</sup> Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional...*, p. 277; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 123); J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Formalizar...", pp. 467 (que sublinha a relação incidível entre vontade e forma) e 472 (elencando a *formalidade electrónica* como uma das que podem ser estabelecidas pelo legislador); UGO BECHINI, "Firma...", p. 776 (que faz um paralelo com a assinatura autógrafa e valia do documento em papel, questão indiscutível cometida à lei reguladora da forma. O Autor reserva apenas duas questões que devem ser atribuídas à *lex attestationis*, isto é, a lei reguladora da constituição da assinatura digital: a questão da *validade de uma assinatura digital com certificado expirado* [i] e o problema dos poderes representativos da assinatura digital [ii]).

Há bons argumentos a fundar a validade desta *qualificação* (enquanto operação de identificação do conceito-quadro em que aquelas se subsumem, segundo ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 206). Com efeito, o conceito-quadro deve ser interpretado autonomamente, à luz da teologia própria do direito conflitual europeu (FERRER CORREIA, *cit.*, p. 205; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 460 [*"nesta interpretação deverão ser tidos em conta os fins do Direito Internacional Privado que estão subjacentes ao Direito de Conflitos unificado"*]); GERALDO RIBEIRO, "A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários", *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293, p. 275; STEFANIA BARIATTI, "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLII, n.º 2, 2006, pp. 361-376, p. 361), ideia expressamente afirmada pelo Acórdão TJCE de 14 de Outubro de 1976, *Eurocontrol*, proc. 29/76, *Colectânea da Jurisprudência*, 1976, pp. 1541, *Edição especial portuguesa*, pp. 629, n.º 5).

Nessa medida, ainda que a lei material do foro tratasse a aceitação dos meios electrónicos na contratação como questão distinta da forma negocial, o legislador conflitual comunitário quis abranger neste conceito-quadro todo e qualquer requisito de validade do negócio que se não ligue à sua substância. Efectivamente, se as normas sobre forma, seja no sentido da exigência de solenidade ou no da consagração de liberdade formal, desempenham várias funções (*"facilitação da prova, tutela do consentimento, controlo da legalidade do acto e, em certos casos, até a publicidade do acto ou o cumprimento de obrigações fiscais"*), as regras relativas à permissão de utilização de documentos electrónicos na contratação, *maxime* transmitidos através de meios telemáticos, cumprem as mesmas finalidades. Assim, quer o problema da *aceitação dos meios electrónicos para exteriorização da vontade*, quer a questão do *valor formal das declarações negociais assentes em documentos electrónicos* são compreendidos pelo conceito-quadro da forma negocial, pelo que deverão ser aí qualificadas as normas materiais versem sobre esse problema.

<sup>538</sup> Cfr. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Forma...", p. 3, e "La Autonomía...", p. 67 (aludindo à forma como *"manifestación externa de la voluntad"* e às *"formalidades de la forma"* como *"exigencia de cumplir reglas concretas para que determinados actos, dirigidos intencionalmente a producir concretos efectos jurídicos, existan como tales por haber cumplido aquéllas"*); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 167.

Esta qualificação tem subjacente a distinção entre *forma* e *formalidade* traçada por alguns Autores. Se no ensinamento de CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 392, a *forma* é necessariamente o *"acatamento de determinado formalismo ou de determinadas solenidades"* (por exemplo, o documento autêntico ou o documento particular enquanto modo de exteriorização da declaração negocial), para certa doutrina os conceitos não são sobreponíveis: a *forma* será o modo de exteriorização da vontade, ao passo que a *formalidade* constitui o conjunto de operações executado na sua expressão. Desse modo, numa escritura pública a *forma* é escrita (já que assenta num documento), embora a *formalidade* corresponda às operações a cargo do oficial público nos termos da lei

Isto é, a aceitação da escritura electrónica entre ausentes prender-se-ia com o *modo de actuação do oficial público*, cujas normas obedecem à regra *auctor regit actum* e são de aplicação territorial, ainda que a lei aplicável à forma do negócio seja outra<sup>539</sup>.

Nesta segunda qualificação, não obstante a prescrição das *solenidades notariais* enquanto *comportamentos declarativos* para a validade do negócio influenciar a exteriorização da vontade das partes (determinando a classificação do negócio como *formal ou solene* e, em consequência, a sua subsunção no conceito-quadro “*forma*”), o *suporte do documento* e o *modo de recolha do consentimento pelo notário* são cometidos à lei reguladora da função notarial (à semelhança das obrigações de arquivo, da língua do documento ou dos impedimentos do tabelião). Ora, ao assumir o papel de oficial público, o tabelião segue a disciplina das normas do Estado onde exerce autoridade (a *lex auctoris*), tal como os magistrados regem a sua acção pelas normas processuais do Estado onde actuam.

Aceitando esta qualificação, é possível atingir a validade formal do *negócio hipotecário à distância* mesmo que a lei reguladora da forma imponha documento autêntico: basta que as regras sobre o exercício da função notarial admitam a recolha do consentimento à distância e o suporte electrónico da escritura.

Simplemente, a hipótese é académica: só em França se admite a celebração de negócios à distância formalizados em documento autêntico e, mesmo aí, perante *dois notários franceses*. Isto é, não existe no espaço europeu lei notarial que preveja a possibilidade de, perante dois tabeliões de diferentes Estados, se exarar título constitutivo de hipoteca, pelo que mesmo qualificando a admissibilidade da escritura electrónica como *norma sobre o exercício da função notarial*, só pode atingir-se a validade formal do negócio hipotecário à distância sujeitando a *forma do negócio* a lei que não exija controlo notarial.

---

notarial (neste sentido, LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5.<sup>a</sup> Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, p. 290; HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte...*, p. 443). No DIP, demonstram PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, *cit.*, pp. 353-354, ser esta distinção, por vezes, muito difícil.

<sup>539</sup> Como vimos *supra*, o adágio *auctor regit actum* tem a sua origem na obra de J.-P. NIBOYET, "Le conflit...", pp. 397ss, e não é exclusivamente mobilizável aos tribunais mas a qualquer autoridade, cujo *funcionamento* se rege pela lei do Estado onde exerce poderes: é o caso do "*notaire, l'officier de l'état civil, le conservateur des hypothèques*" — FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 104; NIBOYET, *cit.*, pp. 400ss. No mesmo sentido, PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 16 ("*Il est certain que les règles procédurales d'élaboration des actes publics sont gouvernées par la lex auctoris*"); PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 351 ("*c'est à l'État qui institue un organe qu'il revient de préciser, d'une part, les conditions de fonctionnement, d'autre part, la portée qu'il s'attache à ses actes*"); PIERRE MAYER, *La distinction...*, p. 132; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'Acte Public...*, p. 286. Trata-se de um princípio de fácil aceitação porquanto é especialmente evidente: é incontestável que um oficial público actue nos termos da lei do Estado que o institui. O seu fundamento estará na delegação de soberania nas autoridades notariais (CALLÉ, *cit.*, p. 42 — "*La délégation de souveraineté, comme fondement de l'activité notariale, est difficilement contestable*"; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS e SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 495 — "*razones de soberanía, en sentido estricto, han justificado de siempre este principio*"). Note-se, porém, que o brocardo não se dirige a todos os elementos do acto notarial: inúmeras vezes o tabelião aprecia a capacidade das partes, a substância do negócio ou as exigências de forma à luz de lei estrangeira. O princípio dirige-se às normas definidoras dos poderes do oficial e modo de exercício da sua actividade (cfr. MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 26). Mesmo desnecessariamente, o princípio encontra acolhimento positivado no DIP espanhol (n.º 3 do art. 11.º do Código Civil), dirigido aos funcionários consulares que exerçam funções notariais (entende-se que a sua previsão visava afastar a regra *locus regit actum* quanto às solenidades notariais porquanto estes oficiais se encontram fora de Espanha). Sobre a regra, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Forma...", p. 13; FERNÁNDEZ ROZAS e SÁNCHEZ LORENZO, *cit.*, pp. 493ss; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 365-404, p. 369; ELISA PÉREZ VERA, "Validez formal de los actos y negocios jurídicos", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 65-84, p. 74.

Sublinhe-se, ainda, que ligada a esta regra está a imunidade jurisdiccional dos actos do notário: o seu *officium publicum* implica que se tenha como acto de *ius imperii* a exaração de documentos autênticos. Assim, só o tribunal do Estado de que o notário provém tem poderes para afastar os efeitos acrescidos que atribuiu aos documentos exarados por aquele oficial (cfr. PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 389).

A conclusão não é, porém, tão linear. Na verdade, cremos que as formalidades (*ad substantiam*) exigidas pelos sistemas de notariado latino, onde o tabelionato desempenha um papel preventivo de conflitos e assegura um superior nível de certeza jurídica, gozam de âmbito de aplicação alargado, impondo-se quando a lei onde aquelas disposições se encontram seja *lex contractus* ou *lex rei sitae*. De outro modo, julgamos que a *formalidade de constituição de garantias imobiliárias* rege-se-á pela *lex contractus* ou pela *lex rei sitae*, quando uma destas prescreva a intervenção de uma entidade com funções notariais inserida num sistema de tabelionato latino. Vejamos melhor a nossa tese.

### ***1.3.1. A lex contractus estabelece a necessidade de controlo da legalidade do negócio como formalidade ad substantiam.***

Como vimos *supra*, a *lex contractus* não disciplina, em regra, a forma do negócio mas apenas as obrigações dos outorgantes. Segundo julgamos, porém, caso a lei aplicável às obrigações contratuais<sup>540</sup> prescreva a titulação do contrato por tabelião inserido num sistema

---

<sup>540</sup> Num negócio constitutivo ou translativo de direito reais sobre imóveis, a *lex contractus* será a lei escolhida pelas partes ou, na falta de escolha, a lei do Estado onde o prédio se situar (alínea *c*) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I). Face à solução que constava do n.º 3 do art. 4.º da Convenção de Roma, há uma menor *flexibilização* do juízo conflitual: no instrumento de 1980 prescrevia-se que o contrato, na falta de escolha, rege-se-ia pela lei que apresentasse uma conexão mais estreita com aquele (estabelecendo-se uma *não-regra* que carece de concretização, nas palavras de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet e Tribunal Competente", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 159-225, p. 170, embora se presumisse que a lei com maior contacto seria a *lex rei sitae* [n.ºs 1 e 3 do art. 4.º da Convenção]). Isto é, ao invés de um elemento de conexão, estabelecia-se o *princípio da proximidade* (RUI MOURA RAMOS, "L'adhésion...", p. 165). Já o regulamento Roma I determina a *aplicação da lei da situação da coisa* (isto é, apresenta a situação da coisa como elemento de conexão — alínea *c*) do n.º 1 do art. 4.º), admitindo todavia a sua substituição através de uma cláusula de exceção aberta. Apresentam-se, portanto, dois mecanismos de *flexibilização do DIP conflitual* ou de *justiça do caso concreto* (nos dizeres de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 449). No primeiro, atribui-se ao intérprete a valoração a atribuir aos diferentes laços; no segundo, há uma indicação conflitual derogável pelo intérprete quando a situação apresenta uma ligação mais estreita com outro Estado. Em qualquer dos casos, há uma preponderância da justiça concreta, sacrificando, de algum modo, a segurança jurídica (RUI MOURA RAMOS, "Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado", *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 93-124, p. 110, e "A Reforma de 1977 e o Direito Internacional Privado da Família", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 203-221, p. 217, a propósito da *open-ended rule* da parte final do n.º 2 do art. 52.º CC). Aliás, a *menor flexibilidade* é uma nota generalizada do Regulamento Roma I face à Convenção de Roma (PATRIZIA DE CESARI, "«Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «Norme di applicazione necessaria» nel Regolamento Roma I", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 257-272, p. 258; FRANCO FERRARI, "La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de Règlement Rome I", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 115-149, p. 122; LUCIANO GAROFALO, "Diritto comunitario e conflitti di leggi — Spunti sulle nuove tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo emergenti dal Regolamento Roma II", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 413-431, p. 416; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470, p. 463).

de notariado latino puro<sup>541</sup>, não será apenas a *substância* do negócio como a sua *forma* a subordinar-se àquela lei, não obstante a *conexão múltipla alternativa* tendente ao *favor negotii* que resulta da regra de conflitos.

Entendamo-nos. Se a *lei da substância* impõe a titulação do negócio em documento autêntico no intuito de assegurar o controlo do cumprimento das suas próprias disposições materiais por um oficial público (o que acontecerá nos sistemas de notariado latino que exijam documento autêntico para a constituição da garantia como formalidade *ad substantiam*), a imposição condicionará a forma negocial: se a lei da substância prescreve uma solenidade com o objectivo de garantir o cumprimento *da lei que regulará o contrato*, cominando com a *invalidade substancial* o negócio que não seja exarado por oficial público *depois de certificado o cumprimento das disposições da lei da substância*, é evidente que a solenidade da *lex contractus* impor-se-á, pois a imposição diz respeito ao regime *substantivo do negócio*. No fundo, se a *ratio* da imposição da formalidade é o controlo da legalidade substantiva do negócio, a obrigação emana da *lex contractus* enquanto requisito substantivo para a validade material<sup>542</sup>.

Nada do que aqui dizemos é novo. A prescrição da escritura pública enquanto solenidade negocial *de que depende a validade material do negócio* sempre implicou, em vários domínios, um desvio das opções conflituais quando o intuito da sua imposição radica na intervenção de oficial que garanta a regularidade substancial do acto. Desde os tempos em que o sistema conflitual assentava, quanto à forma dos actos jurídicos, no princípio

---

Sem que a diferença seja determinante, parece que o mecanismo da cláusula de excepção será mais exigente para o julgador, porquanto a derrogação da opção legislativa carecerá de uma fundamentação mais aturada. Julgamos ser esta a opinião de LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 451, e "Rome I Regulation: Some Controversial Issues", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 242-257, p. 250, quando sustenta que a utilização da cláusula de excepção depende de uma ligação "*manifestamente mais estreita com outro Estado*" [sublinhado nosso] e de FERRER CORREIA, ao explicar que o mecanismo da *não-regra* pode gerar "*flutuação da jurisprudência, a imprevisibilidade das decisões judiciais — ao fim e ao cabo a incerteza jurídica*". Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A revisão do Código Civil e o direito internacional privado", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 279-307, p. 293. Sobre as cláusulas de excepção, *vide*, p. todos, RUI MOURA RAMOS, "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 295-323, pp. 295ss.

<sup>541</sup> Falamos em *sistema de notariado latino puro* para referir os ordenamentos que subordinam a validade *substantiva* do negócio constitutivo da hipoteca à sua titulação em documento autêntico, exarado por oficial público.

<sup>542</sup> A validade *substancial* do negócio depende do formalismo das declarações negociais; por esta razão, a prescrição de uma forma legal cuja inobservância implique a *invalidade* ou *ineficácia* do negócio é apelidada de "*forma ad substantiam*" — HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte...*, p. 445; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria...*, Vol. II, p. 70; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria...*, Vol. III, p. 88. Ora, uma das razões inerentes à prescrição da escritura pública é justamente o interesse de que o negócio seja legalmente válido — cfr. MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 24.

A reforçar esta missão, a *comunitarização do direito* vem implicando um novo efeito: o notário tem a missão de *agente da boa aplicação do direito da União Europeia*, porquanto nesses domínios lhe caberá o controlo de todo o direito aplicável, incluindo a desaplicação de normas internas que contradigam regras comunitárias mobilizáveis ao caso. Sobre este *novo aspecto*, *vide* CYRIL NOURISSAT, "Brèves observations sur un autre aspect de la «communautarisation» de la pratique notariale", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 227-244, pp. 231ss.

tradicional de raiz estatutária *locus regit actum*<sup>543</sup>, a eleição da lei local enfrentava desvios quando a lei competente para a *substância* do negócio prescrevia documento autêntico. Isto é, desde o século XIX, o domínio da lei da substância que exigisse intervenção de oficial público sob pena de invalidade ou ineficácia do negócio estendia-se à forma negocial, afastando a sua sujeição à *lex loci*<sup>544</sup>.

---

<sup>543</sup> A perspectiva tradicional (desde a *teoria dos estatutos*) submetia o problema da forma à lei do local da celebração, opção conflitual que pretendia assegurar a fluidez do comércio jurídico e que constituía “one of the oldest rules in European conflicts law” (HENRI BATIFFOL, “Form and Capacity in International Contracts”, *The Conflict of Laws and International Contracts*, SUMMER INSTITUTE ON INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, University of Michigan Law School, Michigan, 1949, pp. 103-111, p. 103). Ensinava JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Portuguez Anotado*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, p. 40 (anotação ao art. 24.º) que “o princípio locus regit actum assenta na dificuldade ou impossibilidade de alcançar no estrangeiro revestir os actos das solemnidades da lei nacional”. A escolha da conexão apresentava um propósito material, tendendo à validade do negócio: “quem opta por celebrar um negócio jurídico em determinado país pode facilmente informar-se, no local, dos requisitos formais que deve satisfazer. Por outro lado, quando a celebração do acto exige a intervenção de uma autoridade pública, esta autoridade está mais familiarizada com a lei local do que com uma lei estrangeira”. Cfr. DULCE LOPES, et al., *Parte especial de Direito Internacional Privado — Estatuto Negocial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, consultado em 10 de Dezembro de 2009, p. 6; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 159; SABINE CORNELOUP, *La publicité des situations juridiques — une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2003, p. 265. É por isso que, segundo LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 274, em certos casos “the rule «locus regit actum» imports a mere faculty, it does not involve any compulsion or restriction upon the parties”. Sobre a sua superação vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. III, Coimbra, 1983, pp. 1-92, p. 34.

A expressão liga-se às origens históricas do direito internacional privado. Como é sabido, este ramo jurídico remonta aos conflitos entre os estatutos das cidades italianas e holandesas e das províncias francesas (cfr. nota n.º 110). Todavia, para evitar confusões entre a lei reguladora da *forma* e da *substância*, propõe FRANÇOIS RIGAUX, “La force probante des écrits en droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 50, n.º 1, 1961, pp. 1-82, p. 9, a sua substituição por *locus regit instrumentum*, porquanto o “actus” pode ser confundido com o *negotium* — sujeito à *lex contractus*.

<sup>544</sup> Além deste desvio, sobre que nos debruçaremos, repare-se que na idade média o princípio *locus regit actum* não era mobilizado nos negócios de constituição ou transmissão de direitos reais sobre coisas corpóreas, deixando-se esta matéria ao domínio da *lex rei sitae* (cfr. LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 267).

A título de exemplo, atente-se no legislador português oitocentista: estabelecendo que à substância do testamento e das convenções antenupciais se aplicava a lei da nacionalidade dos respectivos outorgantes (arts. 24.º e 27.º do Código de Seabra), adoptava plenamente o princípio *locus regit actum*, determinando que “a forma externa dos actos será, todavia, regida pela lei do país onde forem celebrados, salvo nos casos em que a lei expressamente ordenar o contrário” (sublinhado nosso). Ora, nestas situações excepcionais incluíam-se a *forma do testamento e das convenções antenupciais*, negócios que, à luz da lei portuguesa, se sujeitavam ao controlo de um oficial público. Na verdade, atendendo às normas materiais do Código de Seabra (art. 1910.ºss), o testamento podia assumir várias formas sendo que todas elas implicavam a intervenção de um oficial público responsável por certificar o cumprimento da lei portuguesa, enquanto reguladora da substância. Igualmente, as convenções antenupciais, nos termos do art. 1097.º do Código de Seabra “não terão validade, se não forem celebradas em escriptura pública”, determinando-se o controlo preventivo da legalidade.

Ora, para tais negócios, em que o *legislador material* havia demonstrado preocupações de forma relacionadas com a substância do negócio, o *legislador conflitual* afastava o elemento de conexão *local de celebração*, determinando forçosamente a intervenção de um oficial público, ainda que tal não fosse imposto pela *lex loci*: quanto às convenções antenupciais, art. 1106.º e, quanto ao testamento, art. 1961.º do Código de Seabra: “Os testamentos, feitos por portugueses em país estrangeiro, produzirão os seus efeitos legais no reino, sendo formulados autenticamente, em conformidade com a lei do país onde forem celebrados”. Ou seja, uma vez que a lei material portuguesa estabelecia a necessidade de controlo da legalidade e regularidade da vontade do testador através de um oficial público, afastava-se o princípio do *locus regit actum* sempre que aqueles negócios fossem submetidos à lei pátria, prescrevendo-se um documento autêntico (exarado nos termos da lei local) ainda que a lei do Estado onde o testamento é celebrado o não exigisse. No fundo, determinava-se que a lei da substância, ao impor o controlo preventivo da legalidade por um notário, alastrava o seu domínio à própria forma. Neste sentido, JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional...*, p. 65: “o que no fundo quis exigir foi a intervenção de um oficial público, pois é este o

Este princípio vigora em todos os negócios jurídicos, como ensina LIMA PINHEIRO: “A exigência de forma autêntica, quando feita para assegurar o controlo da legalidade do acto, compete logicamente à lei da substância, visto que se trata de assegurar a conformidade do acto com esta lei”. A doutrina concorda que sempre que a *lex negotii* prescrever, sob pena de *invalidade substancial do negócio*, a intervenção de oficial público com o intuito de proceder ao controlo da legalidade material, será a forma do contrato determinada por aquela lei, ainda que as leis indicadas pelos demais elementos de conexão não obriguem a tal formalidade<sup>545</sup>.

---

*elemento que define a autenticidade da forma, segundo o nosso direito*”. Concordante, mas mais cautelosa, era a posição de TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos...*, Vol. II, pp. 90-92: segundo o Autor, o testamento e as convenções antenuptiais constituiriam excepções pontuais impostas por interesse público e não um princípio geral a todos os actos solenes.

A mesma solução constava do regime italiano anterior a 1995 (cfr. TITO BALLARINO, "Norme...", pp. 725 e 729, e *Diritto...*, p. 629) e decorre do n.º 2 do art. 65.º CC Português (que exige a forma autêntica sempre que seja determinada pela lei da substância sob pena de nulidade substancial do negócio, como por exemplo determina o art. 2223.º CC para os testamentos elaborados por português no estrangeiro).

Em sentido contrário, JOSÉ DIAS FERREIRA, *Código Civil Português Anotado*, Vol. III, 2.ª Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894, p. 471, sustentava que a exigência de documento autêntico segundo a lei local pretendia apenas que a forma do testamento tivesse força probatória plena no direito local, tivesse ou não intervenção de oficial público: “*Ser formulado autenticamente o testamento de português em país estrangeiro é ter a autenticidade determinada pelas leis dos países onde for celebrado, porque só assim faz completa prova em Portugal*”. Como se percebe, esta posição resulta do facto de os Autores considerarem a exigência formal como prescrição *ad probationem*, e não *ad substantiam*. Ora, na esteira de JOSÉ DIAS MARQUES, cremos que a formalidade do testamento prescrita no Código de Seabra, carecendo sempre da intervenção de oficial público em qualquer das suas modalidades, se dirige a um controlo de legalidade, pelo que a exigência de uma *forma autêntica* pretende que intervenha um oficial público.

<sup>545</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 355-356; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", ("Estas formas constituyen una variante, aun más estricta, de las llamadas formas solemnes, formas necesarias para la validez misma de un acto jurídico. Se rigen, como se verá, por la Ley estatal que regula el fondo del acto"); YVON LOUSSOUARN E JEAN-DENIS BREDIN, *Droit du Commerce International*, Sirey, Paris, 1969, p. 592 ("les principales difficultés concernent, d'une part, les formes solennels dont on a soutenu qu'elles tendraient à protéger consentement et intéresseraient non la forme mais le fond du contrat"); MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 27 ("la loi du fond est compétente pour poser l'exigence de l'authenticité de l'acte"); PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Areópago...", p. 373 ("pour prendre en exemple en dehors de la matière des testaments, la donation, contrat solennel du droit français, ne devrait, lorsque la loi française en régit le fond, intervenir à l'étranger qu'en la forme authentique"); BALLARINO ("Norme...", p. 720 [sustentando que a lei da substância determina o requisito formal necessário à validade do negócio, cabendo à lei local realizar as suas exigências]; *Diritto...*, p. 629 ["Qui siamo al di fuori dello statuto della forma: poiché il modo in cui il negozio è realizzato provoca una modificazione del suo contenuto giuridico, su questo effetto dovrà decidere la lex substantiae"] e *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1970, p. 19); CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'Acte Public...*, p. 25 ("La nécessité de l'intervention d'un organe publique résulte de la règle applicable au rapport"); PAUL LAGARDE, "The European Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations: An Apologia", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 1981-1982, pp. 91-104, p. 102; M. HANS LEWALD, "Droit...", p. 325; ERNST RABEL, *The Conflict of Laws — A comparative study*, Vol. II, Callaghan & Company, Chicago, 1947, p. 508; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 496 (sublinhando que esta solução só é de seguir nos casos em que a *lex contractus* impõe a formalidade sob pena de nulidade, e já não nos casos em que estabelece apenas a sanção da inoponibilidade); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 278; REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté...", p. 21; REMIGIO PERCHINUNNO, "Brevi note in tema di forma", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 181-188, p. 183; HENRI BATIFFOL, "Form...", p. 106 ("it concerns the substance, as the law governing form determines how the formalities should be executed, and the law governing substance fixes which formalities ought to be complied with"). Repare-se, aliás, que esta solução colhe apoio expresso pelo DIP alemão, onde se estabelece (n.º 4 do §11 EGBGB) que "Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das auf das seinen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist", constituindo assim uma excepção do princípio do *favor negotii* (JAN VON HEIN, "Party...", p. 108).

Esta visão é não apenas consagrada na jurisprudência pátria (porquanto o Conselho Técnico do IRN entende que a exigência de *instrumento autêntico* imposta pela *lex contractus* determina necessariamente o seu cumprimento, independentemente das formalidades aceites pelas demais leis em contacto) como conhece consagração nos direitos conflituais internos de diversos países<sup>546</sup>.

Importa notar, porém, que o direito conflitual europeu chama alternativamente várias leis à forma do negócio, sem que a norma do art. 11.º do Regulamento Roma I contenha qualquer disposição similar àquela que conhecemos das leis conflituais portuguesa, espanhola e alemã, que dão apoio legal expresso ao que aqui defendemos e postulam a qualificação *substância* para as regras que determinam tal solenidade<sup>547</sup>.

---

Sobre o notariado latino e a função de controlo da legalidade, cfr. MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva...", pp. 113-114. Quanto ao âmbito do controlo de legalidade, *vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 114-116.

Repare-se, porém, que nem todos os sistemas de notariado latino estabelecem a intervenção notarial como requisito *ad substantiam*, cominando com a invalidade o negócio que não tiver respeitado a solenidade prescrita. Como vimos, os direitos espanhol e francês estabelece (na generalidade dos direitos reais sobre imóveis, mas não na hipoteca) que o incumprimento da escritura pública impede o registo mas não gera a invalidade, porquanto é uma exigência *ad probationem*. Todavia, no estrito caso da hipoteca, o requisito da escritura pública é uma formalidade *ad substantiam* — cfr. art. 2416.º do *Code Civil* e art. 145.º da *Ley Hipotecaria*, bem como a doutrina que citámos na nota n.º 528.

<sup>546</sup> Na jurisprudência, cfr. Parecer do Conselho Técnico do IRN (P.º R.P. n.º 223/2010 SJC-CT), de 26 de Maio de 2011, relatado por MADALENA TEIXEIRA: "a exigência de forma feita pela lei do negócio (da substância do negócio), tendo em vista o interesse público (ou de ordem pública) de impedir a realização de actos nulos, designadamente através do controlo de legalidade por parte da entidade titular (cfr. artigo 17.º do CN), revela preocupações ligadas com o regime da própria substância do negócio, ficando, como tal, recoberta por esta qualificação". No mesmo sentido (indo aliás mais longe do que propugnamos), *vide* Parecer n.º 76/92, do Conselho Técnico DGRN (*cit.* nota n.º 517) pp. 5-32. Discordamos, porém, da fundamentação dada à conclusão deste aresto (*vide infra*, nota n.º 550, *in fine*).

No direito positivo, *vide* designadamente, o n.º 1 do art. 36.º, parte final, do Código Civil Português (determinando a aplicação forçosa da lei da substância se esta "exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro"); o n.º 2 do art. 11.º do Código Civil Espanhol ("Si la ley reguladora del contenido de los actos y contratos exigiere para su validez una determinada forma o solemnidad, será siempre aplicada, incluso en el caso de otorgarse aquéllos en el extranjero"); o n.º 4 do §11 EGBGB ("Ein Rechtsgeschäft, durch das ein Recht an einer Sache begründet oder über ein solches Recht verfügt wird, ist nur formgültig, wenn es die Formerfordernisse des Rechts erfüllt, das an dessen Gegenstand bildende Rechtsverhältnis anzuwenden ist"). Sobre o conteúdo destes comandos nos pronunciaremos *infra* com maior detalhe.

<sup>547</sup> Cfr. nota anterior, onde transcrevemos o conteúdo destas disposições.

Como é sabido, o preceito conflitual do direito pátrio chama para regular a forma do negócio, em alternativa, a lei da substância e a lei do local de celebração. Todavia, determina a aplicação forçosa da lei da substância se esta "exigir, sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de determinada forma, ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro" (n.º 1 do art. 36.º CC), o que implica que sempre que for determinada uma formalidade *ad substantiam*, a exigência da lei da substância impõe-se (DULCE LOPES, et al., *Parte especial de DIP — Estatuto Negocial*, p. 6; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 355-356). Esta solução decorre, ainda de forma mais clara, do art. 11.º do Código Civil Espanhol, onde se prevê especificamente no n.º 2 a sujeição obrigatória à lei reguladora da substância as formalidades *ad substantiam*, reservando a conexão múltipla alternativa para as exigências de forma *ad probationem* — *vide* JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, pp. 488ss; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "La eficacia...", p. 372; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", pp. 103ss (que, aliás, defende ser a regra castelhana uma cópia da norma lusa — p. 109). No direito alemão (n.º 4 do §11 EGBGB), quando a lei remete a forma para a lei aplicável à relação jurídica subjacente, entende alguma doutrina dever a referência ver-se entendida à *lex rei sitae*, mesmo que não seja esta a lei reguladora do negócio (cfr. JAN VON HEIN, "Party...", p. 108; PAUL LAGARDE, "Sur la loi...", p. 159).

Importa fazer dois sublinhados no que concerne à posição de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, pp. 228, quanto à disposição portuguesa. *Em primeiro lugar*, o Professor defende não estar aqui

A solução não é todavia incompatível com o normativo europeu, porquanto o problema que aqui se coloca é a *qualificação* das normas que prescrevem o controlo da legalidade por oficial público. Ora, dependendo a caracterização do *conteúdo e função* das normas materiais<sup>548</sup>, uma regra jurídica que subordina a *validade substancial do negócio* ao cumprimento de certa solenidade orientada com o propósito de impedir o nascimento de negócios *substancialmente* inválidos ou ineficazes deve ser qualificada no âmbito do *estatuto*

---

consagrado um sistema de conexão múltipla alternativa, porquanto as duas conexões se não encontram num regime de verdadeira igualdade: a lei do local de celebração só será aplicada no caso de a lei da substância não formular a supracitada exigência. *Em segundo lugar*, entende o Autor não se poder retirar do inciso a conclusão que formulámos (a imposição de escritura pública como formalidade *ad substantiam* pela *lex contractus* obriga a que esta formalidade seja seguida). De acordo com o Professor, a norma da segunda parte do n.º 1 do art. 36.º apenas abrange normas materiais que expressamente determinem a escritura pública em negócios celebrados no estrangeiro ou que sejam chamadas forçosamente por uma regra de conflitos da *lex contractus*. Em sentido ainda mais restritivo (abrangendo neste inciso somente as disposições internacionalmente imperativas da *lex substantiam*) cfr. FERNANDO PIRES DE LIMA e JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 77, e FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos...*, p. 94. Voltaremos a este problema *infra*, na nota n.º 550.

<sup>548</sup> Utilizamos a expressão “*regras materiais*” não no sentido de normas substantivas mas como oposição a *regras de conflitos* — normas de segundo grau que não disciplinam relações jurídicas mas escolhem a lei mais apta a fazê-lo. Assim, preceitos referentes à forma dos negócios jurídicos são entendidos, neste sentido, como *normas materiais*, apesar de não constituírem regras de direito substantivo (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 47, nota n.º 46: “*as regras materiais podem ser substantivas ou processuais*”).

Sobre a natureza das regras de conflitos (na posição ora expressa), cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 261; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 65, e *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998, pp. 8, 18 e 104; BERNARD AUDIT e LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 93; HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 412 (não obstante LIMA PINHEIRO apontar os professores como partidários da tese oposta, o seu alinhamento pela natureza aqui sufragamos é inequívoco: “*La règle de conflits est donc par nature «indirecte» en ce sens qu'elle ne donne pas elle-même de solution au problème en jeu, mais désigne seulement la loi qui la donnera*”); ALBERTO XAVIER, *Direito...*, p. 75; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, “Las normas materiales de Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVI, n.º 3, 1963, pp. 425-457, p. 425; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005, p. 457. Em sentido oposto, entendendo que as regras de conflitos são normas materiais de regulação indirecta, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. I, p. 257, e *Da qualificação...*, p. 17; LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 48, e “A triangularidade do direito internacional privado”, *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 225-293, p. 226; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado: sumários*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999, p. 14; EDOARDO VITTA, “Diritto Internazionale Privato”, *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Vol. VI, UTET, Torino, 2004, pp. 227-279, p. 242.

Por nossa parte, e como se percebeu *supra*, cremos ser muito difícil vislumbrar na regra de conflitos uma *regula agendi*, ainda que de regulação indirecta. O que está em causa é, pelo contrário, a *escolha das regulae agendi* e, neste sentido, *regulae decidendi*. Ao invés do que defende LIMA PINHEIRO, *cit.*, aceitar a concepção coimbrã não significa atribuir ao DIP uma função exclusivamente judiciária, chamando-o apenas quando um tribunal se ocupasse de um litígio. O problema da lei aplicável é suscitado extrajudicialmente, nomeadamente quando as partes negociam um contrato e procuram ordenar as suas condutas. Simplesmente, não é a regra de conflitos que vai ordenar materialmente a sua conduta: vai tão-somente indicar as regras materiais que o farão. Ademais, a consideração de *regras de conflitos* como *regulae agendi* implicará aceitar que o objecto da regra de conflitos é a “*situação transnacional ou um seu aspecto*” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 434), o que contradiz a doutrina maioritária nesta matéria (cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 66).

Por outro lado, repare-se que aceitar a natureza de *normas sobre normas* e não de *normas materiais de regulação indirecta* conduz a resultados francamente mais satisfatórios no que concerne à influência do tempo nos problemas conflituais — designadamente quando surjam alterações legislativas no quadro da lei designada competente pelo direito internacional privado. Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 192ss e, na perspectiva oposta, LIMA PINHEIRO, *cit.*, pp. 465ss.



*contratual*<sup>549</sup>. No fundo, o estabelecimento de uma formalidade *ad substantiam* dirigida ao controlo da legalidade do negócio é tida como a prescrição de uma “*forma intrínseca*”, exigida por razões atinentes ao regime de direito material do negócio (nomeadamente a sua legalidade substantiva), pelo que a qualificação *substância* prevalece aqui sobre a qualificação *forma*<sup>550</sup>.

---

<sup>549</sup> Repare-se que usamos o sistema pátrio de qualificação (postulado pelo art. 15.º CC) também perante regras de conflitos de fonte comunitária. Na verdade, não existindo orientação europeia sobre este problema, parece que a única limitação é o respeito pela *interpretação autónoma* dos conceitos-quadro dada pelo Tribunal de Justiça, descartando-se uma qualificação exclusivamente *lege fori* (HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 258, e ANDREA BONOMI, "Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Vol. XIV*, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 1-54, p. 35), mesmo por respeito ao princípio da paridade de tratamento das diferentes ordens jurídicas (cfr. GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 272). Tal decorre, aliás, do Acórdão *Eurocontrol* (cit. nota n.º 537). A única dissemelhança que pode aqui existir é, eventualmente, nos *padrões de interpretação* desses conceitos-quadro (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The methodology and the general part of the Portuguese Private International Law Codification: a possible source of inspiration for the European Legislator?", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 153-172, p. 165), que dependerá mais intensamente de uma comparação dos direitos internos (MARIA HELENA BRITO, "A utilização...", p. 130). Em sentido convergente, é este o método de qualificação utilizado por ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 576, no domínio do Regulamento Roma II.

No fundo, a qualificação reconduz-se à mobilização concreta do DIP e, por isso, cabe necessariamente ao intérprete-aplicador; é ele quem escolhe o *mais correcto*, o *melhor* sistema de qualificação, o que leva a doutrina a postular justamente o método que seguimos (cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VI, 2006, pp. 393-415, pp. 414-415).

<sup>550</sup> Cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 355-356; ANTOINE PILLET, *Principes...*, p. 473 ("*les éléments improprement appelés formes intrinsèques n'étant autre chose que les conditions de fond de l'acte juridique*"); TITO BALLARINO, "Norme...", p. 720; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Lei Aplicável a uma Sucessão por Morte Aberta em Hong Kong", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 347-373, p. 352, e "Testamento Público", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 207-220, pp. 212ss; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 278 (que entende que a omissão no acto comunitário sobre lei aplicável aos contratos não contende com o facto de que é a lei aplicável a substância que determina a exigência de acto autêntico, o que se explica por via da qualificação das respectivas normas); P. LOUIS-LUCAS, "La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 175-205, p. 180; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 5.

Ligado a este assunto, está o problema de interpretação da parte final do n.º 1 do art. 36.º CC, quanto à questão de saber quais os casos em que se dá a aplicação forçosa da lei da substância; isto é, quais são os casos em que esta lei determina a observância de certa forma "*ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro*".

Três alternativas se colocam.

A *primeira* será a de entender a aplicabilidade forçosa da *lei da substância* apenas nos casos em que uma norma especial dessa lei determine a sujeição a determinada forma de certa categoria de negócios celebrados no estrangeiro (à semelhança do que faz o legislador português no art. 2223.º para os testamentos [pelo menos para as sucessões abertas antes de 17 de Agosto de 2015, data de entrada em vigor do Regulamento 650/2012]). Como se percebe, esta interpretação reduz de sobremaneira o âmbito útil desta disposição, já que não são frequentes tais regras — não existindo, por exemplo, no direito português para os negócios jurídicos em geral, não parecendo ser de aceitar uma interpretação de tal forma restritiva. É a posição defendida por FERNANDO PIRES DE LIMA E JOÃO ANTUNES VARELA, *Código...*, Vol. I, p. 77, e FLORBELA DE ALMEIDA PIRES, *Conflitos...*, p. 94. Repare-se que ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Lei Aplicável a uma Sucessão...", p. 352, e "Testamento...", p. 213, segue esta interpretação embora, como vimos *supra*, através da qualificação, considere que as normas notariais se incluem no estatuto negocial.

A *segunda possibilidade* é sufragada por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 228. De acordo com esta tese, a aplicação necessária da lei da substância ocorre *quer* nos casos de determinação material especial *como também* quando a regra de conflitos da *lex contractus* indique a aplicação da lei da substância. Isto é, quando o

Nessa medida, mesmo na falta de previsão expressa da aplicação forçosa da *lex contractus*, a operação de qualificação sempre implicará que as regras daquela lei que imponham uma formalidade *ad substantiam* sejam chamadas a título de *lex contractus*, qualquer que seja o local de celebração do negócio<sup>551</sup>. Assim, deve concluir-se que as normas que prescrevem a intervenção de um oficial público num sistema de notariado latino, porque

---

art. 36.º manda aplicar a lei da substância “ainda que o negócio seja celebrado no estrangeiro”, está a referir-se aos casos em que tal lei se considera competente para regular a forma dos negócios jurídicos plurilocalizados.

A tese impressiona, porquanto se sustenta no princípio da harmonia jurídica internacional que perpetra todo o sistema português de DIP: no fundo, o legislador abdica do seu juízo alternativo (ou *quase* alternativo — cfr. nota n.º 547) para determinar a aplicação da *mesma lei* que será aplicada no Estado da *lex contractus*.

Simplesmente, o Professor vê-se obrigado a contradizer o seu próprio raciocínio (ainda que, porventura, sem o auxílio do art. 36.º): com efeito, ao mesmo tempo que defende que a prevalência da lei da substância se dá somente nos casos em que esta determina a sua própria aplicação, argumenta também que a “*exigência de forma autêntica, quando feita para assegurar o controlo da legalidade do acto, compete logicamente à lei da substância, visto que se trata de assegurar a conformidade do acto com esta lei*”. Nessa medida, além dos casos excepcionais que identifica para o art. 36.º, abrange mais um: aquele em que a *lex contractus* prevê a observância de forma autêntica com intervenção de oficial público, o que parece dar razão à interpretação de BAPTISTA MACHADO para a última parte do preceito do n.º 1 do art. 36.º CC: os casos em que a prescrição da forma se liga a objectivos de legalidade material.

Com efeito, a solução recomendada por BAPTISTA MACHADO, *ibidem*, (a terceira possibilidade) entende o inciso final abrangendo os casos em que o direito material da *lex contractus* determina, para certas categorias de contratos e sob pena de nulidade ou ineficácia, a observância de certa forma. Isto é, aplicar-se-á a lei da substância sempre que, atendendo aos interesses substantivos (nomeadamente, o controlo da legalidade por oficial público), esta faça depender a validade *substancial* de certos negócios do seguimento de uma certa formalidade. De outro modo: o art. 36.º dá aqui uma orientação na qualificação daquelas normas materiais, as quais atendendo ao seu conteúdo e função, pertencem à qualificação *substância*. Ora, aceitando este pressuposto, tal raciocínio vale *quer* esteja positivada a prevalência da qualificação *substância* (como no direito conflitual pátrio de fonte interna), *quer* esta decorra da operação de qualificação a que se sujeita o julgador.

Creemos ser esta a posição mais correcta: no fundo, o legislador quis salvaguardar a observância das solenidades da *lex contractus* cujo propósito é o cumprimento das regras aplicáveis à substância.

Note-se, todavia, dever negar-se a interpretação, que por vezes se encontra, segundo a qual sempre que a *lex contractus* estabelecer uma exigência de forma dever tal ser respeitado. Tal tese afastaria qualquer preocupação de *favor negotii*, redundando na sujeição da forma à lei da substância. Com esta interpretação, que rejeitamos, *vide* o Parecer n.º 76/92, do Conselho Técnico DGRN (*cit.* nota n.º 517), pp. 5 e 32. Ao invés, a solenidade da *lex contractus* só se impõe quando se dirigir ao cumprimento dos trâmites da lei da substância, “*por razões de direito material, por razões ligadas ao regime da substância do negócio*” (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 356).

Nem se diga que esta interpretação conduz à conclusão de que, no caso da lei portuguesa, seria desnecessária a previsão do art. 2223.º CC: na verdade, na sua falta, a imposição da forma solene aos testamentos elaborados por português no estrangeiro só se poderia deduzir se a lei portuguesa obrigasse, sob pena de nulidade ou ineficácia, ao controlo notarial da validade da disposição, à semelhança do que exige para os negócios imobiliários. Ora, não é isso que sucede, porquanto a lei portuguesa admite o *testamento cerrado*, cuja validade não é apreciada pelo Notário (não tendo sequer de ser lido pelo tabelião — cfr. arts. 2206.º CC e 106.ºss CNot.).

<sup>551</sup> Como ensinam JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 489, a vocação da *lex substantiam* é feita para a imposição da solenidade e não para regulação dos trâmites da elaboração do documento: “*solo se trata de respetar la forma prevista por la ley del contenido, no de aplicar esta ley a la forma*”.

Antecipando uma conclusão futura, importa aqui deixar um sublinhado. Veremos *infra* que as normas prescritivas de formalidades inerentes a um sistema de notariado latino parecem constituir normas de aplicação necessária e imediata da *lex rei sitae*. Tal não implica que a sua existência no seio da *lex contractus* constitua argumento suficiente para a sua mobilização, qualquer que fosse o local da celebração. Com efeito, como bem ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o direito internacional privado português e o artigo 21.º do Código Civil de Macau”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, vol. I (Janeiro de 2000), 2000, pp. 23-48, p. 28, as normas de aplicação necessária e imediata (qualquer que seja a concepção que se adopte quanto à sua natureza), não prescindem de um elemento de conexão, de um raciocínio conflitual. Ora, segundo cremos, aquelas disposições determinam a sua própria aplicação internacionalmente imperativa apenas aos contratos que versem sobre coisas sitas no Estado de cuja lei pertençam.

Assim, a aplicação forçosa de tais normas quando insertas na *lex contractus* depende da aceitação da proposta de qualificação que a maioria da doutrina advoga.

dirigidas ao cumprimento da *lex contractus*, têm uma aplicação ampliada: sempre que a lei da substância do negócio se inserir em tal sistema, impor-se-á a solenidade por si prescrita. Ainda que o contrato se conclua em Estado que o não exige, a qualificação daquelas disposições como normas *substanciais* implicará esse resultado, impedindo assim a contratação à *distância* do negócio hipotecário.

LIMA PINHEIRO vai ainda mais longe, determinando que se a *lex contractus* prescrever como requisito fundamental a intervenção de uma entidade dotada de *fé pública*, justifica-se inclusivamente a necessidade de o negócio ser celebrado *no Estado que formula esta exigência*, “*com vista a garantir que a entidade dotada de fé pública interveniente controla a legalidade do acto*”, já que o Estado apenas confere fé pública aos seus agentes e não aos que laborem no estrangeiro.

Não partilhamos desta convicção. Efectivamente, sendo verdade que o poder de exarar documentos públicos é delegado por um Estado em certos agentes por si designados, não cremos que a *lei da substância do negócio*, quando prescreve a observância das formalidades em causa e a intervenção do oficial público, esteja a determinar que aquele acto seja exarado exclusivamente pelos seus agentes. Aliás, se o negócio incidir sobre coisa sita no estrangeiro, faria até mais sentido que fossem os notários do Estado da situação da coisa a exarar o documento<sup>552</sup>. Voltaremos a este problema *infra*.

Se não há dúvidas quanto à qualificação *substância* da prescrição do documento autêntico constante das leis europeias com sistema notarial latino puro, importa saber se esta caracterização é correcta para a imposição de forma na constituição de hipoteca que faz a lei portuguesa desde o Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho. Na verdade, o legislador atenuou as exigências de forma nos negócios de constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis: se até aí o sistema pátrio subordinava a validade desses negócios à sua formalização em documento público, passou a bastar-se desde 1 de Janeiro de 2009 com documento particular, desde que *autenticado* junto de entidades legalmente determinadas (notários, advogados, solicitadores e câmaras de comércio e indústria) e depositado electronicamente o termo de autenticação.

Ora, o *termo de autenticação* é um acto notarial que resulta da confirmação presencial da vontade das partes perante uma das entidades legalmente designadas. Nessa medida, o termo de autenticação é um documento público (sujeito aos requisitos de validade prescritos no Código do Notariado), mas já não o *documento particular que titula o negócio*; isto é, a entidade que *autentica* o documento particular apenas certifica que a vontade das partes é aquela que expressam no título, mas já não averigua da legalidade

---

<sup>552</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226. É a chamada *tese nacionalista* ou *restritiva*, nas palavras de PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 108. Sobre este assunto nos pronunciaremos *infra*, com maior profundidade, pp. 305ss.

Suponhamos que A constitui a favor de B uma hipoteca sobre um prédio sito em Espanha, escolhendo como *lex contractus* a lei francesa. Sendo certo que a lei francesa se insere no notariado latino (prescrevendo, sob pena de invalidade, a titulação do negócio em documento público e determinando a intervenção de um oficial público que afira a regularidade do consentimento, a capacidade das partes e a legalidade das cláusulas — cfr. art. 2416.º do *Code Civil*), não é clara a razão pela qual as funções do oficial público só podem ser cumpridas por um notário francês. Pelo contrário, a aceitar uma restrição aos oficiais de certo Estado, seria mais fácil aceitar que o tabelião competente será apenas o espanhol.

Este raciocínio é, aliás, inaplicável em certos sistemas, que prevêem expressamente a admissibilidade de títulos exarados no estrangeiro, quer para negócios em que a *lex fori* é a *lex contractus*, quer para negócios incidentes sobre prédios aí situados — cfr. o art. 2837.º do Código Civil Italiano, que estabelece a aceitação de títulos constitutivos exarados fora de Itália.

do negócio. Perante este sistema, há que questionar se são válidas as nossas considerações sobre a qualificação *substancial* das normas relativas à forma de tais negócios. Em suma, importa saber se, *nos negócios hipotecários submetidos à lei portuguesa*, é condição a *escritura pública* ou o *documento particular autenticado* se a lei do local de celebração o não exigir.

O critério determinante para saber se as normas portuguesas (que prescrevem, em alternativa, escritura pública ou documento particular autenticado regulado pelo Decreto-Lei n.º 116/2008) se qualificam no conceito-quadro *substância do negócio* (e não no conceito-quadro *forma*) será a existência de um *conteúdo e função* destas regras atinente à legalidade substancial. No fundo, o raciocínio *supra* exposto só será transponível se as regras portuguesas tiverem o escopo de controlo do cumprimento da *lex contractus*. Pelo contrário, se a função desta prescrição radicar nos motivos inerentes ao estabelecimento de qualquer forma negocial (reflexão das partes; facilitação da prova do negócio), há que qualificar as normas no conceito-quadro *forma*, pelo estarão sujeitas à competição das demais leis alternativamente indicadas como competentes pelo art. 11.º do Regulamento Roma I.

Assim, importa perceber se o *documento particular autenticado* que titula a constituição ou transmissão de direitos reais sobre imóveis é igual a qualquer documento a que é aposto o termo de autenticação (caso em que o autenticador apenas confirma a declaração das partes sem controlar o conteúdo do negócio) ou se o legislador pátrio estabeleceu um controlo de legalidade a desempenhar pelo sujeito autenticador. No primeiro caso, parecerá que a função e conteúdo das normas é inerente a preocupações de índole formal (nomeadamente o intuito de reflexão das partes), não podendo deixar de qualificar-se no conceito-quadro *forma*; se a actividade do autenticador se dirigir, todavia, a assegurar o cumprimento da *lex contractus* (devendo recusar a autenticação sempre que o negócio padeça de invalidades), poderão as regras em causa qualificar-se no conceito-quadro *substância do negócio*, aplicando-se sempre que a *lex contractus* seja a portuguesa.

A favor da primeira interpretação jogam dois argumentos; *em primeiro lugar*, o facto de a lei portuguesa não impor a redacção do título por um oficial público mas, tão-somente, a intervenção de um terceiro que, dado o vasto leque de entidades autenticadoras e a sua eventual impreparação (pois não se exige que sejam juristas)<sup>553</sup> não pode ter em mente o controlo da legalidade do acto mas as razões inerentes à formalização negocial (reflexão das partes e facilidade probatória). *Em segundo lugar*, a definição de *autenticação*, que se traduz legalmente na confirmação do documento perante entidade com funções notariais sem que a lei atribua ao terceiro qualquer poder de controlo da legalidade (cfr. arts 377.º CC e 150.º CNot.). Ora, ao prever a transmissão de direitos reais por documento particular autenticado, estabeleceu-se expressamente a aplicabilidade das normas do Código do Notariado aos actos translativos de direitos reais sobre imóveis (cfr. art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho), pelo que pode defender-se estar apenas em causa a confirmação do conteúdo perante a entidade com funções notariais e não qualquer controlo de legalidade.

Todavia, tem sido outra a jurisprudência firmada pelo Conselho Técnico do Instituto dos Registos e Notariado. Na verdade, determinou no Parecer relativo ao proc. n.º 67/2009, que "*a entidade autenticadora deverá no momento da autenticação apreciar os requisitos de legalidade do acto, devendo recusar a autenticação do documento se o acto nele «incompletamente titulado» for nulo [cfr. art. 173º, nº 1, a), do C.N.] ou se tiver sido violada norma imperativa que no momento da autenticação não possa ser observada (v.g., norma atinente ao princípio da legitimação). Como deverá advertir as partes se o acto for anulável ou ineficaz (cfr. art. 174º do C.N.). cremos mesmo ser de entender que esta norma exige à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado (e não apenas o conteúdo do «termo de autenticação», como no «vulgar» termo de autenticação — cfr. arts. 46º, nº 1, l), e 151º, nº 1, do C.N., e parecer emitido no Pº C.P. 81/2009 SJC-CT)". Isto é, considera-se que o documento translativo de direitos reais sobre imóveis é, no seu conteúdo, um *acto similar à escritura pública*, atribuindo ao autenticador a obrigação da verificação da legalidade. No fundo, e como claramente se diz no Parecer do Conselho Técnico relativo ao proc. n.º 81/2009, não se trata aqui do *mesmo documento particular autenticado* que se prevê no Código do Notariado, mas de "*uma nova forma legal de declaração negocial*".*

O argumento decisivo para esta conclusão retira-se da norma do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que obriga a que o documento *a autenticar* revista os requisitos legais a que estão sujeitos os negócios sobre imóveis (como o princípio da legitimação — art. 9.º do CRPred.). O cumprimento deste comando implica que a entidade autenticadora capte as vontades negociais e recuse a sua autenticação quando aqueles requisitos se não constem do documento particular, *controlando assim a*

---

<sup>553</sup> Na verdade, a competência para a autenticação de documentos particulares está atribuída às câmaras de comércio e indústria, aos conservadores, aos oficiais de registo, aos advogados e aos solicitadores (art. 38.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março), para onde remete o art. 22.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho. Assim, algumas das entidades autenticadoras não têm forçosamente de ser juristas (solicitadores e oficiais de registo) e outras são pessoas colectivas, não se estabelecendo qual a pessoa singular que fará a autenticação.

*legalidade do negócio* e constituindo esta uma *condição da autenticação*. Nessa medida, é defensável que esta exigência possa ser demandada sempre que a lei portuguesa seja a *lex contractus*, não obstante o sistema português não se integrar no tabelionato latino puro.

O argumento convence-nos. A alteração legislativa de 2008 dever-se-á a um esforço de incremento do mercado imobiliário sem abdicar do controlo da legalidade do negócio. No fundo, não liberalizando o mercado das escrituras públicas, o legislador moldou uma alternativa à solenidade máxima onde há, para o autenticador, a obrigação de aplicar subsidiariamente o Código do Notariado, designadamente o dever de recusar o acto quando é nulo, de advertir acerca da invalidade ou da ineficácia e de cumprir os requisitos previstos para a escritura pública. Em suma, a diferença está apenas na redacção do documento (que na escritura cabe ao notário e no documento particular autenticado previsto no Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, é cometida às partes), na certeza de que, do ponto de vista do exercício da função, há uma equiparação entre o notário e as demais entidades, quando se atribui a todas elas a mesma competência para o termo de autenticação.

Nessa medida, não espanta que o Conselho Técnico haja decidido que a sujeição à lei portuguesa do contrato translativo da propriedade de um imóvel *implica a exigência de escritura pública ou documento particular autenticado*, mesmo tendo o negócio sido celebrado na Califórnia (cuja lei o não exige)<sup>554</sup>.

### ***1.3.2. A lex rei sitae não é a lex contractus e prescreve a verificação notarial da legalidade na constituição de garantias reais sobre imóveis.***

Defendemos *supra* que, nos casos em que a *lex contractus* postula uma exigência de forma que implique a intervenção de notário integrado num sistema latino (a titulação em documento público onde o tabelião não apenas assegura a plena vontade das partes como promove um controlo de legalidade), o domínio daquela alastra às formalidades negociais.

Segundo julgamos, esse não é o único caso em que ocorre a aplicação ampliada das regras formais de notariado latino. Na verdade, cremos que um contrato constitutivo ou translativo de direitos reais sobre imóveis se submeterá forçosamente, quanto à forma, à lei do Estado onde a coisa se situar *sempre que esta imponha, sob pena de invalidade ou ineficácia, a sua formalização em documento público exarado por tabelião integrado num sistema de notariado latino, independentemente da lei reguladora das obrigações contratuais*.

Consideramos, pois, que as normas que consagram obrigatoriedade de escritura pública nesses negócios como formalidade *ad substantiam* (concretamente, as que *determinam o controlo de legalidade do negócio por entidade notarial*) constituem *normas de aplicação necessária e imediata da lex rei sitae*, mobilizando-se independentemente da lei reguladora das obrigações contratuais ou do local de celebração<sup>555</sup>.

---

<sup>554</sup> Cfr. Parecer do Conselho Técnico IRN n.º R.P. 223/2010, 26.05.2011 (*cit.* nota n.º 546). Não obstante o problema estar hoje resolvido na jurisprudência do Conselho Técnico do IRN, não é abordado pelos manuais de direito notarial (cfr. JOAQUIM DE SEABRA LOPES, *Direito dos...*, pp. 661 e 676; PEDRO NUNES RODRIGUES, *Direito Notarial...*, pp. 45ss; JOSÉ CARLOS GOUVEIA ROCHA, *Manual Teórico e Prático do Notariado*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 399ss; A. M. BORGES DE ARAÚJO, *Prática...*, pp. 143ss).

<sup>555</sup> Como é sabido, o sistema de direito internacional privado assente no método conflitual (método clássico, utilizado em todos os países da Europa e constituindo a base do sistema jurídico comunitário — CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 87; PAOLO PICONE, "Diritto Internazionale Privato Comunitario e Pluralità dei Metodi di Coordinamento tra Ordinamenti", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-525, p. 496) faz depender a aplicação de certa regra material da sua integração

---

na ordem jurídica designada por competente pela regra de conflitos. Neste “*método típico [...] não compete ao direito internacional privado fornecer por si próprio a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar a lei a que a norma aplicável deverá ser pedida*” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 22; YVON LOUSSOUARN, "Cours Général de Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 271-385, p. 280). Não obstante a sua sistematização ser atribuída a SAVIGNY, certo é que já as escolas estatutárias o utilizavam, sendo igualmente patente nas ideias de ARGENTRÉ (sobre a história do método, *vide* GERHARD KEGEL, "The Crisis of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1964-II, Tomo 112, 1964, pp. 96-268, pp. 103ss).

Simplemente, as ordens jurídicas nacionais foram criando normas materiais que, de forma unilateral, determinam o seu próprio âmbito de aplicação, *quer* inferior ao da ordem jurídica em que se insere (normas *autolimitadas* em sentido estrito — a sua aplicação depende de um contacto mais forte do que aquele que é prescrito pelo sistema conflitual), seja ele mais amplo do que a regra de conflitos determina (*normas de aplicação necessária e imediata* — bastam-se com uma conexão mais ténue para estabelecerem a própria aplicação). Este tipo de normas evidencia a presença de valores políticos no âmbito do funcionamento do sistema de direito internacional privado, porquanto admite um desvio à aplicação da lei que apresenta a conexão reputada como mais adequada pela regra de conflitos.

A identificação das NANI é normalmente atribuída a FRANCESCAKIS (*La théorie...*, pp. 11ss, e "Conflits...", p. 480) que defendeu existirem normas no foro cuja aplicação não dependia da designação conflitual mas da sua própria *ratio*; neste sentido, constituiria uma *excepção* ao jogo das regras de conflitos (uma *fuga ao método conflitual*, nas palavras de RUI MOURA RAMOS), já que a lei aplicável não é determinada pela conexão mais forte ao caso mas pelos interesses legislativos subjacentes. Na realidade, a identificação primeira destas normas remontará a WÄCHTER e a SAVIGNY, embora sob as vestes da *ordem pública* entendida aprioristicamente, concepção seguida por P. S. MANCINI, "De l'utilité...", p. 300, e por PROSPERO FEDOZZI, "Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international", *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 69-78 e pp. 495-507, pp. 69ss (cfr. TEIXEIRA D'ABREU, *Estudos...*, Vol. II, p. 29; FRIEDRICH K. JUENGER, "A Historical...", pp. 30ss). Também GIUSEPPE SPERDUTI, "Ordine Pubblico Internazionale e Ordine Pubblico Interno", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XXXVII, 1954, pp. 82-91, p. 84, e "Sul limite dell'ordine pubblico", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XLIII, 1960, pp. 303-308, p. 306, as identificou antes do Professor de Salónica, numa interessante distinção entre *ordem pública internacional* (o limite aposteriorístico à aplicação do direito estrangeiro) e *ordem pública interna* (o conjunto de normas internacionalmente imperativas do Estado que afastaria o direito estrangeiro normalmente competente por força da regra de conflitos geral) [sobre o seu pensamento, *vide* RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 668]. Repare-se que GIUSEPPE SPERDUTI, "Norme di Applicazione Necessaria e Ordine Pubblico", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XII, n.º 3, 1976, pp. 469-490, p. 470, e FRANK VISCHER, "New tendencies in European Conflict of Laws and the influence of the U. S. Doctrine — A short survey", *Law and Justice in a Multistate World — Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER E SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 459-471, pp. 459ss, chegam mesmo a contestar a atribuição das NANI a FRANCESCAKIS, sublinhando que quer SPERDUTI, quer SAVIGNY as haviam identificado muito antes.

A PH. FRANCESCAKIS, "Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, n.º 1, 1966, pp. 1-18, p. 1, caberá a sua moderna modelação, separada do conceito de ordem pública internacional (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 700-767; RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 116ss; FRANK VISCHER, "General...", p. 153; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", pp. 19ss; ANTONIO MARÍN LÓPEZ, "Las normas...", p. 22), distinção contestada por GIUSEPPE SPERDUTI, "Norme...", pp. 473ss.

Uma nota quanto ao que acabamos de expor. Como ficou patente, preferimos a terminologia de RUI MOURA RAMOS, pois é a que melhor espelha quer a natureza substantiva daquelas normas quer o facto de tais regras determinarem a própria aplicação *independentemente* da conexão indicada pela regra de conflitos (aplicação *necessária*) e *antes* do funcionamento do seu juízo (aplicação *imediate*). No fundo, há uma *precedência e prevalência* destas normas em face das regras de conflitos (RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 112; *Da lei aplicável...*, p. 667; "Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pp. 377-420, p. 391). A nossa opção não se desliga de uma certa concepção quanto à natureza deste tipo de disposições, já que vemos aqui um *desvio ao método conflitual* e, nessa medida, aceitamos que o seu funcionamento é *imediate*, anterior ao da regra de conflitos. Isto é, não alinhamos pela concepção conflitualista das normas de aplicação necessária e imediata, entendendo-as *normas materiais* que delimitam o seu próprio âmbito de aplicação (sobre essas teses, cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 816ss). Para uma compreensão das demais designações (normas autolimitadas, normas materiais espacialmente condicionadas, leis de polícia e de segurança, *peremptory norms*, *legislatively localized laws*, normas funcionalmente limitadas, normas internacionalmente imperativas, *lois de police*, *règles directes d'applicabilité*, *selbstgerechten Sachnormen*, *lois politiques*), *vide* RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 112, nota n.º 150; ANTÓNIO

MARQUES DOS SANTOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991, pp. 697ss; MARIA HELENA BRITO, *A Representação...*, p. 702, nota n.º 379; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 627ss; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 277; MARC FALLON, "Les conflits...", pp. 129 e 213ss; GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte Sachnorm", *Gedächtnisschrift für Albert A. Ehrenzweig*, ERIK JAYME E GERHARD KEGEL, C. F. Müller Juristischer, Karlsruhe — Heidelberg, 1976, pp. 51-87, pp. 53ss; PIERRE LALIVE, "Tendances et méthodes en droit international privé: cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1977-II, Tomo 155, 1977, pp. 1-425, p. 121; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 22; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 129; ANTONIO MARÍN LÓPEZ, "Las normas...", p. 22; J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 199; EDOARDO VITTA, "Cours Général de Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-I, Tomo 162, 1979, pp. 9-243, p. 119; HERBERT KRONKE, "Capital Markets and Conflict of Laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 286, 2000, pp. 245-385, pp. 282-283; ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 2. Sendo certo que as expressões não são plenamente equivalentes, por razões de fluência no discurso (e abdicando de algum rigor nesta matéria), utilizá-las-emos como sinónimos. Uma perspectiva crítica da teoria das NANI, quer pela insegurança gerada, quer pelas dificuldades da sua identificação, é traçada por PIERRE LALIVE, "Tendances...", pp. 120-153.

Pode ser questionada a convivência de *normas de aplicação necessária e imediata* (perpetradas por interesses do foro e que determinam a sua própria aplicação independentemente do sistema conflitual) com o direito europeu, cujas regras não só primam sobre normas nacionais como se dirigem à estatuição de uma *comunidade jurídica comum*, possivelmente incompatível com a opção de um Estado afastar as normas que seriam aplicáveis em ordem a um interesse político nacional. No fundo, pode indagar-se se as *normas de aplicação necessária e imediata* não são insusceptíveis de "participar na livre circulação das regras jurídicas", constituindo elementos perturbadores do sistema de DIP (de fonte nacional ou comunitária) assimiláveis a um certo proteccionismo legislativo, porquanto não aceitam a aplicação de normas estrangeiras nos domínios por si regulados. Ademais, provocam uma perturbação do estatuto contratual, aplicando-se a situações jurídicas reguladas por lei diferente (sobre este último efeito, ARNAUD NUYS, "L'application...", pp. 246ss; MARIA HELENA BRITO, *A Representação...*, p. 603; MARC FALLON, "Les conflits...", p. 257; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 142). No limite, poderia mesmo ser questionado se a atribuição à UE de competência para assegurar "a compatibilidade das normas aplicáveis dos Estados-Membros em matéria de conflitos de leis e de jurisdição" não conduz pura e simplesmente à proibição de invocação de NANIs, questão concitada por NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 50, e sugerida por RUI MOURA RAMOS, "Previsão...", p. 103, nota n.º 31.

A dúvida parece estar apartada: o direito europeu não se opõe à existência de NANI, ainda que da sua aplicação resultem entraves às liberdades fundamentais, até porque seria excessivo considerar que *todas* as normas internacionalmente imperativas geram obstáculos às liberdades fundamentais (NUYS, cit., p. 248).

Esta conclusão retira-se de três argumentos decisivos.

*Por um lado*, as fontes europeias de direito internacional privado salvaguardam especificamente a sua aplicabilidade, contrariando a tese de que o direito comunitário proíbe a sua invocação (cfr., designadamente, art. 9.º do Regulamento Roma I (Regulamento CE n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais; art. 16.º do Regulamento Roma II (Regulamento CE n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007)).

*Por outro*, a jurisprudência europeia vem admitindo, mesmo no âmbito das liberdades fundamentais e onde vigore o princípio do reconhecimento mútuo de legislações, a licitude de aplicação de legislação interna restritiva da liberdade de circulação, conquanto não seja discriminatória e a restrição se funde em razões de interesse geral (cfr. Acórdão TJCE de 24 de Novembro de 1993, *Keck e Mithouard*, processos C-267/91 e C-268/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993 pp. I-6097, n.º 16; Acórdão TJCE de 24 de Outubro de 1978, *Koestler*, proc. 15/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1978; Acórdão TJCE de 3 de Fevereiro 1982, *Seco*, processos apensos 62/81 e 63/81, *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 223, n.º 8; Acórdão TJCE de 18 de Março de 1980, *Debaue*, proc. 52/79, *Recueil de Jurisprudence*, 1980, pp. 833, n.º 15; Acórdão TJCE de 17 de Dezembro de 1981, *Webb*, proc. 279/80, *Recueil de jurisprudence*, 1981, pp. 3305, n.º 17). Isto é, o Tribunal elaborou uma fórmula que admite a derrogação à determinação normal da lei aplicável: desde que verificadas as circunstâncias em causa, não é proibida a invocação de normas de aplicação necessária e imediata no foro (cfr. Acórdão TJCE de 25 de Julho de 1991, *Säger*, proc. C-76/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-4221, n.º 15: "la libre prestation des services, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État destinataire, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi"). Nessa medida, não obstante as normas de aplicação necessária e imediata não poderem contrariar o princípio do primado — pelo que será ilícita (embora possível, dado o seu funcionamento *a priori*) a sua mobilização quando daí resultar a desaplicação de normas de fonte comunitária — admite-se expressamente a sua influência no domínio do conflito de leis — vide FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 142.

Por fim, e como sublinha ERIK JAYME, "Identité...", p. 35, a utilização de NANI pode ser um mecanismo de promoção da integração, sobretudo quando se determina a aplicação necessária de legislação harmonizada (como sucede na generalidade das directivas que adoptam regras de protecção do consumidor).

Outra conclusão não seria expectável. Efectivamente, é sabido que à medida que a autonomia conflitual avança por novos domínios (sendo certo que, como veremos, a tendência se deve também à intervenção europeia) surge a necessidade de garantir através de NANI certas preocupações centrais de política legislativa da *lex fori*. Nesta sequência, o número destas normas é crescente (cfr. YVON LOUSSOUARN, "Cours...", pp. 317ss).

Sobre a compatibilidade das NANI com o direito europeu, vide NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", pp. 58-71, e 112ss (o Autor considera esta jurisprudência manifestamente restritiva, encontrando-lhe um objectivo de "circunscrever ao máximo a possibilidade de os Estados-Membros do foro invocarem, em seu benefício, normas de aplicação imediata" [p. 65]; não obstante, conclui que "o fenómeno das normas de aplicação imediata do foro é declaradamente conhecido e admitido pelo Direito Comunitário" [p. 70]); ARNAUD NUYTS, "L'application...", pp. 250ss; MARC FALLON, "Les conflits...", pp. 128ss e 261ss. Sobre o princípio do primado, vide JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, pp. 245ss; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 350; DIOGO FREITAS DO AMARAL E NUNO PIÇARRA, "O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma «evolução na continuidade»", *Revista de Direito Público*, N.º 1, 2009, pp. 9-56, pp. 13ss; PAULO DE PITTA E CUNHA E NUNO RUIZ, "O ordenamento comunitário e o direito interno português", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2 (Jul. 1995), 1995, pp. 341-352, pp. 342ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, pp. 508ss; ALESSANDRA SILVEIRA, *Princípios de Direito da União Europeia — Doutrina e Jurisprudência*, 2.ª Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2011, pp. 129ss; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, pp. 493ss; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, pp. 395ss; PATRÍCIA FRAGOSO MARTINS, "Princípio do Primado do Direito da União", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-91, pp. 41ss.

Deve recordar-se que, no Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-8453, n.º 30, o Tribunal de Justiça adoptou uma definição europeia das normas de aplicação necessária e imediata (*lois de police*): "cabe entender esta expressão como visando as disposições nacionais cuja observância foi considerada crucial para a salvaguarda da organização política, social ou económica do Estado-Membro em causa, a ponto de impor o seu respeito a qualquer pessoa que se encontre no território nacional desse Estado-Membro ou a qualquer relação jurídica neste localizada". Esta definição, (reiterada no Acórdão TJCE de 19 de Junho de 2008, *Comissão c. Luxemburgo*, proc. C-319/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-4323, n.º 29, e positivada no art. 9.º do Regulamento Roma I) é decalcada na oferecida por PH. FRANCESCAKIS, "Quelques...", p. 1, e "Conflits...", p. 480, n.º 137, e deve considerar-se desfasada face à moderna doutrina do DIP, já que não abrange as NANI dirigidas à protecção da parte mais fraca ou do adquirente de certo direito que "nada têm a ver com a organização política, social ou económica do país ou com a prossecução de interesses públicos", muitas vezes comunitários (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 274; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 926). Sobre a definição europeia, vide ainda RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 39-58, pp. 74 e 77 (ensinando existirem NANI estruturalmente europeias); ERIK JAYME, "Identité...", p. 35 (que sublinha a utilização de NANI como forma de promoção da integração da aplicação necessária de legislação harmonizada); HELENE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 303-325, p. 319 (notando o carácter pouco satisfatório da definição do juiz comunitário); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", pp. 720ss; GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 788-804, p. 789 (que nota a passagem da definição do Juiz comunitário para o Regulamento Roma I e é crítico da respectiva cristalização positiva); ANDREA BONOMI, "Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 107-123, p. 114 (que aplaude a definição, *quer* pelo seu carácter restritivo, *quer* pela uniformização do conceito); JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, "Le juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 25, 2013, disponível na internet via [www.reei.org](http://www.reei.org), consultado em 28 de Junho de 2014, pp. 6 e 7; OLIVER REMIEN, "Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. Römer Übereinkommen", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 334-347, p. 335; JONATHAN HARRIS, "Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation", *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, FRANCO FERRARI E



Não deve encarar-se com surpresa a nossa asseveração. Na verdade, esta circunstância foi expressamente prevista pelo direito conflitual europeu que, ao indicar a conexão relevante em matéria de forma dos contratos que constituam ou transfiram direitos reais sobre imóveis, prescreveu o cumprimento das regras do Estado da situação da coisa que constituam *normas de aplicação necessária e imediata* (determinando a sua aplicação qualquer que seja o local de celebração do contrato ou a lei a que este esteja submetido). Isto é, ao sujeitar à *lex rei sitae* a forma de um contrato que tenha por objecto direitos reais sobre imóveis quando as suas regras determinem a própria aplicação (mesmo quando não discipline as obrigações contratuais), o legislador comunitário anteviu a existência de tais normas nas ordens jurídicas nacionais<sup>556</sup>.

Ora, segundo cremos, os Estados que prescrevem a formalização daqueles negócios através de *documento público* no seio de um sistema de notariado latino puro (determinando o cumprimento necessário de solenidade assente na intervenção de oficial público que verifique a legalidade do negócio e exare o título) estabelecem esta obrigação *não apenas para os contratos regulados pela sua lei* mas *para os negócios que incidam sobre prédio situado nesse país*. Vejamos melhor a nossa tese<sup>557</sup>.

---

STEFAN LEIBLE, Sellier. European Law Pub, Munique, 2009, pp. 269-342, p. 294; SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, "Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 65-116, p. 72.

Sobre a substância do Acórdão *Arblade*, vide DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 743ss; MARC FALLON, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 89, n.º 4, 2000, pp. 710-737, pp. 728ss; LUCIA SERENA ROSSI, "L'Incidenza dei Principi del Diritto Comunitario sul Diritto Internazionale Privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XI, n.º 1, 2004, pp. 63-84, p. 83; MONIQUE LUBY, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96", *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 493-494, p. 494; ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al Portuguesa)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n.º 12, 2002, pp. 435-453, pp. 436ss.

<sup>556</sup> Referimo-nos ao n.º 5 do art. 11.º do Regulamento Roma I: "*Sem prejuízo dos n.ºs 1 a 4, o contrato que tenha por objecto um direito real sobre um bem imóvel ou o arrendamento de um bem imóvel está sujeito aos requisitos de forma da lei do país em que o bem imóvel está situado, desde que, nos termos desta lei: a) Esses requisitos sejam impostos, independentemente do país em que o contrato seja celebrado e da lei que o regular; e b) Esses requisitos não sejam derogáveis por acordo*". Neste sentido, HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 281; TREVOR C. HARTLEY, *International...*, p. 606.

Segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma Introdução", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias — Studia Iuridica n.º 101*, Vol. IV, MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES E SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 833-899, p. 885, porém, a norma do regulamento é *menos exigente* e não exige, para sua aplicação, que as normas sobre forma da *lex rei sitae* constituam NANI: bastará que o Estado da situação da coisa, através de regra de conflitos geral ou especial, determine a aplicação da sua lei à forma dos contratos sobre os imóveis aí situados.

<sup>557</sup> Antecipando conclusões subsequentes, deve recordar-se que ao mesmo resultado prático se pode chegar por via da qualificação, caso se entenda que o *estatuto real* abrange as *normas relativas à forma da transacção do imóvel*, proposta que teve algum apoio doutrinário na primeira metade do século XX. Por nossa parte, porém, no ensinamento de PH. FRANCESKAKIS, "Comentário ao Acórdão do Hoge Raad der Nederlanden de 21 de Novembro de 1952, *Nederlandse Belegging Maatschappij c. Kaufmann*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 47, 1958, pp. 512-519, p. 516, julgamos que "*considérer comme liée au statut immobilier une disposition qui relève aussi,*

### 1.3.2.1. A identificação das normas de aplicação necessária e imediata.

As *normas de aplicação necessária e imediata* categorizam-se em normas *explícitas* (estabelecendo expressamente a sua aplicação a situações internacionais ainda que a lei em que se integrem não seja designada pela regra de conflitos) e em regras *implícitas*. As normas autolimitadas de carácter ampliado *implícitas* são regras materiais (de direito público ou de direito privado) cujo especial âmbito de aplicação se deduz pelo intérprete quando a respectiva razão de ser não dependa de “*a circunstância de os factos e relações nelas previstos se encontrarem ligados à ordem jurídica de um Estado pelo particular elemento previsto pelo sistema conflitual como relevante para lhe atribuir competência*”. No fundo, é a particular intensidade valorativa da norma material que determina o seu âmbito de aplicação: a natureza *necessária e imediata* (implícita) daquelas disposições dependerá da sua *ratio*.

De outro modo: é identificando a sua razão de ser, a sua *finalidade político-legislativa* na modelação ou orientação de certa relação jurídica, que podem retirar-se conclusões quanto à sua vontade de aplicação a casos não ligados àquela ordem jurídica pela conexão eleita na regra de conflitos geral. Trata-se de normas que, por estarem particularmente empenhadas na defesa de certos valores de importância capital, só realizam a *ratio* subjacente pela extensão da sua aplicação a casos onde a lei a que pertencem não é chamada pelo sistema conflitual<sup>558</sup>.

---

*évidemment, et d'après le sens commun dirait-on, de la notion de forme, cela est artificiel*”; a prescrição de uma solenidade é, como dissemos *supra*, uma disposição sobre forma.

Assim, cremos que aplicação territorial desse tipo de normas decorre, ao invés, de um *comando conflitual especial* que estará implícito à *ratio* da sua determinação, como melhor explicaremos *infra*.

<sup>558</sup> RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 672; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Alguns Princípios de Direito Internacional Privado e de Direito Internacional Público do Trabalho", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 93-130, p. 105, e *As normas...*, Vol. II, p. 940 (“*o âmbito de aplicação espacial autónomo – e específico – de cada norma de aplicação imediata se explica pelo seu conteúdo e pelos seus fins, pelos objectivos por ela perseguidos e só por eles pode ser explicado*”), dada a “*relação incidível entre o fim e o conteúdo das regras e o seu âmbito de aplicação no espaço*”); FRANCESKAKIS (“*Conflits...*”, p. 480; “*Lois d'Application...*”, p. 697; “*Quelques...*”, p. 14); HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESKAKIS, “*L'arrêt Boll...*”, p. 273; HENRI BATIFFOL, “*Le Pluralisme...*”, p. 138; YVON LOUSSOUARN, “*Cours...*”, pp. 324ss (elencando vários modos de identificação de NANI implícitas); FERRER CORREIA (*Lições de Direito Internacional...*, p. 161; “*Considerações...*”, p. 85; *Direito Internacional...* (1997), p. 60 — “*é do próprio fim visado pela norma que derivam os limites impostos à sua aplicação espacial*”); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 279; MARIA HELENA BRITO, “*Os Contratos Bancários...*”, p. 118 (“*Trata-se de normas que, tendo em conta a função que desempenham e os valores que prosseguem no ordenamento jurídico e que se inserem, pretendem aplicar-se às situações internacionais independentemente do funcionamento das normas de conflitos*”); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 91 (“*En général ce caractère d'application nécessaire est déduit logiquement, soit par la jurisprudence, soit plus rarement par le législateur, du but de la règle*”); DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 315 (“*celui-ci doit déduire cette qualification de l'importance de la politique poursuivie, de la finalité de la loi, des conséquences de sa non-application*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*El Convenio...*”, p. 117 (“*el intérprete [...] deberá desarrollar un análisis de la ratio de la norma, los objetivos y finalidad de la misma y los criterios de política legislativa en los que se inspira*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, “*El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 52-133, p. 115 (“*se trata de normas – también*

Assim, as NANI constituem uma excepção ao sistema geral das regras de conflitos dada a sua “prevalência sobre as regras de conexão” (mesmo de origem convencional ou comunitária)<sup>559</sup> inerente aos objectivos por si prosseguidos, que não podem ser preteridos

---

*denominadas normas materiales imperativas, de aplicación necesaria, de orden público, etc.— que, por proteger intereses fundamentales del Estado se aplican en todo caso, aun en las situaciones privadas internacionales, con independencia del ordenamiento normalmente competente designado por la norma de conflicto*); TITO BALLARINO, "Norme...", p. 715 (que alude aos fins das normas sobre arrendamento vinculístico para sustentar a respectiva vontade de aplicação a todos os imóveis situados nesse Estado, mesmo a contratos regulados por lei distinta); J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 232 (que identifica a sua *ratio* como o pressuposto legitimador da existência destas regras); HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "Les règles de droit limitant leur propre domaine d'application: Doctrine comparée et droit argentin", *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration — Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, GERHARD LÜKE, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, pp. 185-212, p. 201 ("*l'appréciation comparative des buts et politiques législatives des normes matérielles de ces systèmes prendra importance décisive*"); RODOLFO DE NOVA, "Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 377-401, p. 381; P. ARMINJON, "Les lois...", p. 389. Aliás, segundo MAYER E HEUZÉ, *cit.*, p. 91, a natureza implícita é própria da expressão "*loi de police*", enquanto que a determinação explícita, segundo LOUSSOUARN, *cit.*, pp. 321ss, e YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International...*, pp. 140ss, materializa um critério formalista de identificação de NANI.

O que explicamos foi consagrado pelo legislador comunitário no Regulamento Roma I (ao definir NANI como disposições com o objectivo de salvaguardar o interesse público — n.º 1 do art. 9.º) e pelo Tribunal de Justiça (que, no Acórdão *Arblade* [*cit.* nota n.º 555] e no Acórdão de 9 de Novembro de 2000, *Ingmar*, proc. C-381/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-9305, n.ºs 24 e 25, identifica disposições internacionalmente imperativas por terem *objectivos de tutela da parte mais fraca*), como sublinham GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9.º...", pp. 791-792; OLE LANDO, "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261, p. 253; MARC FALLON, "Comentário...", p. 732. Há, assim, um fenómeno de *poliitização do DIP*, porquanto este ramo do direito é influenciado por valores de natureza pública (HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 136; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, p. 73). Como dissemos na nota anterior, apesar de tradicionalmente se designarem como *interesses estaduais* aqueles que são tutelados pelas normas de aplicação necessária e imediata (cfr. ANTOINE PILLET, *De l'Ordre...*, p. 56), parece mais correcto encará-las como normas de protecção da *colectividade*, atendendo à regulação europeia (e não nacional) de certas matérias, provocando o desvanecimento da presença contínua do Estado (cfr. NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 36; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 934).

A expressão "*normas autolimitadas de carácter ampliado*" (que remonta a DE NOVA, "I Conflitti di Leggi e le Norme Sostanziali Funzionalmente Limitate", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 699-706, pp. 699ss; "Conflits...", p. 381; "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *Multitudo Legum Ius Unum — Festschrift für Wilhelm Wengler zum 65. Geburtstag*, Vol. II, JOSEF TITTEL, Inter Recht, Berlin, 1973, pp. 617-634, p. 627), é utilizada entre nós por alguma doutrina (BAPTISTA MACHADO, *cit.*, p. 269; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, p. 60, RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 113, e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 842) e pressupõe uma categorização das normas materiais autolimitadas em normas espacialmente condicionadas *stricto sensu* (i) e em *normas de aplicação necessária e imediata* (ii), que perfilhamos.

Em sentido não totalmente convergente, *vide* a nova aproximação que faz LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270, que considera as NANI apenas *um dos mecanismos* de realização das normas autolimitadas de carácter ampliado. Voltaremos *infra* a esta questão, a propósito da natureza destas regras.

Ainda a propósito do carácter implícito das NANI, deve sublinhar-se que mesmo os Autores que recusam a *ratio* da norma material como critério da sua identificação aceitam a existência de regras cuja imperatividade internacional é afirmada de modo tácito — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 26 ("*A autolimitação também pode ser o produto de uma valoração casuística, feita pelo intérprete face ao conjunto das circunstâncias do caso*"), notando simultaneamente a raridade das normas explícitas).

<sup>559</sup> De facto, não apenas se multiplicam as convenções de unificação de DIP que expressamente ressalvam a aplicação das NANI (olhe-se ao art. 7.º da Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais; no art. 16.º da Convenção da Haia de 1985 relativa à lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento e no art. 17.º da Convenção da Haia de 1986 sobre lei aplicável aos contratos de venda internacional de mercadorias), como o TJJ, no Acórdão *Boll* (*cit.* nota n.º 156), determinou a prevalência das NANI sobre convenção internacional que as não mencionava (cfr. FRANK VISCHER, "General...", p. 151; HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESKAKIS, "L'arrêt Boll...", pp. 270ss). O mesmo sucede nos Regulamentos Europeus de unificação

“mediante a mera alegação de que a norma de conflitos geral remete para uma lei estrangeira”. Trata-se de um desvio ao sistema conflitual próprio da particular intensidade valorativa da norma material, afastando a aplicação da lei designada pelo DIP geral independentemente do seu conteúdo (ainda que idêntico). Patenteiam um *método próprio* de solução de certas relações jurídicas internacionais que leva em consideração o *conteúdo* das normas a aplicar e não apenas a *proximidade* da sua legislação<sup>560</sup>.

Contra o entendimento ora exposto, defende alguma doutrina que a consideração do *fim político-jurídico* das normas materiais é critério duvidoso para identificação da sua esfera de aplicação: “o conteúdo e o fim da norma podem fornecer indicações importantes para o efeito, mas não parece que a interpretação da norma material possa conduzir a uma solução conflitual”, já que a formulação da norma de conflitos (unilateral) *ad hoc* carecerá necessariamente da “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”<sup>561</sup>.

---

do direito conflitual — cfr. designadamente o art. 9.º do Regulamento Roma I e o art. 16.º do Regulamento Roma II (vide GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9.º...", p. 798).

<sup>560</sup> Cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 956 e 962; RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 790 (que, a propósito da internacionalmente imperativa da norma do art. 53.º da Constituição, explica que “o seu âmbito de espacial de aplicação deve ser determinado autonomamente, a partir dos próprios fins visados pelo legislador constitucional não se confundindo com o âmbito de competência do legislador português”), e “The Private International Law Rules of the New Special Administrative Region of Macau of the People's Republic of China”, *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1281-1295, p. 1285 (assim definindo as normas internacionalmente imperativas); PH. FRANCESKAKIS, “Lois d'Application...”, p. 698; MARIA HELENA BRITO, “O Contrato de Agência”, *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 105-135, p. 135, e “Os Contratos Bancários...”, p. 118; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 585, e o que dissemos *supra*, nota 555. Em sentido convergente mas não totalmente coincidente, vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, pp. 642ss, que sustenta a sua cedência a normas de outro ordenamento que realizem mais eficazmente o respectivo escopo.

Quanto o facto de materializarem um *método distinto*, explica BERNARD AUDIT, “Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle: progrès ou recul”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 2 (Abril-Junho), 1998, pp. 421-488, p. 442, que não obstante o relevo concedido à política legislativa, as NANI não materializam o método da *governmental interest analysis* de CURRIE: não se substituem às regras de conflitos e funcionam *excepcionalmente*, apenas nos casos em que o legislador interno, por razões de necessidade e de eficácia do seu próprio sistema jurídico, exige uma competência anormal. Neste sentido, PAUL GRAULICH, “Règles de Conflit et Règles d'Application Immédiate”, *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Vol. II, Émile Bruylant / Sirey, Bruxelas / Paris, 1963, pp. 629-644, p. 633; RODOLFO DE NOVA, “I Conflitti...”, p. 706 (“*si tratta di norme speciali, di solito formulate dal diritto scritto come eccezione [lex specialis]*”); J. A. CARRILLO SALCEDO, “Le Renouveau...”, p. 232; SANDRINE CLAVEL, *Droit...*, p. 88.

<sup>561</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Apontamento...”, pp. 28-29; *Contrato de Empreendimento...*, p. 420; *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 94. Como se percebe, e não obstante a sua posição moderada, incluímos o Professor nas teses que vêm nas NANIs uma regra de conflitos especial e unilateral acoplada a certa norma especial, ao invés de um *desvio ao método conflitual* onde certas normas materiais determinam o seu próprio âmbito de aplicação.

Esta posição é reforçada pela nova abordagem que o Professor faz a estas normas (desde 2014 — *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270). De acordo com a sua mais recente sistematização, a *aplicação necessária* é apenas um *mecanismo de mobilização* de certo tipo de normas autolimitadas (aquelas que têm um âmbito de aplicação mais vasto do que o que seria determinado pelo direito de conflitos geral). Voltaremos *infra* a este problema.

Tal posição resulta de uma concepção conflitualista<sup>562</sup> das normas internacionalmente imperativas: ao invés de as entender como regras materiais que, dados os interesses subjacentes, provocam um *desvio* ao método conflitual (abdicando da regra de conflitos e determinando a sua própria aplicação em momento anterior ao do funcionamento do sistema conflitual), certa doutrina vê tais disposições como abrangendo uma autónoma e especial *regra de conflitos unilateral*, cujo elemento de conexão não é dedutível por referência aos fins da regra material. Isto é, tais preceitos abrangerão, no fundo, *duas normas* (uma material e uma conflitual), não podendo a interpretação da primeira redundar na criação da segunda<sup>563</sup>.

De acordo com este entendimento, não há um método *diverso* do conflitual: trata-se de *regras de conflitos especiais implícitas*, que derrogam na especialidade o chamamento da lei indicada pelo sistema de DIP geral. Não haverá uma regra material a determinar o seu próprio âmbito de aplicação, mas tão somente uma regra de conflitos especial<sup>564</sup>.

---

<sup>562</sup> A expressão *conflitualista* é de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 816. Segundo o Professor (p. 1034), as concepções *conflitualistas* não reconhecem haver nas NANI uma *excepção* ao método conflitual. Estas concepções tomam três modalidades: *ou* perante a sua consideração como normas de conflitos unilaterais (é a opinião de JACQUES MAURY, "Recensão a «FRANCESSAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*\"", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 602-608, p. 603, e de FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle...*, pp. 28ss, que depois de criticarem a tese das NANI como enunciada por FRANCESSAKIS, entendem tais normas como *puras regras de conflitos unilaterais particulares*; *ou* através da sua diluição em normas materiais chamadas por regras de conflitos unilaterais especiais (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 268ss); *ou* reconhecendo-se especificidade a estas regras materiais, conducente ao estabelecimento de uma *conexão especial* para a sua aplicação, a inserir progressivamente no DIP geral.

<sup>563</sup> É, entre nós, a posição seguida por LIMA PINHEIRO ("Apontamento...", pp. 28-29; "Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 121-148, p. 124), aliás reforçada pela nova abordagem do Autor de 2014 (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270). Assim, o Professor explica a sua preferência pela expressão "*norma de aplicação necessária*" por não abdicar nunca de uma regra de conflitos; haverá simplesmente uma regra *ad hoc*, inclusa na própria norma material. Ao invés de uma alternativa ao método conflitual, o Professor vê tais normas como um "*certo tipo de unilateralismo que coloca o problema do direito aplicável em função de normas individualizadas*" (*Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 277-278). No fundo, LIMA PINHEIRO identifica alguns tipos de *normas (materiais) autolimitadas*, entre as quais as que têm uma esfera de aplicação no espaço mais vasta do que a que decorreria do direito de conflitos geral. Essa *autolimitação* pode conseguir-se nuns casos "*como elementos da ordem jurídica competente segundo o Direito de Conflitos geral e noutros casos como normas de aplicação necessária. Por conseguinte, entendo que as normas de aplicação necessária não são uma modalidade de normas «autolimitadas», uma categoria de normas, mas um modo de actuação de certas normas «autolimitadas». A admitir-se este ponto de vista, é mais rigoroso dizer que uma norma actua como norma de aplicação necessária ou que é susceptível aplicação necessária do que dizer que uma norma é de aplicação necessária*" (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 270).

Igualmente neste sentido, GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte...", p. 69, e "Zum heutigen Stand des IPR — Theorie und Rechtspolitik", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Número Especial, Coimbra, 1986, pp. 243-278, p. 261; FRANK VISCHER, "General...", p. 156; MARC FALLON, "Les règles d'applicabilité en Droit International Privé", *Mélanges Offerts à Raymond Vander Elst*, Vol. I, Editions Nemesis, Bruxelas, 1986, pp. 285-322, p. 298; ANNIE TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Dalloz, Paris, 1972, pp. 228-230.

<sup>564</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 277-278.

Em suma, de modo simplista, o fenómeno das normas de aplicação necessária e imediata pode ser entendido de duas formas distintas.

*Por um lado*, a doutrina maioritária entende-o como *desvio ao método conflitual*, porquanto constituem regras materiais cujo escopo legislativo determina o estabelecimento ampliado do seu âmbito de aplicação, mediante uma conexão própria. Neste sentido, PH. FRANCESSAKIS, "Quelques...", pp. 9, 14 e 17; ANTÓNIO MARQUES

DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 827ss; FERRER CORREIA ("Considerações...", p. 85; *Lições de Direito Internacional...*, p. 161 ["Trata-se de preceitos jurídico-materiais cujo domínio de aplicação se encontra pré-determinado pela respectiva função ou fim"]; "O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas", *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, vol. I, 1982, pp. 1-24, pp. 18ss); BAPTISTA MACHADO (*Lições...*, p. 258, nota n.º 2 e *Âmbito...*, p. 279); RUI MOURA RAMOS (*Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 112-123; *Da lei aplicável...*, p. 790; "Les clauses...", p. 314; "Linhas Gerais da Evolução do Direito Internacional Privado Português", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 275-325, p. 315); MARIA HELENA BRITO (*A Representação...*, p. 705; "Sobre a Aplicação no Espaço do Novo Código dos Valores Mobiliários", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7 (Abril de 2000), 2000, pp. 50-73, p. 71; "O Contrato de...", p. 135); ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência — Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 161; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 585; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 111-114; WILHEM WENGLER, "The General...", p. 358 ("it is a legitimate application of the rule of effectiveness [...] to infer from the legislative purpose of this rule that it must be applied to a certain group of contracts which are connected by a specific factor with the state which has enacted the rule"); BERNARD AUDIT, "Le droit international privé à la fin...", p. 441 ("une loi de police est une disposition interne appliquée à une situation internationale sans considération de la loi qui serait «normalement» applicable, c'est-à-dire qui sera désignée selon une règle de conflit", traçando a independência da NANI da indicação conflitual); FRANZ KAHN, "Gesetzeskollisionen — Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts", *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Vol. I, org. por OTTO LENEL e HANS LEWALD, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928, pp. 1-123, p. 28; FRANK VISCHER, "General...", p. 155; ARNAUD NUYTS, "L'application...", p. 33; ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. I, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000, pp. 21-22; HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 428; HENRI BATIFFOL, "L'avenir...", p. 327, e "Actualité des intérêts du droit international privé", *Festschrift für Konrad Zweigert*, HERBERT BERNSTEIN, ULRICH DROBNIG E HEIN KÖTZ, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1981, pp. 23-35, p. 25; PATRICK COURBE, *Droit International Privé*, Armand Colin, Paris, 2000, p. 129 ("une loi de police est une règle de droit interne appliquée aux relations internationales sans passer par la règle de conflit"); TULLIO TREVES, "Articolo 17", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXI, n.º 4, 1995, pp. 986-990, p. 987; ALBERT A. EHRENZWEIG, "Specific Principles of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1968-II, Tomo 124, 1968, pp. 167-370, p. 215; PAUL GRAULICH, "Règles...", pp. 632-633; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 91; PIERRE MAYER, "Les lois de police étrangères", *Journal du Droit International*, Ano 108, n.º 1, 1981, pp. 277-345, pp. 289ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 117; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 720; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "El Reglamento...", p. 115; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto Privato Uniforme e Diritto Internazionale Privato", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 33-64, p. 46; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 129 (que sublinham a *identidade de função* e *diferença de método* das NANI face às regras de conflitos); FRANÇOIS RIGAUX, "Droit économique...", p. 126; LUDOVIC BERNARDEAU, "Droit communautaire et lois de police: à la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98", *La Semaine Juridique — Édition générale*, 2001, p. 328ss, n.º 7; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Arbitrage Commercial International et Lois de Police", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 315, 2005, pp. 275-501, p. 289; ALBERTO XAVIER, *Direito...*, pp. 75 e 79; TITO BALLARINO, "Norme...", p. 709; ANTONIO MARÍN LÓPEZ, "Las normas...", p. 32 ("las reglas de aplicación inmediata coinciden con estos tipos de normas en que también son materiales, regulan una situación jurídica directamente, no indican simplemente el derecho material que ha de dar la solución", indicando que a sua identificação depende a investigação da sua *ratio* [p. 39]); RODOLFO DE NOVA, "Conflits...", p. 381 ("l'interprète trouve justement dans le but même des normes qui y sont contenues des critères — de type analogue à ceux du droit international privé — qui permettent d'assigner sa sphère d'efficacité"); MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement «Rome I»", *Journal du Droit International*, Ano 139, n.º 1, 2012, pp. 3-40, p. 32, e "La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLVIII nueva serie, n.º 139 (Janeiro — Abril), 2014, pp. 13-38, p. 18; SANDRINE CLAVEL, *Droit...*, p. 88; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 315; HERBERT KRONKE, "Capital...", pp. 282-283; HORACIO A. GRIGERA NAÓN, "International Contract Law, «Lois de Police» and Self-Applying Rules: an Argentine Outlook", *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, n.º 19, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1983, pp. 5-25, pp. 7 e 16, e "Les règles...", p. 201; JEAN-PIERRE KARAQUILLO, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Presses Universitaires de France, Limoges, 1977, p. 199; VLADIMIR KOUTIKOV, "Règles substantielles d'application immédiate et autonome en droit international privé", *Recueil d'études et de documentation édité en collaboration avec l'Union des travailleurs scientifiques de Bulgarie*, ASSOCIATION BULGARE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET PUBLIC, Sofia-Press, Sofia, 1978, pp. 3-16, p. 5 ("le principal critère à suivre se rapporte à la destination et à

Aceitando que a NANI é composta por independentes *norma material e regra de conflitos especial*, a identificação de NANI *implícitas* sempre dependerá da dedução da *disposição conflitual* acoplada à norma material. Segundo LIMA PINHEIRO, a norma formal deverá ser inferida “*das proposições legais ou de práticas acompanhadas de uma convicção de vinculatividade*”<sup>565</sup>.

Esta visão reduz substancialmente a identificação de normas de aplicação necessária implícitas; na verdade, e como o próprio Autor acaba por admitir, a relevância dos interesses imperativos do foro (quando não tutelados por uma das raras normas de aplicação imediata expressas) fica sujeita ao limite posterior da exceção da ordem pública internacional, afastando o direito estrangeiro na estrita medida em que o resultado da sua aplicação seja manifestamente desconforme com o intuito legislativo.

Importa tomar posição sobre o problema, já que dele dependerá o modo de identificação das *normas de aplicação necessária e imediata implícitas* e, conseqüentemente, a consideração das regras notariais em causa como espacialmente autolimitadas.

Antes de mais, há que sublinhar que em nenhuma das concepções se põe em causa que a aplicação de regras internacionalmente imperativas carece sempre de uma conexão

---

*l'action des normes*"); GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9.º...", p. 798 ("*Il funzionamento di queste norme di applicazione necessaria dovrebbe avvenire [...] prescindendo dal gioco delle regole di conflitto, qualunque sia la legge applicabile*"); P. ARMINJON, "Les lois...", p. 389.

Por outro lado, as normas de aplicação necessária podem ser encaradas como como preceitos jurídico-materiais a que é acoplada uma regra de conflitos especial unilateral. Nesta sequência, nenhum desvio ocorre ao método clássico do DIP. Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 277; PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", pp. 212ss (que vê aqui uma "*application limitée du système unilatéraliste*"); GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte...", p. 69 ("*Die autolimitierte Sachnorm ist Sachnorm, soweit sie eine sachliche Regelung trifft. Sie ist Kollisionsnorm, soweit sie sich autolimitiert*") e p. 78 ("*ist die Selbstbeschränkung nicht ausdrücklich ausgesprochen, dann hilft die Auslegung der Sachnorm nicht weiter*") e "Zum heutigen...", p. 260; FRANK VISCHER, "General...", p. 156 ("*It seems doubtful though, whether the ambit of the second category of norms can be deduced unambiguously from the substantive content alone*"); FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle...*, p. 48; JACQUES MAURY, "Recensão...", p. 603.

Podem também inserir-se nestas correntes as posições de YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 331, PAOLO PICONE, "Caratteri...", p. 58 e *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, Padova, 1986, pp. 11 a 13; EDOARDO VITTA, "Cours...", p. 141, e ANNIE TOUBIANA, *Le domaine...*, pp. 230-231. Os Professores, não obstante considerarem não haver qualquer desvio ao método conflitual mas uma determinação unilateral especial no âmbito de aplicação daquelas normas, aceitam que a regra de conflitos unilateral "*se afferma a causa dei particolari «interessi» perseguiti col loro funzionamento dalle norme in questione*".

Veja-se ainda a posição moderada de DÁRIO MOURA VICENTE: por um lado, considera que tais regras constituem *normas materiais* (*Da Responsabilidade...*, p. 637), mas conclui que, porque a sua aplicação depende sempre de um comando conflitual, não se verifica qualquer desvio ao método ("Método...", p. 30).

Repare-se que MARC FALLON, "Les règles...", p. 299, defendia em 1986 que as NANI incluíam uma regra de conflitos unilateral derogatória (parecendo assim aderir às teses ora expostas), mas no manual com FRANÇOIS RIGAUX, *cit.*, opta inequivocamente pela tese do *desvio ao método conflitual*.

<sup>565</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 31, e *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 279. Rigorosamente, o Autor identifica três círculos de casos de identificação de normas *implícitas*: a prova, pelo intérprete, de uma regra de conflitos especial implícita "*deduzida das proposições legais ou de práticas acompanhadas de uma convicção de vinculatividade*" (i); a necessidade de criação de uma regra de conflitos implícita à luz da teoria de integração de lacunas (ii); ou a vigência de uma cláusula geral que sustente a aplicação daquela regra material em função das circunstâncias daquele caso concreto (iii). Simplesmente, porque a lacuna não existirá (já que, em princípio, o sistema conflitual indicará uma lei como apta a resolver o caso) e porque o Professor entende não vigorar qualquer cláusula geral como a descrita, a única forma que apresenta para dedução deste tipo de regras será a dedução da uma *regra de conflitos unilateral especial implícita*.

espacial que “*não coincide com a estabelecida pela regra de conflitos aplicável na respectiva matéria*”, sendo estabelecida *ad hoc* e unilateralmente pela própria norma<sup>566</sup>. Ponto é saber se pode a *regra material* estabelecer implicitamente essa conexão (como forma de realização da sua finalidade político-legislativa) ou se, no conteúdo do preceito, são desenháveis duas normas autónomas, não cabendo à *ratio* da regra material a indução da regra conflitual.

Nessa medida, a diferença entre as duas teses é muito menor do que poderia antever-se: em qualquer dos casos, a *regulação material* será estendida, mediante um elemento de conexão de tipo conflitual, a casos onde a lei em que a norma se insere não seria chamada. Apenas se diverge quanto à questão de saber se a *ratio* da *autolimitação espacial* da regra material permite deduzir a conexão relevante (i), ou se os interesses da regulação material são mau critério para determinação do seu campo de aplicação, já que o comando conflitual não se liga à norma material (ii)<sup>567</sup>.

---

<sup>566</sup> Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 78; PH. FRANCESCAKIS, "Quelques...", p. 9; GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte...", p. 69; GIESELA RÜHL, "Unilateralism in European Private International Law", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/paper=1989540>, consultado em 28 de Outubro de 2014, pp. 1-8, p. 6; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves...", p. 30 (que sublinha ser unânime que estas normas são *materiais* e que são *autolimitada*, surgindo o desacordo apenas no mecanismo de identificação do comando unilateral nelas incluído).

Note-se, porém, que nem sempre a jurisprudência, ao classificar uma regra como NANI implícita, se preocupa em identificar a conexão exigida pelo próprio preceito. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 28, e ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Alguns Princípios...", pp. 106ss, ilustram-no com decisões judiciais portuguesas que aplicam as normas lusas sobre despedimentos ainda que o contrato de trabalho seja regido por lei estrangeira. Na verdade, se os tribunais são peremptórios a deduzir a *aplicação necessária e imediata* do seu fim de protecção e relação com os direitos fundamentais consagrados na CRP, não determinam a conexão relevante: “*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*”.

<sup>567</sup> Em qualquer das teses, a NANI estabelece o seu campo de aplicação mediante um elemento de conexão por si estabelecido, à semelhança das regras de conflitos: “*Trata-se de preceitos que, em virtude da importância dos interesses (loais) cuja defesa lhes está confiada, são providos de uma norma de extensão (Ausdehnungsnorm em sentido estrito) sendo, portanto, de aplicação obrigatória, por parte dos tribunais do respectivo Estado, para além dos limites demarcados pelas regras de conflitos gerais do sistema nacional de DIP*” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 77; GERHARD KEGEL, "Die selbstgerechte...", p. 59).

Assim, a doutrina que vê aqui um desvio ao método conflitual não nega o comando unilateral (cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 886ss). Importa apenas saber se o *comando conflitual* decorre da regulação material ou se, ao invés, se revela impossível usar a *ratio* desta para determinar aquele (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 836; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 645). Na primeira perspectiva, haverá uma “*incindibilidade entre norma material e regra de conflitos*” (MARQUES DOS SANTOS, *ibidem*, p. 840); na segunda, haverá uma regra de conflitos unilateral autónoma, atendendo aos fins conflituais da ordem jurídica onde se integra. Nessa medida, sublinha FRANK VISCHER, "General...", p. 156 que “*it is a purely theoretical question whether the scope of application of the substantive rule derives directly from the objective of the rule or whether it needs a juxtaposed unwritten (unilateral) conflict rule which determinates the scope of application of the rule*”, o que pode levar-nos a questionar a necessidade de dilucidar esta dúvida (PAUL GRAULICH, "Règles...", p. 635). Sintomática da proximidade das duas teorias é o facto de PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", p. 217, não obstante defender que a NANI se compõe de uma norma material e um autónomo comando conflitual, não deixar de sustentar que o elemento de conexão pode ser inferido da *ratio* do comando material: “*faut-il recourir, à défaut d'indication expresse du législateur, à ce que la substance de la loi laisse voir de son intention, scruter le type d'organisation que la loi cherche à implanter et, sur ces données, fixe le champ d'application nécessaire*”.



A favor da segunda concepção, aduz LIMA PINHEIRO dois argumentos: *por um lado*, recorda que o DIP, não obstante utilizar aqui, em certa medida, a via da regulação material, não cria regras materiais específicas para situações internacionais, o que denuncia a ligação ao método conflitual. *Por outro*, ao invés do que sucede com a *exceção de ordem pública internacional* (que permite afastar a aplicação do direito estrangeiro, atendendo ao resultado da sua aplicação), aquelas normas determinam a sua mobilização *antes do funcionamento da regra de conflitos geral*, sem considerar as consequências da aplicação da lei eventualmente competente, porventura coincidentes com os que decorreriam do funcionamento da regra de conflitos geral. Se assim é, não haveria aqui uma fuga ao método conflitual (um mecanismo diferente de resolução do problema do DIP) mas tão-somente a aplicação de normas materiais por indicação de regras de conflitos *ad hoc*<sup>568</sup>.

Não obstante, cremos que a dedução do elemento de conexão das NANIs implícitas depende da *ratio* do comando material<sup>569</sup>. Defendemo-lo por quatro razões.

*Em primeiro lugar*, não parece que o facto de estas normas estabelecerem o seu âmbito de aplicação através de mecanismos similares aos das regras de conflitos (mediante um elemento de conexão que delas se deduza) seja argumento procedente quanto à imprestabilidade da intenção legislativa para a inferição do seu elemento de conexão. Na verdade, os limites espaciais da sua aplicação não decorrem de qualquer dos clássicos juízos conflituais que presidem à formulação de regras de conflitos (harmonia jurídica internacional, harmonia material, maior proximidade, etc.). Pelo contrário, a determinação do seu âmbito deve-se precisamente ao seu escopo, à sua intenção político-legislativa, e não usa critérios formais de determinação da aplicação das leis no espaço<sup>570</sup>.

*Em segundo lugar*, e mesmo aceitando que o *modus* de determinação da aplicabilidade daquelas regras se assemelha ao método conflitual, são denotáveis distinções fundamentais: ao invés do que sucede no método clássico, não se escolhe *o sistema jurídico* que vai indicar a norma aplicável mas determina-se a aplicação da *regra material*, independentemente de a lei em que se integra não ser a *mais bem colocada* para resolver o problema. Ora, a eleição das *regras*

---

<sup>568</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 29.

<sup>569</sup> Sublinhe-se, usando as palavras de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 842, que "não se trata aqui de negar o elemento de delimitação espacial que a norma de aplicação imediata traz consigo, tão estreitamente ligada a ela como a própria sombra, e que é constituída pela norma de conflitos unilateral *ad hoc* que a acompanha; [...] o que está em causa é apenas a negação de qualquer tentativa reducionista de agrupar sob o mesmo tecto dois fenómenos tão radicalmente diferentes como o são as normas de aplicação imediata e as regras de conflitos de leis".

<sup>570</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 680 ("será o escopo da norma que será decisivo"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 85; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 840; PIERRE MAYER, "Les lois...", pp. 289s (quando explica que a consideração dos *fins* é o terceiro modo de identificação de uma norma de aplicação necessária e imediata, sendo apenas estas — cujo domínio de aplicação decorre do respectivo escopo — as que devem recolher o epíteto de *loi de police* [p. 292]).

*materiais aplicáveis* (e não a escolha da *lei competente*) é precisamente uma das características comuns às propostas metodológicas americanas que se desviam ao método conflitual<sup>571</sup>.

*Em terceiro lugar*, como reconhece DÁRIO MOURA VICENTE, “*os juízos de valor subjacentes às normas de direito material e a sua teleologia nunca são irrelevantes na determinação da sua aplicabilidade às situações plurilocalizadas*”. O fundamento de que partem as teses conflitualistas (a impossibilidade de dedução do âmbito de aplicação de uma norma material a partir do seu conteúdo) é desmentido pela realidade, porquanto a matriz valorativa das regras materiais se revela nos comandos conflituais: a autonomia da vontade reconhecida no domínio obrigacional alastra ao plano conflitual; a aplicabilidade de regras materiais depende de uma operação de qualificação que pressupõe o respectivo conteúdo e função<sup>572</sup>.

*Por fim*, se é verdade que o sistema internacionalprivatístico luso (de fonte interna) não permite inferir conclusões quanto a este problema (pois não versa especificamente sobre estas normas) os legisladores vêm tomando posição sobre o tema, consagrando a viabilidade de dedução de normas de aplicação necessária e imediata (isto é, a *imperatividade internacional*) da respectiva *ratio*. Nessa medida, pelo menos nos sistemas de DIP que o prevêm, parece ser incontornável a inferência de NANI implícitas à custa do respectiva propósito<sup>573</sup>.

---

<sup>571</sup> Isto mesmo reconhece DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 646 (apesar de o Professor não ver aqui um desvio ao método conflitual no seu estudo qualquer desvio ao método “Método...”, p. 30).

Efectivamente, no método das *regras de conflitos* (quer se entendam como normas de regulação indirecta ou como normas remissivas), “*não se trata de escolher a melhor lei, mas a melhor colocada para intervir — em razão, claro está, da localização dos factos, ou da relação dela com as pessoas a quem estes respeitam*”, o que não sucede de todo no quadro das NANIs (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 23; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 96ss). Já nas propostas metodológicas norte-americanas, está em causa a opção entre regras materiais em concurso, seja através do resultado a que conduzam (DAVID F. CAVERS, “Contemporary...”, pp. 124ss), seja pela política subjacente às normas em causa (BRAINERD CURRIE, *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, 1963, pp. 177ss, e ALBERT A. EHRENZWEIG, “Specific...”, pp. 208ss). Aliás, este *modus operandi* do método conflitual (de escolha da lei competente e não da norma aplicável) é a base da crítica norte-americana (CAVERS, *ibidem*; CURRIE, *cit.*, p. 178).

Não se ignora que LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 66ss, não vislumbra nas propostas norte-americanas *métodos alternativos* mas apenas diferentes *técnicas de regulação*, mantendo a resolução do problema do DIP mediante a escolha de uma lei aplicável e não perante a regulação directa através de direito material. Para o Autor, apenas há que distinguir entre o *método da regulação directa* (caso em que se aplicam directamente normas materiais sem valoração conflitual — DIP material, por exemplo) do *método de regulação indirecta* (escolha de uma lei competente mediante uma regra de conflitos). Aderimos, porém, à tese coimbrã, vendo aqui propostas metodológicas diversas: o método clássico determina a lei aplicável através de regras de conflitos, perpetradas por critérios localizadores, o que não sucede nas propostas americanas. Esta dissemelhança parece ser bastante para que, mais do que uma *diferente técnica*, estejamos face a um distinto método (neste sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), pp. 25ss; ERIK JAYME, “Identité...”, pp. 44ss).

<sup>572</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 637.

<sup>573</sup> Cfr. Lei suíça de direito internacional privado (art. 18.º da LFDIP): “*Sont réservées les dispositions impératives du droit suisse qui, en raison de leur but particulier, sont applicables quel que soit le droit désigné par la présente loi*”; o artigo 21.º do Código Civil de Macau estabelece que as “*normas da lei de Macau que pelo seu objecto e fins específicos devam ser imperativamente aplicadas prevalecem sobre os preceitos da lei exterior designada*”; o art. 17.º da Legge di 31 maggio 1995 (n.º 218) — Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato dispõe que “*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*” (sublinhados nossos). O mesmo sucede, como atesta HORACIO A. GRIGERA NAÓN, “International...”, p. 16, na lei argentina.

Acresce que, no problema que aqui nos ocupa, a solução por nós propugnada é justamente aquela que foi aceita pelo Tribunal de Justiça no quadro do Regulamento Roma I: “cabe assim ao órgão jurisdicional nacional, no âmbito da sua apreciação quanto ao carácter de «disposição imperativa» da legislação nacional que pretende que substitua a expressamente escolhida pelas partes no contrato, ter em consideração não só os termos exactos desta lei mas também a economia geral e todas as circunstâncias em que a referida lei foi adoptada para poder deduzir que esta assume carácter imperativo, na medida em que se afigura que o legislador nacional a adoptou para proteger um interesse considerado essencial pelo Estado-Membro em causa”<sup>574</sup>. No fundo, segundo a instituição responsável pela interpretação do direito europeu, é a *ratio legis* o critério legítimo de averiguação do carácter internacionalmente imperativo das normas materiais.

### 1.3.2.2. A classificação das prescrições de forma pública num sistema de notariado latino como *normas de aplicação necessária e imediata*

Concluindo pela viabilidade de identificação de *normas de aplicação necessária e imediata* implícitas sempre que a sua *ratio* determine sua própria mobilização atendendo a valores de ordem social, política ou económica<sup>575</sup>, cabe agora demonstrar que quando o legislador impõe a titulação de direitos reais sobre imóveis através de escritura pública (como formalidade *ad substantiam*) pretende abranger todos os negócios que tenham por objecto direitos reais sobre prédios aí situados. Com efeito, para que se conclua pela aplicação necessária de normas formais da *lex rei sitae* não basta que estas sejam imperativas mas também que esta lei determine a sua aplicação necessária, mesmo perante elementos de estraneidade, a todos os negócios reais imobiliários<sup>576</sup>.

---

Para LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 33, aquelas disposições colocam o intérprete “numa posição diferente daquela que foi atrás definida perante o Direito Internacional Privado Português. O intérprete é autorizado a aplicar uma norma material a uma situação internacional sempre que, partindo da sua interpretação e perante o conjunto de circunstâncias do caso concreto, conclua que a norma «reclama aplicação»”. No fundo, o Professor admite (p. 34), nos sistemas que o prevejam expressamente, que a aplicação necessária se retire da “*intenção legislativa e de valorações conflituais compatíveis com o sistema de Direito de Conflitos*”.

<sup>574</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2013, *Unamar*, Processo C-184/12, *Colectânea da Jurisprudência*, 2013, n.º 50. Sobre esta asseveração e seu significado, vide HILDA AGUILAR GRIEDER, "Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de *lege lata* y propuestas de *lege ferenda*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 45-67, p. 51; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 273.

<sup>575</sup> Esta é a definição comunitária de NANI (Acórdão *Arblade*, *cit.* nota n.º 555), enunciada por PH. FRANCESKAKIS, "Conflicts...", p. 480, n.º 137, entretanto desactualizada (por não abranger interesses *não nacionais*). Cfr. o que dissemos *supra* na nota n.º 555.

<sup>576</sup> Neste sentido, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 231 (“*esta aplicabilidade de normas sobre forma a título de lex rei sitae tem de resultar de uma regra de conflitos especial [explícita ou implícita]*”). Cfr. o que dissemos *supra* quanto à concepção do Professor sobre as normas de aplicação necessária e imediata.

Um raciocínio precipitado poderia imediatamente afastar esta concepção. Com efeito, poder-se-ia sustentar que os valores de natureza pública aqui presentes (certeza e segurança jurídicas, prevenção de conflitos, publicidade jurídico-real), *nos sistemas em que o conservador exerce uma função qualificadora*, seriam assegurados pelo sistema de Registo Predial, cujas normas têm aplicação territorial; nessa medida, do ponto de vista daqueles interesses, pouco importaria que fosse seguida uma a forma negocial *não solene* (regida por lei estrangeira), pois o registo sempre asseguraria os interesses públicos em jogo<sup>577</sup>.

Esta tese pressupõe que a garantia da segurança jurídica, a prevenção de conflitos e a publicidade jurídico-real são atribuídas em exclusivo ao conservador, sendo a prescrição da titulação de negócios por documento público destinada à protecção de interesses particulares das partes (nomeadamente a reflexão, a correspondência entre vontade e declaração e o seu interesse em não celebrar negócios inválidos ou ineficazes)<sup>578</sup>. Nessa medida, nada obstará a que as partes optassem por reger o negócio por lei que não as tutelasse da mesma forma, porquanto os interesses públicos sempre seriam assegurados pela actividade registal.

Não cremos que assim seja. Pelo contrário, a exigência de formalização do negócio real sobre imóveis em documento público explica-se na perspectiva *preventiva de conflitos*, enquanto *guarda avançada do registo*, na garantia de uma imprescindível segurança jurídica no estatuto real da coisa e em "*certas razões que o legislador considera serem de interesse público (ou de ordem pública), superiores, portanto aos interesses das partes envolvidas*"<sup>579</sup>.

Antes de demonstrarmos tais interesses legislativos, importa sublinhar que estes não são assegurados em exclusivo pela actividade qualificadora do conservador. Com efeito, a tese segundo a qual o Estado territorial não teria interesse em aplicar as normas do sistema de notariado latino (já que os propósitos subjacentes sempre seriam assegurados pelo acesso ao Registo Predial dos direitos sobre os imóveis) enfrenta duas objecções.

Em *primeiro lugar*, não deve olvidar-se que nem todos os Estados-Membros cometem aos serviços de registo a apreciação da legalidade do título, exercendo o conservador uma

---

<sup>577</sup> Parece ser este o raciocínio que subjaz ao pensamento do estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 142: "*As a rule, in Member States following the civil law approach of preventive justice this task has been entrusted by the State to the civil law notary as a public official in order to relieve the registration authorities of this task*"; de GIULIO DIÉNA, "Les conflits...", p. 571; e de ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register...", p. 90 ("*the notary's function is to attend the requirements of the parties, within the framework permitted by the law, whereas the function of the Registrar is to look out for the interests of third parties, the whole of society*").

<sup>578</sup> Isto é, a prescrição da solenidade notarial cingir-se-ia àquilo que PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 71 apelida de "*función admonitória*".

<sup>579</sup> Cfr. HEINRICH EWALD HÖRSTER, *A Parte...*, p. 442, e "Simulação. Simulação relativa. Formalismo legal.", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 19, 2007, pp. 3-28, p. 20 ("*o Código Civil, ao exigir, excepcionalmente, a observância de uma forma para a validade de um negócio jurídico, baseia esta sua exigência em razões de ordem pública*"); ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 60.

função *qualificadora*; assim, sempre teria de aceitar-se que, em sistemas onde o registador não apura a legalidade material, a intervenção notarial se justifica por razões de *ordem pública*<sup>580</sup>.

Em *segundo lugar*, mesmo nos ordenamentos que estabelecem um *duplo controlo* da legalidade do título, deve lembrar-se que as esferas de apreciação da legalidade não constituem dois círculos concêntricos mas antes dois domínios afins, embora com uma área comum de intervenção. Isto é, há domínios da garantia preventiva da legalidade (cujo cumprimento é de ordem pública e não apenas de protecção particular dos outorgantes) cometidos em exclusivo *ao oficial público que redige o título* negocial. Designadamente, não é possível ao conservador apreciar se os outorgantes se apresentavam, na celebração do negócio, na plena posse das capacidades mentais ou indagar junto das partes sobre as suas intenções, apercebendo-se porventura de um vício de simulação; não é possível ao registador verificar a identidade dos outorgantes<sup>581</sup>.

Feito este sublinhado, partamos para a identificação dos interesses legislativos do Estado da situação da coisa que, em nosso entender, só são realizados pela imposição da forma notarial quanto aos imóveis aí situados, independentemente da *lex contractus*. Segundo

---

<sup>580</sup> Neste sentido, MÉLINA DOUCHY-LOUDOT e EMMANUEL GUINCHARD, "Espace...", p. 880. Isto mesmo, é reconhecido no Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. França [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-50/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, n.º 85.

É o caso, designadamente, dos sistemas italiano e francês. Assim, o art. 2674.º do Código Civil Italiano estabelece taxativamente as causas de recusa do registo, as quais se reportam a vícios estritamente formais, pelo que não pode o conservador apreciar a legalidade substancial do título; o mesmo se passa em França, onde o conservador "*se borne à vérifier que l'acte est publiable, c'est à dire, que «l'effet relatif» est respecté et que l'acte est régulier en la forme*", com certas excepções em matéria de nulidades muito graves (cfr. LAURENT AYNÈS e PIERRE CROCCO, *Les sûretés...*, p. 248; JOSÉ GONZÁLEZ, "Dupla...", p. 206; MÓNICA JARDIM, "O sistema registal francês", p. 977). Nestes sistemas, como é evidente, o registo desempenha menos funções de ordem pública do que nas ordens jurídicas onde a instituição registal é perpetrada pelo princípio da legalidade (ALEJANDRO M. GARRO, "Recordation...", pp. 4ss; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 833).

Sobre a actividade qualificadora do conservador, nos sistemas que a prescrevem, cfr. J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 57; MÓNICA JARDIM, "O Registo de Acções e Decisões Judiciais — Qualificação do Registo e os Poderes do Conservador", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIII, 2007, pp. 591-613, pp. 592ss; JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO, "Dictamen...", pp. 128ss; RAMÓN ROCA SASTRE e LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Dinámica Registral, 8.ª Edição, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 10ss; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 121.

A aplicação *territorial* do direito dos registos, como vimos *supra* (pp. 115ss), decorre de várias causas: *por um lado*, constituirá parcialmente direito público que determina a sua própria aplicação de forma unilateral, o que é especialmente visível no facto de a maioria dos sistemas registais europeus se organizar com *fólio real*, assegurando a publicidade em torno *dos prédios* situados no respectivo território e não nas *personas* nacionais ou residentes naquela área; *por outro lado*, a natureza pública das autoridades registais e o conteúdo adjectivo das normas tabulares tornam absolutamente inequívoca a vigência do princípio *auctor regit actum* na determinação do seu campo espacial de aplicação, à semelhança das normas de funcionamento das demais autoridades públicas (cfr. FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 104; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 16; PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 353). *Por fim*, porque alguns efeitos substantivos do registo (como o seu carácter constitutivo) recolhem-se do estatuto real, onde vigora a regra da *lex rei sitae*).

<sup>581</sup> Neste sentido, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 57; "Formalizar...", p. 475, e *Ensaio...*, p. 186 ("*nem se trata da mesma apreciação, nem com base nos mesmos documentos complementares ou instrutórios, nem com a mesma finalidade*").

pensamos, são quatro as razões decisivas a fundamentar a aplicação *necessária e imediata* da imposição da solenidade *ad substantiam* nos negócios reais imobiliários.

A *primeira razão* radica no facto de, quando o legislador prescreve a obrigatoriedade de documento público em negócios reais sobre imóveis, não visar somente acautelar interesses particulares dos outorgantes (necessidade de reflexão, regularidade do consentimento, inexistência de incapacidade acidental e assessoria jurídica imparcial e qualificada) mas ter em conta preocupações *de ordem pública* atinentes à segurança jurídica imobiliária e à tutela do crédito. De facto, um documento substancialmente viciado, ainda que jamais acesse ao registo, criaria no ordenamento jurídico incerteza quanto ao estatuto jurídico-real da coisa, potencialmente geradora de conflitos. É esta dúvida que o legislador visa excluir ao cometer funções públicas ao notário, procurando impedir o nascimento de qualquer título particular que prejudicasse a segurança do estatuto jurídico-real dos imóveis, já que a exigência da solenidade é especialmente eficaz no que tange à *evidência* do negócio, afastando incertezas sobre a condição do imóvel<sup>582</sup>. Como é manifesto, esta finalidade (de *certeza jurídica imobiliária*) só se realiza se a solenidade for imposta em *todos os negócios sobre os prédios situados nesse Estado* (aqueles em cuja certeza jurídica o Estado está interessado) e não apenas aos negócios regidos pela sua lei.

*Em segundo lugar*, a opção por um sistema de notariado latino, que atribui às partes e aos terceiros a segurança que advém da força probatória plena do documento público, tem subjacente uma preocupação de desenvolvimento económico, alheia aos interesses particulares das partes. Efectivamente, se a *segurança substancial* é o ponto mais impressionante do notariado latino (ao caucionar a validade material do título), o documento público é dotado de uma *segurança formal, documental*, que deriva da eficácia que a lei lhe confere e que tem valor económico. Ora, o desenvolvimento económico (mormente na sua dimensão de atracção do investimento) será mais eficazmente prosseguido quando o título de aquisição de um direito

---

<sup>582</sup> Neste sentido, sustentando que a forma autêntica se dirige a prevenir o aparecimento de negócios inválidos geradores de insegurança, cfr. MÓNICA JARDIM, "A segurança jurídica preventiva...", p. 112; FRANCISCO JAVIER GARCÍA MÁ, "O controlo...", p. 76; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Forma...", p. 4 (que nos fala da "*función depuradora o de encauzamiento*", a preocupação de interesse público em "*posibilitar que los negocios jurídicos nazcan sin vicios o irregularidades*") e "La Autonomía...", p. 71 (defendendo que "*un acto formal irradia confianza y seguridad para las partes intervinientes y para terceros*"); JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Teoria...*, Vol. II, p. 64; HEINRICH EWALD HÖRSTER, "Simulação...", pp. 21 e 24 (explicando que a exigência de forma autêntica se justifica "*sobretudo, na segurança da prova*"); MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 417 (explicando que a exigência de intervenção notarial "*est une garantie pour la sécurité des placements*"); MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 625; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O título e o registo: âmbito das respectivas qualificações e funções", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 95-105, p. 98, e "Formalizar...", p. 469 (sublinhando a função de criação de *indubitabilidade* da celebração do negócio, promovendo a segurança jurídica predial, [p. 477]); CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 429 (aludindo à *publicidade do acto notarial*).

sobre coisa imóvel for dotado de força probatória plena — factor que assume ainda mais relevância em sistemas de *título*, que não carecem de um *modo* para o direito se constitua ou transmita. Ora, a preocupação de atracção de investimento realizar-se-á quando *os prédios situados naquele Estado*, independentemente da lei reguladora do contrato, sejam transmitidos e onerados por documento com força probatória plena<sup>583</sup>.

*Em terceiro lugar*, não pode olvidar-se que, frequentemente, a prescrição de solenidade que implique a intervenção de oficial público se dirige a interesses fiscais do Estado de situação do imóvel: em alguns países é cometida ao titular a função de notificar a administração tributária da transacção; noutros sistemas ao notário cabe a responsabilidade de *liquidar e cobrar o imposto* sobre as transacções de direitos reais sobre imóveis, actuando como colaborador do Estado. Assim, há um interesse público *do país credor de impostos* (o Estado da situação do prédio) no cumprimento da formalidade por si prescrita<sup>584</sup>.

*Por fim*, e parece ser este o argumento determinante, deve lembrar-se que a *justiça preventiva* se projecta na redução de intervenção dos tribunais. Ora, a ligação da regularidade substancial do título real com a especial eficácia de que é dotado reduz a necessidade de

---

<sup>583</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, "A importância do documento autêntico na transmissão e constituição dos direitos reais — controlo da legalidade", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202, p. 195 ("a chave fundamental para o desenvolvimento económico consiste em atribuir aos cidadãos títulos de direitos reais seguros"); J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "O Registo...", p. 245 (lembrando depender a atracção de desenvolvimento, na fase contratual, da certeza das partes em que "a aquisição se torne eficaz e segura, se conserve íntegra na titularidade do adquirente de modo que este possa praticar todos os actos que o Ordenamento lhe consente"); MARIE-ANNE FRISON-ROCHE, "La conception...", p. 51 (lembrando a função económica do notário na atracção de investimento pelo valor da *incontestabilidade* do documento público); JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, "Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português", *Revista do Notariado*, n.º 1, 2009, pp. 67-85, p. 77 (explicando a incindibilidade entre aconselhamento jurídico e concessão de força probatória plena).

Sobre o sistema de *título* e sua contraposição aos sistemas *de título e de modo* e aos sistemas *de modo*, vide o que dissemos *supra*, nota n.º 112 e a bibliografia aí indicada.

<sup>584</sup> O argumento tributário subjaz às palavras de LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 281, ao sustentar que em matéria de forma, o princípio *locus regit actum* se não aplica quando estivermos perante uma formalidade prescrita no interesse da administração tributária. Também neste sentido, J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Formalizar...", p. 477, e ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 82, nota 41.

Como exemplos de leis que determinam funções fiscais para o titular, vide os casos da Roménia (art. 77.ºss do Código Fiscal Romeno), e de Portugal (art. 49.º do Código do IMT, que determina o dever de comunicação das transacções imobiliárias sujeitas a imposto e a proibição de lavrar o título antes de demonstrada pelo interessado a respectiva liquidação). Nem se diga que aceitar este argumento implica aceitar a competência exclusiva dos notários internos para celebrar tais negócios. Na verdade, nada obsta a que o notário do país Y, no respeito pela legislação do Estado da situação da coisa (X), cobre os impostos devidos e entregue o valor às autoridades tributárias da situação da coisa, cujo direito público (fiscal) se considera aplicável. Assim funciona, aliás, o projecto CROBECO, que melhor analisemos *infra*, pp. 666ss.

Acresce que, por força de regulamentação europeia, cabem ao tabelião deveres de cooperação com o Estado na detecção da criminalidade económica, motivando a prescrição obrigatória da formalidade. Em execução da obrigação imposta pela Directiva n.º 2005/60/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 2005, o notário deve recusar a prática de um acto quando suspeite do crime de branqueamento de capitais. Cfr. as disposições nacionais de transposição disponíveis na internet, via [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72005L0060:PT:NOT#FIELD\\_BE](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72005L0060:PT:NOT#FIELD_BE) e, na doutrina, CALVO VIDAL, *cit.*, p. 82.

intervenção judiciária: se o tabelião previne, no nascimento da relação jurídica, vícios que afectam a validade ou eficácia do negócio (garantindo igualmente o cumprimento do direito público e privado vigente)<sup>585</sup> está *ipso facto* a resguardar o aparelho judiciário, contribuindo não apenas para a paz social como para a redução dos custos do sistema de justiça. No fundo, os notários "*play a complementary role to that of the judges*", dirigido a evitar o surgimento de conflitos. A diminuição do recurso aos tribunais, com inegáveis vantagens para os operadores económicos, não pode deixar de considerar-se um desígnio de interesse público, pois a redução da conflituosidade é um dos objectivos do Estado<sup>586</sup>.

Este interesse preventivo (a precaução de surgimento de litígios judiciais sobre imóveis) é do Estado cujos tribunais seriam competentes caso o conflito surgisse. Ora, a competência judiciária dos tribunais em matéria de imóveis é orientada pelo *critério de situação*

---

<sup>585</sup> Como nota o Conselho Técnico da DGRN no parecer n.º 76/92 (*cit.* nota n.º 517), p. 11, trata-se de "*dar fé pública na formação do documento realiza o direito — o que consabidamente constitui um dos principais fins do Estado*". Como exemplo de normas que orientam o notário na certificação da legalidade, *vide*, no direito pátrio, o art. 11.º do Estatuto do Notariado (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 26/2004, de 4 de Fevereiro): "*O notário deve apreciar a viabilidade de todos os actos cuja prática lhe é requerida, em face das disposições legais aplicáveis e dos documentos apresentados ou exibidos, verificando especialmente a legitimidade dos interessados, a regularidade formal e substancial dos referidos documentos e a legalidade substancial do acto solicitado*".

<sup>586</sup> É essa a razão que justifica, *por um lado* que "*preventive justice functions must not be entrusted to mere private service companies*", determinando a investidura notarial como acto público soberano e, *por outro*, que o acto seja exarado por "*a trustworthy, state-appointed person with sufficient experience and a clearly defined jurisdiction who is — although independent — subject to an effective disciplinary control like a judge*" — *cfr.* estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 4. Assim, MÓNICA JARDIM, "A importância...", p. 194, ensina que "*através da redacção e autorização de documentos válidos e conformes à lei, pelo seu conteúdo, e eficazes e executórios pela sua forma, os notários facilitam, encurtam ou tornam desnecessária a intervenção dos tribunais*"; JOÃO FERNANDO FERNANDES MAGALHÃES, "O notariado como sistema de segurança e de prevenção de conflitos", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 57-61, p. 59, explica que "*Quanto mais notário, tanto menos juiz*"; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES ("Forma...", p. 4; "Del cándido...", título IV, n.º 2, e "La Autonomía...", p. 72), apelida este fundamento como a "*función de economía jurisdiccional*" que caracteriza a imposição da intervenção notarial, dirigida justamente a reduzir os litígios entre particulares; PIO XII, "Discurso...", p. 40, declara que "*o notário se esforça por tornar inútil o recurso à autoridade judiciária*"; PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, "Pour une...", p. 25, explicam que a intervenção notarial gera "*la réduction du risque de contentieux judiciaire*"; BENITO ARRUÑADA, "The Economics...", p. 8, fala na função de *gatekeeper* cometida ao notário como parte da estratégia de imposição da legalidade, atribuindo-lhe um papel de natureza judicial, explicando que "*the notary system reduces the litigiousness, and is desirable from a public point of view*"; UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 720 ("*these tasks are performed not only in the interest of the parties, but in general public interest, as it keeps litigation in Europe at comparatively low levels*").

Aliás, tradicionalmente, e até às pronúncias do TJUE de 24 de Maio de 2011 (citadas nas notas n.º 580, 1336 e 1366), era precisamente este o argumento da doutrina para considerar estar a profissão notarial limitada aos cidadãos nacionais (*cfr.* MÉLINA DOUCHY-ODOT E EMMANUEL GUINCHARD, "Espace...", p. 881; CARLO ANTONIO TROJANI, "Il principio comunitario di sussidiarietà nell'ottica della funzione notarile", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 59-68, pp. 64ss; PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, "Pour une...", pp. 163ss; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, "Nacionalidade...", pp. 67ss).

No que respeita à prevenção da conflituosidade enquanto função do Estado, *vide* o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. iv: "*The State does not just become involved in deciding legal disputes ex post ('contentious jurisdiction'). Instead, it provides for a preventive legal control through authentication [...]. The idea underlying this system is to establish legal certainty and legal security by means of authentic instruments in order to avoid costly and time-consuming litigation about the validity and meaning of contractual provisions*".



da coisa, pelo que o propósito de justiça preventiva se realiza apenas se todos os imóveis situados naquele Estado forem transmitidos e onerados com intervenção notarial<sup>587</sup>.

Assim, conclui-se que os interesses de ordem pública da lei da situação da coisa implicam, qualquer que seja a lei reguladora da substância do negócio, que a forma autêntica prescrita pela *lex rei sitae* (como formalidade *ad substantiam*) seja forçosamente observada. Trata-se uma determinação constante de normas espacialmente autolimitadas implícitas, cuja mobilização é expressamente autorizada pelo título de aplicação constante do n.º 5 do art. 11.º do Regulamento Roma I.

A conclusão, ainda que não declarada abertamente pela doutrina lusa, não é original.

Por um lado, desde o século XIX que a doutrina o defende como princípio geral, sufragando que as formalidades negociais imobiliárias estabelecidas no interesse de terceiros (como solenidades que envolvem a intervenção qualificadora do notário nos negócios imobiliários) se submetem sempre ao domínio da *lex rei sitae*, seja determinando a natureza internacionalmente imperativa dessas regras (e colocando-as sob o âmbito do n.º 5 do art. 11.º do Regulamento Roma I), seja abarcando-as no estatuto real. Isto é, a doutrina maioritária secunda esta conclusão<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> Isto é, sabendo que os litígios sobre direitos reais sobre imóveis situados no Estado A, bem como as contendas respeitantes à validade de inscrições em registos públicos, serão submetidos exclusivamente aos tribunais do Estado A, (cfr. art. 24.º do Regulamento Bruxelas I-bis — Regulamento n.º 1215/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro 2012; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Exclusive...", pp. 350-351), o interesse preventivo dirige-se às transacções dos imóveis aí situados. Nessa medida, a prescrição de mecanismos de justiça preventiva há-de encontrar o mesmo elemento de conexão da competência internacional.

Sobre os fundamentos da competência judiciária exclusiva no domínio jurídico-real, vide o que dizemos *infra*, na nota 597. Quanto às razões para o monopólio judicativo no domínio da validade das inscrições registais, avultam os argumentos que justificam, em geral, que as autoridades públicas de um Estado apenas sejam judicialmente submetidas aos seus tribunais — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "A competência...", pp. 419-420, e *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 182; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, p. 105; AFONSO PATRÃO, "O Tribunal...", pp. 641ss; PETER STONE, *EU Private International...*, p. 142.

<sup>588</sup> Quanto às posições mais antigas, vide JOSÉ DIAS MARQUES, *Direito Internacional...*, p. 63, que considerava que, ao abrigo do art. 964.º do Código de Seabra, a *lex rei sitae* regulava a forma nos contratos translativos de direitos reais sobre imóveis. De facto, a lei estabelecia que "*As hypothecas contrahidas em paiz estrangeiro, sobre bens existentes no Reino, só produzem os seus efeitos desde o dia em que são registadas nas respectivas conservatórias nacionaes*"; o que era interpretado pelo Autor no sentido que expusemos: "*esta disposição deve entender-se como uma revelação do princípio geral de que os interessados devem conformar-se com as prescrições da lex rei sitae, quando se trata de formalidades destinadas a dar publicidade aos negócios jurídicos sobre imóveis ou móveis*". Igualmente, LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, pp. 500-502, não mobiliza aos negócios reais a regra de conflitos sobre *forma negocial*, considerando serem aplicáveis forçosamente os trâmites da *lex rei sitae* a todos os respectivos aspectos; ERNST FRANKENSTEIN, *Internationales...*, Vol. II, p. 104, entendia estar a forma da hipoteca incluída no estatuto real como *conexão primária* ("*Die Form der Bestellung, Abtretung und Löschung der Hypothek untersteht primär dem Sachenstatut*"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3727, p. 300 ("*tratando-se de coisas situadas além fronteiras, é de toda a conveniência que qualquer negócio jurídico realizado ou qualquer decisão judiciária proferida sobre elas no Estado local obedeam às leis do Estado da situação, pois é nele que se destinam a produzir os seus efeitos e, todavia, só por tal modo terão nele assegurado o respectivo reconhecimento*"). É certo que, desta asseveração, se não pode concluir com certeza se o Professor se refere somente às disposições substantivas ou também à forma negocial. Todavia, uma vez que alerta no mesmo estudo, p. 326, para os vários Estados onde é imperativa a sujeição da forma à *lex rei sitae*, parece poder inferir-se que a sua preocupação alastra à solenidade negocial); WILHEM WENGLER, "The General...", p. 370, nota n.º 32, também parece inferir esta conclusão (embora sob uma perspectiva conflitual), sustentando que só devem

*Em segundo lugar*, em alguns sistemas integrados no notariado latino nem é necessário deduzir a imperatividade internacional da sua *ratio*, porquanto as regras sobre forma dos negócios reais imobiliários constituem normas de aplicação necessária e imediata *explicitas*, determinando declaradamente a sujeição obrigatória à lei da situação do imóvel<sup>589</sup>.

---

ser aplicadas “rules which are applicable according to the conflict of laws of the situs; another forum should avoid to decide, for instance, the formal validity for application of the lex loci actus if the conflict rules of the situs allow only the application of the law of the situs”; HENRI BATIFFOL, *Aspects...*, p. 233, referindo-se à “force d’expansion du statut réel”; DAVID E. CAVERS, *The Choice-of-Law Process*, The University of Michigan Press, Michigan, 1966, p. 197, nota 31 (excluindo do seu princípio de preferência — indicando a lei escolhida pelas partes para os contratos — a forma exigida pela *lex rei sitae* para a transmissão ou oneração de imóveis).

Mais recentemente, a submissão à *lex rei sitae* das solenidades que impõem controlo notarial do negócio imobiliário é sufragada por BERNARD AUDIT E LOUIS D’AVOUT, *Droit...*, pp. 170 e 673; BERNARD AUDIT, “Le caractère...”, p. 283 (“on soumettra ainsi à la loi de l’immeuble la forme des actes dont ils sont l’objet ou la capacité en disposer”); CATHERINE KESSEDIAN, “The Conflict...”, p. 166 (“the form of the creation of the security interest and the publicity attached to it remain subject to the lex situs”); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit., p. 536 (“La *lex rei sitae* rige, en primer término, el modo de adquisición de los derechos reales. Dicha ley establecerá [...] si un contrato de hipoteca, para generar el consiguiente derecho real, precisa, como elemento constitutivo, de una escritura pública”); NADINE WATTÉ, “L’opposabilité...”, p. 22 (“nombreux auteurs imposent dans cette matière la forme exigée par la *lex rei sitae*”); A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences de l’intégration européenne sur le développement du droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 257-383, p. 317 (que, explicando as normas sobre forma da Convenção de Roma, considera haver uma excepção ao princípio *auctor regit actum* justamente nestes casos: “en matière immobilière et en matière de sociétés et de personnes morales, la loi prescrit souvent la forme d’un acte notarié. Et, même dans les relations internationales, la loi ne se plie pas à l’adage. Pour autant, la loi, la loi de tel ou el pays, impose un régime d’exception. Souvent, cela revient à ce qu’elle persiste à exiger un acte notarié”); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 495; REINHARD DAMMANN, “Fiducie-sûreté...”, p. 21 (“la *lex rei sitae* ne régit pas seulement l’opposabilité de la fiducie-sûreté aux tiers mais également sa validité quant à la forme de l’acte, en tant que loi de police”); M. DE BOER, “The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, n.º 1, 1990, pp. 24-62, p. 57 (que o sustenta quando há interesses públicos do Estado territorial na prescrição dessa solenidade que vão além dos interesses das partes); TITO BALLARINO, “Disciplina...”, p. 171 (que sustenta a aplicação necessária das solenidades notariais e a necessidade de se operar uma equivalência entre o documento público da *lex loci* e aquele que é determinado pela *lex rei sitae*); SABINE CORNELOUP, *La publicité...*, pp. 247ss (que considera que o critério do *locus regit actum* é incompatível com o princípio da publicidade); WINTER, “Hypothèque — Procuration pour consentir une hypothèque”, *Journal du Droit International*, vol. 82, 1955, p. 899 (a propósito da atribuição de efeitos a uma procuração celebrada na Califórnia destinada à constituição de uma hipoteca na Holanda). Ao mesmo resultado chega a doutrina que inclui no estatuto real a forma da transmissão de direitos reais sobre imóveis (mormente a concepção clássica anglo-saxónica), com fundamentos que aqui não analisamos (*v. g.*, interesse do Estado em não permitir transmissão de imóveis sob leis estrangeiras) — cfr. JOSEPH STORY, *Commentaries...*, pp. 736ss.

Em sentido contrário, sufragando não bastar a prescrição de intervenção notarial *ad substantiam* com o objectivo de controlo da legalidade para que se preencha a condição do n.º 5 do art. 11.º do Regulamento Roma I, cfr. DIETER MARTINY, “Lex rei sitae...”, p. 124 (que limita a eficácia desta regra ao chamamento de procedimentos autorizativos das transacções, por exemplo no domínio agrícola); ULRICH DROBNIG, “European Conflict Rules for the Mutual Recognition of Security Rights in Goods”, *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 165-185, p. 82 (que entende *insuficiente* para classificação como internacionalmente imperativa a mera prescrição necessária de intervenção notarial).

<sup>589</sup> É o caso da Suíça, onde a Lei federal de direito internacional privado determina, no n.º 3 do art. 119.º que, admitindo a escolha da lei reguladora do contrato, estabelece que “Toute fois, la forme du contrat est régie par le droit de l’État dans lequel l’immeuble est situé, à moins que celui-ci n’admette l’application d’une autre droit. Pour l’immeuble sis en Suisse, la forme est régie par le droit suisse”. Ressalta da lei um apoio pleno à nossa tese, quer quanto à sujeição da forma à *lex contractus*, quer quanto à natureza necessária e imediata das normas sobre forma para o legislador suíço. Sobre esta norma *vide* ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, pp. 114 e 272. É também o caso do direito grego (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 82).

Em terceiro lugar, esta concepção está subjacente às mais recentes leis nacionais de direito internacional privado que submetem à *lex rei sitae* a forma dos negócios sobre imóveis, excluindo os contratos imobiliários do âmbito da regra geral sobre forma<sup>590</sup>.

Por fim, alguma doutrina que não aceita a obrigatoriedade de aplicação da *lex rei sitae* sempre que esta determine solenidade notarial, defende-o quanto aos negócios *rigorosamente formais* (aqueles em que a imposição de forma é requisito *ad substantiam*), exemplificando justamente com o negócio de constituição de hipoteca<sup>591</sup>.

Ademais, e mesmo que assim não fosse, as regras tabulares de muitos países integrados no notariado latino fazem depender o acesso do direito real ao registo da apresentação de *documento autêntico*. Ora, atendendo à eficácia constitutiva do registo da hipoteca, o direito tabular acaba por implicar a aplicação necessária das regras notariais romano-germânicas para os prédios aí situados<sup>592</sup>.

Curiosamente, esta conclusão foi absolutamente evidente para os legisladores dos países de *Common Law*. Na verdade, aquando da transposição da directiva do comércio electrónico, Reino Unido e da Irlanda estabeleceram a viabilidade de contratação electrónica

---

<sup>590</sup> Assim faz a lei polaca de Direito Internacional Privado de 2011, que submete a forma dos negócios sobre imóveis à *lex rei sitae* (embora utilize como conexão dependente, chamando a *lex situs* enquanto reguladora da substância do negócio) — cfr. art. 25.º (cfr. ULRICH ERNST, "Das polnische IPR-Gesetz von 2011 — Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 3, 2012, pp. 597-638, p. 618; TOMASZ PAJOR, "La nouvelle loi polonaise de droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 1, 2012, pp. 5-13, p. 13); é esta a conclusão que a mais autorizada doutrina retira do n.º 4 do §11 EGBGB, quando sujeita a forma do negócio à lei aplicável à *relação jurídica subjacente* (JAN VON HEIN, "Party...", p. 108; PAUL LAGARDE, "Sur la loi...", p. 159).

<sup>591</sup> Cfr. GERHARD KEGEL, "Zum heutigen...", p. 260 (embora expressando dúvidas sobre a bondade da solução *de iure condendo*); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", pp. 904 e 906 (que alude ao princípio de equivalência de formas para poder aceitar título que haja seguido lei diferente da *lex situs*); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 125; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 78, e PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 392 ("*la lex rei sitae évince la lex loci actus pour les conditions de forme ad validitatem*"); WILHEM WENGLER, "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 52, 1963, pp. 201-231 e 503-527, p. 225, refere-se-lhe como exemplo de desigualdade conflitual, já que no quadro dos imóveis valerão as regras de forma da *lex rei sitae*; MARIEL REVILLARD, *Droit...*, pp. 466-467.

Duvidosa é a posição de DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 48: os Autores, explicando que o Regulamento Roma I pretendeu salvaguardar as regras de forma da *lex rei sitae* de ordem pública, exemplificam com as normas que estabeleçam um qualquer regime de autorização administrativa para a transmissão do direito, deixando em aberto a questão de saber se a imposição de escritura pública como formalidade *ad substantiam* se inclui na remissão à *lex situs*.

<sup>592</sup> Assim, em França estabelece o art. 4.º do *Décret n.º 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière* (na redacção que lhe foi conferida pela *Ordonnance n.º 2006-346 du 23 mars 2006*) dispõe que "*Tout acte sujet à publicité dans un bureau des hypothèques doit être dressé en la forme authentique*" (vide, MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 625); na Alemanha o §29 GBO estabelece que "*Eine Eintragung soll nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Andere Voraussetzungen der Eintragung bedürfen, soweit sie nicht bei dem Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises durch öffentliche Urkunden*"; na Bélgica, defendem FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 675, que a regra de forma seria a *locus regit actum* "*mais la nécessité de satisfaire aux exigences de fonctionnement des services de publicité foncière énerve l'efficacité de cette maxime*". Neste sentido, GISELA SHAW, "Notaries in England and Wales: modernising...", p. 141.

da transmissão de direitos reais sobre imóveis, consagrando todavia a excepção dos *contratos sobre imóveis situados em países* cuja lei faça depender a respectiva validade de uma solenidade obrigatória<sup>593</sup>, antevendo a aplicação *necessária e imediata* das prescrições formais dos países que nele se integram quanto aos imóveis aí situados<sup>594</sup>.

---

<sup>593</sup> Na Irlanda o *Statutory Instrument* n.º 68/2003 estabelece que a contratação electrónica só não se aplica a “*contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the Member State where the real estate is situated*”; no Reino Unido, o *Electronic Commerce (EC Directive) Regulations Act 2002* plasma que “*formal validity of contracts creating or transferring rights in real estate where such contracts are subject to mandatory formal requirements of the law of the member State where the real estate is situated*”. Na doutrina anglo-saxónica, vide J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 208, que já defendia a aplicação da forma notarial prescrita pela *lex situs*.

<sup>594</sup> Terminando a nossa exposição, importa agora deixar *dois sublinhados*.

*Em primeiro lugar*, gostaríamos de explicar não ser adequado atingir este resultado (a conclusão de que a obrigação de controlo da legalidade por entidade notarial pela *lex rei sitae* se impõe a todos os imóveis situados nesse Estado) deixando o sistema conflitual funcionar sem perturbações e, *in fine*, mobilizar a excepção de ordem pública internacional quando o título negocial não haja seguido solenidade semelhante.

A uma primeira vista, o argumento seduz: imaginemos que um negócio constitutivo de hipoteca sobre imóvel em Espanha foi celebrado por escritura pública exarada por notário do Estado X. Sucede que a *lex auctoris* (a lei do Estado onde o oficial desenrola a sua actividade, enquanto reguladora da função notarial em obediência ao princípio *auctor regit actum*) adopta um figurino híbrido e não estabelece a verificação da legalidade do negócio. Ora, atendendo às razões que vimos existirem quanto à necessidade de controlo substantivo nos negócios sobre imóveis situados em Espanha, não seria preferível mobilizar a OPI ao invés de impor ao tabelião de X o seguimento de normas que lhe são alheias?

A tese não prevalece. Na verdade, a escritura que não inclui controlo de legalidade não atenta contra princípios jurídicos fundamentais do ordenamento espanhol, não se cumprindo assim o principal pressuposto de mobilização da OPI. O que sucede é que, para negócios hipotecários em Espanha, o legislador castelhano estabeleceu unilateralmente a necessidade de controlo da legalidade por oficial público; a prescrição de controlo de legalidade é norma autolimitada, impondo-se sempre que o imóvel objecto do negócio se situe em Espanha. Claro que, do ponto de vista prático, atendendo a que o adágio *auctor regit actum* sempre impedirá que o tabelião de X siga regras espanholas sobre a função notarial, a prescrição como NANI do controlo substantivo redundará no *não reconhecimento do efeito real* daquele título, talqualmente sucederia por acção da OPI. Simplesmente, não parecem verificados os pressupostos da OPI. Sobre estes, vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 405ss; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 253ss.

*Em segundo lugar*, importa sublinhar que quando avultam preocupações de tutela dos contraentes na *constituição de direitos reais sobre imóveis*, os legisladores recorrem justamente às normas de aplicação necessária e imediata, determinando a aplicação da sua legislação independentemente da vocação conflitual. Lembre-se que no direito real de habitação periódica (as mais das vezes envolto em relações jurídicas internacionais), na Europa, qualquer que seja a lei escolhida para o contrato ou o local da sua celebração, *confere-se ao adquirente pelo menos a protecção do regime jurídico do Estado-Membro onde a coisa se situe*. No direito português, esta solução decorre do regime jurídico do Direito Real de Habitação Periódica, concretamente do n.º 7 do art. 60.º do Decreto-Lei n.º 275/93, de 5 de Agosto, com as alterações introduzidas pelo Decreto-Lei n.º 180/99, de 22 de Maio, pelo Decreto-Lei n.º 22/2002, de 31 de Janeiro e pelo Decreto-Lei n.º 37/2011, de 10 de Março, e é sublinhada no respectivo preâmbulo: “*porque se entendeu ser conveniente reforçar o grau de protecção dos adquirentes de direitos reais de habitação periódica, atendendo a que os respectivos contratos exigem, na maior parte das vezes, uma tutela particular da parte mais fraca*”.

Repare-se, porém, que o modo de alcançar esta protecção já revestiu vários figurinos. Até ao diploma de 2002, estabelecia-se nos termos clássicos (unilaterais) a aplicação necessária e imediata das disposições sempre que a coisa se situasse em Portugal: “*Todos os contratos relativos a direitos reais de habitação periódica e a direitos de habitação turística em empreendimentos turísticos sítios 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*”. Depois do diploma de 2002, todavia, *bilateralizou-se condicionalmente* a disposição, estabelecendo a obrigatoriedade da aplicação da lei da situação da coisa, independentemente da *lex contractus* e da lei reguladora da forma, se a coisa se situar noutro Estado-Membro: “*No caso de os contratos respeitarem a direitos reais de habitação periódica e a direitos de habitação turística em empreendimentos turísticos sítios no território de outro Estado-Membro da Comunidade Europeia, por períodos de tempo limitados em cada ano, aplicam-se as disposições correspondentes desse Estado-Membro qualquer que seja o lugar e a forma da sua celebração e a lei escolhida pelas partes para regular o contrato*”.

A versão actual do diploma persegue o mesmo objectivo, embora abandonando a técnica das NANIs. Assim, no caso de o contrato se reger pela lei de outro Estado-Membro, limita-se a possibilidade de renúncia aos direitos garantidos pela lei portuguesa; no caso de o contrato se reger pela lei de um Estado terceiro, a

Importa agora saber se a opção do legislador português tomada em 2008 permite concluir pela natureza *necessária e imediata* das normas prescritivas da solenidade (à semelhança do que concluímos para os sistemas de notariado latino puro) ou se a admissibilidade de titulação através do *documento particular autenticado* sujeito a depósito electrónico retira às normas lusas imperatividade internacional quando o imóvel se situe em Portugal.

Neste último sentido, milita LIMA PINHEIRO, sustentando que as normas de direito português que prescrevem a *escritura pública* ou *documento particular autenticado* não são internacionalmente imperativas: entende o Professor que os contratos que constituam ou transmitam direitos reais sobre imóveis situados em Portugal “*são formalmente válidos quando forem celebrados no estrangeiro por documento particular simples em conformidade com a lei do local da celebração*”<sup>595</sup>. A opção de LIMA PINHEIRO ligar-se-á, porventura, ao facto de o direito português não exigir a intervenção de tabelião inserido em sistema de notariado latino puro, admitindo que tais contratos não sejam exarados em documento público; nessa medida, não retirará da *ratio* inerente a estas normas os interesses político-legislativos necessários para a sua aplicação necessária. A conclusão do Professor seria porventura oposta se o direito português mantivesse a exigência (como fazia até 2008) de formalização do negócio em escritura pública, já que, recorde-se, o Autor defende que a imposição de *escritura pública* pela *lex contractus* implica não apenas a forma autêntica por aquela estabelecida, como a sua celebração forçosa por notários desse Estado.

Por nossa parte, e em consonância com o que defendemos *supra*, tendemos em sentido contrário. De facto, se a imposição de forma (*escritura pública* ou *documento particular autenticado*) é feita *ad validitatem* e tem em vista o *controlo da legalidade do acto*<sup>596</sup>, mantêm-se todas as razões de *segurança jurídica imobiliária* e de *justiça preventiva* que valem para a prescrição *escritura pública* nos sistemas puros (a prevenção do nascimento de negócios imobiliários inválidos e o resguardo do aparelho judiciário prevenindo a conflituosidade). Ademais, recorde-se que o sujeito autenticador (ainda que não seja notário) actua como *colaborador tributário*, cabendo-lhe obrigações fiscais relativas aos imóveis situados em Portugal (cfr. art. 49.º Código IMT).

Repetindo as nossas conclusões anteriores, a alteração legislativa de 2008 dever-se-á a um esforço de incremento do mercado imobiliário *sem abdicar do controlo da legalidade do negócio*. No fundo, o legislador moldou uma alternativa à solenidade máxima onde há, para o autenticador, a obrigação de aplicar subsidiariamente o Código do Notariado, designadamente o dever de recusar o acto quando é nulo, de advertir acerca da invalidade ou da ineficácia e de cumprir os requisitos previstos para a escritura pública. A diferença está apenas na redacção do documento (que na escritura cabe ao notário e no documento particular autenticado previsto no Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, é cometida às partes), na certeza de que, do ponto de vista do exercício da função, há uma equiparação entre o notário e as demais entidades autenticadoras.

---

protecção ao consumidor atribuída pela lei portuguesa não pode ser afastada *se o imóvel se situar na União Europeia* ou *se o vendedor exercer aí a sua actividade*. Sobre os interesses de política legislativa que motivam a autolimitação espacial das normas relativas a este instituto, cfr. RUI MOURA RAMOS, "La transposition des directives communautaires en matière de protection du consommateur et le droit international privé portugais", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 223-240, pp. 233ss, e MAFALDA MIRANDA BARBOSA, *Direito Real de Habitação Periódica e Protecção do Consumidor*, Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via [http://www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730\\_malfaldacastanheiraneves.pdf](http://www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_malfaldacastanheiraneves.pdf), consultado em 14 de Março de 2012, pp. 11ss. Quanto à natureza internacional deste contrato, ensina KATIA FACH GÓMEZ, "Transposición de la Directiva 94/47: La Ley española 42/98 sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado", *Noticias de la Unión Europea*, Ano XVI, n.º 187/188, 2000, pp. 9-16, p. 9: "*el 92,9% de los contratos celebrados por alemanes en esta materia tienen por objeto un bien inmueble situado en el extranjero*". Este modo de protecção decorre de imposição europeia, como sublinha KATIA FACH GÓMEZ, *cit.*, p. 10.

<sup>595</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 231, e "O novo...", p. 884. Em contraste, lembre-se que o Professor defende que a sujeição do *contrato* a uma lei de notariado latino implica a formalidade imposta por essa lei. A mesma exigência não é defendida pelo Autor quando o imóvel se situe em Portugal e não seja a lei pátria a *lex contractus*.

<sup>596</sup> Lembre-se o Conselho Técnico do IRN defende que o *documento particular autenticado* previsto pelo Decreto-Lei 116/2008 substancia *nova forma negocial*, que sujeita obriga o autenticador ao controlo da legalidade material do documento que lhe é apresentado e que se impõe a *todos os negócios submetidos substancialmente à lei portuguesa* — *vide*, respectivamente, Parecer do Conselho Técnico do IRN P.º C.P. 81/2009 SJC-CT e Parecer do Conselho Técnico do IRN n.º R.P. 223/2010 SJC-CT, de 26 de Maio de 2011 (*cit. nota* n.º 546).

### 1.3.2.3. A valoração de normas de aplicação necessária e imediata do Estado da situação da coisa.

Identificadas as normas prescritivas da formalização do contrato em documento autêntico exarado por oficial público (sob pena de invalidade do negócio) como *normas de aplicação necessária e imediata* (determinando a sua própria aplicação a todos os contratos sobre imóveis situados nesse Estado) importa atender aos efeitos desta conclusão. O resultado é líquido: sempre que a coisa se situar no Estado do foro e a lei territorial determinar a formalização do negócio por documento público exarado por notário integrado no tabelionato latino, a NANI da *lex fori* aplicar-se-á independentemente da *lex contractus* e da lei do local de celebração do negócio.

Esta conclusão implica, pois, que o âmbito de aplicação daquelas regras seja substancialmente ampliado. Na verdade, a *apreciação da validade ou eficácia do negócio hipotecário* será sempre cometida às autoridades do Estado onde a coisa se situe.

*Por um lado*, no que tange à *apreciação judicial* da validade ou eficácia da constituição ou transmissão de uma hipoteca (direito real sobre coisa imóvel) — e bem assim no que respeita à validade da respectiva inscrição registal —, vigora no espaço europeu a regra da *competência judiciária exclusiva* do Estado da situação da coisa, devendo os tribunais de qualquer outro Estado-Membro declarar-se oficiosamente incompetentes<sup>597</sup>. Nessa medida, todas as causas

---

<sup>597</sup> Cfr. art. 24.º do Regulamento n.º 125/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012 (Regulamento Bruxelas I-bis) e art. 22.º do Regulamento n.º 44/2001, do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000 (Regulamento Bruxelas I, aplicável às relações com a Dinamarca), relativos à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial, publicado em 16.01.2001: “*Têm competência exclusiva, qualquer que seja o domicílio: 1. Em matéria de direitos reais sobre imóveis e de arrendamento de imóveis, os tribunais do Estado-Membro onde o imóvel se encontre situado*”. Cfr. ainda o art. 27.º (e art. 25.º do Regulamento 44/2001): “*O tribunal de um Estado-Membro, perante o qual tiver sido instaurada, a título principal, uma acção relativamente à qual tenha competência exclusiva um tribunal de outro Estado-Membro por força do artigo 24.º, deve declarar-se oficiosamente incompetente*”. A interpretação do conceito de *direito real* é feita autonomamente — Acórdão TJCE de 10 de Janeiro de 1990, *Reichert*, proc. C-115/88, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, pp. I-27, n.º 8, e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A competência...”, p. 408, e “Exclusive...”, p. 351.

Sobre os fundamentos e âmbito da competência judiciária exclusiva do Estado territorial em matéria jurídico-real, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A competência...”, pp. 406ss, e *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 169; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 226ss; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 669; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 864; GEORGES A. L. DROZ, “Les règles du Traité CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, Bruxelas, 1981, pp. 49-76, p. 65; PETER STONE, *EU Private International...*, pp. 134ss; JAN KROPHOLLER E JAN VON HEIN, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9.ª Edição, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011, pp. 369ss; ANA PALOMA ABARCA JUNCO, “Las cosas...”, p. 275.

Sumariamente, sustenta-se que a competência jurisdicional exclusiva radica na “*existência de um nexo de ligação particularmente estreito entre o litígio e um Estado contratante, independentemente do domicílio tanto do requerente como do requerido*” [Acórdão TJCE de 13 de Julho de 2000, *Group Josi*, proc. C-412/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-5925, n.º 46]. No fundo, a justificação radicará “*na circunstância de o tribunal da situação do imóvel ser o que está em melhores condições, tendo em conta a sua proximidade, de possuir um bom conhecimento das situações de facto, procedendo no local a exames, investigações e peritagens, e de aplicar as regras e usos que são, em geral, os do Estado da situação do imóvel*” — Acórdão TJCE de 27 de Janeiro de 2000, *Dansommer*, proc. C-8/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-393, n.º 27; Acórdão TJCE de 14 de Dezembro de 1977, *Sanders*, proc. 73/77, *Recueil de Jurisprudence*, 1977, pp. 2383,

relativas a direitos reais sobre imóveis serão julgadas no Estado da sua situação, pelo que a prescrição pela *lex rei sitae* de tais formalidades impor-se-á, enquanto NANI do foro, qualquer que seja a lei reguladora do contrato ou o local da sua celebração.

*Por outro lado*, e independentemente de qualquer litígio, recorde-se que o facto de, em todos Estados-Membros, a hipoteca carecer da inscrição tabular para produção de efeitos implica a intervenção das autoridades registais territoriais para que a garantia se constitua. Ora, mesmo os sistemas de registo de documentos (de *protecção fraca*, na terminologia de MÓNICA JARDIM) permitem ao conservador recusar a inscrição se houver sido violada a *forma do título*. Assim, constituição da hipoteca sempre dependerá da aceitação da inscrição, a qual dependerá da regularidade formal do negócio apreciada nos termos das NANI do foro<sup>598</sup>.

Em suma, somos remetidos para uma conclusão: sempre que a coisa a hipotecar se situe em Estado cuja lei determine solenidade notarial como formalidade *ad substantiam* não será aceite forma inferior; o que equivale a dizer que será inviável a constituição da hipoteca em negócio celebrado à distância, por via electrónica<sup>599</sup>.

---

n.º 13; Acórdão Reichert, *cit.*, n.º 10; Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Abril de 2014, *Weber c. Weber*, proc. C-438/12, *Colectânea da Jurisprudência*, 2014, n.º 41.

Certa doutrina adita ainda um segundo fundamento, atinente a garantir a efectiva aplicação de normas jurídicas emitidas pelo Estado que arroga a competência exclusiva: “*a circunstância de se tratar de matérias em que vigoram, na generalidade dos sistemas nacionais, regimes imperativos cuja aplicação deve ser assegurada sempre que se verifique uma determinada ligação com o Estado que os editou. [...] Acrescente-se que os direitos imobiliários estão geralmente submetidos à lex rei sitae e que as regras aplicáveis têm predominantemente carácter imperativo e um nexo estreito com a constituição económica, por forma que a competência exclusiva do forum rei sitae garante a aplicação desses regimes imperativos*” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “A competência...”, pp. 406 e 411, e “Exclusive...”, p. 352; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 42; VÉRONIQUE MOISSINAC MASSÉNAT, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2007, p. 262; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, p. 94). Estes dois fundamentos são, aliás, igualmente utilizados para fundamentar a competência judiciária exclusiva para os contratos de arrendamento imobiliário (cfr. PAOLA PIRODDI, “Competenza giurisdizionale e legge applicabile alle locazioni immobiliari nelle Convenzioni di Bruxelles e di Roma”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXI, n.º 1, 1995, pp. 41-86, pp. 45-46).

Esta regra, outrora incontestada, começa hoje a ser posta em causa: “*se trata, sin lugar a dudas, de un concepto trasnochado, muy alejado de la apertura actual del tráfico de bienes inmuebles, cuya naturaleza poco tiene que ver con indicios de riqueza, poder y soberanía*” — JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 525. Ademais, o conceito de *acção em matéria de direitos reais* foi interpretado restritivamente pelo Tribunal de Justiça (Despacho de 5 de Abril de 2001, *Gaillard* proc. C-518/99, *Colectânea da Jurisprudência* 2001 pp. I-2771, n.º 16) segundo a qual “*não é suficiente que na acção esteja em causa um direito real sobre imóveis ou que a acção tenha uma relação com o imóvel para que o artigo 16.º, n.º 1, da Convenção de Bruxelas se aplique. Pelo contrário, é necessário que a acção se baseie num direito real e não, salvo a excepção prevista para os arrendamentos de imóveis, num direito pessoal*”.

<sup>598</sup> Na verdade, mesmo nos sistemas em que o conservador não tem função qualificadora (não lhe cabendo apreciar a validade substancial do título), o acesso ao registo depende da *regularidade formal* do título. Ora, uma vez que a lei territorial impõe, com natureza necessária e imediata, a forma de *documento público*, a forma autêntica será exigida pelas autoridades tabulares independentemente da *lex contractus*. Veja-se, por exemplo, o *sistema registal francês*, onde está ausente o controlo da validade dos actos registados mas, desde o Decreto de 4 de Janeiro de 1955, se exige *forma notarial* dos actos submetidos a publicidade, sob pena de recusa (cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 230); ou o sistema italiano, onde o art. 2674.º *Codice Civile* estabelece taxativamente as causas de recusa do registo, entre as quais não consta o controlo da legalidade do acto mas a verificação da *formalidade exigida pela lei*. *Vide* as referências *supra* indicadas na nota n.º 580.

<sup>599</sup> É assim desnecessário indagar a relevância destas normas (integrantes da lei da situação da coisa) quando a *lex rei sitae* não seja a *lex fori*, já que nunca uma causa sobre direitos reais sobre imóveis será colocada a tribunal

de outro país e atendendo a que a produção dos efeitos reais da hipoteca sempre carecerá da aceitação do registo, dependente do cumprimento das NANI do Estado territorial.

Com interesse meramente académico, poderá averiguar-se se a relevância extrajudicial do sistema internacionalprivatístico pode impedir, *ab initio*, a celebração de um negócio formalmente válido face à *lex contractus* e à *lex loci* mas que não cumpre a formalidade prescrita no Estado da situação da coisa. Este problema colocar-se-á quando as partes optem por forma negocial que envolva a intervenção de um terceiro desprovido das funções que estão atribuídas a um oficial público de sistema de notariado latino puro. Referimo-nos, designadamente, ao sistema criado entre nós pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho, que autoriza a titulação de negócios constitutivos de direitos reais sobre imóveis através de documento particular autenticado, depositado electronicamente na plataforma gerida pelo Instituto dos Registos e do Notariado.

Suponhamos a seguinte hipótese: A pretende constituir a favor de B uma hipoteca sobre prédio sito em Espanha — Estado-Membro cuja lei adopta o figurino de notariado latino prescrevendo, sob pena de nulidade substancial, a titulação do negócio em documento público (art. 145.º *Ley Hipotecaria*) — tendo escolhido como *lex contractus* a lei inglesa (que desconhece a figura do documento público) e celebrando o negócio em Portugal. Submetendo as partes o contrato para autenticação perante advogado, *deve este recusar a autenticação por ofensa de normas de aplicação necessária e imediata da lei do Estado da situação da coisa, não obstante o contrato ser formalmente válido perante o direito designado pelo sistema conflitual?* De outro modo: *está o titular vinculado à NANI espanhola, que não é lex fori, nem lex contractus, nem lex loci?*

Antes de mais, recorde-se que vimos *supra* (pp. 272ss) que a jurisprudência do Conselho Técnico do IRN não tem dúvidas em considerar que as entidades com funções notariais gozam de poderes/deveres de controlo da legalidade formal quanto ao negócio incluso no documento a autenticar (já que a lei estabelece ser o *documento particular* que se sujeita aos requisitos legais relativos aos negócios sobre imóveis). O autenticador controla a legalidade do acto, pelo que deve recusar a exarção do respectivo termo por entender aplicável ao negócio de fundo certa lei que prescreve a obrigatoriedade de escritura pública.

Apreciando o autenticador a legalidade formal do negócio que lhe é apresentado, importa determinar o valor parametrizador das normas de aplicação necessária e imediata estrangeiras: na verdade, no exemplo que configurámos, a *lex rei sitae* não é nem a *lex contractus* nem a *lex fori*, devendo perceber-se se devem ser observadas as suas disposições internacionalmente imperativas *logo no momento da titulação*.

Não havendo uma *obrigação de direito internacional público* no sentido da aplicação de NANI estrangeiras (cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado* (2001), Vol. I, p. 289), apresentam-se várias concepções relativas à sua valoração. O problema é difícil, ao ponto de o próprio PH. FRANCESCAKIS, "Quelques...", p. 12. se ter deliberadamente recusado a tratá-lo: "Pour essayer de mettre de l'ordre dans les idées, il faut commencer par réfléchir sur la nature des lois d'application immédiate dans notre propre système. C'est cette nature qui nous éclairera sur le sort à réserver aux lois étrangères du même type".

As duas perspectivas tradicionais são a teoria do estatuto obrigacional e a teoria da conexão especial.

De acordo com a chamada *tese do estatuto obrigacional* (*Schuldstatutstheorie*) [também conhecida como *teoria da unidade do estatuto contratual*, como prefere ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 226] apenas devem ser aplicadas NANIs estrangeiras que integrem a *lex causae*. Na verdade, tais normas internacionalmente imperativas são chamadas pela regra de conflitos do foro, pelo que "o único limite à atendibilidade dos preceitos em causa consiste em serem repelidos pelos princípios de ordem pública internacional do Estado do foro" (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 163; "Considerações...", p. 78; "O método conflitual...", p. 19; "A Convenção de Roma e os contratos internacionais", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 9, 1990, pp. 1-16, p. 12). É, no fundo, a visão tradicional do sistema bilateral, onde "laws outside the lex fori and the law designated by the conflict rule are in principle not qualified for application, they are outside the conflict system" (FRANK VISCHER, "General...", p. 166).

A tese do estatuto obrigacional tem a seu favor a simplicidade, previsibilidade e protecção das expectativas das partes (que não poderiam contar com a aplicação de outra lei além da *lex causae* e da *lex fori*). É todavia a concepção menos abrangente, ao implicar a diluição das NANI nas demais normas materiais da lei a que pertencem: "as normas de aplicação imediata estrangeiras precisariam, para reclamarem de sua justiça, da ajuda das regras de conflitos do foro enquanto regras que as mandariam aplicar", o que viola o princípio da paridade de tratamento entre NANI do foro e estrangeiras (porquanto a sua natureza específica tem relevância apenas na sua ordem jurídica de origem) e é geradora de *desarmonia de decisões* (já que a solução do caso não coincidirá com aquela que seria proferida decisor do Estado emitente das NANI preteridas). Nessa medida, não apenas se potencia o *forum shopping* como se gera o risco de esvaziamento de efeito útil das decisões que não levem em consideração uma lei terceira que invalide a relação jurídica, pois nesse Estado (porventura, fortemente conectado com o caso — como o lugar de execução de uma obrigação) a solução será bem diferente. Neste sentido, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, p. 993; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 41; PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", p. 227; YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 336; WILHEM WENGLER, "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht — Eine rechtsvergleichende Studie", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168-212, p. 181; PIERRE MAYER, "Les lois...", p. 278; PIERALBERTO MENGGOZZI, "Règles communautaires et règles impératives en tant que «limites» et «contre-limites» imposées à



l'autonomie contractuelle", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 1, 1999, pp. 169-200, p. 177. Segundo certa doutrina, será a concepção prescrita pelo DIP de fonte comunitária, porquanto a ausência de referência às NANI da *lex contractus* no art. 9.º do Regulamento Roma I (que provém do art. 7.º da Convenção de Roma) a par da menção a NANI do Estado onde a obrigação deve ser ou foi cumprida implicará a conclusão de que a *lex contractus* é chamada com as suas NANI (ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 78; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 660; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 115).

Esta tese é perfilhada, entre outros, por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 318-323 (embora a Professora defenda uma *relevância indirecta da lei estrangeira*, ainda que não corresponda à sua aplicação); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3828, pp. 69, (que contudo aceitaria a aplicação da NANI estrangeira se integrante num conceito de "*ordem pública verdadeiramente internacional*"); JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 280; MARIA HELENA BRITO, *A Representação...*, p. 601, nota 72; RODOLFO DE NOVA, "Conflits...", p. 399; EDOARDO VITTA, "La Convenzione C.E.E. sulle Obbligazioni Contrattuali e l'Ordinamento Italiano", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XVII, n.º 4, 1981, pp. 837-852, p. 843 (que se mostra muito crítico da opção tomada no art. 7.º da Convenção de Roma, sobretudo por pôr em causa a segurança jurídica das partes); ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...*, Vol. I, p. 22. Trata-se de uma construção que, de acordo com DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 631, é ainda hoje prevalecte na jurisprudência do Tribunal Federal Alemão e encontrou consagração jurisprudencial em França no Acórdão da *Cour de Cassation* de 25 de Janeiro de 1966 *Royal Dutch*, que aplicou NANIs (de direito público) estrangeiras através da sua qualificação na regra de conflitos geral — em concreto, normas holandesas que confiscavam valores mobiliários emitidos por uma sociedade sem indemnizar os titulares, como medida de afastar as consequências de uma invasão estrangeira anterior. Sobre o Acórdão, criticamente, YVON LOUSSOUARN, "Comentário...", pp. 394, e JEAN-DENIS BREDIN, "Comentário ao Acórdão *Royal Dutch*...", pp. 640, que consideram que as normas neerlandesas, não obstante *lois de police*, são normas de direito público de aplicação territorial, não devendo ser aplicadas fora de fronteiras. Em sentido diferente, PH. FRANCESKAKIS, "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, 1966, pp. 238-264, p. 262, aceita a aplicabilidade da NANI holandesa, sugerindo porém a sua evicção por via da excepção de ordem pública.

A *teoria da conexão especial*, formulada em 1941 por WILHEM WENGLER, "Die Anknüpfung...", pp. 181ss, abstrai-se do direito de conflitos do foro e sustenta a aplicação de NANI estrangeiras (quer da *lex causae*, quer de terceiro), mediante certas condições próprias. Só assim se garante, por um lado, uma *harmonia de decisões* (porquanto a regra internacionalmente imperativa será aplicável não apenas se o caso for julgado nos tribunais do seu sistema) como, por outro, a *paridade de tratamento das ordens jurídicas*. Esta concepção é adoptada, em traços gerais, por RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 719; KONRAD ZWEIGERT, "Droit...", p. 649; KARL NEUMEYER, "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Revue Critique de Droit International Privé*, vols. 46 e 47, 1957-1958, pp. 579-604 (vol. XLVI) e pp. 553-578 (vol. XLVII), pp. 57ss; PIERRE MAYER, "Les lois...", pp. 320ss. Na formulação de WENGLER (*sonderanknüpfungstheorie*), a NANI estrangeira será aplicada conquanto a lei onde se integra apresente uma *ligação suficientemente estreita com o contrato*, sob reserva da OPI do foro. Isto é, a regra internacionalmente imperativa deverá aplicar-se honrando o seu *comando unilateral* mas *condicionada* à presença de uma forte ligação com o caso. Esta *ligação estreita* existirá também perante uma comunhão de valores internacionais (isto é, deverá a NANI estrangeira ser mobilizada quando tenda à realização de fins idealmente comuns a todos os Estados — fins *internacionalmente típicos*) e numa ideia de *reciprocidade*, segundo a qual a aplicação de NANIs estrangeira é determinada pela *bilateralização* das homólogas regras do foro). Esta concretização, inexistente no primeiro trabalho de WENGLER, foi elaborada por ZWEIGERT, *cit.*, p. 650 e por NEUMEYER, *cit.*, p. 58, sendo adoptada por WENGLER num segundo momento (*Internationales Privatrecht*, Vol. I, Walter de Gruyter, Berlin, 1981, pp. 92ss), que defende o estabelecimento de uma cláusula de OPI positiva, segundo a qual se aplicam as NANIs de Estados terceiros quando servem um interesse da comunidade jurídica internacional. Sobre a tese da conexão especial, *vide* ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Considerações...", p. 80, e "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 122, n.ºs 3787, 3788 e 3789, 1990, pp. 289-292, 321-322, 362-366, p. 364; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 38, nota n.º 33; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "El Derecho Publico...", p. 260; GERHARD KEGEL E KLAUS SCHURIG, *Internationales...*, pp. 583ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 287 (que a defendem no ordenamento espanhol); ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 231. Repare-se, como sublinha ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 994, que a expressão *conexão especial* é usada em DIP com várias acepções, nem sempre coincidentes com a teoria de WENGLER.

São conhecidos os inconvenientes da teoria da conexão especial: *por um lado*, alertam LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 40, F. A. MANN, "Conflict...", p. 158, e MIAJA DE LA MUELA, *cit.*, p. 261, que "*as cláusulas gerais sobre a relevância de normas imperativas de terceiros Estados deixam uma larga margem de apreciação ao intérprete*". Este

---

problema é reconhecido por ZWEIGERT, *cit.*, p. 649, mas minorado pela elaboração de critérios de concretização da *ligação estreita*. Em segundo lugar, alerta VISCHER que “it is the forum that decides which foreign law is qualified for application or consideration” (FRANK VISCHER, “General...”, p. 168, e “The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, 1974-II, Tomo 142, 1974, pp. 1-70, p. 24). Ora, se a teoria do estatuto obrigacional desvirtua as NANI porque as dilui nas demais normas da *lex causae*, a tese da conexão especial elimina a sua característica primária: a unilateralidade do seu comando.

Ainda assim, as suas conhecidas vantagens no domínio da harmonia de decisões e o combate ao *forum shopping*, levam MOURA RAMOS, *cit.*, p. 720, e ZWEIGERT, *cit.*, p. 649, a considerar que aqueles riscos são contrabalançados pelos seus resultados positivos. Como se sabe, é esta a tese incorporada na lei suíça de DIP (cfr. art. 19.º LFDIP e FRANK VISCHER, “«Revolutionary Ideas» and the Swiss Statute on Private International Law”, *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siebr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, et al., Schulthess, Zurique, 2010, pp. 101-112, p. 108).

A tese da *conexão especial* conheceu algumas variantes. Isto é, partindo-se do princípio da *aceitação da aplicação das NANI estrangeiras*, surgem alternativas quanto à do conceito de *ligação especial* da norma à situação concreta para além daquele que vimos *supra* (e que BONOMI, *cit.*, p. 231, apelida de *unilateralismo condicionado*).

*Em primeiro lugar*, veja-se a *Machttheorie* de KEGEL: partindo da concepção tradicional de restrição às NANIs da *lex causae*, dever-se-ão aplicar ainda as NANI dos Estados estrangeiros que tiverem o poder fáctico de as fazer cumprir. Tal verificar-se-á, por exemplo, quanto às NANI da *lex domicilii* do devedor, ainda que não seja esta a *lex contractus* ou a *lex fori*. Ademais, são de aplicar NANI estrangeiras quando coincidam com os objectivos político-económicos da *lex fori* (cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 1000ss e *Direito Internacional Privado* (2001), Vol. I, p. 291). No fundo, a *ligação especial* é apreciada não apenas pelo conteúdo das NANI estrangeiras mas também pelo *poder do Estado em aplicá-las*.

*Em segundo lugar*, devemos considerar a aceitação da unilateralidade das NANI na sua plenitude. Isto é, tendo em conta que estas têm insito um comando conflitual *unilateral*, deve aceitar-se cabalmente o sistema unilateralista: aplicar-se-ão as NANI de Estados terceiros que, atendendo aos fins que pretendem realizar, determinarem a sua própria mobilização ao caso. É a posição defendida por PIERRE GOTHOT, “Le renouveau...”, pp. 230ss, colhendo a simpatia de PAOLO PICONE, “Caratteri...”, pp. 60-62, e HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, pp. 429. Como se percebe, esta concepção aproxima-se da *governmental interest analysis* de CURRIE, gerando uma aplicação descontrolada de regras estrangeiras não designadas pelo DIP do foro, conduzindo, sem limites, à derrogação do juízo conflitual da *lex fori* (cfr. FRANK VISCHER, “General...”, pp. 169; ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 231, que vê aqui uma posição *incontrolada* da tese da conexão especial, porquanto é a própria NANI estrangeira que determina a sua *ligação* à situação).

*Por fim*, refira-se ainda a tese da *bilateralização relativa* das NANI (também designada de concepção *neoflitalista*, por PIERRE MAYER, “Les lois...”, p. 293): de acordo com esta concepção, há que olhar às regras de aplicação necessária da *lex fori* e bilateralizar o seu elemento de conexão unilateral. Caso, na lei ligada ao caso por aquele elemento de conexão (e mesmo que não seja a *lex causae*), existam NANI que determinem a sua aplicação ao caso, devem tais regras ser mobilizadas. No fundo, esta *bilateralização* parte do pressuposto de que, se a norma interna não determina a sua aplicação, há que procurar na conexão eleita como relevante pela NANI do foro uma norma similar que o estabeleça — FRANCE DEBY-GÉRARD, *Le rôle...*, p. 57; FRANÇOIS RIGAUD, “Les situations...”, p. 199 (que critica a solução da Convenção de Roma ao relevar apenas a *vontade de aplicação da NANI estrangeira* e defende que “la détermination du rattachement territorial au pays étranger dont la loi est ainsi déclarée applicable dépend des critères propres au droit international privé de la *lex fori* sans que l’opinion éventuellement exprimée sur ce point par le législateur étranger mérite, elle, d’être «prise en considération»); ANNIE TOUBIANA, *Le domaine...*, pp. 258ss (que, não obstante, reconhece as limitações deste processo de legitimação da NANI estrangeira — pp. 263ss).

A *bilateralização* é *imperfeita* porque não há uma verdadeira bilateralização da NANI: tal implicaria aplicar a norma relevante da lei conectada ao caso pelo elemento de ligação utilizado pela NANI do foro. Ora, não é isso que acontece: o chamamento dessa lei é feito sob reserva de esta, através de comando conflitual próprio (geral ou particular) determinar a sua aplicação ao caso. Aceitar a aplicação dessa lei *sem ter em conta a imperatividade internacional* da respectiva norma constituiria aquilo que MAYER, *cit.*, p. 295, apelida de “*bilatéralisation illicite*”.

Como se percebe, esta concepção enferma de um grave problema: nega a natureza específica deste tipo de disposições e ignora que o seu próprio funcionamento *exclui o direito de conflitos geral*. Na verdade, reconduzi-las a *regras de conflitos bilaterais* é sustentar a inexistência de regras que consubstancial um *desvio* ao método conflitual. Com maior profundidade, *vide* PIERRE MAYER, “Les lois...”, pp. 294ss.

Entre nós, a tese da *conexão especial* conhece uma outra variante. Trata-se da tese de MARQUES DOS SANTOS, que sustenta a aplicação de NANIs estrangeiras com base numa *regra de reconhecimento* (como a do art. 9.º do Regulamento Roma I ou do art. 16.º da Convenção da Haia de 1985 sobre lei aplicável ao *Trust* e ao seu reconhecimento) que estabeleça as condições de relevância das NANI estrangeiras (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *As normas...*, Vol. II, pp. 1046 e 1047; *Direito Internacional Privado* (2001), Vol. I, p. 300). No fundo,

como sublinham quer NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 46, quer DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 637, e "Método...", p. 30, diferentemente do que sucede com as congêneres do foro, a norma de aplicação imediata estrangeira carece de um "título que legitime a sua relevância além fronteiras, título que pode ter origem estadual, convencional ou outra". Só desta forma se poderá combinar a unilateralidade própria das NANI com um comando do foro (uma *autovinculação*) que determine a relevância da aplicação de uma *loi de police* estrangeira, nos termos por esta definidos. Isto é, não basta a *vis* aplicativa da NANI mas uma regra interna que o autorize. Como se vê, a tese aproxima-se de forma evidente da formulação clássica da *teoria da conexão especial*, embora reservando ao legislador (e não ao julgador) a identificação objectiva das conexões relevantes e eventuais requisitos adicionais para a respectiva relevância.

Próxima desta proposta (ainda que mais longe da concepção da *conexão especial*) é a tese de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Apontamento...", p. 41 e de KLAUS SCHURIG, "Zwingendes Recht, »Eingriffsnormen« und neues IPR", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, n.º 2, 1990, pp. 217-250, p. 236: a *técnica da remissão condicionada*. De acordo com esta concepção, o foro deve indicar, *mediante normas de remissão condicionada*, certas categorias de normas vigentes em Estados que apresentam determinada conexão com o caso (o lugar de execução do contrato, por exemplo). Isto é, há nesta fase uma certa *bilateralidade*, simplesmente, a aplicação dessas normas será *condicionada* à sua "*disposição em aplicar-se*" (o que constitui condição de vocação) — seja porque configuram NANI ou porque são indicadas pela regra de conflitos geral dessa lei. Estas normas de *remissão condicionada* não deverão constar da parte geral mas apenas no quadro da regulação conflitual especial — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The methodology...", p. 162, e *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 296 e 308ss.

A grande diferença face à *regra de reconhecimento* de MARQUES DOS SANTOS está no facto de, ali, a NANI estrangeira encontrar o seu título de aplicação na respectiva *vontade* (embora limitada pela *lex fori*); aqui, é a *lex fori* que designa a conexão cujas NANI são relevantes, partindo-se do juízo conflitual do foro e não da imperatividade internacional da lei estrangeira. Em qualquer uma das propostas, se atenua a discricionariedade do julgador na determinação da *ligação especial*, admitindo no entanto a relevância de NANI estrangeiras.

Nos domínios cobertos pela cláusula geral do Regulamento Roma I (art. 9.º), o legislador parece ter combinado a teoria do estatuto obrigacional com a tese de WENGLER: por um lado, considerou que o chamamento da *lex causae* abrange as suas NANIs (que se diluem, assim, nas demais normas materiais) — ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 115; por outro, determinou a eventual relevância das NANIs de Estados terceiros para apreciação da ilegalidade do contrato, desde que verificada a *conexão especial* (neste sentido, ARNAUD NUYS, "L'application...", p. 53; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 163 e 164).

A combinação das duas teses era defendida por BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 115-117, e enfrentou críticas violentas da delegação britânica, como explicam PETER NORTH, "Is European Harmonisation of Private International Law a Myth or a Reality? A British Perspective", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 29-48, p. 42, e LAWRENCE COLLINS, "Contractual Obligations — The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, pp. 35-57, p. 50.

A solução do Regulamento Roma I, face à solução originária da Convenção de Roma (analisada por LUCIANO GAROFALO, "Volontà delle parti e norme imperative nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXII, n.º 3, 1996, pp. 469-498, pp. 484-486; PAOLO MENGOLZI, "Norme di Applicazione Necessaria e Progetto di Convenzione CEE sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali", *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. CXCVII, 1979, pp. 3-41, pp. 7ss; TULLIO TREVES, "Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 Giugno 1980", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIX, 1983, pp. 25-41, pp. 34ss; JONATHAN HARRIS, "Mandatory...", pp. 288ss; DAVID JACKSON, "Mandatory...", p. 73), restringe a discricionariedade do julgador quanto às NANIs de lei diferente da *lex causae*, embora mantenha alguma margem de apreciação (FRANK VISCHER, "The antagonism...", p. 25; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "El Reglamento...", pp. 124ss; STEFAN LEIBLE, "La importancia...", p. 231; ANDREA BONOMI, "Prime...", p. 120; PATRIZIA DE CÉSARI, "Disposizioni...", p. 266). Esta manutenção de margem de apreciação *por um lado* cria alguns riscos de desarmonia jurídica internacional mas, *por outro* (porque limita a respectiva relevância à apreciação da legalidade do negócio) potencia uma menor fragmentação da lei aplicável, já que a relevância da NANI de Estado terceiro estará limitada à determinação da invalidade, cujos efeitos se manterão sob os auspícios da *lex contractus* (cfr. GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 9.º...", pp. 800 a 803; BONOMI, *ibidem*). A solução mais discricionária da Convenção de Roma era fortemente criticada por RUSSEL J. WEINTRAUB, "Functional Developments in Choice of Law for Contracts", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-IV, Tomo 187, 1984, pp. 239-305, p. 285 e por VITTA, *ibidem*.

No domínio do nosso problema, toda a discussão perde relevância, já que no n.º 5 do art. 11.º, o Regulamento elimina qualquer discricionariedade atribuída ao julgador. Com efeito, independentemente do valor atribuído à cláusula geral (art. 9.º do Regulamento ROMA I) no quadro da forma dos negócios constitutivos ou translativos de direitos

## 2. INCITAMENTO À CONTRATAÇÃO NO ESTADO TERRITORIAL: OS OBSTÁCULOS À CELEBRAÇÃO DO NEGÓCIO NO ESTRANGEIRO.

É ideia frequente que, mais do que o cumprimento forçoso das solenidades prescritas pela *lex contractus* ou pela *lex rei sitae* (pelo menos quando se integrem no tabelionato romano-germânico), se imporá a contratação da hipoteca perante notários do Estado territorial.

Esta conclusão vem sendo justificada em três razões. *Por um lado*, sustenta alguma doutrina que sempre que a *lex contractus* determine forma autêntica, tal implica não apenas a sujeição necessária a tal solenidade (pois tende ao respectivo cumprimento substancial) como a restrição da titulação aos oficiais desse Estado, já que só a esses foi conferida fé pública — é a tese *nacionalista* ou *restritiva*<sup>600</sup>. *Por outro*, há a ideia de que a *justiça preventiva* em que assenta a imposição de documento autêntico pela *lex rei sitae* só se realiza quando a transacção for titulada por notário desse Estado, tese que encontra consagração legal em alguns países<sup>601</sup>.

---

reais sobre imóveis (n.º 5 do art. 11.º) estabelece-se a observância obrigatória de normas da lei da situação da coisa que constituam NANI. Assim, sempre seriam aplicáveis as NANI da *lex rei sitae* logo no momento da titulação, ainda que esta não seja a *lex contractus* nem a *lex loci*. Isto é, o autenticador, *por força da norma do n.º 5*, deveria recusar a elaboração do termo de autenticação, porquanto estaria vinculado, no âmbito do seu controlo da legalidade, à *aplicação necessária e imediata* da prescrição de escritura pública operada pela lei espanhola.

<sup>600</sup> A expressão é de PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 108. É a posição de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226, e de PETER SPARKES, "European...", p. 33, defendida, *de iure condendo*, pelo Parecer n.º 76/92 do Conselho Técnico DGRN (*cit. nota n.º 517*), pp. 18 e 24. Chegou a estar consagrada nas resoluções da DGRN espanhola, como explica RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Denegación de la inscripción de un documento en el registro de la propiedad español por el hecho de ser extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 337-349, p. 341.

De acordo com LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 270, a concepção assenta na ideia de que os oficiais estrangeiros não têm as qualificações (a capacidade de produzir documentos dotados de *fé pública*) necessárias à emissão de título equivalente ao prescrito pela lei interna: "*In conformity with this reasoning, we should have to deny validity to all transactions entered into before foreign officials, who did not possess the special qualifications which native law requires of the officials who are entitled in this country to give validity to the execution of such transactions*".

<sup>601</sup> É o caso francês, onde o art. 2417.º do *Code Civil* estabelece "*Les contrats passés en pays étranger ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens de France, s'il n'y a des dispositions contraires à ce principe dans les lois politiques ou dans les traités*" e holandês, onde o art. 3:31 do Código Civil (*Burgerlijke Wetboek*) determina que a prescrição de um acto notarial pela lei só é cumprida por tabelião holandês ("*Waar een wetsbepaling die betrekking heeft op registergoederen, een notariële akte of een notariële verklaring voorschrijft, is een akte of verklaring van een Nederlandse notaris vereist*").

Estas normas suscitam, evidentemente, dúvidas de compatibilidade com as regras europeias em matéria de liberdade de prestação de serviços. Nesta sequência, na Holanda, há a consciência da necessidade de demonstração da estrita necessidade de atribuição de competência exclusiva atribuída aos notários territoriais, sob pena de violação de normas comunitárias (*vide* A. V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences...", p. 318).

Quanto à regra francesa, a literatura abunda, sobretudo no sentido crítico. Segundo PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 391, e MICHEL CABRILLAC E CHRISTIAN MOULY, *Droit...*, p. 627, respectivamente, a norma revela um "*territorialisme dépassé et inopportun*" e materializa um "*fossile nationaliste*", ao pressupor que notários *não franceses* jamais prestarão garantias similares às dos gauleses, gerando um entrave ao comércio e dificultando a geração de relações creditórias internacionais. Ademais, a regra derivará de um erro histórico, já que se pretendia reproduzir uma proibição de direito antigo aplicada às hipotecas legais (cujo acto notarial de constituição admitia execução extrajudicial da hipoteca), tendo-se chegado à norma por incorrecta tradução (CALLÉ, *cit.*, p. 393; ANDRÉ WEISS, *Manuel...*, p. 539); assim, a doutrina francesa sustenta há mais de 100 anos a necessidade de revogar esta regra — *cfr.* WEISS, *cit.* ("*Le disposition de l'article 2128 [actual art. 2417] est inexplicable. Les auteurs sont unanimes à réclamer son abrogation*"); TITO BALLARINO, "Norme...", p. 723; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 51; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'Acte Public...*, p. 232; GEORGES A. L. DROZ, "Problèmes soulevés par l'établissement, en Angleterre ou aux Etats-Unis, d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français", *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991,

Por fim, defende-se que as liberdades comunitárias são *inaplicáveis* aos serviços notariais, porquanto o notário é um oficial público que se destina a salvaguardar os interesses públicos do Estado que lhe delegou poderes<sup>602</sup>.

Como aflorámos *supra*, não aderimos a esta tese: mesmo quando a *lex rei sitae* impõe a certificação da legalidade por oficial público (a ocorrer nos termos por si previstos), não restringe esse poder aos *seus notários*. Isto é, nos países que não contenham prescrição em contrário, *não cremos existir uma obrigatoriedade de celebração do negócio no Estado territorial*, mesmo que este estabeleça a celebração obrigatória perante *instrumento autêntico*, pelo que produzem efeitos os negócios válidos celebrados no estrangeiro.

---

pp. 93-101, p. 93; MARCEL PLANIOL E GEORGES RIPERT, *Traité...*, Tomo XII, 1ère partie, p. 427, embora CABRILLAC e MOULY, *cit.*, p. 628, reconheçam que o Tratado da União Europeia possa ser o *traité* referido na norma como causa de isenção desta obrigação. A isto acresce que, segundo PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 353, esta disposição pode criar um conflito entre o estabelecimento da obrigatoriedade de intervenção de um oficial público (cuja actividade se submete à *lex auctoris*, como vimos *supra*) e a vocação de lei diferente à forma do contrato (que poderia exigir *escritura pública* mas outra formalidade, ainda que controlo de legalidade). Repare-se, porém, que YVON LOUSSOUARN, PIERRE BOUREL E PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit International...*, p. 564, consideram ser possível a constituição de hipoteca em Estado estrangeiro, conquanto o negócio seja titulado por notário francês.

Se não há divergência doutrinal na crítica à disposição, discordâncias aparecem todavia no que concerne à sua natureza, já que nem toda a doutrina a vê como *restrição da competência notarial* mas como norma de DIP material, regulando especificamente a constituição de hipoteca nas relações plurilocalizadas (neste sentido, MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 500; e RICHARD CRÔNE, "La réception d'un acte authentique étranger en France", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 77-96, p. 86; HENRI MAZEAUD, et al., *Leçons...*, Tomo III, Vol. 1, p. 304; PLANIOL e RIPERT, *cit.*, p. 425; e REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté...", p. 22; BALLARINO, *cit.*, p. 723). Para esta doutrina, o efeito da disposição é o de estabelecer a necessidade de cumprimento da *forma* da *lex rei sitae* e afastar o brocardo *locus regit actum*; pretender-se-á o seguimento da estrita forma prescrita pela lei francesa e o cumprimento escrupuloso das solenidades prescritas pela lei gaulesa, o que só é possível mediante uma restrição aos oficiais franceses. Não cremos que assim seja: a forma prescrita pela lei francesa (escritura pública) seria igualmente cumprida por notário alemão, italiano ou português, vinculado aos mesmos deveres de controlo da legalidade do negócio. Pelo contrário, a lei francesa limita aos *oficiais a quem o Estado Francês delegou a fé pública* a competência exclusiva para titular estes negócios.

Quanto ao seu propósito, se a maioria dos Autores vêem aqui uma *desconfiança face a tabeliães estrangeiros*, para CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 4, pretende-se evitar problemas de *transposição* na constituição da garantia: isto é, ao obrigar a intervenção de um notário territorial, evita-se a criação no estrangeiro uma *mortgage* que, depois, tenha de ser funcionalmente traduzida na *hypothèque*.

Ainda quanto a esta regra, é de notar uma aparente contradição com a disposição da alínea 3 do art. 4.º do *Décret du 4 janvier 1955*: nesta norma prevê-se a apostila e legalização de actos notariais estrangeiros que importem a constituição de hipoteca ou privilégios. A doutrina vem propondo uma interpretação restritiva, sustentando que a norma só é aplicável no caso de, como se prevê no *Code Civil*, haver convenção internacional que excepcionalmente admita a constituição de hipoteca no estrangeiro sobre prédio em França. Todavia, os conservadores vêm sufragando uma visão mais abrangente, defendendo que o art. 2417.º se deve ter por derogado — *vide* CRÔNE, *cit.*, p. 87; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 51 (que defendem que este anacronismo se verifica sobretudo nos *títulos executivos europeus*), a qual foi aceite pela Resposta à Questão dada pelo Ministro da Justiça francês em 18 de Dezembro de 1989 (publicada na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 79, n.º 2, p. 403 — cfr. GEORGES A. L. DROZ, "Problèmes...", p. 96).

<sup>602</sup> Cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 904: "No existe una libre prestación de servicios en la UE en relación con los Notarios. En efecto, el Notario es una autoridad pública «española» que ejerce, por delegación del Estado «español» un auténtico poder público que consiste en el control de legalidad del documento que se otorga ante dicho Notario, un control civil, fiscal y administrativo. La finalidad de dicho control es salvaguardar los intereses generales del Estado español"; JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, "Nacionalidade...", p. 73, que considera estar o notariado ao abrigo da excepção dos Tratados das actividades que directa e especificamente exercem autoridade pública.

Na verdade, os fundamentos de tal concepção não colhem. *Por um lado*, o valor probatório acrescido dos documentos autênticos (que decorre da fé pública) não é um pressuposto da verificação da legalidade mas uma *consequência*: porque um notário redigiu o documento e certificou a inexistência de nulidades, a lei confere-lhe um valor probatório especial. *Por outro*, a certificação da legalidade substancial do negócio não depende de o sujeito fiscalizador ter sido autorizado pelo Estado de situação da coisa. Aliás, não apenas este raciocínio está há muito firmado na doutrina e jurisprudência da maioria dos países europeus, como tem consagração positivada em vários sistemas<sup>603</sup>.

Efectivamente, ainda que a prescrição de *certas formalidades* pela *lex rei sitae* tenha subjacente a concepção notarial e os deveres de tabelionato dessa lei, não há obstáculo a que se deixe funcionar nesta sede o instituto internacionalprivatístico da *substituição*: se a

---

<sup>603</sup> Na doutrina, *vide* PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij...*", p. 516 ("Décider, en effet, que la forme de la procuration dépend de la loi hollandaise, loi du lieu de la situation de l'immeuble, cela ne veut pas dire que la procuration ne peut être faite que devant un office public hollandais. Lorsque que le législateur entend mettre obstacle au développement de certaines institutions sur le plan international il le dit expressément"); PROSPERO FEDOZZI, *Trattato...*, Vol. IV, p. 673 ("Gli art. 1935 e 1990 del nostro cod. civ. [...] riconoscono chiaramente che può darsi iscrizione ipotecaria nel nostro Stato in base ad un atto seguito all'estero, all sola condizione che esso sia debitamente legalizzato"); A. V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences...", p. 317 ("le notariat devra fonctionner sur une échelle européenne. Il vaut la peine d'assurer l'équivalence de la valeur juridique des actes notariés"); GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 52 ("Dans beaucoup de systèmes juridiques rien n'interdit qu'un contrat de vente d'immeubles situés dans un pays soit passé dans un autre pays" [o Professor conclui, porém, que as dificuldades a que aludiremos *infra* quanto à promoção da inscrição registral conduzem à obrigatoriedade pragmática de celebração de negócios perante o notário local]); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 108 ("La consecuencia jurídica del art. 11.2 CC es que la determinada forma o solemnidad exigida por la Ley que regula el fondo del acto será siempre aplicada. El precepto no ordena que dicha forma o solemnidad se lleve a cabo arreglo a lo dispuesto en la Ley que regula en fondo del asunto, sólo que tal forma o solemnidad se observe"). É justamente por isso que sublinha JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 169, que "le crédit hypothécaire transfrontalier constitue désormais un aspect important de la pratique notariale". No fundo, como melhor veremos *infra*, bastará haver uma "equivalência de formas" para que se admita a titulação da constituição de direito real imobiliário por notário de Estado diferente daquele onde a coisa se situa.

Na jurisprudência, atente-se, em Portugal, nas várias pronúncias do Conselho Técnico do IRN em matéria de efeitos e lei aplicável a contratos sobre imóveis celebrados perante notário estrangeiro; em Espanha, a mesma conclusão foi firmada pela *Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo* n.º 998/2011, de 19.06.2012, que reconheceu a eficácia em Espanha de uma escritura de compra e venda de um prédio em Tenerife celebrada perante notário alemão. O Tribunal justificou a sua decisão, essencialmente, nas regras europeias em matéria de liberdades fundamentais e num princípio de equivalência entre as escrituras estrangeiras e internas (sobre a decisão, que será objecto da nossa análise *infra*, *vide* MARTA REQUEJO ISIDRO, "Foreign Notary Deed in Spain", *Conflict of Laws.Net*, 2 de Agosto de 2012, 2012, disponível na internet via <http://conflictoflaws.net/2012/foreign-notary-deed-in-spain/>, consultado em 16 de Agosto de 2012, §1). Importa atentar, como sublinham RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso de Documentos Públicos Extranjeros al Registro de la Propiedad Español", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 359-384, p. 360, e LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 399-429, p. 400, que até àquela pronúncia não era este o entendimento da DGRN espanhola, que sustentava a impossibilidade de um documento público estrangeiro titular a transmissão de propriedade sobre imóveis em Espanha.

Quanto à legislação positiva, *vide*, em Espanha, a própria *Ley Hipotecaria* que postula a aceitação dos títulos estrangeiros, ao estabelecer, no art. 4.º que "También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes"; em Itália, a lei determina-o expressamente, aceitando que o título constitutivo da hipoteca possa ser formalizado no estrangeiro, conquanto se respeite a forma estabelecida pela *lex rei sitae* e o acto venha legalizado processualmente (ou apostilado, como veremos *infra*) — cfr. art. 2837.º *Codice Civile* e CRISTIANO CICERO, *L'Ipoteca*, *cit.*, p. 275.

intervenção notarial é um *pressuposto necessário* para certo efeito nos termos da lei competente, perante instrumento exarado no estrangeiro a questão está em saber se o cumprimento das normas notariais é *equivalente* à condição exigida pela *lex situs*<sup>604</sup>. Aliás, veremos *infra* que a União Europeia apadrinha o projecto CROBECO (*Cross Border Electronic Conveyancing*) destinado justamente a assegurar a possibilidade de contratar direitos reais sobre imóveis diante notário de Estado diferente daquele onde se situa a coisa. Ora, o facto de o projecto estar a funcionar (apesar de abranger apenas alguns Estados-Membros) comprova a não restrição da competência aos titulares territoriais<sup>605</sup>.

Acresce ser muito frágil o argumento de que a aceitação de actos notariais é excluída pelo facto de o tabelião exercer simultaneamente funções públicas: também os conservadores exercem funções públicas e não é por isso que se recusa o reconhecimento de casamentos ou divórcios decretados no estrangeiro<sup>606</sup>.

---

<sup>604</sup> Neste sentido, ERIK JAYME, "Identité...", p. 119; JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 40. Sobre a substituição, enquanto problema de saber se o pressuposto da aplicação de certa norma material pode ser cumprido por instituto de lei estrangeira, *vide* JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro — Adaptação e Substituição", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVI, 1960, pp. 327-351, pp. 339ss; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 51-128, pp. 58-59. Sobre o problema da substituição aplicado a este domínio, *vide* o que dizemos *infra*, pp. 324ss.

O que dizemos parece enfrentar uma importante excepção, na lei portuguesa, quanto à forma de *documento particular autenticado regulado no Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho*. Efectivamente, o direito pátrio impõe, nos contratos constitutivos ou translativos de direitos reais sobre imóveis, a formalidade de *escritura pública* ou do *documento particular autenticado modelado pelo Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho*. Se nenhum obstáculo encontramos a que a escritura pública seja exarada por notário estrangeiro (porquanto, como veremos *infra*, é possível funcionar o instituto da *substituição* perante documento autêntico exarado no estrangeiro), dificuldades surgem quanto à possibilidade de notário, advogado ou solicitador *não estabelecido em Portugal* gerarem título negocial estrangeiro que possa substituir-se ao instituto que o estatuto real prevê como solenidade necessária à transmissão do direito. Na verdade, recorde-se que o Conselho Técnico do IRN determinou no Parecer relativo ao proc. n.º 67/2009 (*cit. nota n.º 529*), que "*a entidade autenticadora deverá no momento da autenticação apreciar os requisitos de legalidade do acto, devendo recusar a autenticação do documento se o acto nele «incompletamente titulado» for nulo [cfr. art. 173º, nº 1, a), do C.N.] ou se tiver sido violada norma imperativa que no momento da autenticação não possa ser observada (v.g., norma atinente ao princípio da legitimação). Como deverá advertir as partes se o acto for anulável ou ineficaz (cfr. art. 174º do C.N.). Cremos mesmo ser de entender que esta norma exige à entidade autenticadora que explique às partes o próprio conteúdo do documento (apenas) por elas assinado (e não apenas o conteúdo do «termo de autenticação», como no «vulgar» termo de autenticação — cfr. arts. 46º, nº 1, l), e 151º, nº 1, do C.N., e parecer emitido no Pº C.P. 81/2009 SJC-CT)". Isto é, considera-se que o documento translativo de direitos reais sobre imóveis é, no seu conteúdo, um *acto similar à escritura pública*, atribuindo ao autenticador a obrigação da verificação da legalidade. No fundo, e como claramente se diz no Parecer do Conselho Técnico relativo ao proc. n.º 81/2009, não se trata aqui do *mesmo documento particular autenticado* que se prevê no Código do Notariado (e que se basta pela confirmação do conteúdo do documento ao notário), mas de "*uma nova forma legal de declaração negocial*".*

Esta *autenticação especial* está sujeita a um requisito de validade, de aplicação territorial: o depósito electrónico no portal *Predial Online*, identificando aí o prédio (situado em Portugal) sobre que incide o negócio contido no documento particular. Ora, este depósito é inexecutável de operar por profissional estrangeiro, porquanto está subordinado à identificação do titular com assinatura electrónica qualificada emitida por *entidade autenticadora estabelecida em Portugal* (Ordem dos Notários, Ordem dos Advogados e Câmara dos Solicitadores) — cfr. Portaria 1535/2008. Nessa medida, haverá aqui uma limitação indirecta (e porventura ilícita) do recurso a esta solenidade aos sujeitos *estabelecidos em Portugal*.

<sup>605</sup> Cfr. *infra*, pp. 666ss.

<sup>606</sup> Igualmente repudiando o argumento das funções públicas do notário, ERIK JAYME, "Identité...", p. 119.

Assim, embora com *dois importantes grupos de exceções*<sup>607</sup>, não é proibido que o negócio hipotecário seja celebrado fora do país da situação da coisa.

Todavia, se assim é do ponto de vista dogmático, outro cenário se encontra na prática. São muitos os factores que impelem as partes a celebrar o negócio no Estado territorial, a ponto de se concluir pela *obligatoriedade, do ponto de vista pragmático, de celebração do negócio no país da situação da coisa*, dado o reduzidíssimo número de negócios aquisitivos de direitos reais sobre imóveis titulados fora do país de situação do prédio. O impulso à

---

<sup>607</sup> Há, na verdade, *duas exceções* à aceitação do título estrangeiro.

*Em primeiro lugar*, a admissibilidade de documento público estrangeiro não existe nos países que, mediante regra especial, atribuem aos tabeliães territoriais a exclusividade de constituição de hipotecas. São os casos francês e holandês (cfr. *supra* nota n.º 601), cujas leis limitam a competência a notários internos, ainda que se discuta a conformidade dessas disposições com as regras da União Europeia em matéria de livre prestação de serviços. Próxima desta limitação (embora menos grave), está a lei portuguesa quando limita o *documento particular autenticado* para negócios sujeitos a registo predial a um *autenticador* estabelecido em Portugal (cfr. *supra* nota n.º 604); simplesmente, a limitação da lei lusa é dirigida apenas *àquela formalidade* (que é uma originalidade portuguesa), aceitando todavia documentos autênticos produzidos por tabeliães de outros países.

*Em segundo lugar*, a obrigatoriedade de constituição da hipoteca no país da situação da coisa pode ser uma implicação do sistema translativo dos direitos reais (como vimos, indiscutivelmente sujeito à *lex rei sitae*) se este, ainda que admita que o negócio obrigacional seja celebrado no estrangeiro, impuser a celebração de um *negócio real abstracto* no país da situação da coisa — será o caso da Alemanha. No fundo, o problema é exactamente o mesmo: a restrição a oficiais locais da exclusividade de constituição da hipoteca — embora neste último caso só o *negócio real* esteja coberto pela restrição.

Entendamo-nos. Se o prédio a onerar se situar em país cujas regras tabulares considerem o *negócio obrigacional* como título de registo (ainda que exigindo a sua formalização em documento público) não haverá obstáculo dogmático à sua formalização em documento autêntico exarado no estrangeiro, conquanto sejam cumpridos os requisitos necessários à sua recepção. Assim, do ponto de vista teórico, nada impede que o negócio de constituição de uma hipoteca sobre prédio em Portugal tenha sido celebrado perante notário espanhol: o documento passará pelo processo de recepção (que veremos *infra*) e constituirá título de registo.

O mesmo não sucede se as regras tabulares do país da situação da coisa determinarem que o título de registo não é o *negócio obrigacional formalizado em documento autêntico* mas um *negócio abstracto de transmissão do direito real*. Serão os sistemas que exigem, para constituição ou transmissão do direito, um *negócio obrigacional* (pelo qual as partes se comprometem à constituição do direito) e um *negócio abstracto translativo do direito real* (que proceda à constituição do direito). Nestes, o título de registo não é o *documento que contém o negócio obrigacional* mas sim o *acto translativo do direito real* — o *negócio real abstracto* (é o caso alemão): STEVEN BARTELS, "An Abstract...", p. 60.

É bom de ver o problema que se suscita neste sistema: ainda que as partes hajam concluído perante notário português o negócio de constituição de uma *Hypothek* sobre prédio na Alemanha, não celebraram ainda o *negócio real translativo*. Este negócio está sujeito à *lex rei sitae* e coloca a questão de saber se pode ser celebrado perante notário estrangeiro. E, na Alemanha, a opinião dominante na jurisprudência é de que apenas os tabeliães territoriais têm tal competência, interpretando que quando o §925 BGB se refere a "*jeder Notar*", está a referir-se apenas àqueles que exercem a sua actividade na Alemanha ("*kann aber nicht gefolgert werden, dass auch die Zuständigkeit eines ausländischen Notars gegeben sei*") — Acórdão do Oberlandesgericht de Colónia, de 29 de Novembro de 1971, publicado na *Der Deutsche Rechtspfleger*, n.º 4, 1972, pp. 134; KANZLEITER, "§925", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6, 6.ª Edição, ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2013, n.º. 1-56, n.º 14, nota 40; REINHOLD GEIMER, "Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 5, 2013, pp. 479-481, p. 481.

Segundo TITO BALLARINO, "Disciplina...", p. 170, a restrição é permitida pelo n.º 5 do Regulamento Roma I (embora o Professor se referisse ao correspondente n.º 6 do art. 9.º da Convenção de Roma de 1980): "*Quando si tratta di immobili, è necessario un procedimento solenne (Auflassung) in cui la partecipazione del pubblico ufficiale si spinge sino all'accertamento della reale volontà delle parti. Questo procedimento è insostituibile, secondo quanto dispone il numero 6. Esaminando la questione era già arrivato per conto mio alla medesima conclusione: la procedura della Auflassung deve necessariamente svolgersi di fronte ad un'autorità certificante tedesca*". Vide, ainda, RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", p. 373; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 409; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", p. 6.



contratação territorial é tal que se fala numa *inexistência de mercado de titulação sobre imóveis no estrangeiro* como fundamento de aplicação da *lex rei sitae* como conexão supletiva às obrigações contratuais nos negócios imobiliários<sup>608</sup>.

A pressão para esta decisão (decorrente dos obstáculos que identificaremos de seguida) constitui uma barreira à geração do mercado europeu de garantias imobiliárias: implica deslocações ou constituição de representação voluntária; impede a titulação por oficial conhecido das partes; sujeita o título a lei notarial porventura desconhecida; obriga à redacção do documento em língua não dominada pelas partes. No fundo, criam-se custos adicionais e um foco de *incerteza*, elementos prejudiciais à constituição da relação hipotecária que não existem caso as partes optem por uma garantia pessoal.

Vejamos os obstáculos que se colocam caso as partes formalizem o negócio fora do Estado territorial que se integre num sistema de tabelionato romano-germânico e que, pelo seu número e gravidade, vêm impedido a sua celebração.

## 2.1. A circulação internacional do documento público

O primeiro problema que ressalta é o da aceitação internacional do título constitutivo da hipoteca. No fundo, mesmo quando se não impõe a contratação no Estado da situação da coisa, a exarcação do documento no estrangeiro (tenha o *instrumento autêntico* suporte de papel ou electrónico) só é apta à constituição da hipoteca se puder produzir efeitos no Estado da situação do imóvel: se o devedor constitui uma hipoteca sobre coisa situada no Estado A (integrado no notariado latino e que, porventura, exija necessariamente um controlo da legalidade do título), celebrando-se no negócio em documento autêntico exarado no Estado B (da sede do credor), o acesso ao registo do direito adquirido dependerá da sua aceitação como tal pelo Estado territorial. É o problema da *circulação de documentos públicos estrangeiros*, em tempos considerado o “parente pobre” do direito internacional privado por não lograr abundante preocupação doutrinal ou legislativa. Na verdade, mesmo no quadro comunitário, parece haver menos mecanismos a promover a circulação internacional de documentos notariais do que de decisões judiciais, o que não pode deixar de considerar-se surpreendente face à natureza litigiosa destes e consensual daqueles<sup>609</sup>.

---

<sup>608</sup> É a opinião de PIETRO FRANZINA, "Artículo 4.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 706-712, p. 706, justificando assim a alínea *c*) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I. Frisando a *obrigatoriedade pragmática de celebração do negócio* no Estado da situação da coisa, cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 53; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 400.

<sup>609</sup> A expressão “parente pobre do DIP” é utilizada por GEORGES A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, Paris,

A circulação internacional de documentos públicos coloca três problemas<sup>610</sup>: *por um lado*, há que proceder à recepção *formal* da escritura estrangeira enquanto *instrumentum*. Isto é, importa saber se o Estado de acolhimento reconhece valor acrescido a documentos exarados por autoridades estrangeiras e, nesse caso, como pode assegurar-se a autenticidade do título e a aptidão legal do seu autor para o exarar.

*Em segundo lugar*, ultrapassado o obstáculo da aceitação formal, importa determinar o valor probatório dos documentos públicos estrangeiros. Designadamente, há que estabelecer se a recepção do acto autêntico implica as consequências previstas pela *lex fori* ou as que

---

1972, n.º 605, sendo indiscutivelmente matéria inserida no âmbito do DIP (cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 98). Neste sentido, JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 329; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 2, e "L'acte authentique...", p. 380 (precisamente quanto à constituição de hipoteca); MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 23; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Les actes publics et la méthode de reconnaissance", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 133-146, p. 133; RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 77 ("*la doctrine internationaliste classique ne s'est guère préoccupée de la circulation et de l'exécution des actes authentiques*"); MICHAEL BOGDAN, "Do Swedish Civil Status Records Qualify to be Recognized in the Other EU Member States?", *Liber Amicorum Ole Lando*, MICHAEL JOACHIM BONELL, MARIE-LOUISE HOLLE E PETER ARNT NIELSEN, DJØF, Copenhaga, 2012, pp. 59-67, p. 60 ("*In contrast to most court judgements, the recognition in EU member state of the contents of civil status records of another member state is not generally regulated by EU legislation*"). Acresce o problema da definição de *acto público*, já que a sua heterogeneidade obriga muitas vezes a uma definição pela negativa — *não são decisões judiciais* (cfr. CRÔNE, *cit.*).

Depois do regulamento das sucessões, todavia, intensificou-se o debate sobre esta matéria, multiplicando-se estudos sobre ela incidentes (neste sentido, CYRIL NOURISSAT, et al., "Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Petites Affiches*, n.º 68, 4 de Abril de 2012, 2012, pp. 6ss, capítulo III), sobretudo por se ter notado a extrema necessidade, naquela área do direito, de criar condições para a circulação dos documentos públicos (cfr. PAUL TERNER, "Perspectives of a European Law of Succession", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 147-178, p. 166).

Utiliza-se nesta sede, muitas vezes, o termo "*reconhecimento*" com o sentido proposto por PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 157, e JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 360, 2012, pp. 9-516, p. 258: a recepção na ordem jurídica interna dos efeitos de um instrumento público exarado por tabelião estrangeiro. Como é sabido, não é este o seu sentido técnico-jurídico, o que aliás terá levado o Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu a substituir o termo *reconhecimento*, no seu art. 59.º, por *aceitação* (as outras hipóteses eram *livre circulação*, *circulação* e *livre movimentação* — cfr. FITCHEN, *cit.*, pp. 334-335; e JONATHAN FITCHEN, "Authentic..."; "Authentic...", p. 49 (sublinhando que "*the only incontestable point of equivalence between a foreign judgment and a foreign authentic instrument is that each is foreign*").

A distinção terminológica justifica-se: enquanto o documento público notarial é, como *instrumentum*, fortemente protegido pelo sistema jurídico (sendo por isso *aceite*), o mesmo não sucede com o seu conteúdo (o *negotium*), cuja validade pode ser contestada. Ora, as decisões judiciais, que não tem elementos privados e voluntários e, por isso, só podem ser atacadas mediante recurso judicial, são totalmente *reconhecidas* (no instrumento e no conteúdo — cfr. JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 327).

Sobre a polissemia do termo "*reconhecimento*", vide DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit international privé*, Vol. I, Partie générale, 2.ª Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 243; no seu sentido rigoroso, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Reconhecimento autónomo de decisões estrangeiras e controlo do direito aplicável", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 435-464, pp. 435-439, e *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 330.

<sup>610</sup> Esta divisão é igualmente reconhecida por JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 259 (que nota a falta de clareza do Regulamento Bruxelas II-bis quanto ao reconhecimento a que se refere) e por RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 78. Importa notar, porém, que a doutrina francesa habitualmente sobrepõe os três problemas como se de um só se tratasse, o que gera dificuldades adicionais. Tal confusão parece dever-se, segundo JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 485, ao facto de na língua francesa a palavra *acte* pretender significar não apenas o acto jurídico como o seu suporte documental.

forem determinadas pela lei do local onde foi celebrado; importa perceber se o documento estrangeiro pode ser utilizado como título de registo e se goza de força executiva.

*Em terceiro lugar*, perante documentos notariais que titulam negócios jurídicos, coloca-se o problema da recepção dos *efeitos* do acto público estrangeiro enquanto *negotium*<sup>611</sup>, importando saber, por um lado, se o instituto de direito substantivo mencionado no título tem correspondência na lei da situação da coisa e, por outro, se a solenidade porventura exigida pela *lex rei sitae* pode ser assimilada à forma seguida no estrangeiro.

### ***2.1.1. A recepção formal do documento público estrangeiro: a sua autenticidade ou força probatória extrínseca.***

O que designamos por *recepção formal* concretiza-se na consideração do valor acrescido de documento exarado por autoridade estrangeira, apesar de o oficial titular não ter recebido poderes do Estado de destino. Esta aceitação fundar-se-á na veracidade, sinceridade e autenticidade do acto e dos poderes do seu autor<sup>612</sup>.

A solução tradicional radica na submissão dos documentos estrangeiros a *legalização* (processual ou administrativa), mecanismo através do qual as autoridades do Estado de destino apreciam a veracidade do documento estrangeiro e a competência do oficial que o exarou, exigindo-se simultaneamente a sua tradução. Na sua falta, o documento estrangeiro será tido como mero escrito particular<sup>613</sup>.

---

<sup>611</sup> Sobre a distinção entre *negotium* e *instrumentum*, cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 28.

<sup>612</sup> Neste sentido, PIERRE CALLÉ, "Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 54-66, p. 58. À *recepção formal* ou *verificação da autenticidade* chama a doutrina espanhola "*fuera probatoria extrínseca*" (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 497; CARLOS ESPLUGUES MOTA, "El Derecho Internacional Privado y la nueva Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVII, n.º 2, 2001, pp. 279-320, p. 308; MARIA FONT I MAS, "La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 47-83, p. 48; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Denegación...", p. 339). Já FRANÇOIS RIGAUX, "La force...", p. 11, refere-se-lhe como o problema da *véracité de l'instrument*.

<sup>613</sup> Cfr. PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "La eficacia...", p. 380; MICHAEL BOGDAN, "Do Swedish...", p. 60, nota n.º 5; ELISA PÉREZ VERA, "Validez...", p. 82. Sobre a *legalização*, seu surgimento histórico e diversas modelações, vide GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 103ss, e "Problèmes...", p. 96; MARIA FONT I MAS, "La autenticidad...", pp. 55ss. Rigorosamente, a *legalização* não é uma *formalidade administrativa* mas um mecanismo de prova da *autenticidade* do documento público estrangeiro (cfr. HEINZ-PETER MANSEL, et al., "Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission — Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentliche Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsunterlagen erleichtern — KOM (2010) 747 endg.", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 335-341, p. 335). Inicialmente tratava-se de um procedimento de natureza não judicial onde as autoridades consulares do Estado de destino que exercessem funções no país de origem atestavam a autenticidade do acto público. Depois, a

Entre todos os Estados-Membros da União Europeia, porém, vigora um expediente mais simples: porque todos os Estados-Membros a ratificaram, serão as regras da *Convenção da Haia de 5 de Outubro de 1961 Relativa à Supressão da Exigência da Legalização dos Actos Públicos Estrangeiros* a determinar o *modus* de reconhecimento dos documentos autênticos estrangeiros. Nos seus termos, o documento público estrangeiro será formalmente recebido conquanto haja sido apostilado pela autoridade competente do *Estado de origem do acto*, tornando-se desnecessária a legalização. No fundo, o expediente não extingue o controlo da autenticidade do documento público mas reverte o ónus para as autoridades do Estado emissor do documento, o que simplifica a apreciação da sua veracidade<sup>614</sup>.

A apostila e tradução, mesmo se exigidas<sup>615</sup>, não consubstanciam obstáculo intransponível à circulação de documentos autênticos, porquanto não são em regra caras ou

---

figura foi-se especializando, multiplicando-se mecanismos nacionais de legalização quer quanto à autoridade competente quer quanto aos efeitos da legalização. Entre nós, e não obstante a legalização estar regulada no CPC, a legalização consiste na certificação da autenticidade do documento pelos serviços consulares ou diplomáticos portugueses no Estado de origem do documento (cfr. n.º 1 do art. 44.º CPC).

<sup>614</sup> Cfr. arts. 3.º e 4.º da Convenção da Haia relativa à Apostila. Assim, não obstante a Convenção ostentar no título a *supressão da legalização*, com mais rigor se deve falar na "*simplification de la légalisation*" — GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 108; ALEGRÍA BORRÁS, "De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27-46, p. 31; MARIEL REVILLARD, "La légalisation des actes", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 552-556, p. 555. Sobre a vigência em todos os Estados-Membros da Convenção da Haia sobre Apostila, *vide* PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 78; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "Reduzir os trâmites administrativos para os cidadãos: Promover a livre circulação dos documentos públicos e o reconhecimento dos efeitos dos actos de registo civil"* — COM(2010)/747, Bruxelas, 2010, p. 6; ULRICH DROBNIG, "European Private International Law after the Treaty of Amsterdam: Perspectives for the Next Decade", *King's College Law Journal*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 190-201, p. 195; JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 50, nota n.º 56; MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 442ss; GIUSEPPE BISCOTTINI, "L'efficacité des actes administratifs étrangers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 635-721, p. 667; DROZ, *cit.*, p. 108; PAUL LAGARDE, "The movement of civil-status records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013", *Yearbook of Private International Law*, vol. XV, 2013-2014, pp. 1-12, p. 5; CHRISTOPH REITHMANN, "Urkunden ausländischer Notare in inländischen Verfahren", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 32, n.º 2, 2012, pp. 133-137, p. 134; EDGARD VAN HOVE, "La compétence internationale du notaire belge", *Liber amicorum Edmond Bouttiau*, Bruylant, Bruxelas, 1987, pp. 361-370, p. 364; HEINZ-PETER MANSEL, et al., "Stellungnahme...", p. 335. Trata-se, aliás, "*the most widely ratified and acceded to of all the Conventions adopted under the auspices of the Hague Conference*" (CHRISTOPHE BERNASCONI, "The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BELLFUS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 199-212, p. 200; ALEGRÍA BORRÁS, *cit.* p. 28). Em Portugal, a Convenção foi aprovada pelo Decreto-Lei n.º 48450, de 24 de Junho de 1968. Sobre o reconhecimento formal dos documentos públicos na Europa antes da Convenção da Haia, *vide* BISCOTTINI, *cit.*, p. 665ss.

<sup>615</sup> Repare-se que os Estados-Membros, ao ratificar a Convenção da Haia de 1961, assumiram a obrigação de não exigir *mais* do que a aposição da apostila, embora se possa prescindir desta certificação. É o caso do sistema português que, em regra, não estabelece qualquer formalidade para a recepção de documentos públicos estrangeiros, reservando a legalização ou a apostila para os casos em que existem *dúvidas fundadas* quanto à sua autenticidade (cfr. art. 365.º CC; art. 44.º CNot. e Parecer do Conselho Técnico da DGRN proferido no processo n.º R. P. 161/2001 DSJ, *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 9/2002, pp. 13-17); do direito polaco (PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 91); do sistema francês, que concede *alguns efeitos* a documentos estrangeiros não apostilados (PARLAMENTO EUROPEU, *cit.*, p. 101).

morosas. Não obstante, a sua necessidade constitui requisito adicional por comparação à utilização de títulos negociais exarados no Estado de situação da coisa, naturalmente desincentivando a contratação em país diferente. No fundo, *ou* se as partes dispõem a titular o negócio perante tabelião do Estado territorial, *ou* enfrentarão a *dificuldade* e o *custo* de, antes de promover o registo, apostilar o título constitutivo da hipoteca<sup>616</sup>.

Ademais, na era electrónica (e sabendo que muitos documentos públicos têm hoje apenas suporte electrónico, como sucede com as *escrituras públicas* em França e com as *certidões registais* em Portugal) começou a notar-se alguma desadequação da apostila, concebida para ser pensada em documentos fisicamente materializados.

É neste contexto que surge, *por um lado*, a proposta da Comissão de abolição dos mecanismos de reconhecimento formal dos documentos públicos exarados no estrangeiro — até porque se concluiu que a apostila ou legalização “*não impedem necessariamente a fraude e a falsificação de documentos públicos*”<sup>617</sup>. A proposta concretiza-se na abolição de procedimentos administrativos (como apostila e legalização) para que documentos de outros Estados-Membros possam ser utilizados *como documentos públicos* (art. 4.º), medida acompanhada de

---

Ademais, é comum a existência de acordos bilaterais de aceitação automática, prescindido mesmo da apostila — JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 47, nota 50, Assim sucedeu entre França e a Alemanha, que celebraram um Tratado bilateral que dispensa a apostila nos documentos públicos destes dois Estados — cfr. JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 328, nota n.º 17, e "Authentic...", p. 50, nota n.º 58; HEINZ-PETER MANSEL, et al., "Stellungnahme...", p. 335.

<sup>616</sup> Conclui a COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde “Reduzir...”*, p. 5, nota n.º 9, que o custo da apostila é substancialmente distinto nos vários países da UE: “*Em alguns deles, a apostila é afixada gratuitamente ou mediante uma taxa inferior a 5 EUR, enquanto noutros o montante a pagar pode ir até aos 50 EUR*”. Na falta de apostila ou de subordinação a um dos regimes de fonte europeia, os direitos nacionais são muito estritos quanto ao reconhecimento dos documentos autênticos estrangeiros. Assim, em França e na Alemanha exige-se a legalização do documento estrangeiro (cfr. 509.ºss do *Code de Procédure Civile* e §438 ZPO), sucedendo o mesmo na Roménia (cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 91). Por mais simples que seja o procedimento, certo é que “*todas as formalidades identificadas impõem diligências administrativas e uma perda de tempo*” (COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à promoção da livre circulação dos cidadãos e das empresas através da simplificação da aceitação de certos documentos públicos na União Europeia e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012 — COM(2013) 228 final*, Bruxelas, 2013, p. 5).

No sentido de que a apostila se mantém como obstáculo, *vide* THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 177; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 25; RICHARD CRÔNE, "Problèmes pratiques des contrats européens", *Le droit privé européen*, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, Paris, 1998, pp. 61-75, p. 67; PIERRE CALLÉ, "Promoting...", p. 58; COMISSÃO EUROPEIA, *cit.*, p. 4 (“*Estas situações são frequentemente uma fonte de frustração e de irritação, não contribuindo para criar uma Europa dos cidadãos*”). Frisando a urgência de criação de um sistema de reconhecimento automático de documentos notariais, CARLO ANTONIO TROJANI, "Il principio...", p. 67.

Esta conclusão não é nova, já que a União Europeia promoveu a Convenção de Bruxelas de 25 de Maio de 1987 sobre a abolição da legalização de documentos entre os Estados-Membros, que apenas foi ratificada por cinco Estados-Membros (Bélgica, Dinamarca, França, Itália e Irlanda), tentando superar o mecanismo da apostila. Para uma análise deste normativo, *vide* MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 441, e "La légalisation...", p. 554; PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 80; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 111; PIERRE CALLÉ, "Promoting...", p. 59.

<sup>617</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, p. 5, e PAUL LAGARDE, "The movement...", p. 6. Uma análise profunda da proposta de Regulamento é feita por MARIA FONT I MAS, "La autenticidad...", pp. 70ss, e PIERRE CALLÉ, "Promoting...", pp. 57ss (que sublinha que “*reducing the administrative formalities required to produce a public document in another Member State doubtlessly guarantees the right to free movement and thereby helps to create a citizens’ Europe and a well-functioning single market*”).

outras formas de simplificação (aceitação de traduções não certificadas; mecanismos de cooperação entre as autoridades dos vários Estados-Membros; criação de formulários bilingues para os documentos relativos a nascimento, óbito, casamento, união de facto e representação orgânica — arts. 7.º a 15.º). No fundo, a regra passa a ser a *aceitação automática*, que só poderá afastar-se perante fundadas dúvidas quanto à autenticidade do documento<sup>618</sup>.

Não obstante o entusiasmo de alguns Autores, a proposta vem sendo encarada com cautela, defendendo alguma doutrina que o fim dessas formalidades (entendidas como *garantias necessárias a atestar a autenticidade de documentos estrangeiros*) pode não apenas aumentar a fraude como levar a resultados inversos. Pode suceder que as autoridades do país de destino passem a usar sistematicamente a exceção das *fundadas dúvidas quanto à autenticidade*, tornando o processo mais burocrático do que no domínio da apostila<sup>619</sup>.

*Por outro lado*, no quadro da Conferência da Haia, procura *modernizar-se* a apostila através da *Apostila Electrónica (e-APP)*, emitida em ambiente informático e permitindo assegurar a autenticidade de documentos electrónicos originários ou derivados. Esta iniciativa não carece de modificação do texto da convenção, já que este é tecnologicamente neutro, não impondo qualquer suporte de emissão da apostila<sup>620</sup>. A *e-APP* não apenas se articula melhor com a nova realidade tecnológica como goza de importantes vantagens no que concerne ao custo de emissão e à segurança conferida pelas assinaturas electrónicas qualificadas. Ademais, permitirá tornar *efectivo* o sistema previsto no art. 7.º da Convenção de

---

<sup>618</sup> Como sublinha PIERRE CALLÉ, "Promoting...", p. 59, não se trata todavia de uma novidade plena, porquanto outros Regulamentos comunitários estabelecem já este regime para certos documentos: recordem-se os documentos autênticos previstos nos Regulamentos Bruxelas I, Bruxelas I-bis, Bruxelas II-bis (como as certidões aí reguladas), excepcionados da apostila por força, respectivamente, dos arts. 56.º, 61.º e 62.º.

<sup>619</sup> Isto é, questiona-se se a extinção da apostila não conduz a uma *falsa sensação de autenticidade*, levando as autoridades a utilizar o expediente previsto no art. 7.º da Proposta de Regulamento — cooperação tendente a dissipar dúvidas sobre a autenticidade. Neste sentido, GIUSEPPE BISCOTTINI, "L'efficacité...", p. 667 ("*on diminue la certitude logique qu'elle doit entra ner et on risque d'aboutir au résultat inverse qui consisterait   inciter une personne   présenter d'autres documents que ceux exempt s de légalisation*"); no sentido de que o mecanismo adoptado tem de levar em conta o propósito de "*réduire le risque de fraude   la loi et celui, plus s rieux, de fraude ou falsification des documents produits*", vide HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", p. 318. Deve sublinhar-se, ainda assim, que desde há bastante tempo que se vem indicando ser esta a tendência de evolu o, por via da coopera o internacional dos Estados (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO S NCHIZ LORENZO, *Curso...*, p. 498).

Aplaudindo a iniciativa, vide PIERRE CALL , "Promoting...", pp. 61-62, que desvaloriza o receio de multiplic o de fraudes, invocando dois argumentos: "*Firstly, an overview of the current situation shows that the abolition of legalisation between Member States of the European Union has already been deemed possible, without an increase of forged documents circulating within the European Union. Secondly, there are significant doubts about whether or not the Apostille actually ensures that the fight against fraud is effective*", porquanto os mecanismos de controlo previstos na Conven o da Haia (nomeadamente o registo nas autoridades nacionais certificadoras) n o s o utilizados: "*unfortunately, in practice, few people check the Apostille on documents presented to them, meaning that inspections are virtually non-existent*".

<sup>620</sup> Cfr. CHRISTOPHE BERNASCONI, "The Electronic...", p. 202; ALEGRÍA BORRÁS, "De la exigencia...", p. 37; MARIA FONT I MAS, "La autenticidad...", p. 57. Sobre a distin o entre os documentos electrónicos originários (mecanicamente construídos em ambiente informático e apenas   acessíveis) e derivados (que resultam da digitaliza o de documentos em papel, vide o nosso trabalho "Assinaturas...", p. 50, nota n.º 10).

controlo da autenticidade, pois o *registro electrónico* admitirá ao Estado de destino verificar, informaticamente, se a *e-APP* foi efectivamente emitida pelo Estado de origem<sup>621</sup>.

### 2.1.2. O valor dos documentos públicos estrangeiros.

Uma vez recebido formalmente o documento estrangeiro, dissipando-se dúvidas relativas à respectiva autenticidade e à autoridade do oficial que o exarou, importa agora determinar o seu valor no país de destino, já que a apostila ou a legalização não têm efeitos na sua valia (não afectam a eficácia *intrínseca* do documento). Trata-se da questão de saber se o documento público estrangeiro (apostilado, legalizado ou com dispensa de qualquer procedimento) beneficia dos efeitos probatórios, registais e executivos atribuídos pela lei do foro aos seus documentos; se goza dos efeitos determinados pela *lex loci* ou se perde o carácter *autêntico* quando utilizado fora do Estado onde foi produzido. No fundo, aprecia-se a capacidade para servir de prova à existência do direito reconhecido no documento<sup>622</sup>.

Efectivamente, a segurança documental e a força probatória especial que a lei confere ao documento público notarial deriva de um conjunto de obrigações assumidas pelo oficial público que asseguram a sua validade. Importa saber se os mesmos efeitos são atribuídos quando o documento foi exarado além-fronteiras perante titular que, quiçá, teria diferente função. O problema não é despiciendo, porquanto nalguns ordenamentos a *prova plena* do documento autêntico significa a total impossibilidade de infirmação do respectivo conteúdo, salvo alegação sua falsidade<sup>623</sup>.

Atente-se que o documento público estrangeiro pode ter diversas funções: pode ser destinado a constituir título executivo, a fazer prova em juízo, a servir de base a um registo ou a cumprir um requisito administrativo. A resposta do ordenamento jurídico pode não ser unívoca para todas as funções.

No que concerne ao *valor probatório*, não há intervenção legislativa *geral* da UE, pelo que merece soluções distintas consoante o país de destino (fora dos casos *especiais* onde exista regulação comunitária)<sup>624</sup>.

---

<sup>621</sup> Cfr. PIERRE CALLÉ, "Promoting...", p. 62, explicando o sistema de controlo previsto na Convenção da Haia, lamentando a sua não utilização pragmática e indicando a *e-APP* como mecanismo de aumento da qualidade da inspecção de autenticidade das Apostilas.

Sobre a superior segurança e inferiores custos da *e-App*, cfr. ALEGRÍA BORRÁS, "De la exigencia...", p. 42; CHRISTOPHE BERNASCONI, "The Electronic...", pp. 204ss; MARIA FONT I MAS, "La autenticidad...", p. 57ss.

<sup>622</sup> Vide CARLOS ESPLUGUES MOTA, "El Derecho...", p. 308; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 497 (que usam a expressão "*fuera probatoria intrínseca*"). Sobre a não influência da apostila ou legalização neste problema, cfr. ALEGRÍA BORRÁS, "De la exigencia...", p. 35.

<sup>623</sup> GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 114.

<sup>624</sup> "El efecto probatorio de los documentos públicos no judiciales –así como los judiciales– y extranjeros es todavía una cuestión buérfana de regulación en el actual marco normativo de la Unión Europea, a diferencia de lo que ha sucedido con otras materias,

O direito pátrio positiva a atribuição dos *mesmos efeitos probatórios* que são reconhecidos aos documentos “*da mesma natureza em Portugal*” (n.º 1 do art. 365.º CC), solução defendida pela maioria da doutrina na Alemanha, Itália e Suíça. A opção partirá de uma qualificação *processual* das normas sobre a *prova*, chamando a *lex fori* para determinar o valor probatório dos documentos (nacionais ou estrangeiros). A favor desta solução joga a criação de uma situação de igualdade entre documentos internos e estrangeiros, coerente com o *princípio de tratamento nacional* que perpetra o regime jurídico do mercado único europeu<sup>625</sup>.

Todavia, gera dois difíceis problemas. *Por um lado*, não são evidentes os casos em que o acto estrangeiro é *da mesma natureza* que o documento interno (concretamente, quando se pode concluir pela assimilação de um acto estrangeiro a um *documento público notarial*). Um testamento realizado perante *notary public* inglês pode ser sobreposto a um *documento público interno*, sendo certo que a *lex originis* não lhe atribui qualquer valor probatório acrescido nem ao *notary* o papel de redacção do documento? No fundo, gerar-se-á aqui um problema de *substituição*, sobre o qual nos deteremos melhor *infra* (quanto à valia da solenidade estrangeira para produção do efeito real postulado pela *lex rei sitae*)<sup>626</sup>.

*Por outro lado*, cria situações de bondade duvidosa quando o ordenamento do país de origem não atribua ao documento força probatória especial: um documento exarado por um *scrivener notary* de Londres (que actua de forma similar a um notário latino e, sem grandes dúvidas, terá *a mesma natureza* que um documento notarial romano-germânico) apresentado na Alemanha gozará de efeitos mais importantes no estrangeiro do que no país de origem<sup>627</sup>.

A solução oposta (atribuição do valor probatório da lei do local de celebração — país de origem) redundaria na qualificação “*forma*” para a determinação do valor probatório

---

*tales como la relativa a la ejecución o el traslado de documentos entre Estados Miembros*” (ELISABET CERRATO GURI, “El valor probatorio de los documentos públicos no judiciales y extranjeros en el proceso civil español”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 475-495, p. 494).

<sup>625</sup> Sobre a qualificação *processual* das normas sobre prova e análise da doutrina neste sentido, cfr. ETIENNE PATAUT, “La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé”, *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 147-176, p. 154; FRANÇOIS RIGAUX, “La force...”, pp. 13 e 16.

<sup>626</sup> No sentido de que se coloca, nesta sede, um problema de *substituição*, cfr. CHRISTOPH REITHMANN, “Urkunden...”, p. 134; FRANÇOIS RIGAUX, “La force...”, p. 29. O exemplo do testamento inglês é de PH. FRANCESCAKIS, “Comentário ao Acórdão do Areópago...”, p. 376, que, aplaudindo a jurisprudência grega, postula a recepção *como documento público* daquele acto.

Como melhor veremos *infra*, o problema de substituição coloca-se principalmente a propósito da questão de saber se, quando a *lex rei sitae* determina de forma internacionalmente imperativa uma solenidade notarial prevista no próprio ordenamento, deve aquela condição prejudicial ter-se por preenchida quando foi seguida formalidade notarial regulada por direito estrangeiro (*vide infra* pp. 324ss). Porém, o mesmo problema se coloca a propósito da atribuição do valor probatório nos sistemas (como o português e alemão) que obrigam ao estabelecimento de uma *equivalência de documentos* para estes efeitos (cfr. *infra* nota n.º 649).

<sup>627</sup> O efeito é notado por GEORGES A. L. DROZ, “L’Activité...”, p. 116, que, por esta razão, propõe a solução oposta, que veio aliás a ser consagrada no regime europeu das sucessões.



(considerando artificial dissociar a *força probatória* das prescrições de forma), sendo tradicionalmente aceite pela jurisprudência francesa<sup>628</sup> e tendo sido consagrada no Regulamento das Sucessões<sup>629</sup>. Do ponto de vista jurídico-comunitário, não apenas se evita

---

<sup>628</sup> Vide GEORGES A. L. DROZ, "Comentário ao Acórdão *Bousmaha...*", p. 546, e FRANÇOIS RIGAUX, "La force...", p. 17.

<sup>629</sup> O art. 59.º do Regulamento das Sucessões [Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um Certificado Sucessório Europeu] estabelece um regime de *aceitação recíproca* dos documentos públicos, procurando conferir-lhes a *força probatória* existente no país de origem. Salvaguarda-se, porém, a possibilidade de o Estado de destino recusar a produção de certo efeito com fundamento na reserva de ordem pública internacional, o que pretenderá evitar que um documento estrangeiro desencadeie no país de destino efeitos que a ordem jurídica não admita (cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 5-44, p. 34; RUI MOURA RAMOS, "O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia. Primeiras Reflexões", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I, 2013, pp. 69-114, p. 107; DOMENICO DAMASCELLI, "La «circulation» au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 2, 2013, pp. 425-432, p. 427). Ademais, prevê-se um documento opcional (o certificado sucessório europeu) sujeito a um regime mais favorável de circulação (sobre este, vide FABIO PADOVINI, "Il Certificato Successorio Europeo", *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2013, pp. 729-746, pp. 737ss).

Vários problemas se colocam quanto ao regime. Em primeiro lugar, o termo *aceitação* (que alastrou à proposta de regulamento de 2012 sobre simplificação e facilitação da circulação dos documentos públicos) em vez de *reconhecimento* (que constava no projecto de 2009 de Regulamento das Sucessões) criou discussão quanto ao seu significado (JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 329; MARIUS KOHLER E MARKUS BUSCHBAUM, "La «reconnaissance» des actes...", p. 645; ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 5-139, p. 130; BARBARA PASA, "La propuesta...", p. 152). A doutrina parece concordar que o termo *aceitação* é mais restrito do que *reconhecimento*, abrangendo o valor probatório do *instrumentum* mas já não o *conteúdo do negotium*, cuja validade continua a apreciar-se à luz da lei aplicável por força do direito de conflitos competente (PAUL LAGARDE, "The movement...", p. 4; ANDREA BONOMI, "Il Regolamento Europeo sulle successioni", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 2, 2013, pp. 293-324, p. 319; ETIENNE PATAUT, "La reconnaissance...", p. 150; KURT LECHNER, "EU Regulation 650/2012 on successions and on the creation of a European Certificate of Succession", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 114-149, p. 138). A maior correcção terminológica não altera o *status quo*, porquanto era já esta a solução dada no regime aplicável aos documentos públicos do Regulamento Bruxelas I — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 535; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, p. 496 ("Si l'on doit apprécier la validité ou la force probante d'un tel acte, ce sont les règles ordinaires de conflits de lois que s'appliquent. Le fait que ces actes aient été «reçus» par une autorité publique n'y change rien").

A previsão da norma revela as dificuldades de regulação existentes neste domínio, podendo mesmo duvidar-se da sua necessidade (KOHLER e BUSCHBAUM, *cit.*, p. 647) e eficácia (porquanto pode criar-se a dúvida sobre se a disposição visa a modificar o sistema conflitual de apreciação da validade do *negotium* contido no documento e impedir o Juiz do Estado de destino de contestar o respectivo conteúdo — *cit.*, p. 649). Também neste sentido, BERTRAND ANCEL E HORATIA MUIR WATT, "La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 3, 2001, pp. 403-457, p. 440, a propósito da assimilação total de documentos autênticos a decisões judiciais presente no Regulamento Bruxelas II, ensinam "le fond de l'acte, procéderait-il de la seule volonté privée, échappe au conflit de lois pour être soumis au régime de reconnaissance; et ce n'est pas seulement la force exécutoire de l'enveloppe qui est en cause [...]; c'est l'efficacité normative de son contenu". Acresce que alguma doutrina entende não ser claro se este *reconhecimento da força probatória* dispensa a apostila (vide EVA LEIN, "A Further Step Towards a European Code of Private International Law — The Commission Proposal for a Regulation in Succession", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11, 2009, pp. 107-141, p. 136).

Por outro lado, parece evidente a incompatibilidade do carácter *nacional* da configuração dos documentos públicos com a natureza *comunitária* do estabelecimento de um espaço de circulação, o que conduziu à elaboração de um *conceito comunitário de documento público* no Acórdão *Unibank* (*cit.* nota n.º 527), n.º 17, utilizado nos n.º 3 do art. 4.º do Regulamento (CE) n.º 805/2004, de 21 de Abril de 2004, que cria o *título executivo europeu*, e na alínea i) do art. 3.º do Regulamento das Sucessões. Cfr. FITCHEN, *cit.*, pp. 330ss.

que um documento público produza efeitos probatórios mais significativos além-fronteiras do que aqueles que lhe são reconhecidos pela ordem jurídica de origem, como é uma abordagem coincidente com o *princípio do país de origem*, gerado a propósito da liberdade de circulação de mercadorias e entretanto alastrado às demais liberdades<sup>630</sup>.

Embora esta via permita evitar as dificuldades apontadas ao sistema pátrio, cria problemas novos nos Estados cujo sistema jurídico não conhece a figura da *força probatória plena*: neste modelo, a circulação de um documento notarial italiano para a Suécia implica a mutação fulcral do sistema de prova do país de destino, ao importar a subtracção ao juiz da apreciação dos factos constantes no documento autêntico<sup>631</sup>.

Deve sublinhar-se que a opção legislativa comunitária para as sucessões não parece consubstanciar uma escolha de princípio, já que a Comissão, na proposta de Regulamento relativo à simplificação da aceitação de certos documentos públicos sugere a harmonização de documentos públicos (e a sua elaboração em formato multilingue) e, quanto a estes, a *atribuição do valor probatório do país de destino*. Igualmente, o Tribunal de Justiça parece indicar o caminho da *equiparação* dos documentos estrangeiros aos do país de destino, enquanto forma de não limitar o exercício das liberdades fundamentais<sup>632</sup>. Isto é, fora do estrito domínio das sucessões, o caminho eleito é o da *aproximação material* dos documentos públicos para evitar os problemas gerados pela solução tradicional (a concessão do valor probatório dos documentos do país de destino) por falta de equivalência dos actos públicos. Tal não impede

---

*Por fim*, um documento público em matéria sucessória pode conter também declarações relativas a domínios excluídos do Regulamento (que, por isso, não beneficiam do regime de *aceitação recíproca*), pelo que *“to draw the distinction it will probably be necessary to consult a court”* (FITCHEN, *cit.*, p. 331; KOHLER e BUSCHBAUM, *cit.*, p. 645).

Todas estas razões, aliás, levaram o MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European certificate of succession", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.º 3, 2010, pp. 522-720, p. 669, a propor a eliminação da norma, o que gerou debate sobre o problema (CYRIL NOURISSAT, et al., "Pour la...", p. 6).

<sup>630</sup> Cfr. ETIENNE PATAUT, "La reconnaissance...", p. 154. Sobre o princípio do reconhecimento mútuo (ou do país de origem) nos pronunciaremos com maior detalhe e rigor *infra*, pp. 440ss.

<sup>631</sup> Neste sentido, DOMENICO DAMASCELLI, "La «circulation»...", p. 428. É justamente por isso que o Regulamento das Sucessões postula esta solução *sob reserva da ordem pública internacional* do Estado de destino cfr. JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento...", p. 34.

<sup>632</sup> Quanto à iniciativa legislativa, cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, p. 6. Quanto à jurisprudência, vide o Acórdão TJCE de 2 de Dezembro de 1997, *Dafeki*, proc. C-336/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-6761, n.º 19: *“as autoridades administrativas e judiciais de um Estado-Membro são obrigadas a respeitar as certidões e documentos análogos relativos ao estado civil das pessoas provenientes das autoridades competentes dos outros Estados-Membros, a menos que a respectiva veracidade seja seriamente afectada por indícios concretos relativos ao caso individual em questão”*. O problema pôs-se quando a Senhora Dafeki, de origem grega, quis demonstrar a sua idade, tendo as autoridades alemãs levantado objecções à valia dos documentos tabulares emitidos pelas autoridades helénicas. Ora, ao decidir desta forma, o Tribunal parece ter optado *“por una equiparación de documentos nacionales y extranjeros, siendo indiferente su consideración en el Estado de origen: algo que es tan llamativo en los casos en que dicho valor sea mayor, como cuando resulte ser menor”* (MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución", *Derecho Registral Internacional — Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Monteiro*, PEDRO MIGUEL ASENSIO, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 95-107, p. 103).

que se mantenha a necessidade de resolver o problema de *substituição* que se coloca quando importa apreciar a *equivalência* entre o documento estrangeiro e o homólogo no foro<sup>633</sup>.

Solução intermédia foi seguida pelo legislador espanhol de 2000. Parecendo optar-se pela primeira das soluções (isto é, atribuindo aos documentos públicos estrangeiros o valor que teriam os documentos notariais espanhóis), estabeleceu-se em termos precisos como é apreciada a existência da *mesma natureza*, exigindo a produção de prova plena *no país de origem*. Isto é, a condição de que depende a assimilação aos documentos espanhóis é a produção dos *mesmos efeitos* e não apenas a função do titular, originando um *duplo controlo de equivalência*<sup>634</sup>.

Se o direito da União não positivou um *regime europeu* de circulação de documentos públicos, criou todavia limites às opções nacionais de *recepção* de documentos estrangeiros, na jurisprudência relativa aos actos do registo civil. Nesta sede, estabeleceu o Tribunal de Justiça que, embora não se estabeleça um *modelo* de aceitação, são ilícitas as disposições nacionais que, de forma genérica, considerem falsos os documentos públicos dos outros Estados-Membros (independentemente da sua forma de organização ou do seu sistema). Esta jurisprudência assentou na essencialidade, para o exercício da liberdade de circulação de pessoas, de utilização transfronteiriça de documentos públicos de registo civil, tornando necessária *alguma confiança* naquele tipo de documento estrangeiro<sup>635</sup>. No fundo, o Tribunal

---

<sup>633</sup> Cfr. CHRISTOPH REITHMANN, "Urkunden...", p. 134. Sobre a apreciação da equivalência, *vide* o que dizemos *infra* quanto à apreciação da assimilação da solenidade notarial para cumprimento do requisito da *lex rei sitae*.

<sup>634</sup> Cfr. n.º 2 art. 323.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*, que exige para a assimilação "*que en el otorgamiento o confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio*". Segundo PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", título III, n.º 1, este sistema permite garantir que "*en España sólo se considerarán documentos públicos los que verdaderamente gocen de este carácter con arreglo al Derecho del Estado cuyas autoridades lo han redactado*". Sobre a disposição, *vide* JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 199, CARLOS ESPLUGUES MOTA, "El Derecho...", p. 309; ELISABET CERRATO GURI, "El valor...", p. 476; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 85-122, p. 89; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "Valor...", p. 440 (que alude ao *duplo controlo de equivalência*), e "La eficacia...", pp. 368 e 391; MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", p. 103 (que suscita dúvidas sobre a compatibilidade deste sistema com o caminho indicado pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Dafeki* [*cit.* nota n.º 632] quando o documento estrangeiro seja necessário ao exercício de direitos conferidos pelas liberdades fundamentais); ELISA PÉREZ VERA, "Validez...", p. 83.

Como se percebe, ao contrário do que sugere FRANCESCAKIS (cfr. o que dissemos na nota 626), nunca o documento elaborado por *scrivener notary* inglês gozará em Espanha do valor probatório de uma escritura, porquanto no ordenamento do país de origem, independentemente dos deveres assumidos pelo titular, aquele documento não produziria aquele efeito — PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "La eficacia...", p. 388.

<sup>635</sup> Acórdão *Dafeki* (*cit.* nota n.º 632) n.º 19: "*as autoridades administrativas e judiciais de um Estado-Membro são obrigadas a respeitar as certidões e documentos análogos relativos ao estado civil das pessoas provenientes das autoridades competentes dos outros Estados-Membros, a menos que a respectiva veracidade seja seriamente afectada por indícios concretos relativos ao caso individual em questão*". Esta orientação já era antecipada, aliás, no Acórdão TJCE de 30 de Março de 1993, *Konstantinidis*, proc. C-168/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-1191, onde o Tribunal considerou que a transliteração de um assento de nascimento grego para o alfabeto latino operada de acordo com regras da lei registal alemã podia ter efeitos na alteração da pronúncia e produzir um impacto desfavorável na actividade profissional do interessado no país de destino, restringindo ilicitamente a liberdade de circulação. Nessa sequência, deliberou a obrigação de aceitar a transliteração propugnada pelas autoridades gregas e constante em

estendeu o *princípio do reconhecimento mútuo* (que aplicou à legislação reguladora do *nome*) aos documentos públicos emanados pelos serviços de registo civil: se o princípio classicamente se analisa na aceitação da legislação estrangeira como capaz de regular a comercialização de produtos ou o exercício de actividades económicas, o Juiz comunitário determinou que os documentos registais das conservatórias estrangeiras devem ser aceites como aptos a demonstrar as situações neles tituladas<sup>636</sup>.

É duvidoso se esta obrigação cometida aos Estados alastra aos documentos públicos fora da área do Registo Civil, porquanto o Tribunal a sustentou sempre no regime de liberdade de circulação de pessoas, tendo subjacente a necessidade de os documentos públicos emanados pelos serviços de Registo Civil produzirem efeitos em toda a UE.

---

documento público grego (n.º 17). Isto é, a decisão do Tribunal do Luxemburgo *restringe* a aplicação da lei do país de destino (aceitando o resultado a que chegaria a lei do país de origem) e provoca uma *confiança alargada* no documento público do Estado-Membro de origem. Repare-se que não se opera a substituição da lei aplicável: o país de destino pode aplicar territorialmente a sua lei tabular e definir as suas regras, mesmo sobre transliteração de nomes; simplesmente, quando tais regras prejudiquem a circulação de pessoas, não podem ser aplicadas, *reconhecendo-se* o resultado da aplicação da lei do país de origem. Trata-se, pois, de uma intervenção excepcional, atendendo ao resultado (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", pp. 98 e 100).

Algo próximo foi decidido no Acórdão TJCE de 14 de Outubro de 2008, *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-7639, n.º 39, quando se considerou que a aplicação da lei da nacionalidade na formação do nome (respeitando a regra de conflitos do país de destino) implicava uma restrição ilícita da liberdade de circulação de pessoas, devendo aceitar-se o nome determinado pelas autoridades registais do país de origem à luz de outro critério conflitual. Isto é, o Tribunal *restringe a lei aplicada no país de destino*, potencia a *lei aplicada no país de origem* e provoca *confiança reforçada* no documento público do registo civil do país de origem.

Defendendo que estes arestos não apenas potenciação o valor da lei do país de origem mas operam um aumento da confiança em documentos públicos estrangeiros, cfr. HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", p. 315; LOUIS D'AVOUT, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06", *Journal du Droit International*, Ano 136, n.º 1, 2009, pp. 203-216, p. 211; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 1, 2004, pp. 184-202, p. 193; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "Valor...", pp. 433 e 454; MICHAEL BOGDAN, "Do Swedish...", p. 61; ROBERTO BARATTA, "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 1/2007, 2007, pp. 4-11, p. 7; MARTA REQUEJO ISIDRO, *cit.*, p. 103.

Repare-se que esta *confiança* não é propugnada em termos absolutos, cedendo perante interesses de ordem pública do Estado de destino. Assim, considerou-se lícita a interdição do uso de títulos nobiliárquicos (ainda que constantes do *documento público do país de origem*) bem como a exigência de *grafia na língua nacional* (mesmo que diferente da inscrita do certificado do país de origem) — *vide*, respectivamente, Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 2010, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, proc. C-208/09, *Colectânea da Jurisprudência*, 2010 [determinando que o não reconhecimento dos títulos nobiliárquicos que compõem o nome como consta dos registos de *outro Estado-Membro* constitui uma restrição da liberdade de circulação de pessoas (n.º 71), embora se considere admissível por razões de ordem pública, conquanto proporcionada ao objectivo que se visa garantir (n.º 91)]; e o Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn e Lukas̄ Pavel Wardyn*, proc. C-391/09, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, pp. I-3787, n.º 94. Parece por isso ser possível a limitação da confiança em sistemas registais não fidedignos, como parece ser o caso do registo civil sueco (cfr. BOGDAN, *cit.*, pp. 62 e 64; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 304-316, p. 308).

<sup>636</sup> Neste sentido, *vide* HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", p. 317; MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", p. 103. Sobre o princípio do *reconhecimento mútuo* nos deteremos, com detalhe, *infra*, pp. 440ss.

Em sentido contrário, NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 81, vê aqui a conversão de uma norma material do foro (a que reconhece a validade dos documentos registais) em *norma de aplicação necessária e imediata*, passando a mobilizar-se a todas as certidões registais invocadas, nacionais ou não. Embora o resultado a que se chegue seja idêntico, a construção de ANDRADE PISSARRA é desnecessária: se o princípio do país de origem aceita *o mais* (a lei estrangeira), nenhuma razão há para que não aceite *o menos* (o documento registal estrangeiro).

No que tange ao valor de um documento estrangeiro *como título de registo*, a tónica é a da inexistência de regime especial: é uma decorrência da atribuição de valor probatório ao documento estrangeiro e da aceitação dos efeitos do *negotium* nele contido. Trata-se de admitir que o documento estrangeiro *prova (demonstra)* o direito cuja inscrição se requiere que este é substantivamente reconhecido como válido no país de destino. Assim, há disciplina comunitária no domínio das sucessões (o regime de *aceitação recíproca* que vimos *supra*) e opções nacionais dos outros domínios<sup>637</sup>.

Já no que concerne à atribuição de *força executiva* (assunto que cai fora do âmbito do nosso estudo), a União Europeia parece assimilar os documentos notariais a decisões judiciais. Assim, os actos normativos comunitários sobre reconhecimento de decisões judiciais foram estabelecendo mecanismos próprios de recepção de *documentos autênticos*, numa tendência francamente favorável à atribuição desses efeitos e num caminho de paralelismo entre documentos públicos e sentenças. Nessa medida, são hoje muito poucos os documentos notariais *não abrangidos* por regimes comunitários<sup>638</sup>, casos em que caberá ao direito processual do país de destino decidir sobre a concessão desses efeitos<sup>639</sup>.

---

<sup>637</sup>No sentido de que o valor registal é uma decorrência da força probatória, cfr. FRANÇOIS RIGAUX, "La force...", p. 7. Todavia, alguns sistemas contêm regras especiais para a *valia tabular*, regulando a produção de efeitos de modo independente. É o caso do direito espanhol: se para atribuição de valor probatório pleno é exigida a tradução dos documentos estrangeiros e a verificação dos efeitos por si produzidos no país de origem (arts. 144.º e 323.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*), no domínio do Registo Civil pode prescindir-se da tradução e pode bastar a verificação de que o documento estrangeiro presta garantias análogas às exigidas pela lei espanhola (mesmo que não produza, no país de origem, força probatória plena) — cfr. arts. 85.º e 89.º do *Reglamento para la aplicación de la Ley del Registro Civil*.

Já no que concerne à hipoteca, é o próprio art. 4.º da *Ley Hipotecaria* que estabelece que "*También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes*", fazendo depender o *valor registal* do seu *valor probatório*. Cfr. CARMEN JEREZ DELGADO, "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 715, 2009, pp. 2531-2559, pp. 2540ss; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Denegación...", p. 340.

<sup>638</sup>Neste sentido, HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", p. 310 (que diz ser esta a tendência, mesmo antes da Convenção de Bruxelas de 1968); BARBARA PASA, "La propuesta...", p. 153; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "Valor...", p. 432; PAUL LAGARDE, "The movement...", p. 1; PETER STONE, *EU Private International...*, p. 212; PAOLO PASQUALIS, *The movement of notarial instruments in the European legal area*, Parlamento Europeu, disponível na internet via <http://www.europarl.europa.eu/studies>, consultado em 23 de Janeiro de 2015, p. 11 (que nota ser o principal problema a recolher a atenção das Instituições); "Les notaires dans une Europe unie", *Revue d'économie financière*, Número especial «Le Traité de Maastricht: quelles conséquences pour l'Europe financière?», 1992, pp. 323-338, pp. 331ss; ÉTIENNE PATAUT, "La reconnaissance...", p. 151.

Numa *primeira fase*, a Convenção de Bruxelas de 1968, não obstante versar sobre decisões judiciais, permitia (art. 50.º) que um documento público dotado de força executiva no país de origem gozasse de igual valor nos demais Estados passando pelo processo de *exequatur* então previsto para as decisões judiciais. Note-se, todavia, que se as decisões produziam alguns efeitos de forma automática, os documentos autênticos careciam *sempre* da declaração de executoriedade (neste sentido, JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 329).

Numa *segunda fase*, o art. 13.º do Regulamento Bruxelas II (Regulamento [CE] n.º 1347/2000) assimilou documentos autênticos a decisões judiciais, sujeitando-os ao mesmo mecanismo de reconhecimento e atribuição de força executiva (cfr. BERTRAND ANCEL E HORATIA MUIR WATT, "La désunion...", pp. 437ss).

De seguida, o art. 57.º do Regulamento Bruxelas I (Regulamento [CE] n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000) manteve o regime de *exequatur* para os documentos autênticos dotados de força executiva no Estado de origem (arts. 57.º e 38.º) e estendeu este regime a alguns acordos em matéria de alimentos (art.

É de sublinhar um maior favor da legislação europeia à *execução* do documento público do que propriamente à recepção, para outros efeitos, do respectivo conteúdo: o *conteúdo* do documento público não é recebido de forma incontestada, seja porque o valor probatório do título pode não ser assimilado ao que vigora no país de destino (como vimos *supra*), seja porque a validade do *negotium* incluído no documento é determinada pelas regras de conflitos de leis (como veremos *infra*)<sup>640</sup>.

### 2.1.3. *A solenidade do negotium e um problema de substituição.*

Recebido formalmente o documento estrangeiro e apurado o valor (probatório e registal) do *instrumentum*, impõe-se o problema da recepção do *negotium* nele ínsito.

---

57.º/2). Este regime é defendido por alguma doutrina como mecanismo de eleição para todos os documentos notariais (cfr. MARIUS KOHLER E MARKUS BUSCHBAUM, "La «reconnaissance» des actes...", p. 650).

Mais tarde, o art. 46.º do Regulamento Bruxelas II-bis (Regulamento [CE] n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003), estabeleceu que "Os actos autênticos exarados e com força executória num Estado-Membro, bem como os acordos entre partes com força executória no Estado-Membro em que foram celebrados, são reconhecidos e declarados executórios nas mesmas condições que as decisões". Este regime justificava-se, principalmente, pela necessidade de acolher a eficácia internacional de acordos relevantes que, neste domínio e em certos sistemas jurídicos, assentavam principalmente em documentos extrajudiciais, inclusive de natureza particular. Isto é, no fundo, o Regulamento preocupava-se apenas de forma lateral com os documentos públicos — cfr. FITCHEN, *cit.*, p. 337; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em Matéria Matrimonial e de Responsabilidade Paternal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2006, pp. 517-546, p. 542.

O passo seguinte deu-se pelos arts. 25.º e 4.º/3 do Regulamento (CE) n.º 805/2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que ao criar o título executivo europeu para créditos não contestados, estabelecem que um *instrumento autêntico* certificado como "título executivo europeu" no Estado-Membro de origem, goza de força executiva em toda a União Europeia (CYRIL NOURISSAT, "L'acte...", capítulo II, a).

Mais recentemente, o art. 48.º Regulamento (CE) n.º 9/2009, relativo à competência, lei aplicável, reconhecimento e execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares, abrange os documentos públicos nesta matéria pelo *dual* sistema de reconhecimento de sentenças — *automático* para os Estados signatários da Convenção da Haia de 2007 e exigindo *exequatur* para os demais. Ora, porque os únicos Estados-Membros que não ratificaram a convenção da Haia são o Reino Unido e a Dinamarca (onde não existem documentos públicos), significa isto que o acto comunitário aboliu o *exequatur* destes actos (cfr. FITCHEN, *cit.*, pp. 340 e 341). Por fim, a entrada em vigor do Regulamento Bruxelas I-bis (1215/2012, de 12 de Dezembro de 2012), veio dispensar o *exequatur* também nos documentos autênticos por si abrangidos, sob reserva da ordem pública internacional, tal como sucedeu com as decisões judiciais (cfr. arts. 58.ºss).

Sublinhe-se, como realça PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 384, que as regras que aqui elencámos versam apenas sobre a *atribuição de força executiva* e não quanto ao reconhecimento dos *negócios jurídicos* aí contidos, que não deixam de ser privados.

<sup>639</sup> Curiosamente, o direito português de fonte interna (hoje aplicável praticamente apenas aos documentos autênticos provenientes de fora da UE) é mais generoso do que o regime comunitário que vigorou até 10 de Janeiro de 2015. Na verdade, o n.º 2 do art. 706.º CPC atribui força executiva aos documentos estrangeiros sem qualquer processo de *exequatur*, o que contrasta com os regimes comunitários até à entrada em vigor do Regulamento Bruxelas I-bis (cfr. Acórdão STJ de 16 de Junho de 2005, proc. n.º 05B1547). Igual solução (e curiosidade) ocorria no direito espanhol (cfr. art. 543.ºss da *Ley de Enjuiciamiento Civil* e JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, pp. 200ss).

Ao invés, o direito holandês, com excepção dos que estão abrangidos por algum dos Regulamentos europeus ou convenções multilaterais, pura e simplesmente nega força executiva aos documentos públicos estrangeiros (cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 120) solução que corresponde à visão doutrinária tradicional (ANDRÉ WEISS, *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*, Tomo IV, Conflits de Lois — Deuxième Partie, Sirey, Paris, 1901, p. 330). Já em França, fora dos domínios abrangidos por actos comunitários, a regra é a sujeição dos documentos públicos estrangeiros ao procedimento de *exequatur*, como se de uma decisão judicial se tratasse (cfr. RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 90).

<sup>640</sup> Iguualmente notando esta diferença, ETIENNE PATAUT, "La reconnaissance...", p. 152.

Ora, importa desde já sublinhar que a validade (substantiva e formal) do *negotium* não é abrangida pelos mecanismos supra elencados, sendo apreciada à luz do *direito indicado pela regra de conflitos*. Isto é, mesmo que seja reconhecido valor probatório pleno ao *instrumentum* estrangeiro ou que vigore um regime especial de *aceitação recíproca* de documentos autênticos, o negócio pode ter-se por *inválido* ou *ineficaz* no país de destino, se for essa a solução dada pela lei indicada pelo respectivo DIP<sup>641</sup>. Ainda assim, defende alguma doutrina a vigência de uma ilidível *presunção de validade substancial* do negócio incluso no documento autêntico formalmente recebido<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", p. 311; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, pp. 272ss, e "L'acte authentique...", p. 383; MARIE GORÉ, "L'Acte...", pp. 26 e 30; MARIUS KOHLER E MARKUS BUSCHBAUM, "La «reconnaissance» des actes...", p. 647; BERTRAND ANCEL E HORATIA MUIR WATT, "La désunion...", p. 438 ("le contrat entre les parties continuerait en droit international privé à ressortir au conflit de lois"); HORATIA MUIR WATT, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 20 de Março de 2001, *Anulação de actos públicos estrangeiros*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 4, 2001, pp. 698-704, p. 701, e "Le rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)", *Revue générale des procédures*, n.º 4 (1998) e n.º 2 (1999), 1998-1999, pp. 711ss (1998) e 1291-1306 (1999), 1999, p. 293; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", pp. 408 e 412; BARBARA PASA, "La propuesta...", p. 159; PILAR JIMÉNEZ BLANCO, "Valor...", pp. 447-448, e "La eficacia...", p. 367; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, *L'Acte Public...*, p. 229; CHRISTOPH REITHMANN, "Urkunden...", p. 133. De facto, ensina FRANÇOIS RIGAUX, "La force...", p. 9, que "la force probante de l'écrit ne couvre pas les vices de l'acte (negotium), du contrat". Ilustrativa da separação dos dois problemas é a lei espanhola, que no n.º 3 do art. 323.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil* estabelece que a atribuição de força probatória plena demonstra *as declarações negociais* vertidas no documento mas não a sua *eficácia*, que dependerá da lei competente em matéria de capacidade, objecto e forma dos negócios jurídicos.

É por esta razão que RIGAUX, *cit.*, p. 9, considera enganadora a expressão estatutária *locus regit actum*, por transmitir que o *acto* será regulado pela lei local, o que não é verdade (o *negotium* rege-se pela *lex contractus*), propondo em alternativa "*locus regit instrumentum*". No fundo, a natureza negocial do documento notarial, face às sentenças estrangeiras (cujo conteúdo é determinado por uma autoridade judiciária), implicam não poder alastrar ao *negócio* o regime de recepção do *documento* (cfr. ETIENNE PATAUT, "La reconnaissance...", p. 158). Claro que este problema é, no espaço europeu, progressivamente menor, atendendo à unificação europeia do direito de conflitos (*cit.*, p. 163).

A referência à *aceitação recíproca* procura abranger o regime, a que aludimos *supra* (nota n.º 629), de circulação internacional dos documentos públicos em matéria sucessória entre Estados-Membros. Na verdade, termo *aceitação* ao invés de *reconhecimento* procurará traduzir que só o *instrumentum* goza daquele regime, salvaguardando-se o juízo do direito de conflitos quanto aos efeitos do *negotium* aí contido (cfr. ANDREA BONOMI, "Il Regolamento...", p. 319; PAUL LAGARDE, "The movement...", p. 4), solução que já valia no quadro do regime do Regulamento Bruxelas I — cfr. HELÈNE GAUDEMET-TALLON, *Compétence...*, p. 496 ("Si l'on doit apprécier la validité ou la force probante d'un tel acte, ce sont les règles ordinaires de conflits de lois que s'appliquent. Le fait que ces actes aient été «reçus» par une autorité publique n'y change rien"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 535.

<sup>642</sup> Cfr. RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 80 (que vê nesta presunção de validade "*un principe de droit commun*"); CARLOS ESPLUGUES MOTA, "El Derecho...", p. 310 (que frisa resultar esta conclusão directamente do n.º 3 do art. 323.º da *Ley de Enjuiciamiento Civil*). Na jurisprudência francesa, embora o assunto seja controverso, tal conclusão pode retirar-se do Acórdão da *Cour de Cassation*, CIV 1<sup>re</sup>, 12 janvier 1994, *Tonon*, onde o Tribunal apreciava o pedido de *exequatur* feito a um negócio unilateral de perfilhação celebrado perante notário alemão; determinou-se que até ser declarada a invalidade do negócio, este se tinha como válido, apreciando-se os seus efeitos à luz da lei competente.

Para CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 12 de Janeiro de 1994 (*Tonon*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n.º 3, 1994, pp. 557-568, p. 560, esta jurisprudência estabeleceu o *reconhecimento automático dos efeitos constitutivos*, à semelhança dos julgamentos: porque nos actos públicos *constitutivos* não seria possível distinguir o *negotium* do *instrumentum* (no sentido de que não é possível determinar de que parte advém o efeito constitutivo), pelo que ao reconhecer o *instrumentum* se determina a produção do efeito substantivo da lei competente.

Já para PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 383, ao invés, simplesmente se determinou a *presunção de validade dos negócios contidos nos actos notariais estrangeiros* (para além de constituir, para o Autor, uma opção pela abordagem conflitual ao problema do reconhecimento dos actos notariais estrangeiros — "*Cet arrêt consacre*

Por esta razão, não haverá uma absolutamente livre circulação de documentos públicos na União Europeia enquanto não se proceder à unificação conflitual ou se estabelecer um *reconhecimento mútuo dos efeitos substantivos* dos documentos, já que um negócio gerado no Estado A, ainda que incluído em documento com força probatória plena e sujeito a um regime de *aceitação recíproca*, pode não produzir efeitos no Estado B, se as regras de conflitos deste país indicarem lei diferente daquela que presidiu à celebração do negócio<sup>643</sup>.

No nosso domínio, este problema não se coloca, pois o negócio hipotecário coloca-se sob uma área de unificação conflitual (Regulamento Roma I), pelo que o direito aplicado no Estado-Membro de origem pelo tabelião estrangeiro terá sido o mesmo que apreciará a validade do negócio no Estado-Membro de destino.

Também não parecem suscitar-se dificuldades na *transposição* do instituto jurídico mencionado no título e a correspondente figura da *lex rei sitae*. Isto é, podia levantar-se o problema de saber, quando o negócio concluído no estrangeiro menciona a constituição de uma *ipoteca* ou de uma *mortgage* sobre um imóvel situado na Bélgica, se pode extrair-se desse título a vontade de criação de uma *hypothèque* com os termos da lei belga. Ora, o problema não é novo nem específico do domínio ora estudado, não sendo especialmente difícil nesta matéria. Trata-se de procurar, na *lex rei sitae*, instituto funcionalmente equivalente àquele que foi pressuposto no título constitutivo da garantia, expediente conhecido por *transposição*. Ora,

---

*l'adoption d'une méthode de conflit de lois pour apprécier la validité des reconnaissances [...] de tout acte notarié*"). Como se percebe, a dissociação pode gerar enormes dificuldades: se o *instrumentum* beneficiar de força probatória plena (por exemplo, por se integrar no âmbito de um Regulamento que o estabeleça) *quid iuris* no caso de o direito de conflitos do Estado de acolhimento não conferir validade ao *negotium*? Sobre estas dificuldades, cfr. BERTRAND ANCEL E HORATIA MUIR WATT, "La désunion...", p. 438; CRÔNE, *cit.*, pp. 83-84 (que parece aceitar a viabilidade de propositura de uma acção de declaração de nulidade do *negotium*, ignorando assim a força probatória plena do *instrumentum*, com fundamento de ser o juiz do foro o responsável pela apreciação da validade do negócio aí incluído por força das regras de conflito. Já a validade do *instrumentum* notarial estrangeiro, enquanto documento público, estaria de fora da competência dos tribunais do foro).

<sup>643</sup> Neste sentido, HEINZ-PETER MANSEL, et al., "Stellungnahme...", p. 338.

Como é sabido, como consequência à jurisprudência *Grunkin e Paul* (*cit.* nota n.º 635), a Comissão estudou o estabelecimento de um sistema de *reconhecimento mútuo dos efeitos substantivos dos documentos públicos em matéria de registo civil* (cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "Reduzir..."*, p. 13, acolhendo a sugestão de PAUL LAGARDE, "Name Law — is there a need to legislate?", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 208-230, p. 229). Como melhor explicaremos *infra* (pp. 449ss), tal mecanismo constituiria uma intervenção que não derogaria as opções conflituais internas mas geraria algo muito próximo da *teoria do reconhecimento de direitos adquiridos*, em termos análogos à opção do legislador conflitual português no n.º 2 do art. 31.º CC. Simplesmente, a Comissão expressamente afastou o problema do reconhecimento dos efeitos substantivos dos documentos do registo civil na sua proposta normativa (COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, p. 6), regra que teria impacto nos sistemas conflituais por determinar que a aplicação do sistema conflitual do *primeiro Estado* geraria uma situação reconhecida em toda a União, *independentemente das regras de conflitos* dos outros Estados. Sobre este problema, cfr. MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles obsoleto? — Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 81-160, pp. 123ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 535.



como vimos *supra*, os direitos europeus conhecem todos institutos jurídicos com semelhante função, de forma mais ou menos decalcada na *hypotheca romana*<sup>644</sup>.

Todavia, suscita-se outra questão: importa saber se esse contrato, mesmo que válido à luz das regras de conflitos do foro, tende a produzir os efeitos que a *lex rei sitae* limitou aos documentos que revistam *certa solenidade prevista no direito territorial*; se o negócio (válido e eficaz) inserido em *documento estrangeiro* é apto a constituir a hipoteca quando a lei do país de destino exige, de modo internacionalmente imperativo, *uma formalidade do seu direito interno*<sup>645</sup>.

---

<sup>644</sup> No sentido de que não se colocam especiais dificuldades nesta operação, determinando-se institutos funcionalmente equivalentes àquele que foi desenhado no título, *vide* CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 4. Desenvolveremos melhor a *transposição infra*, a propósito do conflito móvel existente nas garantias mobiliárias. Esta figura, geralmente atribuída a M. HANS LEWALD, "Règles Générales des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1939-III, Tomo 69, 1939, pp. 1-147, pp. 127ss (que lembra ser mais um problema de *direito comparado* do que de *direito de conflitos*) é um expediente de direito internacional privado que consiste na tradução, em certa lei, de um instituto jurídico constituído ao abrigo de outra legislação. Sobre a transposição *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 180; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 286; JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, n.º 1, 1995, pp. 1-55, pp. 41ss; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 78; ERIK JAYME, "Identité...", p. 118, e "Transposition und Parteiville bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten", *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, ULRICH HUBER E ERIK JAYME, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992, pp. 241-253, p. 244; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 48; ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten im Internationalen Wirtschaftsverkehr", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 468-489, p. 478 (que, no domínio das garantias mobiliárias, propõe a elaboração de listas de equivalência que permitissem ao país de destino *transpor* a garantia para o instituto mais próximo àquele da sua constituição); ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, pp. 49-53.

Parece ser este o instituto a que alude o legislador comunitário no art. 31.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012 sob a epígrafe de "*adaptação*", quando determina (aliás à semelhança do n.º 2 do art. 15.º da Convenção da Haia sobre o reconhecimento dos *Trusts*) que os direitos reais atribuídos pela *lex successionis* desconhecidos da *lex rei sitae* devem ser traduzidos no instituto mais próximo que a *lex situs* previr (cfr. ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", pp. 19-20; DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 122; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 146). Será o caso, por exemplo, em que o testador constitui, nos termos da *lex successionis* alemã, um direito de usufruto sobre prédio situado em Inglaterra, onde não existe tal figura.

Para ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Breves...", pp. 58-59, a *transposição* não é verdadeiramente separável da *substituição*, uma vez que o problema que coloca é o de saber se o pressuposto da aplicação do direito material convocado pode encontrar equivalente na lei que é chamada a reger outros efeitos. Em sentido próximo, KURT LIPSTEIN, "Conflict...", p. 81, nota não ser sempre fácil a separação entre os institutos.

<sup>645</sup> Parece incontestável que, quando o Estado de situação da coisa não restrinja a competência aos oficiais públicos nacionais (RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 85), não será possível recusar o reconhecimento com fundamento em *incompetência internacional* do notário estrangeiro, já que "*ils sont compétents dès lors qu'ils sont requis*" (PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 352; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 31; GIUSEPPE BISCOTTINI, "L'efficacitè...", p. 678; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento...", p. 19). Esta característica é muito curiosa, porque contrasta de sobremaneira com a realidade existente no domínio das decisões judiciais. Veja-se o exemplo de FITCHEN, *cit.*, p. 53: se um notário holandês titular um contrato de arrendamento sobre prédio situado na Bélgica, este será aí plenamente eficaz; se um tribunal holandês atribuir o prédio de arrendamento na Bélgica, esta sentença jamais ali será reconhecida. As razões da distinção estarão na natureza consensual do primeiro. Ademais, dizia-se (até à entrada em vigor do Regulamento Bruxelas I-bis, que o facto de o documento não constituir título executivo na ausência de *exequatur* sempre acautelararia algum controlo do tribunal de destino (neste sentido, JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 54; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 339, e "L'acte authentique...", p. 401). É também a natureza consensual do documento público notarial que leva a que não se possa sufragar uma *plena equiparação* com o regime adoptado em matéria de reconhecimento de actos administrativos, porquanto nalguns destes há uma intervenção autoritária do Estado emitente não requerida por força do interesse público do Estado acto (cfr. BISCOTTINI, *cit.*, p. 648).

Trata-se de um problema de assimilação da *solenidade* seguida no estrangeiro à formalidade *ad validitatem* imperativamente imposta pela *lex situs* à constituição de hipoteca. No fundo, importa determinar, quando a *lex rei sitae* imponha o cumprimento necessário das formalidades do documento autêntico para a produção do efeito real (ainda que o negócio se realize no estrangeiro), se pode ser estabelecida *equivalência* entre o documento público exarado no estrangeiro e aquele que seria lavrado aquém fronteiras.

Como explica FRANCESCAKIS, este problema é diferente do anterior (valor probatório dos documentos públicos estrangeiros): naqueles, está em causa saber em que medida é possível contestar as declarações vertidas no documento estrangeiro; neste, trata-se de perceber se o efeito jurídico que a lei competente faz depender da observância de determinada forma se produz quando o documento foi exarado além-fronteiras e não é geometricamente idêntico àquele que seria redigido por notário do foro<sup>646</sup>.

---

Alguma doutrina, porém, coloca em cheque esta visão, considerando controverso o problema da competência internacional das autoridades públicas não judiciais (onde se integram o notário e o conservador). Todavia, qualquer solução redundaria na competência do tabelião para negócios sobre imóvel no estrangeiro.

Para alguma doutrina, há uma extensão das regras de competência internacional dos tribunais às demais autoridades públicas, dada a identidade funcional — fazer aplicar o direito privado. De acordo com esta concepção, se no âmbito dos direitos reais sobre imóveis existe *competência jurisdicional exclusiva* do Estado da sua situação, esta alastrará ao conservador. Porém, quanto ao notário, defende-se que se um tribunal conhece de litígios entre pessoas estrangeiras e residentes no estrangeiro, também o notário pode receber declarações negociais de pessoas quanto a prédios no estrangeiro (PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, n.º 657).

Outros autores, tomando em consideração a inversão cronológica que aqui sucede entre *autoridade competente e lei aplicável* (no âmbito judicial, a determinação do tribunal competente precede e influencia a escolha da lei aplicável, porquanto daí decorrem as regras de conflitos mobilizadas; a intervenção de um notário como requisito *ad substantiam*, pelo contrário, pretende dar resposta a uma exigência da *lei competente*, pelo que a sua jurisdição é um problema posterior ao da determinação da lei aplicável), defendem a competência obrigatória (mas não exclusiva) das autoridades do Estado cuja lei é aplicável, desde que esse Estado determine a aplicabilidade da sua lei. No entanto, no que respeita aos notários, há que temperar este critério com a *ratio* das respectivas normas e permitir que um tabelião local possa exercer a sua actividade mesmo nos casos em que a lei do Estado onde tem fé pública não seja a lei aplicável (cfr. PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, pp. 24ss, especialmente 35; EDGARD VAN HOVE, "La compétence...", p. 369).

<sup>646</sup> Cfr. PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij...*", p. 518; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", pp. 367-368 ("Aquí ya no se trata de que la escritura pueda desplegar efectos en España, sino de si esa escritura extranjera puede considerarse equivalente a la prevista en el art. 1462 CC"); DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. I, p. 653 (distinguindo o *effet de titre* [problema de que aqui tratamos] da atribuição de força probatória ao documento público estrangeiro); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 111; CYRIL NOURISSAT, et al., "Pour la...", capítulo II, b) ("*reconnaître un acte authentique étranger, c'est considérer l'intervention de l'officier public étranger comme celle d'un officier public du for*").

Sintomática da dificuldade deste problema face ao anterior é a proposta da Comissão sobre promoção da circulação dos documentos públicos, que "*não aborda a questão do reconhecimento dos efeitos dos documentos públicos entre os Estados-Membros nem realiza a harmonização completa de todos os documentos públicos*" (COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, p. 6). Repare-se que, no âmbito que nos ocupa, a *lex fori* coincide com a *lex rei sitae*, atendendo à competência territorial das autoridades registais a quem é apresentado o negócio hipotecário.

A separação nem sempre é traçada, nem pelas autoridades públicas: veja-se a resposta do Ministro da Justiça francês em 18 de Dezembro de 1989 (publicada na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 79, n.º 2, p. 403), que sobrepõe o problema da *equivalência do documento estrangeiro* à questão da *força probatória extrínseca* (ou certificação da veracidade), a propósito de documento exarado por *notary public* inglês sobre bens situados em França. Parece, na verdade, que a sobreposição terá sido propositada com o intuito de ultrapassar a *proibição de procurações para constituir hipotecas em França* elaboradas em Inglaterra ao exigir-se forma autêntica. Efectivamente,

Trata-se de um problema conhecido do direito internacional privado: a *substituição*. Importa saber se uma figura jurídica estrangeira (o *documento autêntico* exarado à luz de normas externas) pode servir como condição prejudicial de um efeito jurídico determinado pela *lex rei sitae* pressupondo outro instituto (a escritura pública desenhada nessa lei)<sup>647</sup>. Concretizando, há que saber se, quando a *lex rei sitae* determina a imperatividade internacional de escritura pública como requisito necessário à validade substancial do negócio, a exarção de documento notarial de *outro ordenamento* satisfaz essa condição. Assim, o problema não reside propriamente na negação do acto estrangeiro mas na sua *equivalência* para que se opere o fenómeno da *substituição*: se a condição estabelecida pela lei competente (a escritura pública) é preenchida por uma actuação notarial ao abrigo de lei estrangeira.

A *substituição* reconduz-se, no fundo, a “*um problema de interpretação de conceitos normativos integrados nas hipóteses de normas materiais*”, importando saber se o documento estrangeiro é *equivalente* à condição jurídica referida na norma da *lex rei sitae*. Isto é, o efeito real não será produzido se o Estado da situação da coisa (que estabelece imperativamente a aplicação da sua própria lei à forma do negócio hipotecário) considerar não ser o acto estrangeiro *equivalente* àquele que prescreve: não obstante aceitar a circulação do documento notarial estrangeiro e lhe atribuir valor probatório quanto à existência das declarações negociais, considera que *aquele documento* não satisfaz a solenidade obrigatoriamente determinada pela *lex rei sitae* como condição de validade substantiva<sup>648</sup>.

---

tal consequência, porque associada à regra do *Code Civil* que restringe aos titulares franceses a constituição de hipoteca (cfr. *supra*, nota n.º 601) amputaria a possibilidade de, a partir de Inglaterra, tomar providências para a constituição de hipotecas (cfr. GEORGES A. L. DROZ, "Problèmes...", p. 95). Solução similar se seguiu na Holanda quanto aos documentos notariais americanos (*cit.*, p. 99).

<sup>647</sup> Sobre a substituição, enunciada nestes precisos termos, cfr. JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Problemas...", p. 339; M. HANS LEWALD, "Règles...", p. 132; PAOLO PASQUALIS, *The movement...*, p. 4 ("This issue is also known as 'substitution', a situation which arises when the applicable legal system has already been established using conflict rules, but the form and completeness of the document are assessed under a different legal system (or following a different procedure) than the legal system which applies to the relationship"); JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ, "Alcance y contenido de la noción de equivalencia en el derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 91-126, p. 102. Já GEORGES A. L. DROZ, "Regards...", p. 371, vê aqui um problema de *adaptação*.

<sup>648</sup> A definição de *substituição* que usamos é de JOÃO BAPTISTA MACHADO, "Problemas...", p. 341. No sentido de que aqui se coloca justamente um problema de *substituição*, cfr. ERIK JAYME, "Identité...", p. 119; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 315; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 27 ("L'exigence d'authenticité, le contenu de la notion d'acte authentique suppose le recours à l'équivalence dans une acception tout à fait classique: il s'agit toujours de rechercher «la substance commune suffisante» que permette l'articulation de systèmes"); RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", pp. 367-368 ("Aquí ya no se trata de que la escritura pueda desplegar efectos en España, sino de si esa escritura extranjera puede considerarse equivalente a la prevista en el art. 1462 CC"); RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 87 ("il convient de vérifier que l'acte authentique intervenu satisfait à nos conceptions de ce dernier"); GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 97; PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij...*", p. 518; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 117; JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ, "Alcance...", p. 102.

A apreciação da equivalência, porventura pelo facto de o notário dever a sua função a uma delegação de poderes públicos pelo Estado implica “*spontanément une certaine résistance à l'internationalisation de ces instruments*” (MARIE GORÉ, *cit.*, p. 23). Assim, em França abundam decisões de recusa do acto público estrangeiro por se considerar *não equivalente* o documento público estrangeiro (cfr. PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, pp. 361ss, e

Chegados aqui, importa definir como determinar tal *equivalência*: a identificação do critério que permita concluir que a formalidade seguida no estrangeiro cumpre a condição querida pela norma da *lex rei sitae* relativa à transmissão ou constituição do direito real<sup>649</sup>.

Nos documentos notariais que titulam a constituição de direitos reais sobre imóveis<sup>650</sup>, está ultrapassada a concepção que fazia depender a equivalência do *semelhante valor*

---

"L'acte authentique...", p. 384; CRÔNE, *cit.*, p. 88, frisa a tendência de se recusar a equivalência dos documentos dos sistemas que não conhecem notariado latino, designadamente nórdicos e anglo-americanos).

De facto, estes problemas são consequência do carácter *nacional* dos documentos públicos notariais. Mesmo que a sua existência e definição sejam comuns, a concreta configuração e os respectivos efeitos (probatórios e executivos) variam de Estado para Estado. É esta realidade que conduz às dificuldades internacionalprivatísticas de que ora falamos, notada pela recomendação do Parlamento Europeu no sentido da adopção de mecanismos de reconhecimento (cfr. Resolução do Parlamento Europeu, de 18 de Dezembro de 2008, que contém recomendações à Comissão sobre o acto autêntico europeu [2008/2124/INI]). Todavia, a doutrina coloca reservas à internacionalização do instituto, porquanto a sua ligação e importância nos sistemas de direito romano-germânico implica a afectação de uma inteira família de sistemas jurídicos (cfr. GORÉ, *cit.*, p. 23).

<sup>649</sup> No fundo, a questão que se coloca é a de "*establish under which conditions a given legal system will allow a foreign document to be used as a substitute for the equivalent national document or, at least, to have its specific effects*" (PAOLO PASQUALIS, *The movement...*, p. 8).

Repare-se que este problema, não obstante distinto do que tratámos *supra* (valor probatório dos documentos estrangeiros), suscita-se também a propósito da atribuição de *força probatória* em sistemas (como o português e o alemão) que concedem aos documentos estrangeiros o valor que teriam os *correspondentes* internos. Nestes, importa determinar *quando é que a escritura estrangeira* (porventura diferente da que seria exarada por oficial público interno) se pode assimilar ao documento regulado na lei do país de destino *também para efeitos probatórios* e não apenas quanto aos *efeitos substantivos*. Neste sentido, CHRISTOPH REITHMANN, "Urkunden...", p. 134; PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Areópago...", p. 376; FRANÇOIS RIGAUX, "La force...", p. 29.

<sup>650</sup> Mencionaremos exclusivamente o regime de recepção dos negócios reais imobiliários, não desconhecendo a existência de distintas vias para outros negócios. Designadamente, nos *negotii* contidos em documentos públicos que, face à *lex fori*, dependeriam de decisão judicial (*v.g.*, o reconhecimento do divórcio privado do direito rabínico em país que reserve o decretamento da dissolução do casamento aos tribunais), defendem alguns Autores a necessidade de submeter o acto estrangeiro ao mecanismo previsto para as sentenças (que pode exigir um controlo de mérito) como forma de atribuição dessa *equivalência*. Na verdade, alerta CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 97, n.º 3, 2008, pp. 513-560, p. 514, que a estruturação do DIP ocorrida no século XX em mundos separados (conflitos de leis e reconhecimento de sentenças estrangeiras) gera problemas perante *actos semi-públicos* de natureza híbrida, contendo simultaneamente intervenção de autoridades públicas e manifestação de vontade privada (pense-se no decretamento do divórcio por mútuo consentimento por um conservador).

Este problema não se põe nos negócios hipotecários, porquanto não dependem em nenhum Estado-Membro de decisões judiciais ou de um acto jurídico-público de autoridade. Nessa medida, cabe ao DIP vigente no Estado de destino a apreciação dos efeitos que devem atribuir-se ao negócio contido na escritura estrangeira — cfr. JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 328; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, pp. 361ss, e "L'acte authentique...", p. 384.

Façamos, todavia, uma breve referência às teses de equiparação de documentos públicos a decisões judiciais.

Uma *primeira concepção* submete ao sistema de reconhecimento de sentenças o acto público estrangeiro que, na ordem interna, seria emitido por um tribunal, fazendo uma *qualificação lege fori* quanto à natureza administrativa ou judicial. O exemplo clássico será o divórcio ou a mudança de nome (GIUSEPPE BISCOTTINI, "L'efficacité...", p. 670; PIERRE BELLET, "La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1962-1964, pp. 251-290, p. 254; CAMILLE BERNARD, "Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1977-1979, pp. 59-88, p. 61). A teoria é questionável: "*Comment admettre que l'attitude à adopter face à un acte étranger dépende de la nature de l'organe français qui aurait été compétent s'il avait été saisi pour prendre un tel acte?*" (PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 165). Ademais, a concepção não oferece solução aos actos desconhecidos do foro.

Outra *possibilidade* é condicionar o mecanismo de reconhecimento da natureza disponível ou indisponível dos direitos atribuídos ou reconhecidos pelo acto público, ideia considerada (sem necessariamente a subscrever) por A. V. M. STRUYCKEN, "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1986-1988, pp. 105-143, p. 127. Tão pouco esta tese é isenta de críticas,

probatório que o documento estrangeiro revestisse no país de origem<sup>651</sup>. Como é evidente, este entendimento, puramente formal, desconsidera as razões inerentes à prescrição da solenidade, nomeadamente os propósitos de sujeição do negócio a um controlo de legalidade operado por oficial público enraizado em preocupações de justiça preventiva.

Assim, concorda a doutrina que se indague se o oficial estrangeiro desenvolveu *actividade similar* à que seria prestada pelo tabelião territorial, *maxime* o controlo da legalidade do negócio: só desse modo se legitimará a atribuição dos mesmos efeitos e se realizarão os objectivos inerentes à imposição de forma. No fundo, o propósito da exigência da solenidade só se satisfaz quando o sujeito titular exerce certas funções, sendo justamente a natureza da sua intervenção a motivar a *aplicação necessária* de tais normas<sup>652</sup>.

---

já que existem documentos públicos que não incidem sobre direitos, como o assento de nascimento ou de óbito (CALLÉ, *cit.*, p. 170).

Por fim, pode sufragar-se que o método do reconhecimento deve variar em face da *natureza da actividade* da autoridade pública, submetendo-se ao processo de reconhecimento de sentenças os actos que espelham competências decisórias do oficial público (*os actos volitivos*) mas já não aqueles em que o oficial público se limita a receber e conformar a vontade das partes (*os actos receptivos*) — tese seguida, com nuances, por M. MOTULSKY, "Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1948-1952, pp. 13-31, p. 28 (autor desta concepção); CALLÉ, *cit.*, pp. 200-238 (ressalvando os efeitos processuais do acto estrangeiro, sempre sujeitos à *lex fori*); PIERRE MAYER, "Les méthodes...", p. 554 (notando que, nos actos volitivos, haverá uma atenuação do controlo da lei aplicável e consideração exclusiva das condições de reconhecimento de decisões); PAMBOUKIS (*L'Acte Public...*, pp. 23ss e 73ss; "L'acte quasi...", p. 571; "Comentário...", p. 560; "Les actes...", p. 134); HORATIA MUIR WATT, "Le rencontre...", 1999, p. 294; DOMINIQUE HOLLEAUX, "Anotação ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 24 de Outubro de 1973, *Nanceau c. DLAC*", *Journal du Droit International*, vol. 101, 1974, pp. 592-601, p. 599, e "Anotação ao Acórdão do *Tribunal de Grande Instance de Paris* de 12 de Janeiro de 1978, *Epoux Öhlund-Orsel c. Ministère Public*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 102-111, p. 105 (distinguindo os casos em que o autor material do acto é uma autoridade pública [sujeito ao processo de reconhecimento] ou apenas sanciona o acto pretendido pelos interessados); SABINE CORNELOUP, *La publicité...*, p. 466. Segundo SYLVAIN BOLLÉE, "L'extension...", p. 312, será este o método prevaemente na jurisprudência francesa. Recusando esta concepção, cfr. MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 43 (que duvida da clareza da distinção entre uns e outros e, por isso, repudia o critério). Esta concepção maioritária implica a inexistência de um *regime geral de recepção dos documentos notariais*: é colocado ao *direito de conflitos de leis* um documento notarial que titula uma *compra e venda* (porquanto aí não se verifica qualquer vontade do tabelião) mas ao *direito do reconhecimento de sentenças* o acto notarial que declara a nulidade de certo negócio (porquanto nesse caso sobreleva uma actuação decisória do oficial público) — cfr. RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 79.

<sup>651</sup> A mais antiga pronúncia judicial que conhecemos sobre este problema foi justamente neste sentido — Acórdão da *Cour d'Appel de Chambéry* de 18 de Dezembro de 1901, publicado no *Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée*, Ano 29, Tomo 29, pp. 790-794. O tribunal concluiu que, tendo o acto notarial da Califórnia força probatória plena (à semelhança do que teria a correspondente escritura pública francesa), havia de ter-se aquele acto por *equivalente* ao documento notarial gaulês, ainda que as obrigações do titular fossem diferentes. Mais recentemente, o Tribunal Supremo Espanhol parece ter decidido que bastaria ser o acto estrangeiro um *documento público* para que pudesse constituir título de registo (cfr. Acórdão do Tribunal Supremo n.º 998/2011, de 19.06.2012, *supra* citado na nota n.º 603), orientação propugnada por CARMEN JEREZ DELGADO, "La inscripción...", p. 2543. Como veremos de seguida, a bondade desta solução é muito duvidosa, pelo que gerou violenta crítica pela mais avisada doutrina — RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", p. 369.

<sup>652</sup> Sustentando o critério da *equivalência funcional*, vide PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", título III, n.º 2, e "La Autonomía...", p. 116 ("*el Derecho material español, abierto en general a la eficacia en España de documentos públicos extranjeros, exige que el documento extranjero sea equivalente al documento público español; esto es, que represente un control de legalidad similar a la que comporta el documento público español*"); PIERRE CALLÉ, "L'acte authentique...", p. 394; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 100-102; JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 51; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", p. 370, e "Denegación...", p. 342; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento...", p. 17; ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", pp.

Simplesmente, se o critério *funcional* (designadamente o papel de controlo da legalidade do acto) reúne consenso, subsiste divergência quanto à questão de saber se deve adicionalmente ser exigida *a mesma autoridade* do titular e a atribuição *dos mesmos efeitos* (probatórios e materiais) pela lei do Estado onde foi exarado.

*No primeiro sentido* (sustentando dever ter-se por equivalente o documento estrangeiro onde o tabelião desenvolveu a mesma actividade — mormente de controlo da legalidade —, ainda que ao *instrumentum* exarado não correspondam efeitos probatórios adicionais ou consequências jurídico-materiais equivalentes) militam REVILLARD, DROZ, CALLÉ, DROBNIG e ARRIETA SEVILLA, sendo a posição consagrada na jurisprudência alemã<sup>653</sup>.

---

71-72 (“no será tanto el contenido del documento [...] sino en la actuación del notario extranjero en donde se ha de centrar la regla de equivalencia de formas”); LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “La inscribibilidad...”, p. 418 (“el examen de la equivalencia no se debe referir a la denominación del documento o al cargo de quien lo autoriza sino a las concretas funciones y controles que este sujeto realiza sobre el negocio jurídico documentado”); ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, “El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta”, *La Notaría*, n.º 37-38, 2007, pp. 119-150, p. 132 (“la equivalencia de formas se da cuando el contrato aporta las mismas garantías”); JOSÉ RODRÍGUEZ CALVO, “Las transacciones inmobiliarias en España realizadas por extranjeros”, *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 385-398, p. 392 (“el documento público extranjero, para que sea inscribible en España, debe ser equivalente no sólo en la forma, sino también en sus funciones de seguridad jurídica, en aras de conseguir igualdad de efectos”); MARIEL REVILLARD, “Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation (1er Ch. civ.) de 23 mai 2006, *Viénot c. Beaussier*”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, n.º 4, 2006, pp. 841-847, p. 847; ULRICH DROBNIG, *American-German Private International Law*, 4.ª Edição, Oceana Publications, New York, 1972, p. 281; JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ, “Alcance...”, p. 116 (“la equivalencia ha de ser funcional, importando no tanto la naturaleza como las funciones que ejerza la autoridad extranjera que, según el tipo de acto de que se trate, han de ser similares a las atribuidas a los notarios españoles; esto es, no como mera función de fedatario de firmas de un documento otorgado por las partes, sino como verdadera función de comprobación de los actos que ante ella se desarrollan”); PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Los documentos...”, p. 194; HORATIA MUIR WATT, “Comentário...”, p. 702. Esta solução é confortada pela lei espanhola em matéria de Registo Civil (art. 97.º da *Ley 20/2011, de 21 de Julio*), quando determina como requisito de inscrição “que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate”).

Apesar do consenso doutrinal sobre esta matéria, vêm de Espanha as duas mais importantes distorções. No sentido *facilitador*, como vimos na nota anterior, o Tribunal Supremo Espanhol parece ter decidido que bastaria ser o acto estrangeiro um *documento público* para que pudesse constituir título de registo (cfr. Acórdão do Tribunal Supremo n.º 998/2011, de 19.06.2012, *supra* citado na nota n.º 603), orientação defendida por CARMEN JEREZ DELGADO, “La inscripción...”, p. 2543.

Num sentido *restritivo*, a doutrina castelhana, ao abrigo da *anterior* lei processual, sustentava que a equivalência dependia de terem sido preenchidos *todos os requisitos* da elaboração de uma escritura espanhola. Tal significava, atendendo à regra *auctor regit actum*, que a equivalência nunca se verificaria, afastando-se sempre a substituição (cfr. ARRIETA SEVILLA, *cit.* p. 417; BRANCÓS NÚÑEZ, *cit.*, pp. 130ss).

<sup>653</sup> *Vide* MARIEL REVILLARD, “Comentário...”, p. 847 (que aplaude a decisão da *Cour de Cassation* de aceitar os efeitos do documento americano pelo facto de os *notaries public* terem sido os advogados das partes que, em concreto, asseguraram o controlo da legalidade e a plena informação dos outorgantes); GEORGES A. L. DROZ, “L'Activité...”, pp. 100-102; PIERRE CALLÉ, “L'acte authentique...”, p. 394; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, “La inscribibilidad...”, pp. 422 a 424; ULRICH DROBNIG, *American-German...*, p. 381. Os Autores entendem que os efeitos do documento não são critério decisivo para o estabelecimento da equivalência, bastando o critério *funcional*: devem comparar-se as declarações do outorgante e a actividade do titular (verificando se satisfazem os requisitos da lei competente). Por esta razão, aceitam a eficácia de mandatos de constituição de hipoteca celebrados por *scrivener notaries* de Londres (cfr. o que dissemos na nota n.º 519) e mesmo a equivalência de alguns documentos *notarized* por *notary public* anglo-saxónicos (os que sejam juristas e tenham aconselhado os outorgantes, fazendo-se uma equivalência das funções desempenhadas).

Na Alemanha, a jurisprudência consagra este ponto de vista, exigindo a demonstração de que o oficial público estrangeiro tem formação e actividade *equivalente* à de um notário germânico (cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 103; Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 16.02.1981, proc. 8/80, que estabelece que “*Gleichwertigkeit*

Mais exigentes são RAFAEL ARENAS GARCÍA, PILAR BLANCO-LIMONES MORALES e FRANCESCAKIS, que recusam a equivalência quando o documento estrangeiro não seja *juridicamente idêntico* ao que seria exarado no foro (relevando não apenas a actividade do titular como os efeitos *probatórios* e *substantivos* do acto). No fundo, se o documento não produziria, no país de origem, a *mesma consequência jurídica*, deve recusar-se a correspondência, seja porque o *efeito probatório* é requisito fundamental para a assimilação, seja porque os *efeitos materiais* condicionam a vontade dos outorgantes e o modo como o documento é exarado<sup>654</sup>.

---

*ist gegeben, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grund-sätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht*"), o que conduz à recusa de documentos notariais passados por *notaries public* dos EUA. No fundo a equivalência no direito alemão depende de três condições: a *formação jurídica* do oficial público estrangeiro, a *posição jurídica* do notário e a *assunção de obrigações similares* na elaboração do título (cfr. JONATHAN FITCHEN, "Authentic...", p. 51). Atente-se, porém, que nos termos que vimos na nota n.º 607, se o documento estrangeiro pretender a constituição ou transmissão de direito real sobre imóvel na Alemanha, ainda que o documento público seja plenamente recebido, tal não basta à produção do efeito real, que depende de *negócio abstracto* a realizar exclusivamente perante notário germânico (cfr. KANZLEITER, "§925, cit.", nota n.º 40).

<sup>654</sup> Assim, de acordo com esta concepção, se perante notário alemão se celebra um negócio de compra e venda de um prédio situado em Portugal, esta escritura não poderá ser *equivalente* a uma escritura portuguesa: no direito alemão, o negócio não produz o efeito real de transmissão da propriedade (que apenas se dará com o negócio real de disposição). Nessa medida, as partes podiam não saber que aquele contrato iria produzir um efeito real determinado pelo princípio da consensualidade vigente na *lex rei sitae*. Defendendo esta orientação mais restritiva (que faz depender a equivalência não apenas do controlo de legalidade do notário mas da verificação dos mesmos efeitos probatórios e jurídico-materiais), cfr. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", título III, n.º 2, e "La Autonomía...", pp. 119ss; PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, "Los documentos...", pp. 195ss; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", pp. 370-371 (embora o Professor reconheça ser "*difícil dar respuestas categóricas*").

Na jurisprudência, ficou célebre o Acórdão do Tribunal de Grande Instância do *Seine* de 24 de Outubro de 1960, *von Wallenberg*, sobre o reconhecimento em França de um acto de perfilhação ocorrido perante notário alemão e regulado pela lei francesa (que prescrevia a escritura pública como formalidade *ad substantiam*). A *equivalência* do acto notarial alemão ao francês era questionada porque no direito alemão a perfilhação não tem os mesmos efeitos jurídico-materiais que em França (apenas gera obrigação de alimentos *sem estabelecer a filiação*). O tribunal aceitou a equivalência, recebendo o negócio contido no documento alemão e atribuindo-lhe os efeitos que teria a perfilhação da lei francesa (filiação). Esta solução foi criticada principalmente por PH. FRANCESCAKIS, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de grande instance de la Seine de 24 de Outubro de 1960, *von Wallenberg*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 51, 1962, pp. 507-512, p. 512, porquanto a diferença de efeitos tem influência no modo como o documento autêntico foi exarado e na vontade das partes: "*Tout le monde sait, en effet, que dans des pays [...] où la possibilité est donnée de n'attacher à la reconnaissance de filiation que des effets alimentaires, les reconnaissances interviennent plus facilement qu'en France et sont d'ailleurs systématiquement encouragées par l'autorité publique. La jurisprudence du jugement ci-dessus dissuaderait donc les pères allemands d'enfants français de souscrire une reconnaissance alimentaire, ce que vaut tout de même toujours mieux que de ne pas s'engager du tout vis-à-vis de l'enfant*". No fundo, o Professor recuperou aqui a doutrina que já tinha desenvolvido antes ("Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij...*", p. 518), segundo a qual a diferença de efeitos pode obstar a que se estabeleça a equivalência, desde que se olhe àquela "*non sous l'angle probatoire mas sous celui de la protection d'un intérêt*": sabendo as partes que o *notary public* americano não emitirá documentos com forma probatória plena, podemos considerar que a sua missão não tem as consequências materiais equivalentes à do notário latino — designadamente quanto à sua reflexão ou à validade substancial do negócio. Em sentido contrário, sufragando a equivalência na ordem jurídica francesa, PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 323.

ARENAS GARCÍA, *ibidem*, suscita ainda a questão de saber, quando se aprecia se a *função* do notário estrangeiro no controlo da legalidade é equivalente àquela que seria desempenhada pelo titular da *lex rei sitae*, se é relevante o critério à luz da qual apreciou a legalidade. Isto é, coloca a questão de saber se pode ser recusada a equivalência de documento estrangeiro que, seguindo o DIP da *lex loci actus*, tenha apreciado a legalidade do negócio através da Lei A quando a lei competente segundo o DIP da *lex rei sitae* seja a Lei B. Como o Professor

A questão pode conhecer contornos ainda mais problemáticos quando a *lex rei sitae* aceite que o documento autêntico não apenas titule o negócio como preste a função de *modo*: é o caso da lei espanhola, onde o sistema de transmissão dos direitos reais de gozo exige *título e modo* (sendo este a entrega da coisa) admitindo-se porém que o acto notarial opere a *traditio ficta*, acordando as partes que *aquele documento* simboliza a entrega material do prédio. Nestes casos, coloca-se a questão de saber se uma escritura *não espanhola* pode conter não apenas o *negotium* aí titulado como ainda o *modo*<sup>655</sup>.

Estas dificuldades geram incerteza: se dois sujeitos ingleses pretenderem constituir, em Londres, uma hipoteca sobre prédio situado em Itália, ainda que se dirijam a um *scrivener notary* (jurista especializado que controla a legalidade do acto) serão assolados pela incerteza de saber se aquele documento será tido por *equivalente* ao acto notarial previsto pela *lex rei sitae*. Estas dúvidas serão bastantes, porventura, para desincentivar a formalização do negócio fora de Itália, colocando em cheque o próprio interesse das partes na sua celebração.

## 2.2. Obrigações impostas pelo Estado territorial ao oficial titular.

Vimos *supra* que uma das razões da natureza necessária e imediata das regras de notariado latino é o conjunto de deveres de interesse público cometidos ao titular, que se multiplicam nos vários direitos europeus. Pense-se no dever de o notário liquidar e cobrar os impostos (constituindo-se pessoalmente responsável pela sua entrega à administração fiscal); de obter ou verificar as licenças de direito público necessárias à transacção (*v. g.*, licença de habitabilidade, certificação energética, etc.); de respeitar o princípio da legitimação (cometendo-lhe o encargo de aceder a registos públicos do Estado territorial); de comunicar às autoridades com acção penal a suspeita de cometimento de crime de branqueamento de

---

reconhece, este problema não surge, no espaço europeu, no quadro do conteúdo do negócio ou da sua forma, já que nesses domínios existem regras de conflitos comuns, constantes do Regulamento Roma I.

<sup>655</sup> Sobre este problema, como é sabido, entendeu o Acórdão do Tribunal Supremo (*cit. nota n.º 603*) que a equivalência se estabelecia na escritura alemã, posição que contradisse a orientação da DGRN de 2005 (cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Denegación...", p. 339; ANA LUÍSA BALMORI PADESCA, "Elección de ley y estatuto personal", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 359-388, p. 366). Aquela decisão conheceu, todavia, dois votos de vencido que sustentaram não se verificar a *substituição*, defendendo que "la escritura alemana no es hábil para poder transmitir la propiedad en España, lo que impide su acceso al Registro de la propiedad: «nuestra discrepancia se identifica con la idea de que la escritura autorizada por el notario alemán, por deducirse de ella «claramente lo contrario», no podía, conforme al Derecho español, ser el medio de una traditio ficta del subtipo de las instrumentales» — PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", Título II, n.º 2; HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", pp. 319 (que aplaude a solução do tribunal [por referência à liberdade de circulação] mas expressa dúvidas quanto à apreciação da *equivalência*); REINHOLD GEIMER, "Eintragungsfähigkeit...", p. 480; JOSÉ RODRÍGUEZ CALVO, "Las transacciones...", p. 393. Estes votos de vencido, atenta a fundamentação neles expressa, vêm pondo em causa a *auctoritas* da decisão tomada pelo Tribunal (cfr. LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 401).



capitais; de articular o título com o cadastro geográfico; ou mesmo de perceber o preço pago pelo adquirente e, uma vez firmado o registo, o entregar ao alienante ou onerante<sup>656</sup>.

Desde logo, pode questionar-se a natureza das normas em causa: são tais regras atinentes à *redacção do documento público* (similares, portanto, àquelas que impõem a utilização da língua nacional, a identificação das partes, a presença de testemunhas, etc.) ou constituem condições impostas pela *lex rei sitae* para a transmissão do direito real? No primeiro caso, qualificar-se-iam tais obrigações como relativas à função notarial, implicando o seguimento da lei do Estado onde o notário exerce funções (a *lex auctoris*, em obediência ao princípio *auctor regit actum*)<sup>657</sup>; no segundo caso, o respectivo cumprimento constitui requisito de produção de efeitos reais, pelo que é a *lex situs* imperante no caso, ainda que não coincida com a do Estado onde o tabelião exerce a sua função.

Segundo julgamos, tais obrigações são mais do que requisitos notariais, pois constituem *condições da transferência do direito real* sempre que a *lex situs* impeça o nascimento do título sem o respectivo cumprimento. Nessa medida, não pode concluir-se outra coisa que não seja a sua abrangência pelo *estatuto real*, porquanto é este que determina “*as condições de produção do direito real*”: tais operações constituem pressupostos da transmissão ou constituição de um direito real, matéria indiscutivelmente abarcada pelo estatuto real<sup>658</sup>.

Por esta razão, é provável o não reconhecimento de títulos notariais exarados no estrangeiro quando tais condições não hajam sido cumpridas: caso o notário local (de Estado diferente da situação da coisa) lhes não obedeça, verificar-se-á uma brecha na efectividade do

---

<sup>656</sup> Com bastantes exemplos do direito francês, *vide* MARIEL REVILLARD, *Droit...*, p. 480; do direito espanhol LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 424ss. No direito português (que não é, de todo, um dos mais exigentes) olhe-se à obrigação de promoção da inscrição predial na matriz, com propósitos tributários (cfr. art. 57.º CNot.); harmonização do título com a inscrição matricial e com a descrição predial (art. 58.º CNot.); verificação do princípio da legitimação registal, actuando como promotor da obrigatoriedade indirecta de registo (arts. 9.º CRPred. e 54.º CNot.); obrigação de promover oficiosamente o registo do direito (al. b) do n.º 1 do art. 8.º-B CRPred.); verificação da liquidação e cobrança do Imposto Municipal de Transacções (art. 49.º do Código do IMT); certificação de existência e entrega ao comprador da ficha técnica da habitação (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 68/2004, de 25 de Março); verificação da existência e validade do certificado de eficiência energética do prédio (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 118/2013, de 20 de Agosto); e certificação da existência e validade da licença de utilização (art. 1.º do Decreto-Lei n.º 281/99, de 26 de Julho).

<sup>657</sup> Aceitando esta tese, são regras de funcionamento da autoridade notarial enquanto oficial público, razão pela qual se submetem ao princípio “*auctor regit actum*” segundo o qual a autoridade cumpre a sua própria lei, à semelhança do que sucede com as regras sobre arquivo, organização documental, língua do documento ou sua confidencialidade (PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 9; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 104; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 26). Sobre o princípio, *vide supra* notas n.º 455 e 539.

Esta orientação, que isenta o notário local do cumprimento das disposições da *lex rei sitae*, foi seguida em alguma jurisprudência espanhola, como nos dá conta ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, "El europeísmo...", p. 133, potenciando-se a aplicação da lei do foro por força da intervenção de uma autoridade cujos poderes são delimitados pela lei do Estado onde exercem a sua actividade (cfr. GIAN PAOLO ROMANO, "La bilateralité éclipse par l'autorité — Développements récents en matière d'état des personnes", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, n.º 3, 2006, pp. 457-519, p. 463).

<sup>658</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 155. *Vide* ainda toda a discussão sobre a delimitação do estatuto real (e bibliografia aí indicada) que nos ocupou *supra*, p. 95.

contrato; e se o Estado territorial atribuir ao conservador uma função qualificadora, pode ocorrer a recusa do registo que, no caso da hipoteca, implica a ineficácia total do negócio<sup>659</sup>.

Assim, a opção das partes em celebrar o negócio noutro Estado-Membro gerará, desde logo, um perigo para os contraentes (nefasto às transacções internacionais) porquanto notário estrangeiro pode não conhecer ou não se considerar obrigado (por via da qualificação autoral) às obrigações que lhe são cometidas. Nesse caso, exarará título *inapto* à produção do efeito real. Este problema parece levar as partes a preferir a celebração de um negócio perante notário cuja língua não entendem do que correr o risco de o negócio ser aceite no Estado da situação da coisa<sup>660</sup>. Mas mesmo decidindo corrê-lo, importa saber se estas obrigações podem, na prática, ser cumpridas por oficial público de outro Estado.

Ora, sustenta a doutrina ser pura e simplesmente *impossível* realizar negócios reais sobre imóveis em país estrangeiro (haverá *viabilidade legal* mas *impossibilidade prática*)<sup>661</sup>. De facto, mesmo sem obstáculos legais, torna-se muito difícil ao notário estrangeiro *conhecer* e *cumprir* as condições que a *lex rei sitae* estabelece à transmissão do direito real. Atenhamo-nos ao caso português: o notário belga que pretenda cumprir o princípio da legitimação registal e a harmonização do título com a matriz e descrição predial não pode (como melhor veremos *infra* e ao contrário do seu colega português), aceder à informação matricial do prédio, pois está restrita a titulares estabelecidos em Portugal; não pode, em nome próprio, solicitar uma certidão permanente de registo predial através da internet, pois o sistema pressupõe um documento de identificação português. Mesmo que as partes lhe tragam a documentação necessária, se o notário belga não conhecer a língua portuguesa não retirará das certidões a

---

<sup>659</sup> Neste sentido, DIANA WALLIS, *European...*, p. 15; LOUIS TAUDIN, "Les notaires...", p. 324; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 371. Esta consequência ocorre mesmo nas relações internas, onde o conservador controla o cumprimento das obrigações cometidas ao titular: olhe-se ao caso subjacente ao Parecer do Conselho Técnico do IRN P.º R.P. 161/2006 DSJ-CT, de 6 de Agosto de 2007, onde foi recusado um registo definitivo por violação da obrigação de apresentação, perante notário da ficha técnica da habitação (art. 9.º do Decreto-Lei n.º 68/2004, de 25 de Março).

No quadro das transacções internacionais, lembre-se ter sido esse o fundamento invocado pelo conservador espanhol (cuja recusa de registo deu lugar ao Acórdão do Tribunal Supremo sobre reconhecimento de documentos notariais estrangeiros [*cit. nota n.º 603*]) para defender o *não reconhecimento* de uma escritura alemã como título de transmissão de direitos reais em Espanha, como sublinha PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", título II, n.º 1: "el notario alemán no está obligado a controlar aspecto alguno relativo a la titularidad y cargas, certificado del arquitecto y colaboración con las administraciones públicas en materia fiscal y de prevención de blanqueo".

<sup>660</sup> Cfr. COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *CROBECO Project — Position of the Notaries of Europe (18 de Novembro de 2011)*, disponível na internet via <http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2011/Position-CNUE-CROBECO-18-11-11-final-EN.pdf>, consultado em 17 de Julho de 2015, p. 2.

<sup>661</sup> Neste sentido, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 906 ("El notario extranjero no puede realizar el mismo control que lleva a cabo un Notario español porque no es un funcionario público español y no dispone de medios técnicos ni legales para practicar el control que sí realiza el Notario español: un Notario extranjero no puede recabar datos del Ministerio de Hacienda español, por ejemplo, ni está obligado a comunicar movimientos sospechosos de capitales a la Hacienda española, como sí lo está el Notario español"); ENRIQUE BRANCÓS NÚÑEZ, "El europeísmo...", p. 124. Em sentido contrário, sufraga ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 371, nota n.º 9, que esta operação não seria excessivamente problemática, "bastando para ello que este notario se pusiera en contacto con un colega español para asegurarse del cumplimiento de los requisitos exigidos por nuestro derecho".

informação de que precisa para produzir um documento apto a constituir a hipoteca. Nestes casos, exigir ao interessado a demonstração dos dados necessários ao cumprimento da obrigação pode implicar legalização e tradução de documentos emitidos por autoridades estrangeiras, importando custos superiores e uma prolação temporal do negócio.

O Parlamento Europeu reconhece este problema: defende que tais obrigações não obrigam tabeliães estrangeiros mas conclui pela *inexistência de efectividade* ao negócio que as não cumpra. Porém, porque comprador e vendedor têm uma ligação ao imóvel, conclui não haver grande inconveniente em forçar as partes a concluir o negócio no Estado territorial<sup>662</sup>.

Se esta asseveração já é discutível *de per se* quando o direito a transaccionar é a propriedade, não tem qualquer aplicação se o objecto for uma hipoteca: credor e devedor podem não ter qualquer ligação ao imóvel e não esperam gozar de qualquer das suas utilidades; pelo contrário, apenas é relevante o seu valor. Nessa medida, não é negligenciável a conclusão pela necessidade de celebrar *in situ* o negócio real.

### 2.3. O acesso à informação registal e cadastral sobre o prédio.

Vimos *supra* que um dos problemas inerentes à contratação internacional de direitos reais sobre imóveis radica na insegurança, para as partes, da informação tabular: são conhecidas *limitações* (restrições de direito público à utilização da coisa, com influência directa no seu valor) ou *ónus* (como privilégios creditórios ou outras garantias com preferência face à hipoteca) que não constam da informação predial, constituindo *dados ocultos*<sup>663</sup>. Assim, um titular que não conheça profundamente o sistema jurídico-real do Estado de situação da coisa será incapaz de garantir ao adquirente a eficácia pretendida com negócio.

Todavia, os problemas de transparência vão além da *eficácia* da informação registal, alastrando ao próprio *acesso*, a partir do estrangeiro. Lembre-se que a segurança do credor reside no estatuto jurídico da coisa onerada, informação que é prestada pelo sistema tabular do Estado de situação do prédio; ora, um operador de outro Estado-Membro encontrará, desde logo, dificuldades.

*Por um lado*, e ainda não existam obstáculos legais, são vários os Estados-Membros onde que a inscrição *on-line* (ou até o pedido *on-line* de certidão) não é admitida a requerentes estabelecidos noutro Estado, por culpa dos requisitos práticos impostos: exigem-se

---

<sup>662</sup> Cfr. o estudo do PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, p. 144.

<sup>663</sup> *Vide* o que dissemos *supra*, p. 212, a propósito das disparidades registais quanto à informação publicitada. A título de exemplo, lembrem-se os arts. 751.º e n.º 2 do art. 759.º CC, que determinam a prevalência de privilégios creditórios e do direito de retenção sobre hipotecas, ainda que anteriormente registadas; as servidões de direito público do ordenamento holandês; etc.. Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 728; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 382.

frequentemente documentos nacionais (número de identificação fiscal do requerente, por exemplo), restringindo o acesso a sujeitos estabelecidos no Estado da situação do prédio<sup>664</sup>.

*Em segundo lugar*, há registais que não são de acesso livre: os sujeitos que pretendem aceder à informação devem demonstrar um interesse legal (a pretensão de aquisição; a herança, etc.), o que gera obstáculo adicional a titular estrangeiro<sup>665</sup>.

*Em terceiro lugar*, e mesmo quando assim não é, o titular não conhecerá o significado ou a língua da informação publicitada: esta está disponível apenas no idioma do Estado da situação da coisa, dificultado ao credor o conhecimento da posição jurídica do imóvel. Acresce, em consequência à disparidade jurídico-real que *supra* identificámos, que as figuras publicitadas serão, muitas vezes, desconhecidas, implicando um estudo dos direitos e interesses que afectem a garantia a constituir<sup>666</sup>.

*Por fim*, a organização do Registo nos vários Estados-Membros é de tal forma dissemelhante que não confere ao adquirente qualquer expectativa sobre o *iter* a seguir na busca de informação tabular e quanto aos dados publicitados. Isto é, para além dos efeitos da inscrição serem substancialmente distintos, acresce variação na *organização* do Registo (e, em consequência, do tipo de informação aí presente). Coexistem, *por um lado*, sistemas de registo de *actos* e de *documentos*: nos primeiros, a modificação jurídico-real ocorre perante o oficial de registo e nos segundos ocorre *extra-registo*, sendo o documento comprovativo levado ao conservador (o que está ligado à natureza constitutiva ou declarativa da inscrição). *Por outro*, sistemas de *transcrição* e sistemas de *inscrição*: nos primeiros arquivam-se ou copiam-se integralmente os documentos apresentados ao Registo; nos segundos extractam-se os dados com incidência jurídico-real. *Por fim*, sistemas de *fólio real* e de *fólio pessoal*: nos primeiros a

---

<sup>664</sup> MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 18: "In six of the Member States surveyed (Denmark, Germany, Italy, Hungary, Portugal and Sweden) mortgage registers are not accessible cross-border. In some Member States, this arises from legislation or standards imposed by authorities, whereas in other Member States, it is simply a technical question; [...] on-line registration is only accessible in half of the Member States"). No mesmo sentido, COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, pp. 28-29; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 1. Utilizamos aqui *cadastro* com o sentido que lhe é atribuído por HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 380, e GERHARD LARSSON, *Land...*, pp. 89ss, abrangendo a informação geográfica e fiscal sobre o prédio.

<sup>665</sup> Cfr. ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register...", p. 92, que ilustra com o caso espanhol.

<sup>666</sup> HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 381, e "Harmonization of Land Registry in Europe", *TS18 — Comparative Aspects of Land Administration Systems, From Pharaohs to Geoinformatics*, 2005, disponível na internet via [http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts\\_18/ts18\\_02\\_ploeger\\_vanloenen.pdf](http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf), consultado em 28 de Dezembro de 2012, p. 3, que citam o exemplo de um inglês que pretende adquirir um imóvel na Holanda. Mesmo que consiga contactar o *Kadaster* neerlandês, ficará a saber que o alienante figura como "*erfpachter*" e que as autoridades municipais constam como "*eigenaar*", sem que possa entender o significado da posição jurídica atribuído a cada um destes sujeitos. *Vide* ainda HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "The European Real Estate Market — Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 183-198, p. 186, ilustrando as dificuldades de um comprador alemão e de um financiador inglês em aceder ao registo de um imóvel em França.

informação é organizada por prédio e nos segundos por titular (o que, como se percebe, permite *localizar títulos* mas não um elenco fidedigno da situação jurídica de certo imóvel). Aliás, nalguns países coexistem sistemas distintos, consoante o local onde se situe o prédio<sup>667</sup>.

Todos estes factores induzem a contratação territorial do negócio ou, por outro prisma, desincentivam à escolha do local celebração de negócios sobre imóveis situados noutro Estado-Membro. No fundo, como concluem PLOEGER e VAN LOENEN, "*the practical solution is that a local advisor is hired*"<sup>668</sup>.

## VI. SÍNTESE CONCLUSIVA — O PROBLEMA.

Este nosso estudo inicial (em busca das razões que justificam o reduzidíssimo volume de crédito hipotecário internacional intracomunitário) trouxe poucas surpresas. Na verdade, a doutrina vem identificando, de forma aturada e consistente, os grandes obstáculos que os operadores económicos têm de enfrentar para aceitar uma hipoteca sobre coisa situada noutro Estado-Membro.

Tudo começa na rigidez conflitual, que os atira para a uma garantia imobiliária que não conhecem, regulada por direito estrangeiro (redigido em língua que não entendem) e cujos contornos lhes são estranhos. Acresce que essa caução (destinada, afinal, a tranquilizar os receios do credor) será necessariamente diferente daquela que idealizaram pressupondo o direito do Estado onde exercem actividade: dar-lhes-á poderes diferentes, prazos distintos, afectações díspares à obrigação garantida, admissibilidade desigual de pactos que modelem a caução, envolvendo a hipoteca estrangeira na nebulosidade própria de uma figura incógnita. Tudo isto é agravado pela imperatividade das normas hipotecárias um pouco por toda a Europa, restringindo a autonomia privada e a viabilidade de adequação do instituto aos interesses das partes.

As circunstâncias pioram um pouco quando o credor percebe que a inscrição registal constitutiva (que, a uma primeira vista, parece nota comum capaz de conferir segurança a

---

<sup>667</sup> ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", pp. 996-997, e "La Eurohipoteca", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 4277-4297, p. 4288; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 29; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 186; HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 772 (que explica os diferentes procedimentos de requisição de um registo); BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 483; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "Publicidade e Princípios...", p. 21; PASCAL ANCEL, *Droit...*, p. 130; OTMAR STÖCKER E ROLF STÜRNER, *Flexibilität...*, Band III, 35. Sobre os inconvenientes do fólio pessoal (pela dificuldade de cognição da situação jurídica do prédio), *vide* GABRIEL BAUDRY-LACANTINERIE E P. DE LOYNES, *Traité...*, Vol. XXVII (Tomo III), pp. 43ss; ANTONIO PAU PEDRÓN, "The Register...", p. 93. Sobre a vigência de dois sistemas de registo em Itália (um de matriz francesa na generalidade do território; um de matriz austríaca nos territórios do norte), *cfr.* ARTURO PICCIOTTO, *Lineamenti...*, p. 1.

<sup>668</sup> HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 382, e "The European...", p. 187.

quem aceita a hipoteca) não cria, no fim de contas, uma similitude da protecção tabular. O registo predial tem funções distintas, graus de segurança diversos, modos de organização dissemelhantes e âmbitos diferentes (sobretudo deixando de fora, em alguns sistemas, a publicitação de ónus capazes de prejudicar o direito do credor).

O desincentivo à hipoteca internacional não fica por aqui. Se o credor conjecturar a vicissitude de que se quis precaver (o incumprimento do devedor), a execução de uma garantia imobiliária sobre coisa no estrangeiro deixá-lo-á muito desconfortável: não só a preponderância do ordenamento jurídico do país de situação de coisa o remeterá para sistemas executivos distintos (com profunda variação da autoridade competente, da duração do processo e dos respectivos custos) como a eventualidade de insolvência do devedor volta a implicar uma preeminência da *lex rei sitae*, cujo direito falimentar pode fazer decair a hipoteca face a outros interesses reputados superiores pelo legislador do Estado territorial.

Por fim, não pode olvidar-se que a conjugação dos sistemas notariais latinos (vigentes na maioria dos Estados-Membros e, em muitos casos, com aplicação *necessária e imediata* para os imóveis aí situados) com o sistema conflitual europeu em matéria de forma dos negócios reais imobiliários implica uma aplicação ampliada das respectivas solenidades, a conduzir ao resultado material de *impossibilidade de celebração à distância* do negócio hipotecário. Acresce que o *local de celebração* dificilmente será diferente daquele onde a coisa se situa, já que as dificuldades pragmáticas de circulação de documentos públicos e de preenchimento dos pressupostos da *lex rei sitae* para a produção do efeito real limitam as partes à titulação no Estado territorial. Isto é, a própria constituição da hipoteca (diferentemente do que sucede com as garantias pessoais ou com as garantias reais mobiliárias) envolve custos adicionais, deslocações ou representação e, sobretudo, a celebração do negócio junto de oficial porventura desconhecido das partes e em língua que não entendem.

Pesados estes factos, uma conclusão surge evidente. A constituição da hipoteca noutra Estado-Membro está blindada por um conjunto gravíssimo de obstáculos que, se não a impedem, tornam-na muito pouco atractiva. De outro modo, se a constituição de hipoteca materializa indiscutivelmente um dos movimentos de capitais expressamente abrangidos pelo Tratado, certo é que a sua criação não pode considerar-se *livre*, estando fortemente constrangida por difíceis obstáculos jurídicos e práticos.



## PARTE SEGUNDA

### RESPOSTAS DOUTRINAIS E NORMATIVAS: VALORAÇÃO CRÍTICA

#### I. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS.

Até este ponto, o nosso trabalho nada trouxe de verdadeiramente inovador: é consabido que o mercado europeu de garantias imobiliárias não está concretizado e que este é um vício na integração europeia.

A questão que se coloca é a da *forma mais adequada* para a solução do problema<sup>669</sup>, o que tem merecido respostas doutrinárias e normativas variadas. Partimos agora para a análise crítica das propostas avançadas para combate aos obstáculos identificados, buscando uma solução capaz de os ultrapassar. O nosso objectivo nesta fase é perceber, entre as sugestões avançadas para as dificuldades apontadas, se alguma proposta pode ser apadrinhada por constituir resposta adequada, útil e eficaz à dificuldade que caracterizámos.

É conhecida uma crescente tensão entre duas vias de regulação comunitária tendente à integração, nas matérias cobertas pelo direito privado.

*Por um lado*, pode a UE intervir através da *aproximação ou unificação* dos direitos materiais: por esta via, a disparidade legislativa entre os Estados-Membros cessará, trazendo aos operadores económicos superior confiança na decisão de circular. Isto é, a resposta adequada à internacionalidade que grassa nas relações jurídicas estabelecidas em espaços economicamente integrados pode residir na via da *regulamentação material*<sup>670</sup>, concretizada na intervenção ao nível das normas substantivas aplicáveis.

*Por outro*, pode configurar-se uma actuação eminentemente conflitual, preservando a disparidade legislativa mas atingindo *uniformidade de soluções concretas* pelo acordo generalizado quanto à lei aplicável em cada caso. Com efeito, não pode ignorar-se o contributo do direito internacional privado: a construção europeia implica e promove o nascimento de relações jurídicas plurilocalizadas, justamente o objecto do DIP. Esta disciplina tem precisamente como missão a estabilidade e confiança no comércio internacional<sup>671</sup>.

---

<sup>669</sup> Neste sentido, ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 65.

<sup>670</sup> Utilizamos aqui a expressão "*via da regulamentação material*" com o sentido que nos foi ensinado por ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1-31, p. 7, abrangendo *quer* o direito privado uniforme, *quer* o direito internacional privado material, *quer* as normas internacionais sem vigência nacional (como a *lex mercatoria*).

<sup>671</sup> Cfr. RUI MOURA RAMOS, "Recensão a «ANTONIO ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, *Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo*», *Revista de Direito e Economia*, vols. XVI a XIX, 1990-1993, pp. 881-



Sendo certo que as opções se não contrapõem (mas antes se complementam)<sup>672</sup>, no que concerne à análise das propostas de solução para os problemas enunciados, agruparemos as vias de resposta nestas duas tendências. Assim, analisaremos primeiro propostas de solução que se inserem numa *unificação* de direitos nacionais e, depois, as que pressupõem a manutenção da disparidade das regras jurídicas vigentes.

## II. SOLUÇÕES DE DIREITO MATERIAL

O método da *regulação directa* vem sendo abundantemente utilizado pela UE na realização do mercado único. Trata-se da adopção de normas jurídicas que, porque aplicadas em todo o espaço europeu, contribuem para o esbatimento dos obstáculos às liberdades fundamentais<sup>673</sup>. Tradicionalmente, a sua utilização é motivada pelo insucesso relativo do método conflitual, seja em virtude do carácter nubloso ou incerto das regras de conflitos (sobretudo nos sistemas onde as opções conflituais têm matriz jurisprudencial); seja por referência à sua diversidade (geradora de conflitos de sistemas que são, eles próprios, resolvidos de forma distinta); seja porque o resultado da mobilização de regras de conflitos é necessariamente a aplicação de normas nacionais (que não foram pensadas para a especificidade das situações plurilocalizadas e enfrentarão sempre maior dificuldade de aplicação pelas autoridades estrangeiras)<sup>674</sup>.

Simplesmente, a *regulação directa* abarca vários modos de solução do nosso problema, que a doutrina vem apontando. Em primeiro lugar, pode direccionar-se o esforço legislativo na *aproximação dos direitos nacionais*, esbatendo as disparidades que identificámos; *em segundo lugar*, pode sufragar-se a criação de uma 29.<sup>a</sup> figura jurídica, de utilização opcional, que acresça aos institutos de direito interno (a *euro-hipoteca*); *por fim*, pode propor-se a utilização de mecanismos espontânea ou normativamente harmonizados tendentes à facilitação da internacionalização do crédito hipotecário (*os títulos de crédito*).

Analisemos agora cada uma das propostas de *regulação directa* que vêm sendo avançadas para a solução do problema que nos ocupa.

---

898, p. 883 (“a construção comunitária, ao erigir-se como um bloco face a países terceiros, fará surgir relações de direito privado plurilocalizadas”); MARIÉL REVILLARD, *Droit...*, p. 2.

<sup>672</sup> Sobre a contraposição ou coordenação destas duas tendências, vide ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, “Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 12, 1992, pp. 346-356, pp. 346ss.

<sup>673</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, “Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 145-202, p. 147. Na terminologia de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 395, trata-se de “processos materiais de regulação das situações privadas internacionais”.

<sup>674</sup> YVON LOUSSOUARN E JEAN-DENIS BREDIN, *Droit du Commerce...*, pp. 8-9.

## 1. A VIA DA UNIFICAÇÃO DO DIREITO HIPOTECÁRIO EUROPEU

Uma possibilidade de potenciação da dimensão transfronteiriça da hipoteca radicar-se-ia na *uniformização*, *unificação* ou *harmonização* do direito hipotecário<sup>675</sup>: a União Europeia adoptaria instrumentos jurídicos (ou promoveria a sua celebração internacional<sup>676</sup>) destinados

---

<sup>675</sup> A unificação do direito material (em sentido amplo) pode categorizar-se em *uniformização*, *unificação em sentido estrito* e *harmonização*.

A *uniformização* consiste na substituição das normas materiais de fonte interna por regras com fonte internacional (convenções internacionais ou normativos de fonte comunitária), de que são exemplos as Leis Uniformes em matéria de Letras e Livranças (1930) e de Cheques (1931).

A *unificação em sentido estrito* corresponde à criação de normas de direito internacional privado material (especialmente construídas para relações plurilocalizadas) de fonte supraestadal: redigem-se regras materiais comuns para situações absolutamente internacionais, reservando a aplicabilidade do direito interno às situações puramente internas. É exemplo a Convenção das Nações Unidas sobre o contrato de compra e venda internacional de mercadorias (Viena, 1980), embora nesta se admita a opção das partes pela exclusão da aplicação do texto uniforme (cfr. art. 6.º).

A *harmonização* traduz-se no estabelecimento de regras e princípios fundamentais comuns, atenuando as diferenças entre os direitos materiais. Não se cria um corpo normativo único mas pressupostos comuns que, no fundo, geram uma equivalência funcional entre os vários direitos nacionais. Neste quadro, pode rigorosamente distinguir-se *aproximação de legislações*, *harmonização* e *coordenação*, com graus diferentes de intensidade regulatória (do mais coactivo para o menos vigoroso — cfr. DANIEL VIGNES, "Le Rapprochement...", p. 302), exactidão que aqui não utilizaremos, empregando as expressões indiferentemente (à semelhança do que faz o Tratado).

Sobre os vários conceitos, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 81ss; DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1655; KATHARINA BOELE-WOELKI, "Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 340, 2009, pp. 271-461, p. 298; ARTHUR HARTKAMP, "The Principles of European Contract Law (Lando Commission)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 53-58, pp. 53ss; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106, pp. 56ss; RENÉ DAVID, "The Methods of Unification", *American Journal of Comparative Law*, vol. 16, n.º 1 e 2, 1968, pp. 13-27, pp. 13ss; BIANCA CASSANDRA SULPASSO, "Comparazione...", p. 567; JEAN-BAPTISTE RACINE, "Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?", *ERA Forum*, vol. 3, n.º 2, 2002, pp. 67-77, p. 68.

Merece destaque a tese de FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", pp. 9ss, segundo a qual os Tratados estabelecem nas bases jurídicas o mecanismo de aproximação legislativa autorizada: sempre que a base jurídica previr a utilização de *regulamentos*, haverá previsão de *uniformização da legislação*; se, ao invés, se autorizar a emanção de *directivas*, tal implica que a União apenas poderá *harmonizar* direitos nacionais. Se, em teoria, a construção faz sentido, é traída pelas bases jurídicas em matéria de aproximação de legislações (art. 114.º TFUE) e de cooperação judiciária civil (art. 81.º TFUE), que se referem à adopção de "*medidas*". Assim, as principais fontes de intervenção comunitária não permitem determinar, pela forma do acto, o modelo de aproximação legislativa (como, aliás, o Autor admite expressamente). A tese colhe a simpatia de KATHARINA BOELE-WOELKI, "Unifying...", p. 299; KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36, p. 28; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Quel droit international privé pour l'Union Européenne?", *International Conflict of Laws for the Third Millennium — Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, PATRICK J. BORCHERS E JOACHIM ZEKOLL, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 317-338, p. 319; e JÜRGEN BASEDOW, "Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 1, 2001, pp. 35-49, p. 47, ao defender ser o *regulamento* a fonte de excelência para uniformização do direito. Claro que, sublinha BOELE-WOELKI, *cit.*, p. 304, esta separação perde eficácia quando as *directivas* são de tal modo densas que acabam por impedir qualquer opção material por parte do legislador interno.

<sup>676</sup> Os Tratados atribuem à União Europeia poderes normativos adequados à criação de direito uniforme — os *regulamentos*, dotados de aplicabilidade directa e prevalecendo na sua aplicação sobre as regras nacionais incompatíveis. Recorde-se, porém, que as instituições promoveram várias vezes a celebração pelos Estados-Membros de convenções internacionais de harmonização, sobretudo no domínio do direito internacional privado (*vide*, por exemplo, a Convenção de Bruxelas de 1968 relativa à competência judiciária e à execução de

a padronizar ou aproximar o direito aplicável. Tais fontes permitiriam assegurar a continuidade das relações jurídicas internacionais através da eliminação das disparidades legislativas. Tornar-se-ia assim indiferente a existência de contactos com várias ordens jurídicas, sobretudo se a uniformização prescindir da aplicação do direito de conflitos interno. É o apelidado *modelo centralizado de integração europeia*, concretizado na substituição dos poderes regulatórios individuais por competências europeias<sup>677</sup>.

É inegável que os fenómenos de integração económica se repercutem na unificação, harmonização ou aproximação do direito privado, mesmo em domínios não directamente ligados com o estabelecimento do mercado único: a disparidade legislativa é tida como obstáculo ao estabelecimento de relações jurídicas transnacionais, implicando um ajustamento dos operadores económicos a regras distintas e o surgimento de incerteza sobre

---

decisões em matéria civil e comercial e a Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais), principalmente nas matérias em que a União não dispunha de competência normativa — à data da celebração destas convenções, a Comunidade não tinha sido dotada de atribuições em matéria de DIP e a história demonstra que, neste domínio, a produção convencional cessou com a atribuição à União de poderes no Tratado de Amesterdão (recorde-se a Convenção Bruxelas II, que nunca veio a entrar em vigor), o que indica que a via internacional era um sucedâneo da intervenção comunitária (cfr. OLIVER REMIEN, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, n.º 1, 2001, pp. 53-86, pp. 55ss). Estas convenções constituem "*sources de droit hybrides, dont le caractère est, à la fois, communautaire et international*", até porque, no caso luso, Portugal se vinculou a ratificar as convenções no Tratado de Adesão (cfr. RUI MOURA RAMOS, "L'adhésion...", p. 145).

Independentemente da questão de saber se existe competência comunitária no quadro hipotecário, não deverá descartar-se tal via de aproximação legislativa, pois apresenta vantagens face à regulação unilateral da UE. *Em primeiro lugar*, a promoção da acção dos Estados no plano internacional configura o *mínimo* de acção comunitária, assegurando o cumprimento do princípio da proporcionalidade enquanto cânone orientador da actuação europeia; *por outro lado*, o expediente permite a prossecução do desígnio comunitário com o desacordo de algum Estado (que, na via unilateral, pode impedir que a medida seja tomada, *maxime* por invocação dos Acordos do Luxemburgo de 1966); *por fim*, a opção promove uma paulatina harmonização sem afrontar o desacordo dos Estados. Na verdade, a história demonstra que, mediante o dissentimento de um Estado-Membro em proceder a determinada unificação, se possibilita a instituição de uma harmonização *entre os Estados-Membros que com ela anuam*, o que pode conduzir a que mais tarde venha a ser estendida aos Estados que inicialmente dela divergiram (ainda que, reconheça-se, a actual versão dos Tratados tenha correspondido a esta necessidade ao permitir *cooperações reforçadas* na generalidade dos domínios de intervenção da UE — arts. 326.ºss TFUE).

<sup>677</sup> A expressão é de MIGUEL POIARES MADURO, *We the Court*, Hart Publishing, Oxford, 1998, p. 110, que lembra que este modelo supõe que "*national regulation is incompatible with the aim of an integrated market and should be replaced by harmonised or uniform legislation*". Cfr. ainda ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 4 (é "*o processo radical de resolver o problema nascido da diversidade de sistemas legislativos*"); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 32 ("*o modelo centralizado de harmonização ou uniformização do Direito Privado material propõe, em suma, que a resolução do problema dos conflitos de leis nas situações privadas transnacionais intracomunitárias tenha lugar através da eliminação da diversidade de ordenamentos jurídico-privados dos Estados-Membros*"); HAROLDO VALLADÃO, *Direito...*, Vol. I, p. 25 ("*Um, o DIP, procura resolver os conflitos de leis, enquanto outro, o direito uniforme, trata de os suprimir por intermédio de leis idênticas*"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 49; PIERRE LALIVE, "Nouveaux...", p. 25; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 53 (explicando que a uniformização solucionaria o problema pela aplicação das mesmas normas, "*auténticas regras materiais de DIP de fonte convencional ou supranacional*"); HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 113 ("*les plus radicales concernent l'unification pure et simple du droit interne des pays contractants sans distinguer entre rapports internes et internationaux!*").

Ensina LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 89, deverem distinguir-se regras uniformes que dependem de chamamento conflitual e regras uniformes que estabelecem unilateralmente o próprio âmbito de aplicação, derogando as regras de conflitos gerais. Como é evidente, este segundo tipo é mais útil ao desígnio em causa, porquanto se combate a variação da respectiva aplicação por efeito de diferentes sistemas de DIP.

as normas aplicáveis<sup>678</sup>. Tal insegurança é especialmente grave no âmbito da circulação de capitais (pois o crédito depende essencialmente do grau de confiança do financiador)<sup>679</sup> e em áreas onde não há autonomia conflitual (impedindo-se a escolha das normas aplicáveis).

Com esta consciência, surge a ideia de aproximação do direito privado dos Estados-Membros, sobretudo no âmbito contratual, renascendo uma “hipótese, avançada há mais de quatro décadas, da formação de um Direito Ocidental, que congregaria os sistemas integrados nessas

---

<sup>678</sup> Já em 1972, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Os reflexos...", frisava esta consequência: "mostra a experiência que os movimentos de integração económica — pelo menos os que visam as formas mais avançadas de integração — se repercutem [...] na unificação ou harmonização de legislações em sectores com reflexo directo na actividade económico-privada no espaço integrado" (p. 7); "é fácil compreender que a criação do mercado comum [...] suscita a necessidade de uma unificação ou harmonização jurídica muito largas, em ordem a garantir o funcionamento, sem distorções graves, das leis do mercado no espaço económico integrado" (p. 14). Também neste sentido, cfr. GEORGES VAN HECKE, "Intégration Économique et Unification du Droit Privé", *De Conflictu Legum — Essays presented to KOLLEWIJN and OFFERHAUS*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 198-208, pp. 198ss; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", p. 68 ("normalmente la unión monetaria y aduanera acaban conduciendo a un Código uniforme"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 411ss, e "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 235; MARIA HELENA BRITO, "O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE e JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 305-356, pp. 309ss; MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, "Alienação...", p. 41; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 47; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS e SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, pp. 158ss; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 413-445, p. 414; ULRICH DROBNIG, "Unified Rules on Proprietary Security — in the World and in Europe", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 667-678, p. 669, e "Scope and general rules of a European Civil Code", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 489-496, p. 489; ANTONI VAQUER ALOY, "¿Armonización del Derecho Privado en Europa vs. Codificación der Derecho Civil en Cataluña?", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Civitas — Thomson, Madrid, 2003, pp. 1055-1072, p. 1055; ROY GOODE, "A Credit Law for Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, pp. 227-291, p. 251; HARRY DUINTJER TEBBENS, "Private International Law and the Single European Market: Coexistence or Cohabitation", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 49-69, p. 49; JOSÉ MARIA GONDRA ROMERO, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS e SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 275-312, pp. 275-276. Aliás, ensina FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", p. 4, que os primeiros tratados internacionais que procuraram fomentar as relações jurídicas transnacionais, no final do século XIX, escolheram precisamente este caminho. Veja-se a Convenção de Paris de 1883 sobre a tutela da propriedade industrial ou a Convenção de Berna de 1886 sobre direitos de autor.

A necessidade de harmonização e unificação das regras jurídicas é mais evidente no direito público; ainda assim, parece hoje claro que a aproximação do direito privado é factor determinante na integração, porquanto é sobre essas regras que os operadores económicos assentam as transacções em que se constrói o mercado único, principalmente quando não existe autonomia conflitual (MIGUEL ASENSIO, *cit.*, p. 415).

Também no seio de fronteiras estaduais é visível a tendência: lembra JAN SMITS, "A European Private Law as a Mixed Legal System", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, 1998, pp. 328-340, p. 329, que em Itália e na Alemanha, a unificação legislativa se deu depois da integração política e económica; igualmente, na China, vem sendo incentivada a unificação do direito dos contratos para eliminar constrangimentos legislativos na contratação comercial entre o território continental, as regiões especiais de Hong-Kong e Macau e o território de Taiwan, (cfr. JOHN MO, "Developing uniform rules for commercial contracts in Greater China: challenges and possibilities", *Uniform Law Review*, vol. 18, n.º 1, 2013, pp. 128ss, pp. 132ss).

<sup>679</sup> O que, como vimos, tem a sua expressão máxima no facto de o vocábulo *crédito* ter a sua origem no verbo latino *credere* — crer, confiar, acreditar. Assim, o facto de certas áreas terem encontrado uma mais fácil integração dever-se-á à "existencia en los ordenamientos de los diversos Estados participantes de una serie de instituciones y principios jurídico-privados en buena medida coincidentes" (PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 415; JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", p. 18). Sobre a concepção de que *direitos diferentes* são um obstáculo à integração económica e social, *vide* as considerações de HELENE GAUDEMET-TALLON, "Quel droit...", p. 319.

*famílias jurídicas*”, porventura reconstruindo na Europa o *ius commune* romano<sup>680</sup>. A este desígnio não foram indiferentes as instituições comunitárias, que indicaram decisivamente este caminho e promoveram a multiplicação de grupos de trabalho tendentes à elaboração de um Código Civil Europeu ou aproximação do direito privado europeu, mais tarde congregados na *Joint Network on European Private Law (CoPECL)*<sup>681</sup>.

---

<sup>680</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1654; VINCENT HEUZÉ, "De la compétence...", p. 393; REINHARD ZIMMERMANN, "Roman...", pp. 22-24, e "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 47, n.º 1, 1992, pp. 8-20, p. 10 (que fala na *reunificação* ou *re-europeização* em detrimento de unificação do direito privado). A tese do novo *ius commune* parte do princípio de que os problemas jurídicos são os mesmos em toda a Europa, não havendo razão para que as soluções sejam diferentes nos vários ordenamentos (cfr. BERND VON HOFFMANN, "The Europeanization...", p. 14; REINHARD ZIMMERMANN, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, p. 2).

Sobre a origem comum do direito privado europeu, *vide* RAINER SCHULZE, "Le droit privé commun européen", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n.º 1, 1995, pp. 7-32, pp. 9ss; em sentido contrário, PIERRE LEGRAND, "A Diabolical Idea", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 245-272, p. 257, e "Le primat de la culture", *Le droit privé européen*, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, Paris, 1998, pp. 1-19, p. 7, defende que o *ius commune* deve ser tratado como uma lenda mais do que propriamente como uma realidade, sustentando que o direito da *common law* sempre foi um *ius proprium* e, assim, que aquele nunca foi verdadeiramente *commune*.

<sup>681</sup> Aliás, parece ter sido esta a vontade de HALLSTEIN, primeiro presidente da Comissão, quando defendeu que "dans tout le grand espace communautaire, des faits égaux doivent être traités de manière égale, et ceci de par la loi" (neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, "Un droit commun des contrats pour le marché commun", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 1, 1998, pp. 7-28, p. 8.)

*Vide*, preconizando a elaboração de um *Código Europeu Comum de Direito Privado*, a Resolução do Parlamento Europeu sobre um esforço de harmonização do direito privado dos Estados-Membros, publicada no *Jornal Oficial* de 26 de Junho de 1989, Série C, n.º 158, p. 400 (que, segundo JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho Civil", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 129-156, p. 129, iniciou a discussão sobre a harmonização do direito civil) e a Resolução sobre a harmonização de certos sectores do direito privado dos Estados-Membros, publicada no *Jornal Oficial* de 25 de Julho de 1996, Série C, n.º 205, p. 518. Nesta sequência, o Conselho Europeu afirmou na sessão de Tampere em 15 e 16 de Outubro de 1999 ser necessário "alcançar um grau mais elevado de compatibilidade e de convergência entre os sistemas jurídicos dos Estados-Membros". Igualmente, cfr. Comunicação da Comissão Europeia sobre a aproximação do direito civil e comercial dos Estados-Membros [COM(2001)398 – C5-0471/2001 – 2001/2187(COS)] (que considerou que os entraves ao mercado interno originados pela disparidade legislativa seriam resolvidos pela "adoção a um nível comunitário de uma medida horizontal que preveja a harmonização completa das disposições do direito dos contratos"); Resolução de 2 de Setembro de 2003 sobre a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho intitulada «Maior coerência no direito europeu dos contratos — Plano de Acção», *Jornal Oficial*, Série C, n.º 76 E de 25 de Março de 2004, p. 95; Resolução de 23 de Março de 2006 sobre o direito europeu dos contratos e a revisão do acervo: o caminho a seguir, *Jornal Oficial*, Série C, n.º 292 E de 1 de Dezembro de 2006, p. 109-112; Resolução de 7 de Setembro de 2006 sobre o direito europeu dos contratos, *Jornal Oficial*, Série C, n.º 305 E de 14 de Dezembro de 2006, p. 247-248; Resolução de 12 de Dezembro de 2007, sobre o direito europeu dos contratos, *Jornal Oficial*, série C, n.º 323 E de 18 de Dezembro de 2008, p. 364-365 e Resolução de 3 de Setembro de 2008 sobre o Quadro Comum de Referência para o direito europeu dos contratos, *Jornal Oficial*, Série C, n.º 295E de 4 de Dezembro 2009, p. 31-32. Digno de nota é ainda o chamado *Programa de Estocolmo*: iniciado como Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho ["Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos" — COM(2009) 262 Final, de 10 de Junho de 2009] p. 14, conclui que "as diferenças entre as legislações dos Estados-Membros em matéria de direito dos contratos podem, com efeito, impedir os operadores económicos de tirar plenamente partido das oportunidades do mercado interno".

Para uma análise destes actos, cfr. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", pp. 59ss, "El hipotético «Código Civil Europeo»: ¿Por qué, Cómo y Cuando?", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 347-379, pp. 347ss; "El Núcleo...", pp. 227ss; ANTONI VAQUER ALOY, "¿Armonización...", pp. 1059ss; REINHARD ZIMMERMANN, "The Present State of European Private Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n.º 2, 2009, pp. 479-512, pp. 479ss e 482ss, e *Comparative...*, pp. 4ss; GUIDO ALPA, "European Community Resolutions and the

Codification of «Private Law», *European Review of Private Law*, vol. 8, n.º 2, 2000, pp. 321-332, pp. 323ss. Sobre as experiências de unificação e o trabalho dos vários grupos académicos europeus, *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código Civil para a Europa? Algumas Reflexões", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 7-33, pp. 8ss; JORGE SINDE MONTEIRO, "Um Código Civil para a Europa — Prefácio", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 17-18, p. 17, e "Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133, n.º 3918, 2001, pp. 261-278, pp. 271ss; JOÃO ANTUNES VARELA, "Code Européen des Contrats (Avant-Projet) (Pavia)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 47-51, pp. 48ss; OLE LANDO, "Teaching a European Code of Contracts", *The common law of Europe and the future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Davenport, 1992, pp. 223-237, pp. 227ss; HELMUT HEISS, "Vom EU-...", p. 135; GUILLERMO PALAO MORENO, "El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: Algunas reflexiones desde el derecho internacional privado", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. II, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, et al., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1905-1922, p. 1909; ARTHUR HARTKAMP, "The principles of European...", pp. 53ss, e "Principles of Contract Law", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 125-143, pp. 127ss; JAAP SPIER, "European Group on Tort Law", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 59-64, pp. 59ss; CHRISTIAN VON BAR, "The Study Group on a European Civil Code", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 65-78, pp. 65ss, e "From principles to codification: prospects for European Private Law", *Columbia Journal of European Law*, vol. 8, 2002, pp. 379-388, pp. 379ss; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 91ss; ULRICH DROBNIG, "Unified...", pp. 674ss; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, "Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 193-198, pp. 193ss; ENCARNA ROCA TRÍAS, "El «Study Group a European Civil Code» (Proyecto Von Bar)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 199-204, pp. 199ss; GABRIEL GARCÍA CANTERO, "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavia)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 205-215, pp. 205ss; MIQUEL MARTÍN CASALS, "El «European Group on Tort Law» y la elaboración de unos «Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil» (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Kozioł)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 217-226, pp. 217ss; ELEANOR CASHIN RITAINE, "Common Frame of Reference and Property Law: a General Introduction", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 1-19, p. 4 (que frisa a abrangência dos direitos reais sobre coisas móveis nos trabalhos destes grupos); KLAUS-HEINER LEHNE, "Perspectives of European Private Law", *ERA Forum*, n.º 2, 2002, pp. 87-88, p. 88; HECTOR MACQUEEN, "Europeanisation of Contract Law and the Proposed Common European Sales Law", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 529-558, p. 530; BRIGITTA LURGER, "The Unification of Property Law in the European Union", *Festschrift Tuğrulansay zum 75. Geburtstag*, SABIH ARKAN E YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 167-187, pp. 167-168; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, "Unification...", p. 239; ANDREA PINNA, "Drafting a Civil Code — Aims and methods", *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2001-2002, pp. 337-357, p. 338; JÜRGEN BASEDOW, "The Gradual Emergence of European Private Law", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 1-18, p. 15.

Segundo PALAO MORENO, é clara a alteração do funcionamento destes grupos de trabalho a partir de 2005, data da fundação da rede CoPECL, com patrocínio da Comissão, destinada à elaboração do *quadro comum de referência* destinado à elaboração de um *direito contratual europeu*. Nesta sequência, os dois grupos de trabalho mais activos (o *Study Group on a European Civil Code*, [coordenado por VON BAR] e o *Research Group on EC Private Law [Acquis Group]*, que deve o seu nome ao facto de se dirigir a identificar o *acquis* de unificação — as normas que espontaneamente se unificaram nos vários Estados-Membros), publicaram em 2009 uma obra de 6 volumes, coordenada por CHRISTIAN VON BAR, intitulada *Principles, definitions and model rules of European private law: Draft Common Frame Reference (DCFR)*, que DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 768, considera um sucedâneo do Código Civil Europeu. A partir daqui, propunha-se a elaboração de instrumentos jurídicos capazes de aproximar o direito privado, utilizando os princípios, terminologia e normas-tipo comuns. Com este fim, a Comissão nomeou em 26 de Abril de 2010 o *Grupo de peritos para um quadro comum de referência no domínio do direito europeu dos contratos* (Decisão da Comissão n.º 2010/233/UE), para acompanhar os trabalhos da Comissão

Embora a maioria da doutrina recuse a suficiência deste rumo (em virtude das profundas diferenças entre as ordens jurídicas nacionais<sup>682</sup>), certo é que nunca se teve por afastada a hipótese de instituição do mercado europeu de garantias reais através da uniformização das normas materiais. Com efeito, se o domínio das obrigações é aquele que recolhe as preferências das tentativas de aproximação<sup>683</sup>, as garantias vêm encontrando interesse internacional de harmonização ou unificação, mesmo além do espaço europeu, no escopo de facilitar o crédito internacional, quer no quadro das garantias pessoais quer reais<sup>684</sup>.

---

nomeadamente auxiliando “*a seleccionar as partes do PQCR [Projecto de Quadro Comum de Referência] directa ou indirectamente ligadas ao direito dos contratos e a reestruturar, rever e completar as normas seleccionadas*” — COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas* — COM(2010)/348, Bruxelas, 2010, p. 4. É aliás nesta sequência que foi apresentada a proposta de regulamento relativa ao direito europeu comum da compra e venda, como 29.º regime jurídico a acrescer aos direitos nacionais e a poder ser escolhido pelos operadores económicos. Voltaremos *infra* a esta via de aproximação dos direitos europeus, a propósito do estudo da *euro-hipoteca* enquanto instrumento afim.

Não negligenciável é ainda a actividade do chamado *Grupo de Trento* (“*The Common Core of European Private Law*”) — que ao invés de procurar a elaboração de regras ou princípios comuns, visa desenhar a *cartografia* dos institutos jurídico-privados europeus, identificando os núcleos comuns (cfr. UGO MATTEI E MAURO BUSSANI, “*Le fonds commun du droit privé européen*”, *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 29-48, pp. 30ss) — e o *European Private Law Forum* (do Instituto Universitário de Florença).

Uma análise do trabalho e do funcionamento de cada um dos grupos de trabalho é feita por KATHARINA BOELE-WOELKI, “*Unifying...*”, pp. 323ss, e STEFAN LEIBLE, “*Vías para la unificación del Derecho privado europeo*”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n.º 4, 2006, pp. 1589-1609, pp. 1601ss. A conduta da Comissão neste processo é descrita por MARTIJN HESSELINK, “*The European Commission's Action Plan: Towards a more Coherent European Contract Law*”, *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 4, 2004, pp. 397-419, pp. 397ss.

<sup>682</sup> Na verdade, a unificação “*pressupõe a existência de laços íntimos de parentesco entre os direitos a substituir por uma regulamentação única*” (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 4), o que não sucede no direito hipotecário; assim, a unificação do direito europeu em matéria de garantias imobiliárias é tida como utópica por MANUEL CASERO MEJÍAS, “*La Eurohipoteca...*”, p. 92. Esta inviabilidade não obsta a que se venha a sentir, ainda que apenas em aspectos laterais, uma certa *europização* do direito das garantias reais (cfr. DIANA WALLIS, *European...*, p. 27) e que se assista a um aumento generalizado do interesse no seu tratamento juscomparatístico (SJEF VAN ERP, “*A Comparative...*”, p. 70).

<sup>683</sup> Veja-se o estudo de REINHARD ZIMMERMANN, *Comparative...*, pp. 19ss, que encontra surpreendentes similitudes na abordagem dos institutos da *compensação* (como modo de extinção das obrigações) e da prescrição.

<sup>684</sup> No que concerne às experiências internacionais extracomunitárias, no *âmbito das garantias pessoais*, a Câmara de Comércio Internacional (associação de direito privado) foi pioneira na aprovação de um conjunto de textos uniformizadores — as *Uniform Rules for Contract Guarantees* e as *Uniform Rules for Demand Guarantees*. Esta iniciativa é sintomática da convicção dos privados de que a via da harmonização do direito material é caminho válido na instituição de um mercado transfronteiriço de garantias das obrigações, pressupondo que a criação institutos transnacionais uniformes para caucionar obrigações assumidas no comércio internacional teria por efeito a redução da incerteza ligada às relações internacionais.

As *Uniform Rules for Contract Guarantees* datam de 1978 e regulam uma garantia acessória, próxima da fiança. A submissão das partes àquela figura depende de expressa convenção. Este instrumento, estabelecendo um conjunto de regras coerente e simples, enfrentou relutância dos operadores económicos (mormente credores): ao criar uma garantia pessoal dotada da *accessoriedade*, os financiadores recusaram a sua adopção, porquanto o seu interesse no comércio internacional é combater o risco deste tipo de negócios com a viabilidade de demandar o garante, ainda que o crédito padeça de algum vício. Já as *Uniform Rules for Demand Guarantees*, criadas em 1991, constituem corpo de regras igualmente supletivas que disciplinam uma *garantia autónoma* (não depende da validade do crédito caucionado), podendo ser accionada assim que sejam entregues ao garante os documentos convencionados (*vide* CHRISTOPHER SEPPALA, *The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) in Practice*, disponível na internet via [http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala\\_0601.asp](http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala_0601.asp), consultado em 25 de Março de 2015, pp. 1ss). Todavia, por constituírem normas de aplicação supletiva (dependente da liberdade contratual das partes), a garantia enfrentou desconhecimento que impediu, na prática, que surgisse nos contratos internacionais (cfr. PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, pp. 30-32).

---

O esforço de uniformização do direito das garantias pessoais não foi assumido exclusivamente por privados. A UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) promoveu uma convenção internacional de direito privado uniforme sobre garantias autónomas — a *United Nations Convention on Independent Guarantees and Stand-By Letters of Credit*, adoptada pela Assembleia Geral da ONU em 11 de Dezembro de 1995. A Convenção é arrojada, tendo aplicação universal (isto é, substituindo as disposições internas dos Estados-Parte e sendo aplicável a todos os contratos que, por via das regras de direito internacional privado, chamem o ordenamento jurídico de um Estado Contratante — cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, pp. 48ss; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, pp. 28-34; EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 24). A Convenção surge como instrumento capaz de ultrapassar todos os problemas suscitados pelas regras desenvolvidas pela Câmara de Comércio Internacional: *por um lado*, constitui fonte de direito obrigatória; *por outro*, ao configurar direito privado uniforme (substituindo as disposições jurídicas materiais dos Estados contratantes e, assim, não fazendo depender a aplicabilidade das suas regras da escolha das partes), combate o *desconhecimento das partes*.

São estas duas características levam PEDRO PIRES FERNANDES, *cit.*, p. 35 a ver a Convenção da UNCITRAL como um sucesso na uniformização do direito das garantias. Por nossa parte, temos as mais sérias dúvidas em ver aqui um caso de êxito: se olharmos ao número de Estados que se vincularam, verificamos que a Convenção foi ratificada apenas por oito Estados (Bielorrússia, Equador, El Salvador, Gabão, Kuwait, Libéria, Panamá e Tunísia), que não constituem economias liderantes no quadro mundial nem emprestam à convenção uma aplicabilidade generalizada no comércio internacional. Cremos, por isso, que mesmo a tentativa da ONU deve agrupar-se na categoria dos projectos de uniformização que não almejam sucesso.

No *domínio das garantias reais*, foram também desenvolvidos esforços de uniformização, embora a nota genérica seja a de um maior fracasso, porventura devido à profunda disparidade dos direitos nacionais (cfr. TEEMU JUUTILAINEN, "Coherence...", p. 102). Defende-se que o processo de unificação deve começar por um estudo comparativo que identifique *aspectos comuns*, o que se vem revelando difícil (BIANCA CASSANDRA SULPASSO, "Comparazione...", p. 570).

Pela mão da UNCITRAL, assumem relevância as "*Modern Uniform Rules for Secured Financing*" e o "*Legislative Guide for Secured Transactions*", adoptado em 2007. As *Modern Rules* concretizam um projecto datado do início dos anos 80 do século passado e que pretendia a uniformização do direito material de todas garantias (pessoais e reais). O projecto foi abandonado antes de chegar ao fim, com causas não totalmente esclarecidas: RONALD CUMING, "The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny", *Making Commercial Law — Essays in Honour of Roy Goode*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 499-523, p. 499, e LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 49, explicam ter a UNCITRAL concluído que seria impossível unificar o direito das garantias, atendendo à sua raiz jurídico-real e grande disparidade dos institutos; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, pp. 37-38, atribui o fracasso a razões atinentes à natureza da ONU (o seu carácter global e muito abrangente, que colocaria em causa a aptidão pragmática de regular este tipo de problemas) e ao facto de as garantias reais se ligarem de forma especial ao território e, assim, ao ordenamento jurídico do local de situação.

Já o *Legislative Guide for Secured Transactions* é um modelo de *soft law* baseado nos regimes jurídicos norte-americano e canadiano (sobretudo art. 9.º do UCC), o que tem encontrado resistência dos países continentais europeus e dos Estados asiáticos, pelo que a unificação vem ocorrendo apenas para os países em vias de desenvolvimento (cfr. ULRICH DROBNIG, "Unified...", p. 669; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O artigo 9 do *Uniform Commercial Code* e a sua aptidão como modelo de uniformização do sistema de garantias", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 679-692, p. 690; AXEL FLESSNER, "Security Interests in Receivables — A European Perspective", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 336-349, p. 337; CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", p. 220; ANNA VENEZIANO, "Attachment...", pp. 115ss (que sublinha as diferenças dos direitos europeus como factor de resistência àquele modelo). Sobre o instituto do art. 9.º UCC *vide* ainda RONALD CUMING, "The Internationalization...", pp. 500ss, e sobre as suas relações com o *Legislative Guide*, HARRY C. SIGMAN, "Perfection and Priority of Security Rights", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER e EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 143-165, p. 145; SPIROS V. BAZINAS, "The UNCITRAL...", pp. 143ss).

O caso de maior sucesso estará na Convenção do Cabo de 2001, promovida pela UNIDROIT, relativa às garantias internacionais sobre elementos de equipamentos móveis, que reuniu consenso importante, também materializando as soluções do art. 9.º UCC, afastando a tipicidade, e criando regras de registo unificadas, bem como um sistema tabular internacional, com regras de prioridade próprias e que se sobrepõem aos registos nacionais (LUÍS MENEZES LEITÃO, "O artigo 9.º...", p. 687; RUI PINTO DUARTE, "Direito...", p. 463; IWAN DAVIES, "The New *Lex Mercatoria*: International Interests in Mobile Equipment", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 151-173, p. 152; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 70). Para uma análise profunda da Convenção *vide* ainda a obra de ROY GOODE ("The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing", *Uniform Law Review*, vol. 7, n.º 1, 2002, pp. 3-15, p. 7; "The Cape Town... (2004)", p. 757; "The International Interest as an



Aliás, no que tange aos títulos de crédito, foi o mecanismo do *direito privado uniforme* responsável pela liberalização internacional da circulação de capitais: datam do início do século XX as Leis Uniformes sobre Letras e Livranças e em matéria de Cheques<sup>685</sup>.

Aduza-se que se esta via é irrealizável se estendida a todo o direito, “*nada tem seguramente de utópico a unificação do direito privado quando limitada a empresa a determinadas matérias*”, tendo sido abertamente utilizada pelo legislador comunitário em matéria de protecção do consumidor<sup>686</sup>. Grande parte da comunidade académica vem suportando esta ideia, sublinhando todas as vantagens que daí advêm. Deve reconhecer-se, todavia, que o patrocínio pode não ser altruísta, porquanto significaria a oportunidade de a doutrina voltar a dominar as opções legislativas, nos últimos anos submetidas à classe política<sup>687</sup>.

### 1.1. A uniformização do direito hipotecário: as vantagens

Analisemos, em primeiro lugar, a hipótese mais arrojada: a *substituição das normas de fonte interna* em matéria hipotecária por regras comuns, de fonte europeia ou internacional. Mediante esta via, estabelecer-se-ia um corpo normativo único, determinando-se a sua aplicação a todas as hipotecas constituídas sobre imóveis situados no território de um

---

Autonomous Property Interest”, *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 1, 2004, pp. 18-25, pp. 18ss; “Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 539-562, p. 557; “The Cape Town Convention and Protocols and the Conflict of Laws”, *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 221-234, pp. 221ss); JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, pp. 1135ss; EVA-MARIA KIENINGER, “Introduction...”, p. 25; CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, p. 221; SJEFF VAN ERP, “The Cape Town...”, p. 96. Esta solução é estudada por ANNA VENEZIANO, *Le garanzie mobiliari non possessorie: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pp. 313ss, no que concerne à realização de uma similar iniciativa no espaço europeu.

A UNIDROIT é uma organização internacional com sede em Roma, fundada em 1926, que tem por missão o estudo dos mecanismos possíveis para harmonização e coordenação do direito privado, através de convenções internacionais de unificação (sobre a UNIDROIT, cfr. KATHARINA BOELE-WOELKI, “Unifying...”, p. 308)

<sup>685</sup> Este movimento unificador, todavia, tem origem no século XIX, sendo as Convenções de 1930 apenas o culminar neste processo. Sobre o processo, vide CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças — Paradigmas Actuais e Recompreensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 32ss. A *Lei uniforme relativa a Letras e Livranças* foi estabelecida pela Convenção de Genebra de 7 de Junho de 1930 e a *Lei Uniforme relativa aos Cheques* foi estabelecida pela Convenção de Genebra de 19 de Março de 1931, ambas aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 23 721, de 29 de Março de 1934, e ratificadas pela Carta de Confirmação e Ratificação, no suplemento do *Diário do Governo*, n.º 144, de 21 de Junho de 1934.

É conhecida a controvérsia sobre a natureza jurídica do cheque, enquanto *título de crédito* ou simples forma de pagamento definitivo. Para o que aqui nos interessa, a sua classificação é irrelevante já que sempre estará em causa um mecanismo de circulação de capitais, diferida ou imediatamente executada. Sobre aquele problema, cfr. ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, cit., pp. 95-97.

<sup>686</sup> Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 50; MARIA HELENA BRITO, “Os Contratos Bancários...”, p. 77; A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences...”, p. 350 (“*Les multiples efforts pour unifier le droit interne des États à travers les frontières ont produit des résultats notables et admirables. Ces efforts se sont concentrés surtout dans le domaine du droit commercial*”); REINHARD ZIMMERMANN, “The Present...”, p. 479 (notando ter a directiva 1999/44/CE “*precipitated the most sweeping individual reform ever to have affected the German Code of 1900*”).

<sup>687</sup> Neste sentido, THOMAS WILHELMSSON, “Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation”, *European Review of Private Law*, vol. 10, n.º 1, 2002, pp. 77-94, p. 78, e SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho...”, pp. 48-49.

Estado-Membro, quer em relações jurídicas internas, quer em situações plurilocalizadas: numa expressão, *direito privado uniforme*.

Não obstante a via do direito privado uniforme ser ideia antiga, perante a integração europeia, a tendência recebe novos argumentos.

*Em primeiro lugar*, identifica-se a certeza do direito. As relações hipotecárias internacionais perderiam os factores de insegurança inerentes à dimensão plurilocalizada, pois a sujeição de todas as hipotecas na UE ao *mesmo direito material* atribuir-lhe-ia características próprias de relações puramente internas. Seria desnecessário o recurso ao direito de conflitos, já que as regras aplicáveis seriam conhecidas de todos os operadores e almejar-se-ia plena harmonia jurídica internacional (porquanto as soluções seriam as mesmas em qualquer Estado), assegurando-se a estabilidade e previsibilidade da relação hipotecária e reduzindo-se custos de transacção<sup>688</sup>. Aliás, a opção decorreria dos esforços de unificação do direito de obrigações, já que a forte conexão de matérias implicaria unificação, mesmo parcial, deste ramo jurídico: “¿De qué serviría regular la compraventa si no se expresa también el régimen de transmisión de la propiedad sobre los bienes adquiridos”<sup>689</sup>?

---

<sup>688</sup> Na verdade, é sabido que a determinação da lei aplicável pelo método conflitual implica frequentemente um foco de incerteza: “em tantos e tantos casos, as partes ou se vêem a braços com graves dificuldades para determinar a lei a que a sua relação ficará sujeita, ou não terão mesmo a possibilidade de individualizar de modo seguro essa lei” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 77); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado”, *O Direito*, Ano 139.º, n.º II, 2007, pp. 255-281, p. 262, que lembra que “a necessidade de determinar o Direito aplicável suscita dificuldades e incertezas”; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 164, falam na “garantía óptima de la continuidad de las relaciones jurídicas a través de espacios supraestatales”; DÁRIO MOURA VICENTE, “Perspectivas...”, p. 1666, recorda a “certeza do Direito e a segurança das transacções internacionais, proporcionadas pela aplicabilidade a estas de regras uniformes ou pelo menos harmonizadas”; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Sur une proposition italienne d’élaboration de d’un Code européen des contrats”, *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 159-166, p. 160, sublinha que a vigência de direito uniforme conduziria ao desaparecimento do DIP conflitual, com inerentes vantagens de segurança jurídica; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 151, lembram ser esta a “élimination la plus radicale du conflit de lois”; ESTHER MUNÍZ ESPADA, *Bases...*, p. 116, refere que a unificação “puede representar lo óptimo desde el punto de vista de la seguridad del Derecho”; LUÍS MENEZES LEITÃO, “O artigo 9...”, p. 684, lembra que “a internacionalização da economia tornou premente a necessidade de instituição de garantias com eficácia transnacional”; DENIS TALLON, “Vers un Droit Européen du Contrat?”, *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp. 485-494, p. 487, defende que a unificação substantiva supera mera unificação conflitual porque “il évite en effet la recherche du contenu de la loi applicable”; GERARDO BROGGINI, “Le garanzie...”, p. 344 (que considera que a via clássica (conflitual) implica “una rinuncia mortificante a risolvere adeguatamente” as situações internacionais); SILVIA FERRERI, “Unificazione, uniformazione”, *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Vol. XIX, UTET, Torino, 2004, pp. 504-514, p. 510; GIUSEPPE GANDOLFI, “Pour un code européen des contrats”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 91, n.º 4, 1992, pp. 707-736, pp. 710ss; ANDREA PINNA, “Drafting...”, p. 342.

Com efeito, é a incerteza do direito aplicável o principal factor de aumento dos custos das transacções internacionais (FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 11-39, p. 21). Segundo WALTER VAN GERVEN, “Codifying European private law? Yes, if...!”, *European Law Review*, vol. 27, n.º 2, 2002, pp. 156-176, p. 163, aliás, os custos de transacção não derivam da disparidade legislativa mas das antinomias e inconsistências existentes entre sistemas diferentes.

<sup>689</sup> SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “El hipotético...”, p. 353, e “Un Derecho...”, pp. 76ss. O Autor reconhece, porém, que a regulação uniforme dos direitos reais sobre imóveis deve relegar-se para uma segunda fase (p. 354) e que certos direitos não carecem de harmonização (a enfiteuse, o direito de superfície, as servidões ou a

Ademais, a unificação europeia implicaria, provavelmente, aplicabilidade ampliada de tais normas, porquanto constituiriam *normas de aplicação necessária* dos Estados europeus onde a coisa hipotecada se situasse, gerando-se situação muito próxima da que encontra a constituição de hipoteca no plano nacional, sendo expectável que o volume de crédito hipotecário interno encontrasse correspondência no quadro transnacional<sup>690</sup>.

Em *segundo lugar*, a uniformização do direito material é normalmente apontada como mecanismo mais eficaz de integração económica e de realização do mercado único porquanto, à luz da análise económica do direito, é adequada à redução dos custos das transacções internacionais<sup>691</sup>. Não só geraria verdadeira concorrência entre os operadores económicos (por colocar todos os agentes sob as mesmas regras, criando perfeita *igualdade de condições* que é favorável à realização do mercado único) como se minorariam os custos inerentes à *informação do direito estrangeiro aplicável* ou de assessoria jurídica em vários Estados (visando conhecimento aprofundado dos vários sistemas envolvidos).

No fundo, materializar-se-ia o princípio de eficiência económica pelo qual a um *mercado único* deve corresponder *um só direito*, já que as diferenças legislativas equivalem a uma

---

propriedade horizontal) porquanto reduzida vantagem se retira para a construção do mercado único. No mesmo sentido, ULRICH DROBNIG, "Transfer...", p. 704 (que defende a unificação europeia do sistema de atribuição e transmissão dos direitos reais); BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 482; ARTHUR HARTKAMP, "Principles of Contract...", p. 143 (que sustenta ser a harmonização das garantias um complemento lógico do processo de europeização do direito dos contratos); YVON LOUSSOUARN E JEAN-DENIS BREDIN, *Droit du Commerce...*, p. 10 (embora no estrito domínio do comércio internacional). A isto acresce que, se o direito das obrigações conhece grande número de normas supletivas, o direito hipotecário é perpetrado por grande imperatividade (*vide supra* pp. 121ss), sendo as regras impositivas aquelas cuja harmonização ou unificação pode permitir as vantagens normalmente indicadas (QI ZHOU, "Harmonisation of European Contract Law — Default and Mandatory Rules", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 505-528, pp. 515ss e 528).

<sup>690</sup> Ensina MARC FALLON, "Les conflits...", p. 214, que "*l'harmonisation des législations trouve sa raison d'être dans une réduction des entraves compatibles avec le Traité. Or, la plupart de celles-ci sont probablement de ces règles qui, en droit international privé, reçoivent la qualification de lois de police*", e JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, "Exploring...", p. 84, que "*centralisation reduces transaction cost of private operators, hopefully have to familiarise themselves with one set of regulations*". É por esta razão que ULRICH DROBNIG, "Scope...", p. 489, sustenta que "*The desirable uniformity of international and European private law should be actively promoted by the competent European institutions*".

Sobre os problemas de imperatividade do direito uniforme, *vide* SERGIO MARIA CARBONE E RICCARDO LUZZATTO, "Contratti Internazionali, Autonomia Privata e Diritto Materiale Uniforme", *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 7.4, 1993, pp. 755-789, pp. 759ss.

<sup>691</sup> A *análise económica do direito* pressupõe de que o comportamento do legislador gera consequências na economia, devendo por isso agir no sentido da redução dos custos das transacções (os que podem precluir a celebração de negócios jurídicos). Procura a "*solução dos problemas jurídicos fundamentalmente a partir da «eficiência de alocação» de recursos, submetendo esses problemas e soluções a uma análise económica, de bem estar, de acordo com os cânones da escola do marginalismo*" (cfr. PAULO DA MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 45; UGO MATTEI, "A transaction costs approach to the European Code", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 537-540, p. 537). No que concerne aos direitos reais imobiliários, centra o seu estudo em três domínios: os custos de informação relativos à condição jurídica do prédio, os custos do contrato, e os custos necessários a evitar intrusão ou interferência de terceiros (LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "A comparative...", p. 204). Uma análise e tentativa de contabilização dos custos derivados da diversidade legislativa é operada por HELMUT WAGNER, "Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty — The Example of the European Union", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 25-51, pp. 30ss.

barreira comercial. Argumenta-se, aliás, que a necessidade de suportar os custos a elas inerentes é, ela própria, geradora de distorções de concorrência: *por um lado*, porquanto só as grandes empresas estão em condições de os enfrentar, negando-se o acesso às transacções transnacionais aos pequenos operadores; *por outro*, qualquer que seja a lei escolhida, os operadores económicos do Estado cuja lei se aplicará estarão sempre em vantagem face aos demais. Ademais, o domínio dos direitos reais, enquanto definidor dos direitos sobre os bens e da possibilidade de os transaccionar, é eleito como ramo jurídico onde a unificação é essencial, de modo a concretizar a *natureza inclusiva* do direito comunitário por regular uniformemente a vida jurídica de uma sociedade<sup>692</sup>.

---

<sup>692</sup> O argumento é avançado por JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", pp. 10 e 16; OLE LANDO, "Principles of European Contract Law — An Alternative or a Precursor of European Legislation", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 56, n.º 2, 1992, pp. 261-273, p. 263, e "Teaching...", p. 223; LUÍS MENEZES LEITÃO, "Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, n.º I, 2000, pp. 49-71, p. 51; GUIDO ALPA, "European...", p. 327 ("the diverse treatment of legal relations in private law in different countries is a considerable economic cost, an obstacle, a complication, which obstructs and makes quite difficult the implementation of the single market"); JAN SMITS, "A European...", p. 328 ("if a proper internal European market is to be created, a uniform private law is a prerequisite"); o Professor sustenta, porém, que a unificação se não obterá através de intervenção legislativa substantiva mas mediante *admissibilidade de opção das leis aplicáveis*, altura em que o *mercado de legislações* escolherá as melhores regras, para onde tenderão todos os legisladores [pp. 338ss]; STEFAN LEIBLE, "Vias para...", p. 1598; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 116; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", p. 67, e "El hipotético...", p. 357; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, "La Unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 107-127, p. 108; ROY GOODE, "A Credit...", p. 252; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 111-112 (que lembra a vantagem de manter uma política regulatória firme sem com isso implicar obstáculos às transacções); GERRIT BETLEM E EWOUÐ HONDIUS, "European Private Law after the Treaty of Amsterdam", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 1, 2001, pp. 3-20, p. 18; HUGH BEALE, "The «Europeanisation» of Contract Law", *Exploring the Boundaries of Contract*, ROGER HALSON, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 23-47, p. 23; HARALD KOCH, "Private International Law: A 'Soft' Alternative to the Harmonisation of Private Law?", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 329-342, p. 331; UGO MATTEI, "A transaction...", p. 538; DENIS TALLON, "Vers...", p. 490; JÖRN PIPKORN, "Les méthodes de rapprochement des législations à l'intérieur de la CEE", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larquier, Bruxelles, 1981, pp. 13-47, p. 16ss; COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW E STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, "Communication on European Contract Law", *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2002, pp. 133-199, pp. 150 e 165; ANDREA PINNA, "Drafting...", p. 341; JOEL TRACHTMAN, "International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction", *Harvard International Law Journal*, vol. 34, n.º 1, 1993, pp. 47-104, p. 67; QI ZHOU, "Harmonisation...", pp. 509ss; CLAUDIUS DIETER EHLERMANN, "Compétition entre systèmes réglementaires", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 387, 1995, pp. 220-227, pp. 221-223. O mesmo subjaz às palavras de ANTONIO SAGGIO, "Diritto...", p. 216, e terá fundado a unificação dos direitos inglês e escocês da compra e venda, em 1894 (HECTOR MACQUEEN, "Europeanisation...", p. 544).

Uma súmula destes argumentos é feita por DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1667, e "Um Código...", p. 9; HUGH COLLINS, "European Private Law and the Cultural Identity of States", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 353-365, p. 353, e ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 557, que expõem o raciocínio, rejeitando contudo a sua validade.

A expressão "*direito inclusivo*" é de RUI MOURA RAMOS, "Direito Internacional Privado e Direito...", p. 146, que sublinha assim a tradicionalmente apontada oposição na natureza do DIP e do direito da União Europeia.

Apenas um sublinhado: se esta ideia era a tradicional apologia da *análise económica do direito*, a verdade é que mais recentemente esta tendência vem advogando a persistência de diversidade legislativa e admissão de *concorrência regulatória* entre os vários legisladores (cfr. HORATIA MUIR WATT, "Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: a matter of political economy", *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, 2003, pp. 383-409, p. 390, e SMITS, *cit.* p. 328). Sobre este assunto nos pronunciaremos *infra* com maior pormenor.

Este argumento da *igualdade dos operadores económicos* costuma ser rejeitado para justificar a unificação do *direito dos contratos* com base *quer* na possibilidade de *escolha de lei* (que permite aos operadores económicos a opção sobre as condições legais aplicáveis e, assim, suprime quaisquer desvantagens da disparidade legislativa em sede de regras imperativas), *quer* na existência de normas dispositivas, livremente afastáveis por vontade das partes<sup>693</sup>. O mesmo raciocínio não vale em matéria hipotecária, já que a aplicação da *lex rei sitae* é determinada em todos os países e a regulação é perpetrada por normas de tipo cogente.

*Em terceiro lugar*, identifica-se a simplicidade do método. A via da regulação material com unificação das normas (que serão, por isso, aplicáveis também às situações jurídicas internas) é, do ponto de vista da estabilidade, *preferível* à geração de normas de direito internacional privado material (cuja aplicação está limitada às situações jurídicas internacionais): não apenas prescinde da mobilização do sistema conflitual como elimina a delicada distinção entre relações jurídicas internas e internacionais. A suportar esta ideia surge o argumento histórico (o direito europeu era inicialmente comum e está ultrapassado o movimento codificador nacionalista que gerou a disparidade) e o raciocínio da *insuficiência do direito internacional privado conflitual*, “mal necessário” que desaparecerá na eventualidade de uma unificação legislativa (indicando-se a aplicação de lei estrangeira *in foro* como necessariamente geradora de erros e custos)<sup>694</sup>.

---

<sup>693</sup> Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", p. 10; JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 12; HORATIA MUIR WATT ("The Challenge...", p. 199; "Aspects économiques du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 307, 2004, pp. 25-383, p. 82; "L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres", *Études offertes à Jacques Béguin — Droit et actualité*, LITEC, Paris, 2005, pp. 545-565, p. 562); CHRISTIAN KOHLER, "La Cour...", p. 75; JAN-JAAP KUIPERS, "Bridging the Gap — The Impact of the EU on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 3, 2012, pp. 562-596, p. 592; STEFAN GRUNDMANN, "The Structure of European Contract Law", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 4, 2001, pp. 505-528, pp. 513-514; STEFAN LEIBL, "Vías para...", p. 1593 ("el Derecho dispositivo no es en un principio ningún impedimento para una adecuada libertad de circulación; el Derecho imperativo será un límite solamente en aquellos casos en que no sea posible elegir la legislación aplicable"); PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, n.º 1, 1998, pp. 1-37, p. 6; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-droit international privé", *Festschrift für Erik Jayme*, Vol. I, Sellier — European Law Publishers, München, 2004, pp. 263-275, p. 268; BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, "Harmonization in the Field of Insurance Law through the Introduction of Community Rules of Conflict", *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 4, 1992, pp. 775-797, p. 777. Com argumentos similares, no Acórdão TJCE de 24 de Janeiro de 1991, *Alstom Atlantique*, proc. C-339/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-107ss, n.º 15, entendeu o Juiz comunitário não existir obstáculo à integração económica pela disparidade do direito dos contratos pelo simples facto de ser livre às partes a escolha da lei aplicável.

<sup>694</sup> Neste sentido, OLE LANDO, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?", *Uniform Law Review*, vol. 8, n.º 1-2, 2003, pp. 123-133, pp. 125-127; YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 292; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", p. 69; LARRY A. DIMATTEO, "Harmonization of International Sales Law", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 559-579, p. 575; KLAUS-HEINER LEHNE, "Perspectives...", p. 87 ("International private law is no longer the appropriate instrument for the European internal market"); JEAN-BAPTISTE RACINE, "Pourquoi...", p. 72; DIMITRI DE RADA, "Codice Civile Europeo: tra necessità e rilievi critici", *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*, vol. CXI, n.º 2, 2013,

*Por fim*, atente-se que a União Europeia está numa posição privilegiada para o fazer: se a *técnica* clássica de uniformização é a convenção internacional, as autoridades comunitárias gozam do poder de adoptar *regulamentos*, actos gerais, obrigatórios em todos os seus elementos e dotados de aplicabilidade directa, que obviam todas as desvantagens da unificação convencional (atrasos na ratificação, a formulação de reservas, etc.). As instituições regulariam de forma verdadeiramente uniforme a disciplina jurídica<sup>695</sup>.

Como se percebe, todos os argumentos se estruturam numa ideia de insuficiência do direito de conflitos ao objectivo da integração: sustenta-se que, ainda que o DIP funcione eficazmente e conduza à aplicação de uma lei nacional reconhecida em toda a UE, a diferença entre sistemas nacionais prejudicará a concorrência entre operadores económicos; o resultado será uma lei pensada para as transacções internas e, por isso, desadequada a uma realidade internacional; a opção entre direitos nacionais implica necessariamente custos de informação e dificuldades de prova do direito estrangeiro (com o risco de recondução à *lex fori*), mesmo quando se admite a escolha da lei aplicável. No fundo, parte-se do pressuposto que a *política de direito internacional privado* da União Europeia deve afastar-se do método conflitual e dirigir-se à neutralização das diferenças legislativas (porventura complementando eventuais disparidades remanescentes recorrendo ao princípio do país de origem, que se tornaria o cânone fundamental em matéria de conflito de leis)<sup>696</sup>.

## 1.2. A harmonização do direito hipotecário.

A harmonização, menos ambiciosa, pode ser mais eficaz, constituindo aliás a via mais relevante de *europização do direito privado*: tem sido utilizada como mecanismo adequado a dissipar as distinções mais profundas entre as leis dos Estados-Membros em várias áreas do direito privado — porventura aquelas onde a harmonização poderia ser *mínima e imprescindível* aos objectivos de integração (contratos de agência, cláusulas abusivas nos contratos de adesão, direito real de habitação periódica e crédito ao consumo). No fundo, não eliminando totalmente as diferenças entre as leis envolvidas, poderia intervir-se no âmago do direito

---

pp. 323-369, p. 336; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 156. Sem subscrever esta via de intervenção, o argumento é elencado por GERHARD WAGNER, "The virtues of Diversity in European Private Law", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 1-24, p. 3; COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW E STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, "Communication...", p. 169.

<sup>695</sup> PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 418.

<sup>696</sup> *Infra* pronunciar-nos-emos sobre o conteúdo e natureza do princípio do país de origem e sua influência no direito internacional privado. Sufragando este ponto de vista, *vide* OLE LANDO, "Principles of European Contract Law and UNIDROIT...", pp. 125-126. Expondo este entendimento, sem o subscrever, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto...", p. 57; CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 87; KLAUS-HEINER LEHNE, "Perspectives...", p. 87.

hipotecário, estabelecendo regras uniformes restritas aos seus vectores principais. Esta ideia foi considerada e analisada no *Livro Verde sobre Crédito Hipotecário na UE* em 2005, embora exclusivamente quanto aos aspectos de tutela do consumidor ou relativos à contratação do crédito, sem influenciar as regras jurídico-reais da garantia imobiliária<sup>697</sup>.

Como técnica legislativa, assume preponderância a *directiva* (que permite estabelecer unidade nos vectores cruciais de certo instituto jurídico, admitindo no entanto a sua modelação às especificidades nacionais) embora possa também utilizar-se o caminho das *leis modelo* ou *princípios comuns* (corpos normativos propostos aos Estados para que, com flexibilidade, tomem as soluções aí contidas e se produzam do ponto de vista pragmático os efeitos de aproximação dos direitos internos dos Estados-Membros). Em qualquer dos métodos, a ideia tem sempre subjacente a mediação do direito conflitual, embora com resultados menos díspares. Isto é, mantendo o funcionamento actual do sistema (pois a harmonização não substitui a via clássica de regulação das situações privadas internacionais), os resultados do chamamento de uma lei desconhecida do credor nunca lhe trariam uma incomportável insegurança, já que os aspectos principais do regime, qualquer que fosse a lei europeia aplicável, não se distanciariam grandemente da sua expectativa<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15, e ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ALFONSO YBARRA BORES, "La armonización...", pp. 134ss. Quanto às directivas de harmonização do direito privado, JAN SMITS, "Diversity of Contract Law and the European Internal Market", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 153-186, pp. 158ss.

<sup>698</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 89 ("A harmonização em nada vem alterar o normal funcionamento do sistema do Direito de Conflitos, uma vez que não elimina as diferenças dos ordenamentos em presença, limitando-se a atenuar estas diferenças mediante uma aproximação das normas de fonte interna que neles vigorem"); DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1655; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 77-89, p. 77; ARTHUR HARTKAMP, "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review*, vol. 8, n.º 1/2, 2003, pp. 81-89, p. 81 (que chama a atenção para o facto de a uniformização não ser necessária e a harmonização francamente desejável). Por esta razão, lembra ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten...", p. 468, que a vontade da CEE e da UNCITRAL era a de proceder a uma harmonização conjunta de disposições materiais e de regras de conflitos no domínio das garantias mobiliárias.

Repare-se, como melhor veremos *infra*, que a manutenção do funcionamento do sistema conflitual não constitui traço distintivo face à *uniformização* do direito material, porquanto o direito privado uniforme acaba por nunca prescindir do DIP (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 163). Ainda assim, não pode negar-se que "substantive law harmonization reduces the scope of the conflict of laws. [...] It is clear, however, that since there are practical limits to what can be harmonized, private international law will remain of considerable importance in the resolution of cross-border disputes for the foreseeable future" (ROY GOODE, "Rule...", p. 541).

Sobre as *directivas* enquanto método mais comum de harmonização, cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 10, e "EC Regulations in European Private Law", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, JÜRGEN BASEDOW, et al., T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 17-31, pp. 17-18; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 417; ESTHER MUÑOZ ESPADA, *Bases...*, p. 87; PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, "EC Directives...", pp. 80-81; ARTHUR HARTKAMP, "Modernisation...", p. 81; GERRIT BETLEM E EWOUUD HONDIUS, "European...", p. 7; HARRY DUINTJER TEBBENS, "Private...", pp. 49ss; NURIA BOUZA VIDAL, "Modalidades...", p. 556; ANDREA PINNA, "Drafting...", pp. 345ss; JEAN-BAPTISTE RACINE, "Pourquoi...", p. 68. Como melhor veremos *infra*, a competência comunitária de harmonização não é absoluta, estando restrita aos domínios das liberdades fundamentais e das políticas comunitárias. Aliás, nota ELENA

A experiência mostra que a harmonização tem efeitos positivos na liberalização do comércio, pois gera alguma previsibilidade de soluções e reduz os riscos das transacções internacionais, ao assegurar aos operadores económicos que os aspectos centrais da regulação não são diferentes em nenhuma das leis conectadas com a situação internacional<sup>699</sup>.

Deve reconhecer-se, aliás, que a harmonização no direito privado foi já operada pela União Europeia em aspectos laterais às transacções que redundam no crédito hipotecário. O melhor exemplo encontra-se na directiva relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação (que a Comissão insere no esforço de integração do mercado de crédito hipotecário), mas são vários os actos normativos que aproximam os direitos nacionais em tópicos próximos do crédito hipotecário. Ademais, são conhecidos esforços de vários grupos de trabalho no sentido da harmonização do direito civil dos Estados-Membros<sup>700</sup>.

No problema de que aqui tratamos, o esforço de harmonização só se revelará útil se aproximar os aspectos das garantias nacionais cuja disparidade constitui um obstáculo à

---

SÁNCHEZ JORDÁN, "La Eurohipoteca", p. 4277, e "Garantías...", p. 987, que os direitos reais parecem ser o domínio onde menos se tem estudado a harmonização, em contraste com o demais direito privado.

Mesmo no quadro das *directivas de harmonização*, há um catálogo de técnicas ao dispor das instituições (cfr. DANIEL VIGNES, "Le Rapprochement...", pp. 345ss; PIET JAN SLOT, "Harmonisation", *European Law Review*, vol. 21, n.º 5, 1996, pp. 378-387, pp. 382ss; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 321): harmonização *total* ou *opcional* (esta é aquela em que, não obstante a adopção de regras harmonizadas, o acto comunitário autoriza a manutenção da vigência das regras nacionais por um período transitório); *completa* ou *parcial* (consoante subsistam domínios não cobertos pela harmonização legislativa); *progressiva* (quando a União estabelece um plano de harmonização por etapas) ou *mínima* (quando estabelece patamares de regulação que admitem a derrogação no sentido mais restrito). Para uma análise global, fora de espaços economicamente integrados, das técnicas e métodos de harmonização, *vide* LOUKAS MISTELIS, "Is Harmonisation a Necessary Evil? — The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law", *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, IAN F. FLETCHER, LOUKAS MISTELIS E MARISE CREMONA, Sweet and Maxwell, Londres, 2001, pp. 3-27, pp. 9ss.

Atente-se que se costuma incluir *um outro método de harmonização*: a adopção de um 29.º regime jurídico opcional, para vigorar ao lado das leis nacionais (cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as opções...*, p. 9). Como este mecanismo constitui a mais conhecida proposta de solução do nosso problema (a instituição da *euro-hipoteca*), analisaremos autonomamente a respectiva natureza *infra* (pp. 385ss).

<sup>699</sup> Neste sentido, PEDRO MIGUEL ASENSIO, "El Derecho Internacional Privado ante la Globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 37-87, p. 46.

<sup>700</sup> Quanto à harmonização europeia em domínios próximos da hipoteca, cfr. BRAM AKKERMANS, "Property Law in European...", p. 38, e GERRIT BETLEM E EWOUT HONDIUS, "European...", p. 6. Referimo-nos à *Directiva do Crédito Hipotecário* — Directiva 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014, relativa aos contratos de crédito para imóveis de habitação. Atente-se que o acto não se liga ao nosso problema, porquanto não visa o fomento do crédito hipotecário transnacional mas o reforço da confiança do mercado no crédito hipotecário, *especialmente no que concerne aos contratos celebrados por consumidores*. Nessa medida, apenas se determina a harmonização de normas relativas ao *contrato de crédito* (e não à hipoteca), que sempre estarão sujeitas ao *estatuto negocial*: aproximação das regras relativas ao período de reflexão do devedor, à informação prestada pelo banco e às modalidades de amortização do capital em dívida, matérias incluídas no estatuto contratual (cfr. GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", pp. 53ss). Claro que, como bem indica o Considerando 2 da directiva, a existência de regras mais transparentes dos contratos de financiamento constitui um factor de promoção da sua internacionalização.

Quanto aos demais actos, atente-se, por exemplo, na Directiva *time-sharing* (Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009), que produz inevitavelmente efeitos sobre a posição jurídica do adquirente de um direito de habitação periódica. A aproximação destes regimes permite a um credor hipotecário diminuir os receios sobre o valor da coisa sobre que incida um direito de *time-sharing*. No que concerne aos grupos de trabalho, *vide* a análise de HELMUT HEISS, "Vom EU-...", p. 125.



constituição de relações jurídicas internacionais. Isto é, os vectores a harmonizar serão justamente aqueles onde as diferenças entre as figuras nacionais são mais vincadas, gerando por isso particular incerteza nos operadores económicos. Designadamente, a harmonização teria de impor uma posição quanto à acessoriedade ou independência da garantia (a hipoteca extingue-se ou não pelo desaparecimento do crédito que garantia?) ou quanto à viabilidade do pacto comissório, enquanto aspectos fracturantes que, mantendo-se distantes, sempre travarão a criação de crédito hipotecário transnacional<sup>701</sup>.

A favor desta via de intervenção deve recordar-se ter sido o caminho eleito no domínio das garantias financeiras, onde a intervenção comunitária assentou em dois pilares: *por um lado*, foi seguida uma abordagem conflitual (que analisaremos *infra*) de determinação da lei aplicável; *por outro*, previu-se a *harmonização do direito material* através da “*europização dos conceitos, simplificação de formalidades aplicáveis aos contratos de garantias financeiras [...] e a generalizada «imunização» dos acordos de garantia financeira face a certas regras nacionais aplicáveis em matéria de insolvência*”, o que corresponde aos esforços de harmonização internacional por parte da UNCITRAL e das Convenções UNIDROIT<sup>702</sup>. Também no domínio das garantias reais sobre móveis a harmonização geraria vantagens, porquanto se evitariam problemas graves de invalidação ou enfraquecimento da posição jurídica dos credores quando a coisa onerada cruza uma fronteira<sup>703</sup>.

### **1.3. Imprestabilidade da unificação ou harmonização do direito hipotecário.**

Depois de explicitados os aspectos positivos da via da unificação do direito, importa desde já avançar que a maioria da doutrina tem sido unânime quanto à imprestabilidade do direito uniforme como forma de potenciação do crédito hipotecário internacional. Surgem obstáculos intransponíveis à uniformização e um desencanto generalizado pela harmonização do direito privado no quadro europeu, sobretudo em face da sua dificuldade política e ineficácia. Ademais, não cremos que a *uniformização do direito* supere, do ponto de vista da

---

<sup>701</sup> Neste sentido, e sufragando esta via de actuação na criação do mercado europeu de crédito hipotecário, DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration...*, p. 371.

<sup>702</sup> A citação é de DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 13. Sobre o esforço internacional, cfr. IWAN DAVIES, "The New...", p. 151. Lembre-se a aproximação para *todas as garantias reais* que a UNCITRAL no seu *legislative guide for secure transactions*, baseado no art. 9 UCC (cfr. o que dissemos *supra*, nota 684 e bibliografia aí indicada).

<sup>703</sup> Sobre este problema nos pronunciaremos *infra*, pp. 511ss, a propósito da indicação das insuficiências do sistema conflitual tradicional nas garantias mobiliárias. Sobre a harmonização jurídico-real nestes termos, *vide* JÜRGEN BASEDOW, "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, n.º 3/4, 2000, pp. 445-492, p. 475.

eficiência, o método clássico de regulação das situações internacionais, mormente quando se admite a escolha da lei aplicável<sup>704</sup>.

### *1.3.1. A impraticabilidade e as desvantagens da unificação.*

A solução do nosso problema através da uniformização do direito hipotecário nos Estados-Membros está votada ao insucesso. Desde logo, não deve olvidar-se que a unificação do direito material só é verdadeiramente uma opção quando os regimes jurídico-materiais vigentes nos sistemas jurídicos a unificar não são muito distantes, o que não se verifica no quadro do direito hipotecário, como demonstrámos *supra*, sendo sintomático que os instrumentos internacionais de unificação do direito material deixem de fora os aspectos reais, cometidos exclusivamente à regulação nacional<sup>705</sup>.

Multiplicam-se as razões que fundam a impossibilidade ou ineficácia desta via, aconselhando o abandono desta proposta.

#### **1.3.1.1. A insuficiência da unificação do direito hipotecário**

Neste primeiro ponto queremos demonstrar que, *ainda que a uniformização fosse possível e realizada*, não constituiria solução capaz de, por si só, apagar todos os obstáculos que identificámos, carecendo necessariamente de *outras medidas* que a acompanhassem. Isto é, o modelo da unificação, mesmo que fosse realizável, *não bastaria* como resposta ao problema.

Uma das características da hipoteca que contribui para a sua rara utilização internacional é a ligação a vários ramos do direito (registal, falimentar e executivo). Nessa medida, a *unificação do direito hipotecário* (mesmo que possível) não gera a segurança que se antecipava: a uniformidade das regras relativas aos poderes do credor ou à sua prioridade não o tranquilizam se desconhecer a protecção registal que lhe é atribuída, as faculdades dos demais credores em processo de insolvência ou o modo como pode promover a execução

---

<sup>704</sup> Neste sentido, cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Lex Mercatoria e diritto internazionale privato dei contratti: una prospettiva economica", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 55-74, p. 55. Sobre o desencanto da unificação, cfr. ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 554 ("Estamos bem longe dos ambiciosos sonhos de criação de Código Europeu Comum de Direito Privado") e MATHIAS HABERSACK, "Die Akzessorietät...", p. 858.

<sup>705</sup> Cfr. BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 511. Assim, a Convenção das Nações Unidas (Viena de 1980) sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias exclui expressamente os aspectos reais do contrato (art. 4.º). Defendendo que a unificação só é viável quando as ordens jurídicas contêm regras próximas, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 4 ("pressupõe a existência de laços íntimos de parentesco entre os direitos a substituir por uma regulamentação única"); MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 92; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 45 (que sustentam, mesmo no domínio contratual, haver uma "imposibilidad de llevar a cabo una unificación de la normativa material que regula los contratos internacionales, pues las diferencias entre los ordenamientos de los Estados comunitarios en materia contractual eran — y son — excesivas").

(*ser-lhe-ão oponíveis invalidades anteriores que afectem a posição do seu dante causa? Poderão outros credores impedir a venda da coisa hipotecada e aprovar um plano de recuperação da empresa?*)<sup>706</sup>.

Por outro lado, e ainda que se unificasse plenamente o direito hipotecário, executivo, falimentar e registal, tal seria sempre insuficiente: a unificação em matérias sectoriais é, por natureza, incompleta, carecendo necessariamente de um ordenamento jurídico subsidiário (como demonstra, aliás, a jurisprudência comunitária em matéria de estatuto dos seus funcionários ou dos contratos concluídos pela União). Isto é, porque a unificação nunca seria de *todo o direito material* (restringindo-se a certos domínios ou certas matérias), a influência dos *institutos não unificados* nas relações jurídicas constituídas ao abrigo do direito uniforme não é negligenciável: pense-se na capacidade ou na prescrição que, colocados de fora da regulação homogénea, podem gerar soluções díspares consoante o local onde o problema se coloque. Isto é, *não se substitui o direito de conflitos*, que sempre teria de intervir e sempre provocaria os efeitos que se identificaram como *nefastos*<sup>707</sup>.

Por fim, é muito duvidoso que as demais dificuldades identificadas não continuassem a impedir a geração de transacções hipotecárias transnacionais, ainda que sempre sujeitas *ao mesmo direito*. Referimo-nos às apelidadas *barreiras psicológicas* como a diversidade linguística, as

---

<sup>706</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 91 ("Además de otros obstáculos, el principal deriva de la variedad de normas que inciden sobre el crédito hipotecario (fundamentalmente de Derecho civil, hipotecario, concursal y procesal), lo que dificulta enormemente un simple intento de aproximación jurídica"); THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179; HUGH COLLINS, "European Private...", p. 356; STEVEN BARTELS, "An Abstract...", p. 59 (que, referindo-se à unificação do sistema de aquisição de direitos reais, adverte que "a uniform rule in a codification, applicable everywhere, will not lead to uniformity"); HEIN KÖTZ, "A common private law for Europe: perspectives for the reform of European legal education", *The common law of Europe and the future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Davenport, 1992, pp. 31-41, p. 31 ("Such a fragmentary approach to the unification of law [...] raises considerable problems. One problem is that in this increasingly complicated patchwork the unified rules often overlap with each other and increasingly clash with the non-unified rules of national law"). É este, no fundo, o principal argumento dos Autores que contestam a suficiência da *lex mercatoria* como mecanismo apto a substituir os direitos nacionais no que concerne aos contratos internacionais — JÜRGEN BASEDOW, "Lex Mercatoria...", p. 59.

<sup>707</sup> HENRI BATIFFOL, "L'état...", p. 17; GIORGIO BADIALI, "Le droit international privé des Communautés Européennes", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1985-II, Tomo 191, 1985, pp. 9-182, p. 25 (que explica ser este um dos problemas que se coloca sempre que a União procura solucionar o pluralismo legislativo através da regulação directa); JAN VON HEIN, "Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 463-508, p. 471 ("Even in areas where a unification of substantive laws is desirable and feasible, the enlightened view today is that a need for conflict rules will remain because of the incompleteness of sectorally and/or regionally limited endeavours"); BASIL S. MARKENSINIS, "Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unit?", *European Review of Private Law*, vol. 5, 1997, pp. 519-524, p. 520 (que sustenta que uma boa operação de unificação depende da abrangência de *todo o direito privado*, pelo que uma unificação parcial é sempre insuficiente e imperfeita); DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1679; MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 751; LARRY A. DIMATTEO, "Harmonization...", p. 561, e JAN SMITS, "Diversity...", p. 161 (estes dois Autores usam o exemplo da insuficiência de unificação operada pela Convenção de Viena de 1980, que deixa de fora não apenas a capacidade como a responsabilidade do vendedor por danos pessoais); JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Do Euro ao Código Civil Europeu?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, p. 48 (que recorda que no domínio das letras e livranças, não obstante a existência de direito uniforme, "estamos longe de uma cabal uniformidade normativa"); ERIK JAYME, "Identité...", p. 57. Quanto à jurisprudência europeia que reconhece a insuficiência do direito uniforme, *vide* ANTONIO SAGGIO, "Diritto...", pp. 218ss.

diferenças de costumes e práticas negociais, a incerteza relativa à realização coerciva das prestações em Estado estrangeiro, a impossibilidade de contratação à distância ou o incitamento à contratação no Estado territorial, que a unificação legislativa pura e simplesmente não resolve<sup>708</sup>.

### 1.3.1.2. Os inconvenientes da unificação do direito material

O segundo grande obstáculo à unificação reside nas tradicionais desvantagens desta via de regulação das relações internacionais: a unificação do direito privado europeu implicaria um importante preço, que não deve desconsiderar-se<sup>709</sup>.

Em *primeiro lugar*, a morosidade, dificuldade e onerosidade do processo: a criação de um direito uniforme enfrentará sempre relutância na negociação internacional, dadas as profundas diferenças nas concepções jurídicas entre os Estados-Membros. Será essa a razão pela qual a unificação existe apenas em domínios determinados, estritamente recortados, e por que se acumulam os falhanços de criação de direito uniforme das garantias reais<sup>710</sup>.

Em *segundo lugar*, o direito unificado não permite a adaptação da regulação às necessidades ou concretas realidades de cada comunidade jurídica: pelo contrário, reclama-se

---

<sup>708</sup> A expressão “barreiras psicológicas” é de JÜRGEN BASEDOW, “Codification...”, p. 46. Neste sentido, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Un Derecho...”, p. 68; JACOBIE W. RUTGERS, “Registered...”, p. 153; NICOLE KORNET, “The Common European Sales Law and the CISG: Complicating or Simplifying the Legal Environment”, *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2012/4, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2012310>, consultado em 19 de Abril de 2013, p. 4 (“other factors such as language barriers, cultural differences, administrative and tax regulations, logistical concerns are equally, if not more, important in relation to the decision to trade across borders”); BIANCA CASSANDRA SULLPASSO, “Comparazione...”, p. 568.

<sup>709</sup> Neste sentido, GERHARD WAGNER, “The Virtues...”, p. 4: “Many proponents of harmonization keep celebrating the virtues of a European Civil Code without ever acknowledging the price tag associated with these”.

Além dos problemas que ora elencaremos, a doutrina indica problemas eventuais da unificação legislativa, como a *redução do controlo político sobre a economia* (só corrigido pela concretização de mecanismos de participação, representação e boa governância no quadro europeu) e a *atenuação do controlo democrático da legislação* (MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 111 e 113ss). Sobre a governância europeia (e justificação da expressão “governância” em detrimento da mais usual “governança”, vide ALEXANDRA ARAGÃO, “A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?”, *Constituição Europeia; colóquio ibérico: homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires — Studia Iuridica n.º 84*, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 105-166, pp. 105ss.

<sup>710</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 93; PEDRO MIGUEL ASENSIO, “Integración...”, p. 422; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Contrato Internacional, Nueva Lex Mercatoria y Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales”, *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 1539-1567, p. 1542; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 117; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, “La Unificación...”, p. 111; ARTHUR HARTKAMP, “Modernisation...”, p. 83; HENRI BATIFFOL, “Le Pluralisme...”, pp. 114 e 116; GUIDO ALPA, “European...”, p. 329; HEIN KÖTZ, “A common...”, p. 31 (“Unification of law is far from costless and that the enactment of uniform legislation is by no means the only way to achieve legal uniformity”); W. SNIJDERS, “The organisation of the drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens”, *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 483-488, p. 484. Segundo BASIL S. MARKENSINIS, “Why...”, p. 521, a dificuldade alastra à redacção das normas unificadas, criando dificuldades imensas. Quanto ao falhanço da uniformização, lembre-se o abandono do projecto da UNCITRAL de 1980 (*supra*, nota n.º 684), atribuído ao facto de “secured financing law is grounded in property concepts some of which are peculiar to particular ‘families’ of law” — RONALD CUMING, “The Internationalization...”, p. 499; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 49.

uma regulação pouco pormenorizada e axiologicamente descomprometida, para almejar consenso alargado. Ora, não pode olvidar-se que as opções legislativas em matéria de garantias reais se ligam de forma preponderante à organização político-económica do Estado, o que coloca este domínio entre aqueles onde a unificação se revela *impossível* ou *inadequada*. É esta a razão de a regulação uniforme existir no direito económico (*como nas condições de segurança dos produtos*) mas esteja ausente de áreas axiologicamente marcadas (de que são exemplos paradigmáticos o *direito da família* e o *direito das coisas*). Isto é, *unificar* o direito das garantias imobiliárias significaria amputar aos Estados o poder de regular, com a sua própria visão e seus particulares interesses, a disciplina do equilíbrio e da tutela do crédito<sup>711</sup>. Efectivamente, recorde-se que os pontos de vista são de tal modo distintos que há preponderante dissemelhança entre os vários institutos jurídicos nacionais. Ora, como

---

<sup>711</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179 ("Une harmonisation isolée du droit déstabiliserait l'échange des intérêts dans chacun des systèmes de garantie de crédit"); FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 151; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 413, e "Concorrência...", pp. 261-262; HENRI BATIFFOL, "L'avenir...", p. 321; P. S. MANCINI, "De l'utilité...", p. 227; DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", p. 16; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 421 (indicando que a unificação destas áreas revela um menosprezo pela identidade nacional); CHRISTIAN VON BAR, "The Study...", p. 69 (referindo-se apenas ao direito da família); SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "El hipotético...", pp. 349 e 373; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 85 (frisando a profunda disparidade entre os países de *civil law* e de *common law* nos direitos reais) e 65 (explicando que a ligação das normas hipotecárias aos princípios mais tradicionais de direito interno implica que cada Estado tenha uma maior relutância maior em alterar suas disposições); MARC FALLON, "Variations sur le Principe d'Origine, entre droit communautaire et droit international privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelas, 1993, pp. 187-221, p. 192 (sublinhando a dificuldade de harmonização ou unificação de institutos de direito privado face às normas de direito administrativo); MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 113 (indicando este como o primeiro dos problemas da unificação enquanto sistema de combate aos obstáculos gerados pela disparidade legislativa); ANTONI VAQUER ALOY, "¿Armonización...", p. 1062; PIERRE LEGRAND, "A Diabolical...", pp. 246ss (analisando as razões de não ser possível nem desejável a unificação do direito entre os sistemas continentais e de *Common Law*) e pp. 255-257, (concluindo que a ideia de *codificação* de regras revela uma arrogância dos sistemas de *civil law* em entender que o seu modo cultural de abraçar o direito suplanta os demais, porquanto o simples facto de se operar uma codificação contraria a tradição da *Common Law*, estruturalmente diferente e porventura incompatível com normas unificadas); GUIDO ALPA, "European...", p. 330 (que desvaloriza o argumento); RODOLFO SACCO, "La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVI, n.º 1, 2000, pp. 15-30, p. 21; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 119 ("no plano jurídico, o respeito pela identidade nacional dos Estados exige que a União preserve a «especificidade» dos Direitos nacionais dos Estados-membros").

Na verdade, o domínio dos direitos reais (e, mais concretamente, das garantias) é apontado como aquele onde a harmonização é mais difícil; tão árduo que, segundo DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", pp. 658-659, foi precisamente a impossibilidade prática de harmonização que levou o legislador comunitário, na regulação da insolvência, a limitar o âmbito da disciplina europeia de coordenação das normas falimentares: ao decidir intervir no DIP da insolvência e submeter toda a insolvência à *lex fori concursus* (e atendendo à ligação do direito falimentar às garantias reais), o legislador europeu teria duas opções: *por um lado*, a via correcta, de protecção do crédito hipotecário e dos interesses da falência, consubstanciada na harmonização do direito das garantias; *por outro*, a via mais fácil e menos certa, da exclusão da dos direitos reais dos efeitos da insolvência. Ora, as autoridades comunitárias terão sido incapazes de operar o primeiro dos caminhos tendo, como vimos *supra* (pp. 234ss), excluído os direitos reais do domínio da insolvência. Aliás, o mesmo se sente no quadro da aproximação do direito processual civil, como nos dá conta ANTONIO GIDI, "Vers...", p. 143.

Em sentido divergente, cfr. GUILHERME DE OLIVEIRA, "Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 117-126, p. 118 (que denuncia a existência de *convergências básicas entre os países europeus* no que respeita ao direito da família); OLE LANDO, "Culture and Contract Laws", *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2007, pp. 1-20, p. 18 (que nota princípios comuns em vários ramos do direito privado).

reconhecem os próprios defensores da unificação do direito privado europeu, “*this new ius commune will have to be built around shared values and generally recognised legal methods as well as common principles and guiding maxims*”, que parecem escassear no domínio hipotecário<sup>712</sup>.

Em *terceiro lugar*, recorde-se o problema da petrificação da regulação uniforme: se seria difícil conseguir o consenso necessário para adoptar regras comuns, mais complicado seria modificar tais normas. Nessa medida, a experiência demonstra que o direito privado uniforme é tendencialmente perene, não conseguindo adaptar-se aos novos problemas que a prática pode vir gerando<sup>713</sup>.

Em *quarto lugar*, a uniformização implica o desaparecimento da saudável concorrência de legislações, que tem sido responsável pelo desenvolvimento de novas figuras jurídico-reais e da adaptação dos institutos jurídicos clássicos às necessidades presentes — pense-se no caso da *hipoteca flutuante*, *hipoteca recarregável* ou da *alienação fiduciária em garantia*, figuras que nitidamente surgem como produto de concorrência legislativa<sup>714</sup>. Na verdade, por se entender francamente positiva a competição legislativa, a doutrina vem propondo o abandono da unificação ao nível mundial, discutindo-se o *ponto óptimo de regulação* entre

---

<sup>712</sup> REINHARD ZIMMERMANN, "Roman...", p. 41; PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration", *Integration Through Law — Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Tomo II, MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE E JOSEPH WEILER, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 161-258, p. 169; THOMAS WILHELMSSON, "Private...", p. 86. O mesmo já defendia P. S. MANCINI, "De l'utilité...", pp. 224-225 (quando sustentava que a ideia da unificação “*cache une illusion dangereuse*”, porquanto cada sociedade tem algumas normas especialmente reclamadas pelo seu contexto sócio-histórico-cultural) e é advogado por BASIL S. MARKENSINIS, "Why...", p. 521.

Repare-se que a hipoteca diverge nos aspectos mais básicos, como a acessoriedade: a acessoriedade da *Hypothek* do direito alemão não é entendida na tradição romana, pelo que a extinção da dívida não conduz ao fim do gravame; pelo contrário, transforma-se em *Grundschild* do proprietário, podendo este reutilizar o grau de preferência para contrair novas dívidas (cfr. *supra*, pp. 154ss).

<sup>713</sup> Na verdade, uma vez adoptada, não é fácil adquirir o necessário consenso para a alterar, sobretudo em domínios onde exista rápida evolução. Cfr. THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179 (“*un tel droit unitaire ne serait d'ailleurs pas souhaitable, puisqu'il entraînerait le danger d'une fossilisation et ne rendrait aucunement justice à la multitude des droits européens de garantie de crédit*”); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 94; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 113; JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 471; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "El hipotético...", p. 372, e "Un Derecho...", p. 73; HEIN KÖTZ, "A common...", p. 31 (“*Another cost of the unification of the law through codification is that it tends to petrify the law by restricting the individual states competence to that the law to consider changing socio-economic conditions*”). Este será um dos problemas da Convenção de Viena de 1980 que cria um direito comum da compra e venda (cfr. ANDREA PINNA, "Drafting...", p. 346).

<sup>714</sup> Neste sentido, STEFAN LEIBLE, "Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 374-400, p. 376; JAN SMITS, "Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market", *Common Market Law Review*, vol. 50, n.º 1/2, 2013, pp. 51-68, p. 52; STEPHEN WEATHERILL, "Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 5, 2004, pp. 633-660, p. 653 (que fala no *argumento económico* contra a unificação ou harmonização); THOMAS WILHELMSSON, "Private...", p. 86; JOEL TRACHTMAN, "International...", p. 65. A mesma conclusão se retira em outros domínios do direito privado, porquanto “*No-one will be prepared to defend the proposition that the existence of the several European laws of contract has not had any beneficial effect on the development of each of the systems*” (GERHARD WAGNER, "The Virtues...", p. 9): se este efeito benéfico existe por força da diversidade jurídica, ter-se-á de reconhecer “*what harmonization would destroy*” (p. 10). Os efeitos da concorrência legislativa são visíveis no alastramento da liberdade de divórcio ou nas regras sobre capital social das pessoas colectivas (muito por responsabilidade da jurisprudência *Centros*, como é sabido).

uniformização e disputa legislativa. Ora, parece chegar-se hoje à conclusão que a concorrência de leis é preferível aos propósitos de integração económica (conquanto seja possível a escolha da lei mais adequada à relação jurídica), já que tal promove um aumento da qualidade normativa. O princípio de eficiência económica que outrora se entendia como prescrevendo a *correspondência de uma lei a um mercado* parece estar ora substituído pela ideia de “*regulatory competition*”, segundo a qual os Estados concorrem directamente na sua produção legislativa, cabendo aos operadores económicos a escolha da melhor regulação. Este modelo depende de *unificação conflitual* e da manutenção da *diversidade material das legislações*, que por via desta competição se aproximarão de corpos normativos de maior qualidade e eficiência<sup>715</sup>.

---

<sup>715</sup> É a teoria da concorrência regulamentar (“*regulatory competition*”), que surgiu nos EUA no final dos anos cinquenta como reacção a uma intervenção centralizada do poder federal, incidindo primeiro no domínio do direito público (sobretudo fiscal) e depois alastrando ao direito privado (sobretudo no direito das sociedades). Trata-se de um *contramovimento* em relação à unificação legislativa, fundado essencialmente em razões de ordem económica (cfr. GERHARD WAGNER, “The Economics of Harmonization: the case of contract law”, *Common Market Law Review*, vol. 39, n.º 5, 2002, pp. 995-1023, p. 1006 — “*the economics of federalism strongly council against harmonization of European contract law. Such an effort would destroy competition for the best legal rule, remove the beneficial constraints generated by such competition for local lawmakers*”). Sobre a sua estrutura, origem, alcance e aplicação no quadro comunitário europeu, vide ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 539ss; HORATIA MUIR WAIT (“Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé”, *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 615-633, p. 616; “Aspects...”, pp. 52ss; “Choice...”, p. 390; “Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World”, *Global Jurist Advances*, Vol. 4, n.º 1, Article 2, 2004, pp. 1-5, p. 4; “The Challenge...”, p. 197 [que sublinha o carácter recente desta discussão na UE mas muito mais antigo do outro lado do Atlântico e nota a grande importância que esta alteração provoca nos conflitos de leis]); JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, “Exploring...”, p. 85 (“*the economic to federalism teachers that that is battered to have multiple legislators than just a single one*”); GÉRARD HERTIG, “Regulatory...”, p. 359 (“*increased regulatory competition is a clear sign that a single market is in the making*”); HUGH COLLINS, “European Private...”, p. 355 (“*Diversity of regulation through private law systems has the potential benefit of enhancing competition within the internal market, for it adds a dimension of regulatory competition to price and product competition*”) e “Good Faith in European Contract Law”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, 1994, pp. 229-254, p. 231; CATHERINE BARNARD E SIMON DEAKIN, “Market Access and Regulatory Competition”, *Jean Monnet Working Papers*, n.º 9/01, 2001, pp. 1-40, p. 6 (“*regulatory competition is a process whereby legal rules are selected and de-selected through competition between decentralised rule-making entities [which could be nation states or other units such as regions or localities]*”); JÜRGEN BASEDOW, “The Law of Open...”, p. 109 (“*Regulatory competition departs from the underlying idea that, in respect to legal frameworks, States may be considered as the producers and private actors as the consumers making use of the legal framework as a resource*”); SIMON DEAKIN, “Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?”, *European Law Journal*, vol. 12, n.º 4, 2006, pp. 440-454, p. 441 (“*Regulatory competition can be defined as a process whereby legal rules are selected and de-selected through competition between decentralised, rule-making entities, which could be nation states, or other political units, such as regions or localities*”); FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory Competition: A Private International Law Approach”, *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, n.º 3, 1999, pp. 251-270, p. 251 (“*the regulatory competition model [RCM] beholds each legal system as a product, and considers firms and individuals as consumers of that product*”) e pp. 254 e 258 (onde frisa a necessidade de uma unificação conflitual de uma diversidade substantiva, para que o modelo funcione); STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, “Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulation”, *Southern California Law Review*, vol. 71, n.º 5, 1998, pp. 903-951, p. 916 (“*a better system would encourage regulatory competition among different regimes, which would provide choice to issuers and investors in how they should be regulated*”) e 923 (onde os Autores relatam o efeito de *melhoria da qualidade dos regimes legais* por via da concorrência); GEORGE A. BERMANN, “European Community Law from a U. S. Perspective”, *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 1995, pp. 1-13, p. 10; HARALD KOCH, “Private...”, p. 338; STEFAN GRUNDMANN, “The Structure...”, p. 527 (“*diversity empirically worked out well in the contract law of the United States*”); JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, “La Unificación...”, p. 110; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Concorrência...”, p. 261; DÁRIO MOURA VICENTE, “Um Código...”, p. 16; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional”, *Diario La ley*, Año XXXIII, n.º 7874 — 27 Abril 2012, 2012, pp. 1913ss, n.º 18; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “El hipotético...”, p. 349, e “Un Derecho...”, p. 72; STEFAN LEIBLE, “Kollisionsrecht...”, pp. 379ss; JAN SMITS, “Party...”, p. 52; STEPHEN

Não dizemos, evidentemente, que a unificação é sempre nefasta ou que a disparidade legislativa seja preferível em todas as situações e que não acarreta inconvenientes aos operadores económicos. Ao invés, como melhor explicaremos *infra*, a harmonização tem vantagens quando restrita ao seu ponto óptimo — a designada *harmonização mínima*, que permite colher os efeitos positivos da diversidade regulatória eliminando os seus principais inconvenientes. Simplesmente, nas matérias onde vigore (ou possa vigorar) autonomia conflitual (contratos, responsabilidade civil, direito da família, direito das sucessões e até em alguns domínios dos direitos reais) a uniformização normativa retira opções às partes, pois

---

WEATHERILL, "Why Object...", p. 655; TONI MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 155-193, p. 182; HORST EIDENMÜLLER, "Recht...", p. 648. No quadro da análise económica do direito, veja-se o estudo de LARRY E. RIBSTEIN E BRUCE H. KOBAYASHI, "An Economic Analysis of Uniform State Laws", *Journal of Legal Studies*, vol. XXV, n.º 1, 1996, pp. 131-199, pp. 137ss, que pesam os ganhos e custos da *unificação legislativa* face à *competência legislativa*, concluindo ser mais eficiente o segundo modelo (estabelecendo-se a *autonomia conflitual*) [p. 187]; HANS-BERND SCHÄFER E KATRIN LANTERMANN, "Choice of Law from an Economic Perspective", *An Economic Analysis of Private International Law*, JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 87-119, p. 95; ROGER VAN DEN BERGH, "Regulatory competition or harmonization of laws? Guidelines for the European regulator", *The Economics of Harmonizing European Law*, ALAIN MARCIANO E JEAN-MICHEL JOSSELIN, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, pp. 27-49, p. 27, e "The Subsidiarity Principle in European Community Law: Some Insights from Law and Economics", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 1994, pp. 337-366, pp. 337ss (sufragando a sua maior compatibilidade com o princípio da subsidiariedade).

Como explica HORATIA MUIR WATT, "Concurrence...", pp. 620ss, nem sempre a doutrina traz a discussão da *regulatory competition* para o domínio do direito privado, já que este seria neutro à política legislativa estadual. Tal não é exacto (p. 624), como é evidente pelas razões inerentes à diversidade legislativa no quadro jurídico-real.

Especificamente sobre a concorrência legislativa no quadro jurídico-real, *vide* JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 471; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 74 ("*competition over property forms, in turn, leads to innovation in property doctrine*"); PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", pp. 421-422 ("*la competencia legislativa como elemento promotor de soluciones normativas eficientes*"); WOLFGANG KERBER, "The deregulation of globalizing markets: interjurisdictional competition within the European Union", *Fordham International Law Review*, vol. 23, 2000, pp. S217-S249, p. S224. Igualmente destaque merece a proposta de BRUNO S. FREY E REINER EICHENBERGER, "FOCJ: Competitive Governments for Europe", *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, pp. 315-327, pp. 315ss: os Autores sublinham a necessidade de uma *quinta liberdade na UE* (a liberdade de escolha do mercado de leis), que tem sido ignorada pela construção europeia e que depende em absoluto da possibilidade de escolha da lei aplicável (p. 318).

Atente-se, todavia, que JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 20, nota existir uma *sobrevalorização* da concorrência de legislações: *por um lado*, a existência de 200 países no Mundo trará uma experiência jus-comparativa mais do que suficiente, mesmo sem divergências legislativas entre os Estados-Membros; *por outro*, os Estados-Membros mantêm profundas diferenças legislativas há mais de 200 anos e nem por isso se desenvolveram mutações entre os princípios fundamentais do direito privado.

Repare-se, ainda, que FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 683, alerta para um potencial paradoxo deste modelo de competição legislativa, porquanto a grande vantagem da diversidade regulamentar acabaria por ser eliminada por via da opção pela *melhor lei*, já que no "*processo competitivo entre legisladores estaduais, acabaria por se chegar à melhor regulamentação (recte mais eficiente) que, num processo típico de selecção natural, levaria à eliminação das outras regulamentações nacionais concorrentes, mais ineficientes*". O Professor explica não ser exacta esta conclusão: a eficiência não é o único critério de opção por uma legislação, havendo interesses próprios divergentes, pelo que a prática mostra não se verificar necessariamente e em todas as áreas a convergência: há uma *diversidade estrutural* inerente à matriz axiológica de cada direito nacional que conduz à "*preservação da diversidade de Direitos Privados nacionais, mesmo nos domínios dos contratos ou das sociedades, no quadro de um modelo de arbitragem e concorrência regulamentares*" (*cit.*, p. 691).

Uma última nota: como frisa LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 255, a concorrência legislativa foi encarada pela União Europeia pela primeira vez a propósito da extensão do *princípio do país de origem* à promoção das liberdades comunitárias no quadro do direito público da economia, de que melhor falaremos *infra*. Só mais tarde a ideia de concorrência legislativa foi associada à autonomia conflitual.



em vez de um leque de corpos normativos, forçarmos a sujeição a uma regulação unificada (cujo conteúdo será porventura imposto pela maioria dos Estados-Membros, desagradando a uma minoria), vedando a escolha pela disciplina que melhor serve os seus interesses<sup>716</sup>.

*Por fim, a unificação do direito material não suprime os conflitos de leis: num primeiro passo, há que determinar a aplicabilidade da lei de um dos Estados onde vigore o direito uniforme; depois, mesmo entre Estados Parte da zona de regulação uniforme, há que encontrar o ordenamento jurídico subsidiário, já que a regulação unificada se cinge a certos aspectos das relações jurídicas (consequência da dificuldade do processo de unificação); se o acto de unificação não tiver aplicação universal, importa ainda delimitar o campo de aplicação das regras uniformes. Acresce que rapidamente surgem divergências interpretativas na jurisprudência dos vários Estados por força das diferentes culturas jurídicas, redundando na manutenção da disparidade legislativa: a mesma regra é aplicada de formas diferentes, especialmente atendendo às diferenças linguísticas e à modelação distinta dos correspondentes institutos jurídicos (mormente no quadro jurídico-real)<sup>717</sup>.*

---

<sup>716</sup> GERHARD WAGNER, "The Virtues...", pp. 4-6 (que sustenta dever cada sistema jurídico optar pela regulação desejada pela comunidade jurídica, permitindo-se que os sujeitos integrados nessas comunidades possam, se assim o desejarem, optar por outras formas de regulação); PAUL STEPHAN, "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 743-797, p. 789. Sobre a expansão da autonomia conflitual, *vide infra*, nota n.º 1121.

<sup>717</sup> Sobre a necessidade do direito de conflitos como passo necessário à aplicação do direito uniforme e determinação das regras aplicáveis às zonas não unificadas, cfr. HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", pp. 115 e 119; GEORGES A. L. DROZ, "Regards...", p. 382; HERBERT KRONKE, "Transnational Commercial Law: General Doctrines, Thirty Years On", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropboller zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 39-57, p. 46. Sobre o problema linguístico, *vide* BERND VON HOFFMANN, "The Europeanization...", p. 14: "*The common language for the earlier ius commune was Latin; today English may replace Latin in a certain way. However, the traditional concepts of English legal terminology are linked to the system of common law and are therefore misleading when used to describe thoughts developed under the civil law tradition*".

Sobre a necessidade de fixação do ordenamento competente por força da persistência das divergências mesmo perante normas uniformes, *vide* UGO MATTEI E MAURO BUSSANI, "Le fonds...", p. 44 ("*la force de traditions profondément ancrées concernant les différents concepts, les différentes notions, et leurs interrelations, pourraient mettre un frein à tout effort de codification*"); HENRI BATIFFOL, "L'état...", p. 16; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 50; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Sur une proposition...", p. 162; DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", p. 21; JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 18; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 117; JACOBIE W. RUTGERS, "Registered...", pp. 153ss; LARRY A. DIMATTEO, "Harmonization...", p. 565; HEIN KÖTZ, "A common...", p. 31; BIANCA CASSANDRA SULPASSO, "Comparazione...", p. 568; LARRY E. RIBSTEIN E BRUCE H. KOBAYASHI, "An Economic...", p. 179; A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 104 (que sublinha que o direito unificado só é uniforme na letra da norma) e p. 115. A este propósito, veja-se o estudo sobre a persistência das divergências interpretativas elaborado por VALENTINE ESPINASSOUS, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2010, pp. 89ss (que em consequência elabora propostas de adopção de regras de conexão especialmente adequadas ao direito unificado) e de CAROLINA CUNHA, *Letras...*, p. 39, (que nota permanência de clivagens normativas na regulação uniforme das letras e livranças). Lembra DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1667, que as regras unificadas são normalmente perpetradas por conceitos indeterminados e cláusulas gerais, geradoras de incertezas do seu sentido — de que é exemplo paradigmático a Convenção de Viena de 1980 sobre compra e venda internacional, ao consagrar o princípio da boa fé no comércio internacional e o critério da razoabilidade em matéria de interpretação das declarações negociais (no mesmo sentido, DIMATTEO, *cit.*, p. 561; ESPINASSOUS, *cit.*, pp. 125ss). Este problema não parece poder eliminar-se por decreto, já que a Convenção de Viena de 1980 proíbe a *interpretação nacional* dos seus conceitos (impondo uma interpretação autónoma) e isso

A isto acresce que a unificação do direito hipotecário, relacionado de forma intensa com normas falimentares, obrigacionais e registais, gera o risco de afectação não prevista de ramos jurídicos com ele interligados. Será essa a razão que aconselhou o legislador comunitário a intervir ao nível do direito internacional privado na insolvência internacional, renunciando à harmonização dos direitos nacionais<sup>718</sup>.

Neste quadro, tendo por base a multiplicidade de Estados e de sistemas jurídicos, continua a considerar-se a unificação legislativa hipotecária *uma utopia irrealizável* e conclui-se pela incapacidade de um *legislador único* regular adequadamente certa matéria<sup>719</sup>.

### 1.3.1.3. A harmonização: problemas da sua concretização e da insegurança jurídica

A opção pela *harmonização* não será menos perniciosa ou mais eficaz. Na verdade, subjazem à via menos arrojada de unificação tantas ou mais dificuldades: a *aproximação* dos direitos nacionais, não obstante teoricamente mais fácil por menos ambiciosa do que a

---

não tem impedido a diversidade de exegese dos seus termos (*vide* FRANCO FERRARI, "Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 2, 2013, pp. 323-358, pp. 327 e 330).

No quadro europeu, este problema pode ser minorado se a unificação for determinada por acto comunitário — *maxime*, mediante regulamento ou de convenção internacional que atribua ao Tribunal de Justiça competência para a sua interpretação a título prejudicial, como sucedeu na Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais (KATHARINA BOELE-WOELKI, "Unifying...", p. 299; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 167; BERNARD DUTOIT, "The Rome...", p. 65; FERNAND SCHOCKWEILER, "La codification du droit international privé dans la Communauté Européenne", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 391-404, p. 393). A ausência desta atribuição era, aliás, um dos problemas imediatamente detectados na redacção originária da Convenção por RICCARDO LUZZATTO, "L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, 1983, pp. 57-66, pp. 58, porquanto poderia gerar o propósito unificador das regras de conflitos.

Sobre o funcionamento e efeitos do processo de reenvio prejudicial *vide*, entre outros, RUI MOURA RAMOS, "Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária", *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 213-237, pp. 225ss; ANTÓNIO BARBOSA DE MELO, *Notas de Contencioso Comunitário*, (policopiado), Coimbra, 1986, pp. 99ss; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 623ss; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, pp. 463ss; FAUSTO DE QUADROS E ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Contencioso da União Europeia*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 65ss; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, pp. 539ss; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *Introdução ao Contencioso da União Europeia — Lições*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 124; JOÃO MOTA DE CAMPOS E JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002, pp. 105ss; FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 104ss.

<sup>718</sup> Neste sentido, DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", pp. 615-616.

<sup>719</sup> Quanto ao carácter irrealizável da unificação, *vide* PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 8; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 139 e 144. A própria União Europeia parece reconhecer esta dificuldade quando adopta, mesmo em domínios onde teria competência para unificar o direito material, regras de conflitos comunitárias (cfr. ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 179, e "Federalism in the European Union and the United States: Subsidiarity, Private Law and Conflict of Laws", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 369-455, pp. 400ss).

uniformização legislativa, é tida como tarefa tão difícil, demorada e de sucesso tão incerto como a total uniformização.

*Em primeiro lugar*, recorde-se que a harmonização só se revelará útil se aproximar os aspectos fundamentais das garantias — justamente aqueles em que se verificam as maiores divergências nos direitos europeus (acessoriedade ou independência da garantia; viabilidade do pacto comissório; etc.). Assim, a empresa não é menos complexa do que a uniformização, partilhando as dificuldades de dificuldade de elaboração, morosidade e petrificação. O ponto de partida é o de uma disparidade tão grande que “*looking for a convergence is not worthwhile*”, reconhecendo-se que a harmonização “*should be pursued but not at any price*”<sup>720</sup>.

Este problema é preponderante no domínio da hipoteca, porquanto a relação hipotecária é regulada por vários ramos do direito (civil, falimentar, registal, executivo, administrativo, tributário; protecção de consumidores), o que vem conduzindo à impossibilidade de consenso para aproximar mesmo apenas *alguns vectores* da hipoteca. Em paralelo, mesmo no domínio das garantias pessoais (onde a *fiança* até parecia fácil de harmonizar, porque relativamente próxima), as dificuldades vêm conduzindo a um franco insucesso de harmonização<sup>721</sup>.

*Em segundo lugar*, a utilização da harmonização como via de eliminação da disparidade regulatória é questionável: não se exclui o pluralismo jurídico (porquanto remanescem respostas diferentes nos vários Estados-Membros) e cria-se apenas uma *aparente* aproximação nos aspectos harmonizados — multiplicando-se a probabilidade de distorções pela incorrecta ou tardia transposição das directivas. Ademais, os mecanismos de interpretação próprios do direito interno que for adoptado em execução do comando comunitário podem gerar respostas manifestamente díspares, não podendo o Tribunal de Justiça fixar a interpretação das concretas regras a aplicar (que terão fonte nacional). No fundo, como ensina BASEDOW, a verdadeira integração “*ne se réalise que dans la mesure où les normes immédiatement applicables sont en jeu, soit les dispositions du Traité de Rome, soit celles des règlements, c’est-à-dires des dispositions qui rendent*

---

<sup>720</sup> As citações são, respectivamente, de SJEFF VAN ERP, “A Comparative...”, p. 69 (que assim descreve o pensamento doutrinal generalizado na Europa. O Professor, porém, não partilha desta opinião, porquanto identifica alguns princípios comuns que podem constituir a base de uma aproximação) e de HARALD KOCH, “Private...”, p. 329 (que defende que a harmonização em áreas onde a regulação nacional é muito marcada é indesejável). Frisando que a harmonização é tarefa tão difícil, demorada e incerta quanto a uniformização, cfr. DOMINIQUE SERVAIS, *Um Espaço...*, p. 16.

<sup>721</sup> Sobre a inexistência de consensos na harmonização da hipoteca, cfr. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, “La libre...”, p. 126. Sobre o fracasso de aproximação do direito da fiança, cfr. CHRISTIAN MOULY, “Le droit peut-il favoriser l’intégration européenne?”, *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, n.º 4, 1985, pp. 895-945, p. 901.

*les juristes nationaux conscients de leurs vocation européenne. Ceci est a priori exclu en cas de rapprochement de législations au moyen de directives*<sup>722</sup>.

Isto é, ainda que a harmonização fosse possível e adequada, seria insuficiente: geraria-se *incoerência sistemática* (a directiva não inaugura um sistema de direito privado mas antes aproxima *certos aspectos de determinado instituto*) e manter-se-ia disparidade legislativa (os Estados sempre transporiam as directivas *de modo distinto*, por mais detalhadas que fossem)<sup>723</sup>.

### 1.3.2. O problema da competência da UE para unificação ou harmonização dos direitos reais

Ainda que a ideia de unificação ou harmonização pudesse convencer, põe-se o problema da *competência* europeia para tal empresa. Na verdade, o processo de aproximação legislativa careceria de imposição de fonte supranacional ou internacional, não sendo realista esperar um processo espontâneo de aproximação dos direitos nacionais determinada pelas proximidade física ou pela interação económica<sup>724</sup>.

#### 1.3.2.1. O art. 345.º TFUE – uma exclusão dos direitos reais?

O direito comunitário originário determina que “*Os Tratados em nada prejudicam o regime da propriedade nos Estados-Membros*”. O conteúdo e sentido desta norma gerou controvérsia, colocando-se em dúvida a competência europeia para intervir no domínio das garantias imobiliárias<sup>725</sup>.

---

<sup>722</sup> Cfr. JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 9. Igualmente neste sentido, cfr. PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, "EC Directives...", pp. 78 (“*directly applicable private rules remain national in their legal character. As a consequence, the European Court of Justice has no power to interpret the harmonised national rules directly*”) e 84 (“*the most important problems arise in the enactment and interpretation*”); PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 418; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, p. 148; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, (embora referindo-se à *harmonização do direito internacional privado* e não do direito material); JOÃO ANTUNES VARELA, "Direito do Consumo (Encerramento do Curso)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 132, n.ºs 3901, 3902 e 3903, 1999, pp. 98-103 e 162-165, p. 162 (notando a insuficiência da *harmonização* em face da necessidade de *unificação*).

Será esta a razão, aliás, que vem fundando a opção da Comissão em abandonar a tendência de *harmonização da mínima protecção*, (admitindo aos Estados ir além da directiva desde que num dos sentidos da regulação), e em prescrever a *harmonização total*, (determinando a “unificação” de aspectos centrais da regulação e deixando de fora apenas os aspectos laterais) — KATHARINA BOELE-WOELKI, "Unifying...", p. 305.

<sup>723</sup> ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 87; ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 395 (“*on peut constater d’importantes divergences entre les États membres, aussi bien par rapport à la voie choisie pour la transposition que par le caractère plus ou moins détaillé de la règle de transposition*”); HUGH COLLINS, "European Private...", p. 356.

<sup>724</sup> HUGH COLLINS, "European Private...", p. 355. Questionando a competência europeia, cfr. JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La falta...", p. 131.

<sup>725</sup> Cfr. ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 555; BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, "Article 345 TFEU (ex Article 195 EC), Its Meanings and Interpretations", *European Law Journal*, vol. 16, n.º 3, 2010, pp. 292-314, p. 293 (“*The exact meaning and scope of Article 345 TFEU is not entirely clear. Not much is known about the origins of the Article, nor about its exact meaning and effect on the rest of the Treaty or on national law*”), que, fazendo uma

Uma leitura possível é a de excluir de forma inequívoca a competência da União Europeia em matéria de direitos reais, tanto no direito material como conflitual<sup>726</sup>.

*Uma segunda interpretação* será a de considerar que a disposição se limita a neutralizar o direito europeu no que concerne ao sistema de propriedade dos meios de produção: a ser assim, o escopo da norma é garantir que o direito europeu não impede nacionalizações ou privatizações, convivendo com a opção que vier a ser tomada pelas autoridades nacionais (justificando monopólios públicos ou a intervenção na economia através de empresas públicas). Isto é, mais do que uma proibição de intervenção nos direitos reais, estará em causa o respeito pelo *modelo económico* que venha a ser escolhido pelas instâncias nacionais, sem excluir que a integração poderá influir no domínio jurídico-real<sup>727</sup>.

---

investigação aturada dos antecedentes da norma (pp. 300ss), concluem ser tal estudo insuficiente para sua total compreensão, pois a regra “*ist alles andere als klar*” (OLIVER REMIEN, “Immobiliarsachenrecht...”, p. 307).

<sup>726</sup> É a interpretação que perfilha ANTONIO GAMBARO, “Perspectives...”, p. 497 (“*Article 222 of the EEC Treaty [actual art. 345.º TFUE] raises a complete bar to the disciplining of real property at the European level*”); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, pp. 870 e 904; JOSÉ LUÍS CARAMELO GOMES, “Unification...”, p. 241 (que, em consequência, defende que a harmonização apenas se pode fazer através da estatuição de princípios comuns. O Autor reconhece, porém, não ser esta a interpretação do Tribunal de Justiça — p. 243); SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “El Trust...”, p. 1109, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, pp. 139ss; ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, “Aproximación a un concepto autónomo de propiedad sucesoria en el Reglamento núm. 650/2012”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 377-388, p. 378; BARBARA PASA, “La propuesta...”, p. 175 (“*el derecho comunitario no procede a la armonización del derecho de propiedad [art. 345.º TFUE]*”).

Esta exegese é apelidada de *interpretação restritiva* por WALTER VAN GERVEN, “The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law”, *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 101-123, p. 101, nota n.º 1, e RENÉ SAVATIER, “Les aspects de droit international privé de la Communauté Économique Européenne”, *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1960-1962, pp. 17-37, p. 25.

Numa versão moderada, *vide* CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, p. 220, defendendo que o art. 345.º TFUE não impõe (mas também não proíbe) qualquer harmonização ou unificação dos direitos reais mesmo que se conclua que a divergência constitui um obstáculo às liberdades comunitárias; e WULF-HENNING ROTH, “Secured...”, p. 55 (que considera estar sob reserva absoluta dos Estados-Membros o *numerus clausus* dos direitos reais, embora o seu *exercício* se tenha de coadunar com os regimes das liberdades fundamentais).

<sup>727</sup> Neste sentido, JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, “Anotação ao art. 345.º TFUE”, *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 1212-1214, p. 1213 (que nos fala no “*agnosticismo da UE em matéria do regime de propriedade*”. Note-se, porém, que o Autor levanta o problema de esta norma “*poder constituir obstáculo à formação de um Direito Europeu das Coisas*”); RUI PINTO DUARTE, “Direito...”, p. 459 (que, no entanto, sublinha não ser total a liberdade dos Estados, não podendo por exemplo eliminar a *propriedade privada*); EDUARDO PAZ FERREIRA, “A Constituição...”, p. 188 (aludindo ao “*princípio da neutralidade da Comunidade*”); SJEF VAN ERP, “EU Charter...”, p. 44, e “Security Interests...”, p. 9; BRAM AKKERMANS E ÉVELINE RAMAEKERS, “Article 345...”, pp. 298ss, e “Free Movement of Goods and Property Law”, *European Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 237-266, p. 239, nota n.º 5; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 524; WOLF SAUTER, “The Economic...”, pp. 57 e 65 (embora o Autor considere haver uma *imposição de economia de mercado* nas demais disposições do tratado, tornando letra morta esta disposição); DAVID EDWARD E MARK HOSKINS, “Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference”, *Common Market Law Review*, vol. 32, n.º 1, 1995, pp. 157-186, p. 158 (que notam a tensão entre a *neutralidade* dos Tratados face à propriedade das empresas e o princípio da livre concorrência); W. DEVROE, “Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy”, *Common Market Law Review*, vol. 34, n.º 2, 1997, pp. 267-306, p. 268 (“*Although Article 222 is recognized not to be unlimited in scope, it is still believed to guarantee Member States the sovereign right to decide whether or not they want to privatize*”. O Autor considera, todavia, que a norma contrasta com a política seguida pelas instituições, que pressionam as autoridades nacionais a privilegiarem a

A favor desta última posição podem aventar-se três argumentos principais.

*Em primeiro lugar*, o Tribunal de Justiça, em várias decisões, inferiu do direito europeu implicações para a propriedade imobiliária, aplicando o direito comunitário aos direitos reais. Basta pensar na proibição de exigência de expressão das hipotecas em moeda nacional, na vedação de regimes autorizativos para aquisição de prédios ou na interdição das *golden shares* (limitando a propriedade dos titulares sobre a sociedade). Acresce que a União Europeia já impediu a aquisição da propriedade por *certas pessoas*, regulou o conteúdo do negócio constitutivo do direito real de habitação periódica e estabeleceu regras comuns para certos direitos reais (como as garantias financeiras), o que não pode encarar-se de outra forma que não seja a aceitação da actividade legiferante no domínio da propriedade<sup>728</sup>.

---

propriedade privada dos meios de produção); HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "The European...", p. 185 ("This does not mean Europe has no impact on the area"); ANTONINO ABATE, "Droit...", p. 12; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 175; ULRICH DROBNIG, "Property Law in a Future European Civil Code", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 103-115, p. 105; D. LASOK E P. A. STONE, *Conflict...*, p. 66; JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 6, n.º 12, 2002, pp. 343-391, p. 352.

<sup>728</sup> Cfr. Directiva das Garantias Financeiras (2002/47/CE) e Directiva sobre a restituição de bens culturais (93/7/CEE), actos jurídicos que analisaremos melhor em momento ulterior do nosso estudo (*vide infra*, respectivamente, pp. 522ss e 536ss). *Vide* ainda o Regulamento (CE) n.º 881/2002 do Conselho, de 27 de Maio de 2002, que institui certas medidas restritivas específicas contra determinadas pessoas e entidades associadas a Osama Bin Laden, à rede Al-Qaida e aos talibã (e a aplicação que dele é feita no Acórdão TJCE de 11 de Outubro de 2007, *Möllendorf e Möllendorf-Niebuus*, proc. C-117/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, pp. I-8361); a Directiva n.º 94/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (entretanto substituída pela Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009). Neste sentido, ULRICH DROBNIG, "Property Law...", pp. 111-112; BRIGITTA LURGER, "The Unification...", p. 171; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, "Unification...", p. 241.

Quanto à jurisprudência que claramente determina uma intrusão do direito europeu no domínio da propriedade imobiliária, o Acórdão *Konle* (*cit.* nota n.º 47), n.º 49 será o mais impressivo, declarando ser contrário à liberdade de circulação de capitais um regime de direito interno que subordina a aquisição de segunda habitação a autorização prévia porque, apesar de se inserir em motivos de interesse geral, iria além do necessário para atingir o objectivo invocado, violando o princípio da proporcionalidade. A mesma legislação foi apreciada pelo Acórdão TJCE de 5 de Março de 2002, *Hans Reisch*, processos apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-2157, n.º 32ss. Assim, o direito europeu inequivocamente se aplicou às regras de aquisição de imóveis. Igualmente, o Acórdão *Manfred Trummer* (*cit.* nota n.º 49) n.ºs 21-22 que considerou a constituição da hipoteca abrangida pela liberdade de circulação de capitais, proibindo normas nacionais que obrigassem à expressão em moeda nacional, salvo se invocado um dos motivos de salvaguarda. Sobre estas decisões, cfr. BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 238; LEO FLYNN, "Coming...", p. 789; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 84, e "Security Interests...", p. 9; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 367; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 308; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, "Unification...", p. 244; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 49 e 81; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 801; MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", p. 386.

*Vide* ainda o Acórdão *Comissão c. Portugal [Reprivatizações]* (*cit.* nota n.º 49), n.º 48, que declarou a mesma tese na aquisição de propriedade de empresas a privatizar; o Acórdão TJCE de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. Bélgica*, proc. C-503/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4809, n.º 44, o Acórdão TJCE de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. França*, proc. C-483/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4781, n.º 44 e Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 2010, *Comissão c. Portugal [Golden Shares]* proc. C-171/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2010, n.º 33ss, que consideraram incompatível com a liberdade de circulação de capitais a possibilidade de o Estado

*Em segundo lugar*, o termo escolhido (“*em nada prejudicam*”), associado à inserção sistemática da norma (longe das bases jurídicas e, assim, desligado dos problemas da competência da UE) transmitirá a ideia de *neutralidade* da UE quanto à propriedade económica e não a proibição de intervenção no respectivo regime jurídico<sup>729</sup>.

*Em terceiro lugar*, alude-se à origem histórica da norma: a sua introdução ocorreu no período do pós-Segunda Guerra, altura em que os Estados-Membros realizavam e planeavam nacionalizações. Estes quiseram frisar que a integração comunitária não prejudicaria a opção política de usar tais expedientes, imunizando-os às Comunidades. Tal resulta, aliás, dos trabalhos preparatórios, onde a comissão redactora havia proposto a formulação “*regime da propriedade dos meios de produção*”, depois substituída por “*regime da propriedade das empresas*”, tendo a expressão “*das empresas*” sido eliminada apenas pelos chefes de delegação num encontro informal final. A eliminação (que não foi justificada) parece ter tido propósitos meramente estéticos, porquanto a sua interpretação restritiva (como *princípio da neutralidade da União quando ao sistema de propriedade das empresas*) decorre da declaração *Schuman*<sup>730</sup>.

Se olharmos à jurisprudência europeia, encontramos uma interpretação ainda mais restritiva. De facto, o Juiz comunitário sujeitou a legislação nacional *em matéria de nacionalizações e expropriações de imóveis* ao regime das liberdades comunitárias. O Tribunal parece ter traçado uma distinção entre a *titularidade europeia da propriedade* (sobre a qual o direito europeu está inibido de intervir) e a *regulação nacional da propriedade*, sujeita aos regimes comunitários<sup>731</sup>.

---

impedir a cessão de participações sobre empresas a estrangeiros ou sequer sujeitá-los a qualquer procedimento autorizativo (cfr. CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, pp. 466 e 470).

<sup>729</sup> BRAM AKKERMANS e EVELINE RAMAEKERS, "Article 345...", pp. 299ss. Repare-se no problema linguístico criado pelo facto de a versão inglesa dos Tratados ter utilizado a expressão “*shall in no way prejudice the rules*” [sublinhado nosso], sendo certo que o termo não tem significado preciso na língua inglesa. A verdade é que a consulta de outras versões linguísticas (portuguesa, alemã, espanhola, francesa e holandesa) indica que o propósito da norma é *não afectar* o regime da propriedade, o que encontra a sua clareza máxima na versão italiana — “*lasciano impregiudicato*”. Uma análise das várias versões linguísticas e a conclusão neste sentido é feita, com profundidade, por EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 104-106.

<sup>730</sup> Sobre a eliminação do inciso, *vide* EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 108-109. Esta análise histórica é sufragada, ainda, por ULRICH DROBNIG, "Property Law...", p. 105, e DANIELA CARUSO, "Private...", p. 755.

<sup>731</sup> Cfr. Acórdão TJCE de 6 de Novembro de 1984, *Robert Fearon*, proc. 182/83, *Recueil de Jurisprudence*, 1984, pp. 3677. Tratava-se de legislação irlandesa (*Land Act*) que estabelecia o direito de expropriação de terras, que todavia, não podia ser exercido contra sujeitos que aí residissem há mais de um ano. Assim, suscitou-se a questão da sua conformidade com os regimes de liberdade de circulação. A Comissão sustentava não existir qualquer incompatibilidade, porquanto o *Land Act*, enquanto legislação sobre expropriações, se encontrava ao abrigo da norma do art. 345.º TFUE (na altura, 222.º TCE) — cfr. n.º 5; ao invés, o Tribunal concluiu que estas disposições podem constituir restrições à liberdade de estabelecimento, pelo que nem todos os regimes expropriatórios podem considerar-se aceites face ao Tratado (n.º 6ss). Nessa medida, a regulação nacional da propriedade só é lícita no respeito destas liberdades. Este mesmo entendimento veio a ser repetido e estabelecido no Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2013, *Essent*, processos apensos C-105/12 a C-107/12, *Colectânea de Jurisprudência*, 2013, n.ºs 30-35, a propósito de legislação holandesa que estabelecia um princípio de *proibição de privatização* (cfr., sobre o aresto, BRAM AKKERMANS, "EU Property Law: a (final) verdict on the meaning of Article 345 TFEU!", *Maastricht European Private Law Blog*, 2013, disponível na internet via

Esta interpretação esvaziou a disposição de sentido, tornando-a obsoleta. De facto, mesmo na sua inexistência, sempre se concluiria que a competência em matéria de expropriações e nacionalizações pertence aos Estados-Membros, por força do princípio da especialidade. *Por outro lado*, tem-se revelado evidente que os regimes das liberdades comunitárias e da concorrência constroem os Estados-Membros quanto às opções de propriedade pública de serviços ou empresas<sup>732</sup>.

Assim, e independentemente de qualquer juízo crítico que possa fazer-se, certo é que a norma não parece proibir a intervenção europeia tendente à harmonização ou unificação do direito hipotecário: multiplicam-se os actos jurídicos da União que *directamente* disciplinam direitos reais e não pode negar-se a influência nas suas normas por via das liberdades de circulação de pessoas e de capitais, sem que a isso pareça opor-se a regra ora analisada<sup>733</sup>.

### 1.3.2.2. Os princípios de delimitação da competência da UE e a unificação do direito hipotecário

Não obstante a limitação do art. 345.º TFUE não implicar a proibição de actuação no domínio hipotecário, julgamos estar a União Europeia desprovida de competência para

---

<http://www.mepli.eu/2013/10/eu-property-law-a-final-verdict-on-the-meaning-of-article-345-tfeu/>, consultado em 22 de Julho de 2015, p. 1).

Aliás, deve notar-se que é esta a mesma interpretação que está subjacente nos acórdãos relativos a *Golden Shares* ou aos direitos do Estado nas privatizações de empresas — Acórdão *Comissão c. Bélgica* [2002] (*cit. nota n.º 728*), n.º 44; Acórdão *Comissão c. França* [2002] (*cit. nota n.º 728*), n.º 44; Acórdão *Comissão c. Portugal* [reprivatizações] (*cit. nota n.º 49*), n.º 48; Acórdão *Comissão c. Portugal* [*Golden Shares*] (*cit. nota n.º 728*), n.º 33ss. Quanto ao problema da compatibilidade das *Golden Shares* com as regras da liberdade de circulação de capitais, *vide* JOÃO NUNO CALVÃO DA SILVA, *Mercado e Estado — Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 71-85, e MANUEL FONTAINE CAMPOS, "Livre...", pp. 392ss, que analisam as condições da sua admissibilidade.

No sentido de que a jurisprudência europeia opera uma cisão entre *titularidade* e *exercício* da propriedade, *vide* BRAM AKKERMANS e EVELINE RAMAEKERS, "Article 345...", p. 310; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 111ss. O Juiz comunitário parece ter trazido para o domínio da *propriedade sobre coisas corpóreas* o regime que havia construído para a propriedade intelectual (por vezes mencionando mesmo o art. 345.º TFUE): Acórdão TJCE de 13 de Julho de 1966, *Établissements Consten*, processos apensos 56/64 e 58/64, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1966, pp. 423ss, especificamente na página 437; Acórdão TJCE de 29 de Fevereiro de 1968, *Parke Davis*, proc. 24/67, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1968, pp. 759; Acórdão TJCE de 8 de Junho de 1971, *Deutsche Grammophon*, proc. 78/70, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1971, pp. 183, n.º 11: "o Tratado não afecta a existência dos direitos reconhecidos pela legislação de um Estado-membro em matéria de propriedade industrial e comercial, o exercício destes direitos pode todavia ser objecto das proibições estabelecidas pelo Tratado"; Acórdão TJCE de 18 de Fevereiro de 1992, *Comissão c. Itália* [1992], proc. C-235/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-777, n.º 14: "as disposições do Tratado, e nomeadamente as do artigo 222.º segundo as quais o Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-membros, não podem ser interpretadas como reservando ao legislador nacional, em matéria de propriedade industrial e comercial, o poder de tomar medidas que afectem o princípio da livre circulação de mercadorias no interior do mercado comum, tal como este é previsto e organizado pelo Tratado".

<sup>732</sup> Cfr. DANIELA CARUSO, "Private...", p. 756.

<sup>733</sup> Neste sentido, LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 410; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 84 ("it seems that, e. g., harmonisation of mortgage law in order to create a more efficient internal market regarding services and capital is not forbidden by article 295 EC"). Sobre a actuação da UE no domínio jurídico-real, cfr. RUI PINTO DUARTE, "Direito...", p. 462, e EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 2. Lembrem-se a Directiva das Garantias Financeiras (2002/47/CE) e a Directiva sobre a restituição de bens culturais (93/7/CEE), actos jurídicos que melhor analisaremos *infra* (*vide*, respectivamente, pp. 522ss e 536ss).



realizar tal unificação (ou mesmo a mera harmonização) do direito hipotecário, por força dos princípios delimitadores da acção comunitária. Efectivamente, mesmo que aceitássemos que a intervenção no direito hipotecário seria competência *atribuída* à União<sup>734</sup> e que a actuação das autoridades nacionais seria insuficiente para a realização do mercado neste particular (sendo os objectivos melhor alcançados ao nível europeu) — cumprindo assim o princípio da *subsidiariedade*<sup>735</sup> —, o princípio da proporcionalidade (que limita a acção da UE à escolha da medida menos intrusiva) sempre afastaria esta solução.

---

<sup>734</sup> O que, desde logo, é muito duvidoso, como alerta JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La falta...", p. 135. Na verdade, pelo simples facto de nunca terem sido impugnadas muitas directivas que operam harmonização ou unificação de direito privado, não se pode concluir que a competência exista, sendo unânime a *inexistência de atribuições* no domínio da unificação do direito privado não patrimonial (direito da família, por exemplo — cfr. KARL KREUZER, "Die Europäisierung des internationalen Privatrechts", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.<sup>a</sup> Edição, PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 457-542, p. 470; CHRISTIAN JOERGES, "The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines — an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 175-191, p. 175). Ademais, a unificação não poderia nunca ser transversal, estando limitada às áreas do direito privado onde se revelasse essencial (art. 114.º e 115.º TFUE), o que implica necessariamente uma aproximação fragmentária e parcelar (WALTER VAN GERVEN, "Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 465-469, p. 468; PIET JAN SLOT, "Harmonisation...", p. 381; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 131).

É no entanto inegável que a UE se comporta como se a unificação ou harmonização do direito privado fosse incidível do processo de integração, pelo que as instituições apenas olham aos limites impostos pela subsidiariedade e pela proporcionalidade (DANIELA CARUSO, "Private...", pp. 753-754: "In Brussels, it seems difficult to conceive a fully integrated Europe without implicating in one way or another the essence of ownership regimes").

Sobre o princípio da competência de atribuição, *vide* RUI MOURA RAMOS, *Direito Comunitário...*, p. 60; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 88; DULCE LOPES, "A articulação...", p. 97; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 328; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 239ss; MARIA LUÍSA DUARTE, "O Tratado...", p. 41; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, p. 279; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União...*, p. 57; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 278; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 147.

<sup>735</sup> Como é sabido, o princípio da subsidiariedade proíbe a intervenção da UE quando os Estados sejam capazes de o fazer: "a competência da Comunidade deve até em princípio ser considerada excepcional" — FRANCISCO LUCAS PIRES, "A política social comunitária como exemplo do princípio da subsidiariedade", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIII (VI da 2.<sup>a</sup> Série), n.º 3-4, 1991, pp. 239-259, p. 250; DULCE LOPES, "A articulação...", p. 103; MARIA DO ROSÁRIO VILHENA, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 108ss, embora se discuta a necessidade de *critério* para determinação dos casos em que a actuação comunitária é *necessária* (cfr. JAN SMITS, "Who Does What? On Cameron, Rutte and the Optimal Distribution of Competences Among the European Union and the Member States", *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, KAI PURNHAGEN E PETER ROTT, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 343-357, p. 350). Sobre a origem histórica do cânone, *vide* FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995, pp. 12ss, e MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 91ss.

Assim sustenta a doutrina maioritária que a União Europeia *não tem competência* para unificar ou harmonizar transversalmente o direito privado, porquanto a sua profunda disparidade demonstra a necessidade de o poder normativo ser exercido o mais próximo possível dos cidadãos (DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1677, e "Um Código...", p. 14; MARTIN BANGERMANN, "Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, n.º 3, 1994, pp. 377-380, p. 378; NORBERT HORN, "Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 1/2000, 2000, pp. 40-46, p. 46; NICHOLAS EMILIOU, "Subsidiarity: an effective barrier against «the enterprises of ambition»?", *European Law Review*, vol. 17, n.º 5, 1992, pp. 383-407, p. 407; HUGH BEALE, "The «Europeanisation»...", p. 24; ROGER VAN DEN BERGH, "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, 1998, pp. 129-152, p. 130; CLAUS DIETER EHLERMANN,

Entendamo-nos. A *concessão de hipoteca* é indiscutivelmente um dos domínios da liberdade de circulação de capitais, pelo que é defensável a *atribuição* de competências comunitárias nesta sede. Mesmo depois da eliminação da base jurídica específica para esta liberdade (art. 69.º TCEE) ocorrida no Tratado de Maastricht, as bases gerais de aproximação de legislações (arts. 114.º e 115.º TFUE) admitem a intervenção europeia quando útil à realização do mercado único (o que, *in casu*, decorre da nossa conclusão anterior de que a disparidade legislativa conduz a um obstáculo à realização do mercado). Nessa medida, não discutiremos a *atribuição* à União de poderes de intervenção nas garantias imobiliárias<sup>736</sup>. A isto acresce que o direito da União produz inevitavelmente efeitos no direito nacional, mesmo em domínios de competência exclusiva dos Estados-Membros (pense-se nas regras sobre nome das pessoas), pelo que também os direitos reais podem vir a ser afectados pelo regime comunitário<sup>737</sup>.

---

"Compétition...", p. 220. Aliás, mesmo um dos grandes defensores da unificação, ULRICH DROBNIG, "Scope...", p. 492, reconhece "*with some regret*" que o princípio da subsidiariedade impede a *uniformização* do direito privado (embora admita a criação de um *código de DIP material*).

Aliás, pode concitar-se a questão de saber se, assumindo a UE poderes em matéria de unificação de sistemas conflituais, não está *ipso facto* limitada na sua intervenção no direito material. Suportando esta interpretação, argumenta-se que a atribuição de poderes em matéria de aproximação das legislações se limita às disposições "*que tenham por objecto o estabelecimento e funcionamento do mercado interno*" (art. 114.º TFUE), excluindo por isso a competência da UE em domínios não patrimoniais (*v. g.*, direito da família). Por outro lado, para quem entenda que a intervenção ao nível do direito material não é *necessária* para o estabelecimento do mercado interno em face do estabelecimento do *princípio do reconhecimento mútuo/princípio do país de origem* (sobretudo para quem aceite a sua extensão ao direito privado), o critério da proporcionalidade sempre afastaria a viabilidade deste modo de intervenção (cfr. n.º 4 do art. 5.º TUE) (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 417).

Em sentido contrário, sustentando haver duas esferas distintas de aproximação (a unificação conflitual e a harmonização material, quando a persistência de normas materiais muito díspares constitua um entrave à integração), *vide* JÜRGEN BASEDOW, "The Communitarisation of Private International Law", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 455-460, p. 458, e "Un droit...", p. 26 (entendendo que o princípio da subsidiariedade se não opõe à unificação do direito dos contratos).

<sup>736</sup> Cfr. CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 64; JÜRGEN BASEDOW, "Un droit...", p. 11, e "Codification...", p. 45 (que porém recusa a viabilidade da sua utilização para a unificação transversal do direito civil). É também esta a convicção das instituições, porquanto a *Directiva do Crédito Hipotecário* (Directiva 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014) baseia-se justamente no art. 114.º TFUE. Em sentido contrário, RUI MOURA RAMOS, "Conclusões", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 307-317, considera não serem tais bases jurídicas aptas à unificação do direito civil europeu.

Note-se que a norma do art. 81.º TFUE (que legitima a acção comunitária no quadro do DIP) não é adequada a basear a unificação de regras materiais (cfr. WINFRIED TILMANN E WALTER VAN GERVEN, "The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potential legal bases", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 183-203, p. 192); da mesma forma, deve ser repudiada a utilização do mecanismo de integração de lacunas do art. 352.º TFUE (ex-art. 308.º TCE; ex-ex-art. 235.º TCE), porquanto este expediente é absolutamente subsidiário (cfr. BASEDOW, *cit.*, p. 44).

<sup>737</sup> Neste sentido, BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, "Free...", p. 237, e SJEF VAN ERP, "Security Interests...", p. 4. Basta recordar o Acórdão *Manfred Trummer* (*cit.* nota n.º 49), que declarou a ilicitude da exigência de expressão da hipoteca em moeda nacional, influenciando o regime material da hipoteca; os Acórdãos *Konle* e *Reisch* (*cit.*, respectivamente notas n.º 47 e n.º 728) que avaliaram a conformidade de um regime de autorizações prévias à aquisição de uma segunda habitação.

Todavia, os princípios da *subsidiariedade* (que traça a linha divisória entre competência nacional e comunitária nos domínios onde a União goza de poderes de actuação) e da *proporcionalidade* (que orienta as Instituições na escolha da concreta medida a tomar) impõem limites às autoridades comunitárias.

Centrando-nos desde já no domínio da proporcionalidade, atente-se na tripla restrição determinada: *por um lado*, dever-se-ão escolher acções que se dirijam apenas à realização dos objectivos dos Tratados; *por outro*, de entre todas as medidas adequadas, deve optar-se pela *menos intrusiva* da autonomia de decisão das autoridades nacionais; *por fim*, deve ser feito um juízo de custo-benefício, indagando se as vantagens de intromissão das autoridades europeias na margem decisória nacional é verdadeiramente profícua. Há que ser demonstrada a *estrita necessidade* de unificação legislativa para a construção do mercado<sup>738</sup>.

No fundo, ainda que a unificação (em sentido amplo) seja apta à realização da liberdade de circulação de capitais, sempre que à disposição da autoridade comunitária existam mecanismos de regulação igualmente eficazes e menos intrusivos, o Tratado proíbe a opção pela medida que ultrapassa o limiar mínimo de intervenção. De outro modo, importa saber se, não obstante a unificação ter efeitos positivos na remoção de obstáculos à concessão de crédito hipotecário transnacional, a operação é *necessária*<sup>739</sup>.

A nosso ver, esta necessidade não está demonstrada.

*Por um lado*, há países onde existe plena integração económica apesar de mercados por ordenamentos plurilegislativos ou complexos, o que comprova “*no plano dos factos que a livre concorrência não é prejudicada pela diversidade dos direitos locais*”; no fundo, não é *necessária* a adopção desta medida para a integração, o que a coloca fora da autorização concedida pelo princípio da proporcionalidade. Se em vários Estados há leis distintas sem que a diversidade contenda

---

No que se refere à influência do direito da União nas regras sobre nome, *vide* Acórdãos do TJCE de 2 de Outubro de 2003, *García Avello*, proc. C-148/02, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, n.º 40ss; *Konstantinidis* (*cit. nota n.º 635*) n.º 17; *Grunkin e Paul* (*cit. nota n.º 635*); Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein* (*cit. nota n.º 635*).

<sup>738</sup> Sobre o princípio da proporcionalidade no direito comunitário enquanto critério de controlo, cfr. DULCE LOPES, *O Princípio...*, p. 168, e “A articulação...”, p. 102; TAKIS TRIDIMAS, *General...*, pp. 136ss; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 91; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, pp. 337ss; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 143; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 281; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, pp. 285ss; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *Lições...*, p. 152. Como bem ensina FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio...*, p. 48, e *Direito da União...*, p. 143, a conexão entre os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade é muito grande: o primeiro permite identificar *quando* é que a acção pretendida cabe à União Europeia e não aos Estados-Membros; o segundo constitui *critério e limite* de actuação das instituições, mesmo quando aquela caiba à União.

<sup>739</sup> HUGH COLLINS, “European Private...”, p. 354: “*Although there can be no doubt that a common private law would remove obstructions to trade caused by the deterrent effect of regulatory divergence, is this step necessary or desirable?*”

com o regular funcionamento do mercado, a unificação legislativa não constitui uma actuação essencial para a realização das liberdades comunitárias<sup>740</sup>.

*Por outro*, como demonstraremos *infra*, há outras medidas — quer passem pela instituição de uma *euro-hipoteca* (considerada por alguma doutrina uma forma de *harmonização*), quer por uma intervenção ao nível do direito de conflitos, quer mesmo pela adopção de regimes jurídicos aplicáveis apenas a relações jurídicas internacionais, preservando a aplicação do direito nacionais nas situações puramente internas — capazes de atingir o objectivo apontado. A simples existência de alternativas menos intrusivas (com destaque para a *euro-hipoteca*, por constituir uma forma de intervenção muito próxima que, todavia, autoriza a manutenção de leis nacionais) implica a impossibilidade de actuação da União no sentido da unificação ou harmonização do direito material. No fundo, cada vez mais se conclui que se a harmonização ou uniformização pode ser necessária no quadro do direito público, não é verdadeiramente essencial aproximar as regras de direito privado: “*lo determinante para la*

---

<sup>740</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", p. 11, e "Perspectivas...", p. 1671 (ilustrando com os exemplos do Canadá, Espanha, Estados Unidos da América e Reino Unido); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 259 (“*as experiências de países como o Reino Unido, os EUA e o Canadá tornam evidente que a unidade política e o mercado comum são compatíveis com uma pluralidade de sistemas jurídicos*”); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da modernização...*, p. 150 (“*a experiência dos Estados plurilegislativos, como os Estados Unidos e o Canadá, mostra que a existência de Direitos internos diferenciados não é obstáculo à integração e ao desenvolvimento*”); HUGH COLLINS, "European Private...", p. 354 (que ilustra com o Reino Unido e o Canadá e confessa não ser o caso norte-americano um bom exemplo, porquanto a proximidade das legislações dos vários estados permite uma formação jurídica comum); OTTO KAHN-FREUND, "Common Law and Civil Law — Imaginary and Real Obstacles to Assimilation", *New Perspectives for a Common Law of Europe*, MAURO CAPPELLETTI, Sijthoff / Bruylant, Florença, 1978, pp. 137-168, p. 141 (“*it is not needed for a functioning and successful economic community. It would not even be a requirement for a political community, not even for a close federation. The example of the Dominion of Canada is perhaps even more telling than that of the United States, because of the co-existence of legal system of Quebec*”); HEIN KÖTZ, "A common...", pp. 32-33; MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, "El DIPr ante la globalización: repercusiones y algunas tendencias (en una perspectiva española)", *A Internacionalização do Direito no Novo Século — Studia Iuridica n.º 94*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 73-126, p. 83; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", pp. 69 e 73; DOMINIQUE BUREAU, "La fin...", p. 617, nota n.º 16 (sublinhando que a intervenção da UE *ao nível conflitual* em detrimento da harmonização ou unificação do direito material é mais condicente com o princípio da proporcionalidade); RUI MOURA RAMOS, "Conclusões", p. 313 (considerando preferível a adopção de normas aplicáveis exclusivamente a relações internacionais, preservando o direito nacional às relações puramente internas); MARTIJN HESSELINK, "The European...", p. 418, (concluindo, referindo-se ao direito das obrigações, que “*nobody believes that the internal market cannot function properly without a European Code*”); ARTHUR HARTKAMP, "Modernisation...", p. 82 (“*the main problem with this assumption is that it seems to be rebutted by the world's largest single national market, the United States of America, with its fifty-odd separate private law jurisdictions*”, não obstante reconhecer que as transacções internacionais encontram um custo acrescido de assessoria jurídica). Sendo *desnecessária* a medida comunitária, ela torna-se proibida por violação do princípio da proporcionalidade — *vide* DULCE LOPES, *O Princípio...*, p. 68, e "A articulação...", p. 102; TAKIS TRIDIMAS, *General...*, p. 140; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 339; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 91; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 262; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 281; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, p. 287; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *Lições...*, p. 153. Não obstante, LIMA PINHEIRO, *cit.*, sustenta a proibição no princípio da subsidiariedade, o que se ligará à estreitíssima ligação entre os cânones (FAUSTO DE QUADROS, *cit.*, p. 143). Em sentido contrário, JORGE SINDE MONTEIRO, "Conclusões", p. 295, sustenta que a “*discussão abstracta em torno da necessidade ou praticabilidade da criação de regras comuns tende a ser substituída pela discussão de projectos ou propostas concretas*”, embora reconheça que, no domínio jurídico-real, há que laborar primeiro num regime aplicável aos bens móveis e só depois avançar para os imóveis.

*participación de las empresas en el extranjero no es tanto la coincidencia normativa con la situación existente en el Estado de procedencia como la adecuación funcional y la previsibilidad del ordenamiento extranjero*”, o que é alcançável por via do direito de conflitos<sup>741</sup>.

O que dizemos tem aliás consagração jurisprudencial. Na verdade, quando o Tribunal de Justiça anulou a Directiva n.º 98/43/CE, relativa à publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco, explicou que a unificação de legislações só pode ter lugar quando seja absolutamente *necessária* a eliminar uma distorção real ao funcionamento do mercado interno; ora, parece claro que existem várias alternativas à intervenção material, pelo que o princípio da proporcionalidade sempre a esta se oporá<sup>742</sup>.

### 1.3.2.3. A preservação do pluralismo jurídico e das identidades nacionais.

A aditar a estes fundamentos, a mais autorizada doutrina ensina que as normas de direito comunitário originário proíbem a unificação do direito civil nacional por força do limite de *preservação da identidade nacional*. De facto, os Tratados estabelecem, como fronteira à actuação da União Europeia, o respeito pela diversidade cultural dos Estados-Membros (n.º 2 do art. 4.º TUE; § 4 do n.º 3 do art. 3.º TUE; art. 167.º TFUE) importando saber se, na *identidade cultural nacional* não estará, pelo menos em parte, o seu sistema normativo e as soluções legais tidas por justas em face de uma específica sociedade<sup>743</sup>.

---

<sup>741</sup> PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 424: "El nivel de seguridad jurídica de las relaciones privadas transfronterizas requerido para garantizar el buen funcionamiento del mercado interior puede lograrse, con carácter general, a través del establecimiento de reglas uniformes en materia de ley aplicable".

<sup>742</sup> Acórdão TJCE de 5 de Outubro de 2000, *Alemanha c. Parlamento Europeu e Conselho (publicidade e Patrocínio dos produtos do tabaco)*, proc. C-376/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-8419, n.º 29, 31, 66 e 112-115. Neste sentido, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto...", p. 61; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", pp. 422-423; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "El hipotético...", p. 348 e 377 (reconhecendo que só a reforma dos Tratados pode admitir a unificação do direito civil); ANTONI VAQUER ALOY, "¿Armonización...", p. 1066; WALTER VAN GERVEN, "The ECJ...", p. 102; NUNO RUIZ, "O Princípio da Subsidiariedade e a Harmonização de Legislações na Comunidade Europeia", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 129-138, p. 136; STEPHEN WEATHERILL, "Why Object...", pp. 643ss, e "European Contract Law: Taking the Heat Out of Questions of Competence", *European Business Law Review*, vol. 15, 2004, pp. 23-32, p. 25; WALTER VAN GERVEN, "Codifying...", p. 165; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 130 (que considera haver um problema de *atribuições* e não de *proporcionalidade*, defendendo poder ser ultrapassado por via do art. 352.º TFUE).

<sup>743</sup> As normas do Tratado estabelecem, respectivamente, "A União respeita a igualdade dos Estados-Membros perante os Tratados, bem como a respectiva identidade nacional, reflectida nas estruturas políticas e constitucionais fundamentais de cada um deles, incluindo no que se refere à autonomia local e regional"; "A União respeita a riqueza da sua diversidade cultural e linguística e vela pela salvaguarda e pelo desenvolvimento do património cultural europeu"; "A União contribuirá para o desenvolvimento das culturas dos Estados-Membros, respeitando a sua diversidade nacional e regional, e pondo simultaneamente em evidência o património cultural comum". O problema que suscitámos assume dificuldade porque o direito da União não dá qualquer definição de cultura, nem fornece quaisquer elementos para a sua correcta exegese (cfr. CHRISTIAN KOHLER, "Le droit de l'Union Européenne face à la diversité culturelle: tensions et solutions", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 62, n.º 2, 2009, pp. 473-493, p. 474).

Explica DÁRIO MOURA VICENTE que “a identidade nacional dos Estados membros da Comunidade compreende a sua identidade cultural, e desta faz parte a identidade jurídica”; “a pluralidade dos direitos é, com efeito, inerente à diversidade de culturas [...] e à diversa valoração dos mesmos problemas nos diferentes sistemas jurídicos locais”. Tal implica que a harmonização não possa apagar a valoração específica de cada Estado para os mesmos problemas nem a visão socioeconómica inerente às opções de política legislativa ou ao próprio modo de ver o Direito<sup>744</sup>.

Ora, se pode discutir-se a relevância deste argumento em ramos jurídicos axiologicamente menos marcados (como o direito contratual)<sup>745</sup>, não parece haver dúvidas de que os direitos reais imobiliários espelham opções político-económicas de cada Estado e constituem, por isso, um dos domínios “tradicionalmente rebeldes a uma uniformização à escala internacional”. Será o “argumento cultural central de los detractores de un Código civil europeo”. Para certa doutrina, a regulação dos direitos reais revelará mesmo opções jurídico-constitucionais

---

<sup>744</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", pp. 7ss; "Perspectivas...", pp. 1673 e 1677-1678; "Liberdades Comunitárias...", p. 789. No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Federalismo e Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 331-356, pp. 333 e 341 (“O Direito é parte da cultura e participa da identidade nacional e, por isso, estes valores postulam o respeito da autonomia dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros e do pluralismo jurídico no seio da comunidade”) e "Concorrência...", p. 261; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 119 (“a identidade nacional significa identidade política, jurídica [incluindo a identidade constitucional] e cultural. [...] No plano jurídico, o respeito pela identidade nacional dos Estados exige que a União preserve a «especificidade» dos Direitos nacionais dos Estados-membros”); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 159-181; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 160 (“la diversité des droits correspond ici à des traditions, des mentalités, une culture, une philosophie propre à chaque nation et «l'identité» de chaque État membre, garantie par les art. 6 §3 do Traité sur l'UE et 151 §1 du traité CE”) e "Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 437, 2000, pp. 228-242, p. 229; HUGH COLLINS, "European Private...", pp. 359 e 363; STEPHEN WEATHERILL, "Why Object...", pp. 652-653; PIERRE LEGRAND, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 48, n.º 4, 1996, pp. 779-812, pp. 781ss, e "Against a European Civil Code", *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 44-62, pp. 45ss (demonstrando que as raízes dos sistemas de *common law* e de direito continental se ligam a distintos valores morais das respectivas sociedades, impossíveis de unificar, pelo que qualifica a tentativa de unificação do direito civil nacional como *arrogante, falaciosa, retrógrada e impossível*); RODOLFO SACCO, "La diversità...", p. 16.

<sup>745</sup> Indo mais além, HUGH COLLINS, "European Private...", pp. 359 e 363, considera que quaisquer normas de direito privado têm um *pressuposto cultural e social* que reclamou a sua elaboração. Assim, qualquer unificação (mesmo em domínios axiologicamente menos vinculados) pode colocar em cheque a autonomia cultural e social de cada Estado. O Professor ilustra com o exemplo de directivas que imponham o dever de consulta aos representantes dos trabalhadores antes de certas operações sobre a empresa, regra que tem subjacente uma *certa concepção da estrutura social*. Suponha-se que certo Estado entende que os cargos de direcção intermédia são adequados representantes dos trabalhadores para esses efeitos (desde logo porque não existem outras estruturas representativas dos trabalhadores) — cumpre-se o objectivo comunitário? Esta dúvida implica a conclusão da *inexistência de neutralidade* daquelas normas. Assim o Professor limita a possibilidade de unificação ao momento em que já exista uma *identidade sociocultural europeia* (*cit.*, p. 365; HUGH COLLINS, *The European Civil...*, p. 124). Em alternativa, sempre se teria de pensar noutro modelo de *código civil europeu*, distinto do que provém das codificações do século XIX, como mero *código de princípios* que não operasse uma unificação do direito privado — HUGH COLLINS, *The European Civil...*, pp. 132ss. Simplesmente, tal operação não tenderia à eliminação da disparidade legislativa e limitar-se-ia a reforçar a identidade europeia, como o Professor reconhece (p. 144).

quanto à disciplina da economia, o que levará à exclusão deste domínio de qualquer projecto de harmonização, pois “*a European Civil Code cannot aspire to usurp constitutional functions*”<sup>746</sup>.

Assim, mesmo que fosse possível encontrar consenso, a União estaria proibida de realizar uma harmonização que influenciasse os aspectos fundamentais da hipoteca (como a sua natureza acessória ou independente), já que essa opção reflecte uma *certa concepção cultural* da garantia real, uma tradição nacional e um modo de regular a economia. Ora, vimos, a disparidade legislativa constitui obstáculo à realização do mercado europeu de garantias *justamente no que concerne aos aspectos fulcrais dos institutos* — precisamente aquele que, por revelarem *rationes* nacionais, não devem ser harmonizados<sup>747</sup>.

---

<sup>746</sup> As citações são, respectivamente, de ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Os reflexos...", p. 14, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Un Derecho...", p. 71, e ANTONIO GAMBARO, "Perspectives...", p. 498. O Professor, porém, não partilha a convicção de que *todos os direitos reais e toda a regulação das coisas* tenha matriz constitucional. Defendendo que os institutos jurídicos que espelham os valores e política legislativa de cada Estado não devem ou podem ser harmonizados (designadamente os institutos jurídico-reais e familiares), *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", pp. 1673 e 1677-1678, e "Um Código...", pp. 7ss; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 484; PIERRE LEGRAND, "A Diabolical...", p. 248, e "Le primat...", p. 14 (que frisa que o modo de olhar o Direito é integrante da cultura e tradição de cada povo ou Estado) e p. 255 (que chama a atenção para o facto de uma unificação ter subjacente uma certa arrogância dos sistemas continentais, impondo o *seu modo* de expressar o Direito); ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, Vol. I, p. 46; GAMBARO, *cit.*, p. 497 (que, não obstante considerar viável, como princípio, a harmonização dos direitos reais, reconhece que “*it becomes rather clear that much property law is deeply rooted in locally developed legal traditions*”); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité...", p. 161; EVA LEIN, "A Further...", p. 110; A. V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences...", p. 281 (“*pour respecter les cultures nationales, dans la mesure où elles s'expriment dans les institutions et les règles de droit nationales [...] les autorités communautaires se concentreront pour ce qui concerne l'unification et l'harmonisation sur les domaines du commerce et de l'économie. L'unification du droit des successions, par exemple, ne se justifie aucunement!*”); ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 10, e "Verso la «Comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLI, n.º 3, 2005, pp. 573-606, p. 606; JAN SMITS, "How to predict the differences in uniformity between different areas of a future European private law? An evolutionary approach", *The Economics of Harmonizing European Law*, ALAIN MARCIANO E JEAN-MICHEL JOSSELINE, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, pp. 50-69, p. 62 (que aponta os direitos reais como matéria excessivamente onerosa, e por isso inviável, de harmonizar ou unificar). Parece ser esta a direcção indicada pela jurisprudência comunitária e pelo Tratado de Lisboa, porquanto o caminho do *princípio do reconhecimento mútuo* tutela melhor a identidade jurídica de cada Estado-Membro (CHRISTIAN KOHLER, "Le droit...", p. 486). Sobre os direitos reais enquanto espelho das opções de político-económicas de cada Estado, *vide* o que dissemos *supra*, pp. 82ss. Será esta, porventura, a causa de os esforços de harmonização se cingirem, na sua maioria, ao domínio das garantias pessoais (cfr. PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 35) e de os direitos reais se manterem quase exclusivamente regulados por fontes nacionais (GERRIT BETLEM E EWOUOD HONDIUS, "European...", p. 9). Em sentido próximo, *vide* TEEMU JUUTILAINEN, "Coherence...", p. 101. Em sentido contrário, JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La falta...", p. 154 (concluindo não proceder o argumento das normas *negativas de competência*, como o art. 4.º TUE, pois na identidade nacional não se inclui o direito privado); GUIDO ALPA, "European...", p. 333 (não considera a identidade jurídica como parte integrante da estrutura sociocultural, reservando essa missão para a língua e costumes); GERRIT BETLEM E EWOUOD HONDIUS, "European...", p. 18 (defendem que embora sendo verdade que os direitos reais se ligam à concepção cultural, as suas soluções têm cariz essencialmente técnico e, por isso, podem ser harmonizadas).

<sup>747</sup> Será esta a razão, porventura, que estará na base de a UNCITRAL ter excluído as garantias imobiliárias do seu *Guia Legislativo sobre Garantias das Transacções*, segundo SPIROS V. BAZINAS, "The UNCITRAL...", p. 143. O que dizemos não implica necessariamente a recusa da argumentação de DANIELA CARUSO, "Private...", p. 759, segundo a qual a reserva constitucional à regulação dos direitos reais de cada Estado se limita à exclusão de certos bens do comércio jurídico, à definição da propriedade privada e pública e à regulação das condições jurídico-públicas para o seu exercício. Na verdade, mesmo que a modelação da hipoteca não constitua uma *reserva constitucional*, o argumento que aqui trazemos é o da *perda de autonomia regulatória da economia*, reveladora de opções culturais e sociológicas, que deverá manter-se na esfera de competência dos Estados-Membros no que concerne às relações internas.

No fundo, a unificação do direito hipotecário parece ir contra o próprio modelo da construção europeia: os Estados-Membros “*should recognise each-other’s law; the market citizens should have the opportunity to select the legal regulation that suits them. This structure, therefore, assumes difference across the legal «systems» of the various Member States*”. Isto é, o propósito das bases jurídicas sobre a aproximação das legislações não postula um ideal de uniformidade mas apenas de *compatibilidade* e de *articulação das diferenças*, o que é sustentado pela constante afirmação do princípio da subsidiariedade no plano europeu<sup>748</sup>.

#### 1.3.2.4. A incompetência comunitária para unificação de institutos jurídico-reais e inexistência de alternativa.

O *supra* exposto implica a conclusão que se adivinha: não tendo a União competência para unificar, por actos unilaterais, o direito hipotecário no espaço europeu, uma eventual uniformização estaria dependente da acção dos Estados-Membros por via internacional<sup>749</sup>.

A actuação mediante convenção internacional teria algumas vantagens. Na verdade, o processo da sua conclusão envolve necessariamente uma discussão mais alargada (já que carece de aprovação e ratificação por todos os Estados Parte) e a experiência demonstra que as convenções de unificação revelam elevada qualidade técnico-jurídica. Por outro lado, o direito internacional está dotado de expedientes que potenciam a flexibilidade da vinculação internacional (como as reservas), quebrando a rigidez dos actos unilaterais comunitários<sup>750</sup>.

---

Quanto à acessoriedade, a dificuldade acresce pelo facto de aquela ser estruturante na *maioria* dos vários sistemas hipotecários europeus (não sendo crível que uma unificação o eliminasse, porquanto são a maioria e a acessoriedade protege melhor o devedor) e ser repudiada pelos operadores económicos dos mercados onde a hipoteca é mais importante. Sobre este assunto, cfr. MATHIAS HABERSACK, "Die Akzessorietät...", pp. 860ss.

<sup>748</sup> PIERRE LEGRAND, "A Diabolical...", pp. 265 e 268; "Sens...", pp. 781ss, e "Against...", pp. 45ss. No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 261 ("*a autonomia destes sistemas jurídicos permite que eles concorram na solução dos mesmos problemas, que seja testadas as várias respostas possíveis e que se evolua no sentido da difusão das melhores soluções*"). No fundo, a diversidade legislativa não deve ser eliminada sempre que tal a competição entre os diferentes modelos de regulação jurídica seja desejável, porque favorece a adequação do direito às necessidades sociais, constituindo assim um factor de progresso (cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade...*, p. 357; JOEL TRACHTMAN, "International...", p. 66.

<sup>749</sup> Neste sentido, HUGH COLLINS, "European Private...", p. 356.

<sup>750</sup> No sentido de que os actos normativos de unificação têm maior qualidade quando constantes em Convenções Internacionais do que quando oriundos de Regulamentos, *vide* YVES LEQUETTE, "De Bruxelles à la Haye (Acte II): Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 503-544, p. 505. O Professor ilustra a diferença de qualidade no domínio da unificação do direito internacional privado, chamando a atenção para o facto de a Convenção de Bruxelas de 1968 e a Convenção de Roma de 1980 serem de tal modo admiradas que constituem, respectivamente, a base de um projecto de convenção universal e o modelo de muitas leis nacionais em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais. Já o DIP inserido em actos de direito derivado é caracterizado como labiríntico e catastrófico. Ademais, alerta WOLFGANG LUEKE, "The New...", p. 371, para a existência de *trabalhos preparatórios* das Convenções, que nem sempre existem quando a unificação é operada por actos unilaterais comunitários.

Em sentido convergente, cfr. CYRIL NOURISSAT, "Sur l'élaboration d'une source perturbatrice: à propos du droit international privé communautaire", *Recueil Dalloz*, n.º 16, 2007, pp. 1098-1101, p. 1098 (que parece



Todavia, ressaltam igualmente os inconvenientes deste método, em número e gravidade suficientes para que a unificação do direito hipotecário por adopção de uma convenção internacional não seja verdadeiramente uma alternativa.

A adopção de uma convenção de direito hipotecário uniforme implicaria, desde logo, a cautela adicional da atribuição de competência prejudicial ao Tribunal de Justiça, como forma de impedir o surgimento de correntes jurisprudenciais relativas à sua interpretação que, no limite, eliminassem as vantagens da uniformização. Tal expediente não seria inovador: lembre-se que a mesma conduta foi seguida na Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais<sup>751</sup>.

Mas ainda que esta cautela seja seguida, a celebração da convenção (em alternativa à regulação de fonte comunitária) será mais difícil, morosa, onerosa, improvável e ineficaz.

*Por um lado*, a negociação conducente a um texto será complexa. A experiência revela que a modelação internacional de leis uniformes é francamente mais difícil do que a unificação por fonte supranacional, desde logo porque o objectivo (a vigência do seu texto em todo o espaço europeu) carecerá da vinculação de todos os Estados-Membros. Isto é, a adopção desta convenção dependeria, no fundo, de unanimidade dos países europeus ao contrário do que sucede com a maioria dos actos jurídicos comunitários. Esta vicissitude leva a que os Estados Parte, no âmbito da negociação, sejam mais exigentes na modelação das disposições convencionais, sabendo de antemão que do seu acordo depende a unificação normativa. Tal circunstância, aliada à profunda disparidade de concepções jurídico-reais no

---

atribuir o facto à presença de técnicos e especialistas, e não de políticos, nas conferências que redigem os textos convencionais). O Professor nota, por isso, diferenças entre os actos comunitários adoptados por *procedimento comum de decisão* (onde o Conselho adoptava o acto, após parecer do Parlamento Europeu, havendo um *modus* de decisão mais próximo daquele que se conhecia da via convencional) e os, mais recentes, adoptados por *procedimento de co-decisão* (ou processo legislativo ordinário), onde o papel do Parlamento Europeu se repercutiu directamente no conteúdo dos Regulamentos. Igualmente, embora referindo-se às Convenções da Haia, FERNANDO PAULINO PEREIRA, "Les ponts entre la conférence de la Haye de droit international privé et les instruments conclus dans le cadre de l'Union Européenne", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 697-710, p. 698, sublinha que a elevada qualidade dos textos convencionais se deve ao nível científico dos negociadores — "*professeurs émérites des États membres*".

Nos primórdios da integração, aditava IVO SCHWARTZ, "Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou conventions entre les États membres?", *Journal du Droit International*, vol. 105, n.º 4, 1978, pp. 751-804, p. 753, ser impraticável o recurso às directivas (e, por isso, preferível a utilização do método convencional) pelo facto de "*un droit européen et des institutions européennes deviennent nécessaires, au lieu ou en plus du droit national, pour venir à bout de problèmes européens*".

<sup>751</sup> Neste caso, o Tribunal de Justiça comportar-se-ia como Tribunal Internacional e não como *Tribunal Comunitário*; simplesmente, a prática revelou ser impossível a dissociação dos dois papéis, como ensina CHRISTIAN KOHLER, "La Cour...", p. 72. Sobre este expediente nos convénios internacionais de inspiração comunitária, *vide* NURIA BOUZA VIDAL, "Modalidades...", p. 559.

direito hipotecário, levam para o domínio da utopia a possibilidade de acordo entre 28 Estados-Membros na unificação dos regimes nacionais<sup>752</sup>.

*Por outro lado*, mesmo que o consenso para a regulação uniforme seja alcançado, a aplicação transversal da convenção no espaço comunitário depende de vários factores, gerando dificuldades adicionais face à unificação operada por acto normativo comunitário. Referimo-nos à entrada em vigor que, via de regra, só ocorre depois da *ratificação* por todos os Estados-Membros (carecendo, mais uma vez, de unanimidade), acto que pode caber a órgãos estaduais diferentes dos que assinaram a convenção e que pode ser submetido a referendo (i); ao facto de, mesmo depois da ratificação, a recepção do direito internacional no plano interno poder ser menos fácil do que a do direito comunitário, onde o Regulamento goza de aplicabilidade directa (ii); à eventualidade de formulação de reservas, que impedem a plena unificação (iii); à hierarquia das regras convencionais face ao direito interno, problema que depende de cada regime constitucional, ao passo que as normas comunitárias gozam do princípio do primado (iv); e à admissibilidade da excepção da reciprocidade, que é admissível no plano jusinternacional mas não no quadro comunitário (v). Acresce que as revisões que se revelarem necessárias sempre ficarão sujeitas a mais um procedimento formal conducente a uma Convenção de revisão (necessário, desde logo, sempre que ocorrer um alargamento da União)<sup>753</sup>.

---

<sup>752</sup> Neste sentido, explicando a impossibilidade de consenso para unificação das regras jurídico-reais, *vide* TEEMU JUUTILAINEN, "Coherence...", p. 101. Esta ideia subjaz às palavras de HUGH COLLINS, "European Private...", p. 356 e é, aliás, confirmada pelos sucessivos fracassos de harmonização das garantias mobiliárias que descrevemos *supra* (cfr. nota n.º 684), explicados por RONALD CUMING, "The Internationalization...", p. 499; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Garantias...*, p. 49; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, pp. 37-38; ULRICH DROBNIG, "Unified...", p. 669; EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", pp. 22ss. De facto, nas matérias em que o legislador expressa opções políticas, é difícil a unificação substantiva, porquanto esta acaba por implicar uma atenuação da soberania nacional (cfr. RENÉ DAVID, "Il Diritto del Commercio Internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova *lex mercatoria*?", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXII, Parte Prima, 1976, pp. 577-590, p. 581). Em consequência, as convenções de unificação caracterizam-se por um processo de negociação de décadas, como ilustra IVO SCHWARTZ, "Voies...", p. 765.

<sup>753</sup> Neste sentido, ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 2, 1999, pp. 383-426, p. 387; CHRISTIAN VON BAR, "The Study...", p. 75; ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 1, 1995, pp. 1-40, p. 3 (comparando as *convenções de unificação de DIP* com as *normas comunitárias de unificação conflitual*); NURIA BOUZA VIDAL, "Modalidades...", p. 552 ("*la unificación del Derecho por vía convencional se enfrenta a numerosas dificultades. Son frecuentes los Tratados firmados y no ratificados por los Estados o aquellos en que los que transcurre un largo período de tiempo antes de conseguirse un número suficiente de ratificaciones para su entrada en vigor*"); IVO SCHWARTZ, "Voies...", pp. 770-779. *Vide* ainda, sobre a opção de unificação por via internacional ou comunitária, MANLIO UDINA, "Recenti tendenze all'unificazione od armonizzazione del diritto internazionale privato in Europa", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, n.º 1-4, 1972, pp. 385-393, pp. 391ss. Ilustrativo das dificuldades inerentes à unificação de regras jurídicas através de convenções internacionais no espaço comunitário é o ocorrido na Lei Uniforme das Letras e Livranças, onde muitos Estados "*fizeram uso abundante das reservas permitidas na adopção dos seus preceitos*" (CAROLINA CUNHA, *Letras...*, p. 38). O mesmo se pode deduzir do passado recente das convenções comunitárias de DIP — mormente a Convenção de Bruxelas de 1968 e a Convenção de Roma de 1980: "*With each accession of a new State to the European Community, the Brussels and the Rome Conventions had to be adjusted and ratified again by all contracting States. The growing number of Member States made*

Em suma, a via internacional só é verdadeiramente uma opção quando os Estados-Membros aderem *em bloco* à sua vigência, mas já não sempre que algum dos países ratifica de forma diferente<sup>754</sup>. Ora, mesmo que tal sucedesse (o que é, em si mesmo, uma utopia), a experiência demonstra que a unificação e harmonização são fracamente alcançadas por via internacional, já que a adopção de obrigações no plano internacional não coincide, muitas vezes, com a adopção das regras uniformes no plano interno, sobretudo nos Estados onde não vigoram sistemas de recepção automática do direito convencional e se exige a sua transformação em acto jurídico interno<sup>755</sup>. Nestes casos, é evidente que se multiplicarão disparidades na interpretação das normas uniformes. Ainda que os Estados-Membros atribuam competência prejudicial ao Tribunal de Justiça, o sentido dado pelo Juiz comunitário a essas normas pode não encontrar correspondente óbvio nos instrumentos nacionais de recepção das regras internacionais, inviabilizando o efeito útil pretendido.

Isto é, não podendo a União Europeia unificar por si própria o direito hipotecário, esta via estará apartada, porquanto a criação de uma *lei uniforme da hipoteca* em convenção internacional não apenas constitui ideia utópica como é estruturalmente incapaz de operar uma plena uniformização<sup>756</sup>.

---

*the ratification procedures more and more time-consuming, with the effect that the European Commission openly discussed sanctions for States which did not approve the amendments*" (JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 3, 2000, pp. 687-708, p. 688). No mesmo sentido, JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, "Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations", *Edinburgh Law Review*, vol. 65, 2005, pp. 65-97 e 238-266, p. 69; LARRY A. DIMATTEO, "Harmonization...", pp. 562ss.

Reconheça-se, porém, que as convenções de unificação promovidas pela UE, sendo *de iure* instrumentos jurídicos de direito internacional, são parte do acervo comunitário, pelo que a adesão de novos Estados não desencadeia um processo de renegociação dos seus termos mas a aceitação das respectivas normas (cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, n.º 3, 1990, pp. 785-826, p. 796; SCHWARTZ, *cit.*, p. 767).

<sup>754</sup> É justamente por esta razão que os defensores unificação consideram que, caso se utilize a convenção internacional como instrumento, "*Member States should in future sign such conventions en bloc*" (COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW E STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, "Communication...", p. 148).

<sup>755</sup> Neste sentido, JOSÉ M. GARRIDO, "Some...", p. 81; ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 325 (referindo-se à unificação das regras de DIP através de convenções internacionais); IVO SCHWARTZ, "Voies...", pp. 770 e 771. De facto, recorde-se que, na Europa, o sistema da transformação vigora quanto ao direito convencional no Reino Unido e na Bélgica e é doutrinariamente sustentado em Itália e na Alemanha — JORGE MIRANDA, *Curso de Direito Internacional Público*, 5.ª Edição, Princípa, Estoril, 2012, p. 141; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 68; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, pp. 161ss; MARIA LUÍSA DUARTE, *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, p. 278; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, *Manual...*, p. 100 (que explicam com detalhe as técnicas de incorporação do direito internacional convencional nas ordens jurídicas internas).

<sup>756</sup> Para além das vias estudadas, não desconhecemos que se fala hoje de uma *uniformização do direito privado à margem das autoridades públicas*: os operadores económicos vão definindo eles próprios regras de conduta, as quais são depois utilizadas nos meios privados de solução de conflitos (como a arbitragem). Simplesmente, se esta unificação tem utilidade discutível no âmbito contratual, o seu carácter incompleto, a dependência da arbitragem como mecanismo de resolução de litígios e a ausência de um poder político que garanta a sua força vinculativa a tornam *absolutamente inútil* no quadro das garantias reais. Neste sentido, PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 419; HENRI BATIFFOL, "La règle de droit en droit international privé", *La règle de droit*, CH. PERELMAN, Bruylant, Bruxelas, 1971, pp. 214-225, pp. 224-225.

## 2. A EURO-HIPOTECA

Nos últimos 60 anos vêm surgindo propostas de criação de uma *euro-hipoteca* a instituir *ao lado* das garantias nacionais que, pelas suas características de flexibilidade e eficácia, potenciase a criação de um mercado interno de garantias, com vista à realização plena da liberdade de circulação de capitais e à fundição dos mercados hipotecários. A ideia parece ter ganho ímpeto na última década, quando a Comissão Europeia voltou a considerá-la no Livro Verde de 2005<sup>757</sup>.

Tratar-se-ia de uma intervenção ao nível do direito material que não enferma das dificuldades *supra* apontadas quanto à unificação do direito hipotecário: não ocorreria uma *substituição do direito hipotecário interno*, pelo que se não prejudicariam as opções político-económicas de cada direito nem se petrificaria a regulação. Ademais, o consenso entre decisores seria mais facilmente atingido, pois os Estados-Membros não alterariam o seu direito interno, simplesmente acrescentando nova figura desenhada para relações transnacionais.

### 2.1. A euro-hipoteca como 29.º regime jurídico: a concretização de uma nova técnica de direito internacional privado material

A proposta de euro-hipoteca que analisaremos *infra* não se integra na perspectiva tradicional do *direito internacional privado material* em sentido próprio: este método de regulação de situações plurilocalizadas concretiza-se na criação de um corpo normativo especial exclusivamente aplicável a relações transnacionais, reservando o direito *geral* à disciplina das relações internas. Tal método funda-se numa invocada peculiaridade dos problemas convocados pelas relações jurídicas plurilocalizadas, que reclamariam uma disciplina especificamente a eles dirigida<sup>758</sup>.

---

<sup>757</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, pp. 44ss. Vide OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2267; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Integration...", p. 39, e "The need for the integration of the mortgage market in Europe", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 79-121, p. 81; GARY WATT, "The Eurohypothecc...", p. 173; HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 769.

<sup>758</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional... (1997)*, p. 76, e "O método conflitual...", p. 9; RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 76; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The «denationalization» of transnational relationships", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 173-193, p. 175; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Special...", p. 356 ("certain situations or transactions having significant connections with more than one legal order cannot be appropriately regulated by the application of the rules and principles applied to comparable situations or transactions whose significant contacts are with only one legal order"); HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 108, e "L'avenir...", p. 322; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 5; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 156; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Contrato...", p. 1541; FRIEDRICH K. JUENGER, "The *lex mercatoria* and private international law", *Uniform Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2000, pp. 171-187, p. 172 (que liga esta via de regulação ao

Ora, a *proposta de euro-hipoteca* dirige-se à geração de um instituto jurídico com fonte supranacional (moldado com o intuito de disciplinar adequadamente as relações jurídicas transnacionais) *que pode ser utilizado igualmente na vida jurídica interna*. Será um 29.º regime jurídico de hipoteca<sup>759</sup> corporizando uma garantia real especialmente adaptada ao crédito hipotecário internacional mas que, acrescentando às figuras de direito nacional, não limita a sua aplicabilidade às relações absolutamente internacionais, prestando também no comércio interno. Assim, não se subsume na noção clássica de *direito internacional privado material*.

Da mesma forma, apesar de a proposta de *euro-hipoteca* visar a criação de um instituto com aplicação universal no plano interno, não é sobreponível no método do *direito privado*

---

*ius gentium* romano e à *lex mercatoria* surgida na idade média); ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "Las normas...", p. 456; J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 214; EDOARDO VITTA, *Diritto...*, Vol. I, p. 170; MARTHE SIMON-DEPITRE, "Les règles matérielles dans le conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 63, 1974, pp. 591-606, p. 594; SANDRINE CLAVEL, *Droit...*, p. 98.

Esta visão do DIP material vem sendo criticada já que a pretensa peculiaridade das relações jurídicas transnacionais é posta em causa pelo facto de as convenções internacionais que estabelecem leis uniformes não traçarem distinção entre a natureza interna ou transnacional da relação jurídica, disciplinando eficazmente o seu objecto (cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 78, nota n.º 8), cujo sucesso coloca em cheque a teoria de que as relações internacionais reclamam uma regulamentação própria (cfr. HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 114; SIMON-DEPITRE, *cit.*, p. 593) De facto, na grande maioria dos casos, as relações privadas internacionais colocam os mesmos problemas que as internas (BATIFFOL, *cit.*, p. 132).

A utilização do DIP material é tida como forma de *particularismo* ou *nacionalismo* na regulação das situações plurilocalizadas (ao lado da mobilização de NANI) quando as regras substantivas têm fonte nacional (cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 204). Não será o caso da proposta de euro-hipoteca sobre que nos debruçaremos, já que teria origem internacional e aplicação num conjunto de países.

<sup>759</sup> A doutrina distingue o modelo de 29.º regime jurídico em sentido rigoroso (onde se adopta, por Regulamento, um normativo comum e opcional) de um 2.º regime jurídico (onde o instituto comum é incorporado no direito interno, ficando a sua vigência dependente não só da opção privada como da aplicabilidade da lei daquele país). No primeiro modelo, prescinde-se da determinação da lei estadual aplicável, podendo as partes, exercendo *autonomia conflitual*, optar pela disciplina organicamente europeia; no segundo, determina-se a lei estadual aplicável e, no seio desta, optar-se-á pelo regime comum exercendo *autonomia material*. Nessa medida, rigorosamente, a proposta de *euro-hipoteca* radica na criação de um 2.º modelo, determinando-se sempre a lei nacional aplicável.

Ainda assim, abdicando de alguma exactidão, referir-nos-emos ao 29.º modelo em sentido amplo, abrangendo as duas técnicas de concretização do regime jurídico opcional. Efectivamente, a diferença estará mais na técnica de estatuição do que propriamente na necessidade de determinação da lei estadual aplicável (que será sempre imprescindível para todos os aspectos que não constem da regulação comum). Sobre a querela, vide GARY LOW, "Unitas via Diversitas. Can the Common European Sales Law Harmonize through Diversity?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, n.º 1, 2012, pp. 132-147, p. 145; MATEO FORNASIER, "»28.« versus »2. Regime«— Kollisionsrechtliche Aspekte einen optionalen europäischen Vertragsrechts", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 401-442, pp. 405ss; GIESELA RÜHL, "The Common European Sales Law: 28th Regime, 2nd Regime or 1st Regime?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 1, 2012, pp. 148-163, p. 149; SIMON WHITTAKER, "The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract", *European Review of Contract Law*, vol. 7, n.º 3, 2011, pp. 371-398, pp. 383 e 394; SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, "Common European Sales Law and Private International Law: some critical remarks", *Journal of Private International Law*, vol. 9, n.º 2, 2013, pp. 191-217, pp. 193-195; JAN SMITS, "The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 20, n.º 4, 2012, pp. 904-917, p. 907. RÜHL, *cit.*, pp. 161ss, vem propondo a sua apresentação como 1.º regime: admitindo a escolha conflitual daquele regime jurídico (como um 29.º regime), mas suplantando mesmo as regras imperativas aplicáveis por força do sistema de direito internacional privado (*quer* as normas de aplicação necessária e imediata, *quer* as normas convocadas por algumas regras de conflitos nos contratos onde releve o interesse de protecção da parte mais fraca).

*uniforme*, já que este implica a derrogação do direito interno até aí vigente<sup>760</sup>. Tal não sucede na figura que analisaremos *infra*, que é proposta como *alternativa* às garantias de fonte interna e que acresce às hipotecas existentes, sem as substituir.

Não obstante, ao constituir uma via de *regulação directa de relações internacionais*, preocupada com a estabilidade e segurança da relação hipotecária transnacional, baseia-se inequivocamente nos fundamentos e técnicas do *direito internacional privado material*. Nessa medida, o facto de se estabelecer a viabilidade da sua utilização nas relações internas não parece desvirtuar a sua função: há na *euro-hipoteca* (como nas várias propostas de 29.º regime jurídico opcional que hoje se multiplicam) uma *nova forma de DIP material* — regras jurídicas opcionais especialmente adequadas às relações jurídicas internacionais que podem também ser utilizadas nas situações puramente internas<sup>761</sup>.

Com efeito, a clássica categorização entre *regras materiais que substituem o direito interno* (direito privado uniforme) e *regras materiais que apenas se aplicam a situações internacionais* (DIP material em sentido estrito) deixa de fora esta *terceira via* de regulamentação material — o direito uniforme que não substitui mas acresce às regras de direito nacional. Trata-se de um

---

<sup>760</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 86; YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 292; HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 114.

<sup>761</sup> Por outro prisma, trata-se de um regime de *direito uniforme* acoplado a uma forte dimensão de *autonomia da vontade*, deixando às partes a opção de aderir às normas unificadas (cfr. HERBERT KRONKE, "Transnational...", p. 55). Em sentido convergente, considera GREGOR BACHMANN, "Optionsmodelle im Privatrecht", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 63, n.º 1, 2008, pp. 11-20, p. 11, que este modelo revela uma nova faceta da autonomia privada. Deve reconhecer-se, todavia, que se multiplicam propostas de 29.º regimes jurídicos que, consoante a sua modelação, se podem categorizar em atenção a vários factores. Assim, seguindo a classificação de HOLGER FLEISCHER, "Optionales europäisches Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 235-252, pp. 237-238, esta via de regulação pode *por um lado*, conferir a viabilidade de opção por um *corpo normativo* (como é a proposta de *euro-hipoteca*) ou apenas por *certas regras* (podendo os particulares optar por substituir algumas normas de fonte interna por outras de fonte comunitária — modelo ínsito no art. 12.º da Directiva n.º 2004/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa às ofertas públicas de aquisição); *por outro lado*, a opção pela regulação europeia pode caber ao Estado-Membro (caso em que não será opcional para os particulares mas apenas para o Estado — é o caso da Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, relativa às contas anuais de certas formas de sociedades) ou para os operadores económicos, que optarão pelo regime nacional ou pelo regime adicional (é o caso da proposta de *euro-hipoteca*); *em terceiro lugar*, pode diferir quanto ao regime supletivo, consoante a falta de escolha determine o seguimento da legislação interna ou o 29.º regime jurídico.

Este método de regulação na União Europeia tem já longínquas origens. Os primeiros exemplos estarão nos Agrupamentos Europeus de Interesse Económico [AEIE] e nas continuadoras *sociedades anónimas europeias*; depois avançou-se no domínio da propriedade intelectual, com a instauração da *marca comunitária*. Cfr. JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", pp. 220ss (que analisa a sua relação com os sistemas conflituais fazendo depois um estudo da proposta de regime opcional do direito da compra e venda); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 160; GARY LOW, "Unitas...", p. 135; STEFAN LEIBLE, "Kollisionsrecht...", pp. 388ss; JAN SMITS, "Party...", p. 52.

Sobre o regime material dos AEIE, *vide* JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Das Sociedades, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015, p. 46; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, pp. 163-166.

modelo que cria *concorrência legislativa vertical*, colocando em competição o direito interno com o direito comunitário<sup>762</sup>.

As instituições comunitárias parecem apreciar esta *terceira via* de regulação substantiva, já que não apenas a utilizaram no domínio dos documentos públicos sucessórios<sup>763</sup>, como se preparam para a adoptar na compra e venda, gerando um 29.º regime substantivo, de fonte europeia, composto de normas de aplicação directa que acresce aos direitos nacionais: “*en el mercado europeo de productos jurídicos se introduciría un nuevo «producto» no nacional, y eventualmente adaptado a las circunstancias, los condicionamientos y los objetivos propios del mercado interior*”<sup>764</sup>. A

---

<sup>762</sup> A *concorrência legislativa vertical* distingue-se, assim, da *concorrência legislativa horizontal* (“*regulatory competition*”), quando às partes é colocada a opção de escolher *entre vários direitos nacionais*. A favor da *concorrência vertical* (face à mais tradicional *concorrência horizontal*), apontam-se algumas vantagens: o facto de contornar mais facilmente o *desconhecimento dos regimes estrangeiros* (que vem impedindo uma competição livre entre modelos regulatórios) e de evitar a proibição de *professio iuris* nas relações puramente internas — SMITS, *cit.*, p. 54; JOEL TRACHTMAN, “International...”, p. 49.

A clássica categorização do método da regulamentação material é patente em YVON LOUSSOUARN, “Cours...”, p. 292. Sobre a *terceira via*, cfr. STEFAN LEIBLE, “Kollisionsrecht...”, p. 387; JAN SMITS, “Party...”, p. 52.

<sup>763</sup> Com efeito, a previsão, no Regulamento das Sucessões de um *certificado sucessório europeu*, documento de utilização opcional face aos congêneres de origem nacional, marca a combinação da regulação mediante *institutos jurídicos opcionais* com o clássico método conflitual (cfr. ETIENNE PATAUT, “La reconnaissance...”, p. 159).

<sup>764</sup> Cfr. GUILLERMO PALAO MORENO, “El marco...”, p. 1910. Sublinhando a preferência das instituições, *vide* PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, p. 34; MARÍA JOSÉ SANTOS MORÓN, “Forma contractual y «desarmonización» comunitaria”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 202-220, p. 203. O favor das instituições decisoras a este modo de intervenção não é contudo uniforme, sendo mais evidente por parte do Parlamento Europeu (que vem adoptando resoluções de fomento deste modo de intervenção) do que por parte do Conselho — *vide* GARY LOW, “Unitas...”, p. 133, notas n.º 6, 7 e 8.

A Comissão é fortemente partidária desta via de actuação, porquanto para além dos já estabelecidos regimes no direito das sociedades (os *Agrupamentos Europeus de Interesse Económico* e as *Sociedades Anónimas Europeias*) e da propriedade intelectual (a *marca comunitária*), formalizou novas propostas de 29.º Regime Jurídico: o *direito europeu comum da compra e venda* (proposta da Comissão de 11.10.2011, COM[2011] 635 final); o estatuto da *fundação europeia* (proposta da Comissão de 8.02.2012, COM[2012] 35 final); a instituição de uma cooperação reforçada na criação de uma *patente comunitária* (proposta da Comissão de 14.12.2010, COM[2010] 790 final) — cfr. HECTOR MACQUEEN, “Europeanisation...”, p. 530; GIESELA RÜHL, “The Common...”, p. 149.

Aliás, este método de intervenção legislativa europeia não agrada apenas às instituições: antes da apresentação da proposta do 29.º regime jurídico opcional da compra e venda, a Comissão apresentou várias ideias de aproximação dos direitos internos em matéria contratual, tendo este modelo reunido amplo consenso de entre as várias alternativas (publicação dos resultados do trabalho do grupo de peritos como forma de inspiração aos legisladores nacionais [i]; elaboração de um acto da comissão destinado a garantir coerência e a servir de base na elaboração de propostas legislativas sobre direito europeu dos contratos [ii]; elaboração de uma recomendação da Comissão aos Estados-Membros — como *lei modelo* [iii]; adopção de um regulamento adoptando um 29.º regime jurídico opcional para as partes [iv]; adopção de uma directiva harmonizando as normas mínimas do direito dos contratos [v]; adopção de um código civil europeu [vi]) — COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as opções...*, pp. 7-11; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 559.

Também a doutrina advoga este modelo para outros domínios — HELMUT HEISS, “Optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 316-338, pp. 318ss, sugere a sua utilização no direito dos seguros, como forma de superar o elevado número de disposições imperativas (materiais e conflituais), o que vem merecendo atenção da Comissão, que nomeou um grupo de peritos para estudar a ideia (*vide*, na internet, [http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/expert-group/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/contract/insurance/expert-group/index_en.htm)).

LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 418ss, parece não discordar desta opção de regulação internacional: se o Professor recusa a actuação das instituições europeias na unificação do direito privado, considera justificável a adopção de regras jurídicas uniformes criadas para as relações transnacionais no quadro europeu (embora prefira, quanto à fonte, a actuação dos Estados-Membros por via internacional e não se pronuncie quanto à criação de um instituto que, gerado para as situações absolutamente internacionais, possa igualmente ser usado no plano interno).

proposta de euro-hipoteca não constitui *alternativa* ao direito de conflitos: a aplicabilidade do regime jurídico europeu sempre dependeria da verificação conexão estabelecida, seja por regras de conflitos nacionais, seja por normas de conexão especiais de fonte supranacional<sup>765</sup>. Simplesmente, todos os direitos nacionais europeus preveriam o instituto em causa, pelo que desapareceriam os focos de incerteza ora existentes no quadro intracomunitário.

Os defensores deste método consideram que a criação de um 29.º regime jurídico (pelo menos na modalidade de 2.º *regime jurídico*<sup>766</sup>) é a intervenção comunitária mais condicente com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade: ao não modificar *nem* o direito substantivo, *nem* o direito de conflitos (mantendo a regra da *lex rei sitae*) almeja-se uniformidade de lei aplicável (apanágio da coordenação conflitual) e vigência das mesmas regras materiais em toda a União Europeia, com as vantagens típicas do direito uniforme. No fundo, aplaude-se uma abordagem *mais pragmática* do que *doutrinal*, capaz de solucionar o problema suscitado sem gerar dificuldades desnecessárias (como sucederia na via da unificação) e que se mantém fiel à aplicação da *lex situs* aos direitos reais<sup>767</sup>.

---

<sup>765</sup> Como, aliás, quase todo o DIP material, que não prescinde de regras de conexão — cfr. RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, pp. 83 e 84; ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Special...", p. 357; ALFRED E. VON OVERBECK, "Les Règles de Droit International Privé Matériel", *De Conflictu Legum — Essays presented to KOLLEWIJN and OFFERHAUS*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 362-379, p. 363. Em sentido oposto, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 1040ss, que reserva a designação de *DIP material* ao corpo de normas jurídicas que se "*substituem às normas de conflitos na regulação de questões privadas internacionais*", aplicando-se "*a quaisquer situações comportando elementos de estraneidade juridicamente relevantes, independentemente dos laços que apresentem com o Estado local*". Quanto ao direito material desenhado para as relações jurídicas internacionais que não prescinda de normas de conexão, apelida o Autor "*direito material especial*".

<sup>766</sup> Como vimos *supra*, na nota n.º 759, no quadro contratual, a concretização de um regime jurídico *adicional e opcional* vem sendo discutida como podendo assentar *dois modelos*: *por um lado*, o figurino de 29.º regime em sentido rigoroso, nos termos do qual as partes não escolhem uma lei nacional aplicável mas directamente elegem o 29.º regime como *lex contractus*; *por outro*, o modelo de 2.º *regime*, nos termos do qual o normativo opcional é integrado em todas as ordens jurídicas internas dos Estados-Membros e as partes, qualquer que seja a *lex contractus*, terão ao dispor (exercendo *autonomia material*) as regras comuns europeias. No nosso estudo, não nos deteremos sobre este problema, porquanto a *euro-hipoteca* sempre foi apresentada como "*segundo regime*": manter-se-ia a imperativa norma conflitual de *lex rei sitae* embora as partes, no seio do direito territorial, pudessem optar por *uma de duas hipotecas* — a de fonte puramente interna ou a de origem jurídico-comunitária.

<sup>767</sup> Cfr. GARY WATT, "The Eurohypothec...", p. 176; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179; AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., *Basic...*, pp. 6ss; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 485 (que vê na euro-hipoteca o *sucedâneo possível* à unificação); JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 180. Isto é, como explica PAUL LAGARDE, "Instrument optionnel international et droit international privé — Subordination ou Indépendance?", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 287-298, p. 291, o instrumento opcional mantém-se subjugado às regras de DIP, porquanto só pode ser escolhido se previsto pela lei conflitalmente designada. Sobre a relação dos modelos de direito opcional com o direito de conflitos, *vide* JÜRGEN BASEDOW, "Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 50-62, p. 55ss. Sobre a compatibilidade deste modelo de intervenção com as identidades nacionais, *vide* ULRICH DROBNIG, "Ein Vertragsrecht für Europa", *Festschrift fuer Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, JÜRGEN BAUR, KLAUS HOPT E PETER MAILAENDER, De Gruyter, Berlin, 1990, pp. 1141-1154, p. 1147, e JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, pp. 35-78, p. 68.



## 2.2. As vantagens da euro-hipoteca

Os proponentes da euro-hipoteca indicam um conjunto alargado de factores positivos para a sua consagração.

*Por um lado*, operadores económicos de Estados-Membros distintos teriam à disposição o mesmo instituto, pois a opção existiria em todos os países. A adopção de um instituto hipotecário comum contribuiria para o estabelecimento do mercado europeu de serviços bancários, pela eliminação da maioria dos problemas de aplicação de regras hipotecárias estrangeiras (pense-se nas vantagens inerentes à existência de várias versões linguísticas das mesmas normas) e pela diminuição dos custos de informação nas transacções internacionais, com repercussão directa no preço do crédito<sup>768</sup>.

Em *segundo lugar*, sublinha-se a neutralidade da figura que, por natureza, pode constituir factor de equilíbrio no estabelecimento da relação jurídica internacional sem eliminar a riqueza do pluralismo jurídico. Na verdade, a modelação de um instituto hipotecário de fonte europeia seria orientada pela especial preocupação de facilitação das relações de crédito transnacional, recolhendo as inerentes vantagens para devedor e credor<sup>769</sup>.

Em *terceiro lugar*, advoga-se que só a euro-hipoteca presta em negócios transnacionais, porquanto admitiria, quando o devedor é proprietário de imóveis em Estados-Membros diferentes, que um crédito fosse caucionado com hipotecas em vários países sujeitas ao mesmo regime (promovendo-se a utilização de garantias imobiliárias em financiamentos de grande volume). No fundo, a euro-hipoteca tornaria possível a constituição de *garantias iguais* (criadas da mesma forma e com a mesma eficácia) sobre vários imóveis em países diferentes [i], a fácil transmissibilidade entre credores de Estados diversos [ii], e a titularização de

---

<sup>768</sup> ANDREAS LUCKOW, "Charts...", p. 27; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 40; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 20; HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 773; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 85; JAN SMITS, "Diversity...", p. 171; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 371; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9. No mesmo sentido, embora relativamente ao projecto de criação de um 29.º regime jurídico de direito dos contratos, PETER HUBER, "European Private International Law, Uniform Law and the Optional Instrument", *ERA Forum*, n.º 2, 2003, pp. 85-98, p. 85; GUILLERMO PALAO MORENO, "El marco...", p. 1911; HECTOR MACQUEEN, "Europeanisation...", p. 533; SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, "Common...", p. 192. É este o argumento central que vem fomentando as propostas de criação de 29.º regime jurídico: vejam-se os projectos no domínio do direito das sociedades desde 1985, da propriedade intelectual, do direito dos seguros, da compra e venda e das fundações, projectos já formalmente propostos pela Comissão e analisados por HOLGER FLEISCHER, "Optionales...", pp. 240-242; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", pp. 220ss, e GARY LOW, "Unitas...", p. 135.

<sup>769</sup> Cfr. ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 992, e "La Eurohipoteca", p. 4291; SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 82, e "The Integration...", p. 40; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9. No mesmo sentido, PETER HUBER, "European...", p. 85 (quanto ao projecto de criação de um 29.º regime jurídico de direito dos contratos) e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 279 (no que concerne aos institutos europeus no quadro do direito das sociedades).

créditos caucionados por garantias imobiliárias em Estados distintos (possibilitando a formação de uma carteira de créditos garantidos por imóveis de vários países) [iii]<sup>770</sup>.

*Por fim*, a modelação normativa do instituto, como melhor veremos *infra*, permitiria a introdução de uma garantia imobiliária particularmente segura (porque independente do crédito) em sistemas jurídicos perpetrados pela acessoriedade<sup>771</sup>.

Verdadeiramente, a grande vantagem da euro-hipoteca (e, em geral, da instituição de um 29.º *regime jurídico*), reside na possibilidade de agregar todas as vantagens do direito privado uniforme sem enfrentar os respectivos inconvenientes. Tais benefícios dependem, em boa parte, da não restrição da figura às relações internacionais: blinda eventuais alterações à natureza internacional da relação hipotecária (potenciando a circulação das garantias e realizando a *quarta liberdade*); promove a cognoscibilidade do instituto; e reduz a sua complexidade (ao colocar ao dispor do comércio jurídico um mecanismo complementar). Permite, de modo não utópico, a vigência um *instituto comum* especialmente pensado à realidade europeia, ultrapassando as disparidades das leis internas e produzindo os benefícios inerentes à intervenção material (certeza e cognoscibilidade do regime jurídico aplicável). Face ao clássico DIP material, ressalta a enorme vantagem de ser mobilizável nas relações internas, já que uma eventual restrição às situações internacionais não apenas manteria a disparidade legislativa como geraria novas dificuldades (interpretações diferentes de conceitos jurídicos consoante tivessem fonte nacional ou comunitária; delimitação das situações internacionais e sua distinção das internas)<sup>772</sup>.

---

<sup>770</sup> Neste sentido, SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 85 (lembrando que, como veremos, a constituição da *euro-hipoteca* depende de um único acto notarial, havendo depois livre transmissibilidade da garantia constituída para novos créditos); SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", pp. 35-36, e "The need...", p. 91; GARY WAIT, "The Eurohypothec...", p. 180; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 1; EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9.

<sup>771</sup> Neste sentido, EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response...*, p. 9.

<sup>772</sup> Pense-se, por exemplo, na eventualidade de a transmissão do crédito garantido implicar que uma relação jurídica originariamente plurilocalizada perca as conexões com mais do que um Estado; neste caso, a viabilidade de utilização da garantia em relações internas previne a extinção da garantia. Sobre estas dificuldades de distinção entre as situações internas e internacionais (como pressuposto de aplicação das normas *tradicionais* de DIP material) cfr. J. A. CARRILLO SALCEDO, "Le Renouveau...", p. 213. Neste sentido, cfr. HANS G. WEHRENS, "Real Security...", pp. 773-775 ("Instead of a harmonisation of the mortgage law of all EU member states, which is not practicable nor desirable, this field of law should — at least where it concerns cross-border operation of credits — be simplified in such a way that it will be possible to provide mortgage credit across the borders according to uniform legal provisions"); GARY WATT, "The Eurohypothec...", p. 176; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 113; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 122; STEFAN LEIBLE, "Vías para...", p. 1599 (que propõe a redacção não apenas de um instituto mas de um *direito civil opcional*, com regras em matéria de obrigações voluntárias, responsabilidade extracontratual e direitos reais); SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 70; JAN SMITS, "Party...", p. 54 (que sustenta que a maior cognoscibilidade do instituto é uma importante vantagem desta *concorrência vertical de legislações* face à *concorrência horizontal* — a possibilidade de opção de uma lei estrangeira, de fonte nacional [cfr. *supra*, nota n.º 762]; RETO M. HILTY, "Optionales europäisches Vertragsrecht (»28. Modell«): »Geistiges Eigentum«, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 339-373, pp. 359ss (que analisa as suas dificuldades na ligação ao direito de fonte interna); TREVOR C. HARTLEY, "Conflict of Laws and the Common European Sales Law",

A longo prazo, este modo de agir constituirá um impulso à progressiva harmonização dos direitos nacionais (já que contactarão amplamente com um instituto jurídico uniforme que assume as vestes de *lei modelo*), propiciará o aumento de concorrência entre as legislações nacionais (pois introduz no “mercado de legislações” um corpo normativo especialmente adequado a facilitar o estabelecimento de relações jurídicas), sem a complexidade, desvantagens ou dificuldades das operações de unificação. No fundo, a geração de um

---

*Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 525-533, p. 525; PETER HUBER, "European...", p. 86 (a propósito do 29.º regime em matéria contratual); COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as opções...*, p. 10; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 559 (que vê nesta via de intervenção da UE [a geração de um 29.º regime jurídico] uma *nova abordagem regulamentar* que combina a harmonização dos direitos, a manutenção da concorrência legislativa e o respeito pelas tradições jurídicas e culturais dos Estados-Membros); GUILLERMO PALAO MORENO, "El marco...", pp. 1910 e 1912 (referindo-se ao 29.º regime em matéria de contratos); ANTONI VAQUER ALOY, "¿Armonización...", p. 1065; ARTHUR HARTKAMP, "The principles of European...", p. 57; MARTIJN HESSELINK, "The European...", p. 419 (que ressalta ser esta abordagem a que melhor permite saber quais as verdadeiras preferências dos operadores económicos); Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho ["Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos" — COM(2009) 262 Final, de 10 de Junho de 2009] (conhecida por Programa de Estocolmo), p. 14; JÜRGEN BASEDOW, "The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms — A reply to Simon Whittaker", *European Review of Contract Law*, vol. 8, 2012, pp. 82-87, pp. 82ss (sobre a protecção de consumidores), e "Das fakultative...", pp. 51ss (frisando a nova tendência no que concerne ao direito das sociedades, propriedade intelectual e direito dos contratos); PAUL LAGARDE, "Instrument...", p. 289; LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, "La Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea: Cuestiones Generales, en especial su ámbito de aplicación", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 468-480, pp. 472ss; HELMUT HEISS E NOEMÍ DOWNES, "Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective", *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 5, 2005, pp. 693-712, p. 696; KATHARINA BOELE-WOELKI, "The road towards a european family law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 1.1, 1997, disponível na internet via <http://www.ejcl.org/11/art11-1.html>, consultado em 9 de Junho de 2015, p. 9 (sobre o direito da família). Isto é, soluciona-se a "*complication supplémentaire sérieuse en superposant aux règles matérielles internes les règles applicables aux relations de caractère international*" (HENRI BATIFFOL, "L'avenir...", p. 321).

Com algum cepticismo sobre os seus benefícios, cfr. MARIA RAQUEL GUIMARÃES, "A compra e venda «transnacional» de bens de consumo: algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2013, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 11ss.

Ainda no que concerne às desvantagens do DIP material tradicional de fonte interna, lembre-se a eventual violação do princípio da igualdade (já que a ordem jurídica distingue entre situações idênticas com base na existência de um elemento de estraneidade), o aumento da complexidade do sistema (porquanto os operadores judiciais deverão dominar dois sistemas jurídicos distintos) e a potenciação do *forum shopping* (já que a previsão de regras específicas para as situações plurilocalizadas pode constituir um factor atractivo para aquela jurisdição — ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Special...", pp. 357-358. Ainda assim, o Professor (pp. 359ss) elenca 3 grupos de situações onde o DIP material deve ser utilizado, em combinação com outros métodos: as situações em que o sistema conflitual conduziu a *desarmonia material* entre as várias leis designadas (caso em que a aplicação de regras específicas para as relações privadas internacionais pode constituir uma adequada resolução do conflito de leis, ideia que é partilhada por ALFRED E. VON OVERBECK, "Les Règles...", p. 378) [i]; situações em que o carácter plurilocalizado envolve razões de política legislativa não relevantes nas situações internacionais (como o levantamento da imunidade de jurisdição do Estado em favor de tribunais arbitrais como forma de atrair investimento) [ii]; os casos onde há conflito positivo de sistemas e as normas materiais aplicáveis sejam profundamente divergentes, gerando *desarmonia jurídica internacional* [iii].

Sublinhando os aspectos positivos da intervenção ao nível material ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 76: "é fundamental que os sujeitos da relação jurídica possam confiar na aplicabilidade de um regime que, por outra via, lhes seja dado conhecer com facilidade e segurança".

instituto *adicional* de fonte europeia é tida como forma de *harmonização dos direitos internos* sem carecer de difíceis consensos para a modificação do direito nacional<sup>773</sup>.

### 2.3. A gênese histórica da ideia de euro-hipoteca

A ideia de instituição da euro-hipoteca tem progredido de forma lenta e pouco sistemática. A primeira proposta de criação de uma euro-hipoteca remonta a 1966, quando um grupo de trabalho presidido por CLAUDIO SEGRÉ identificou a excessiva rigidez das garantias internas como causa de inexistência de uma sã liberdade de circulação de capitais e propôs, como solução, a introdução de uma garantia uniforme em todos os Estados-Membros. Esta seria baseada na *Grundschild de cédula* alemã, transmissível sem qualquer crédito associado, e a sua materialização foi descrita como necessidade política<sup>774</sup>.

O segundo passo deu-se por incentivo da Comissão, em Dezembro de 1971, ao incumbir o Instituto *Max-Planck* de Hamburgo de elaborar um relatório sobre harmonização das garantias imobiliárias nos países comunitários. Este trabalho coligiu informação sobre os institutos jurídico-reais, frisando as importantes diferenças entre os direitos europeus, mas não propôs qualquer solução (porventura porque era previsível a elaboração de uma segunda

---

<sup>773</sup> É por esta razão que AXEL FLESSNER, "Security...", p. 340, considera que a criação de uma garantia real *adicional*, de fonte europeia, "would be much more palatable to the member states than a superseding instrument, a majority in the Council and Parliament could be found more easily. It would be an optional instrument like the one presently envisaged by the common frame of reference project for contract law, and, like that instrument, it would have the added advantage of giving parties a choice". No mesmo sentido, MATEO FORNASIER, "»28.« versus...", p. 403 (que sublinha ser um *modo liberal de harmonização*, já que são os particulares [e não as autoridades] que contribuirão para o processo, sempre que optem pelo modelo opcional); JAN SMITS ("Party...", p. 51, sublinhando ser este o mais importante aspecto do modelo de harmonização através de um 29.º regime jurídico; "Optional Law: a plea for multiple choice in private law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 17, n.º 4, 2010, pp. 347-352, p. 351; e "The Common...", p. 910); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 87 (que se lhe refere como "quarto método de unificação"); SERGIO NASARRE AZNAR, "The Integration...", p. 49; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Lex Mercatoria...", p. 68; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, p. 244 (que vê na euro-hipoteca um mecanismo de *harmonização das garantias reais*); GUILLERMO PALAO MORENO, "El marco...", p. 1910; OLE LANDO, "Culture...", p. 20; SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 83 (frisando o seu carácter inspirador para as jurisdições que não têm um mercado hipotecário desenvolvido) e *Eurohypothec & Eurotrust*, Discussionpapier 7/2008, ZERP — Zentrum für Europäische Rechtspolitik / Universität Bremen, Bremen, 2008, p. 3. O Professor conclui, aliás, que as reformas na lei francesa de 2006 e espanhola de 2007 (atenuando a acessoriedade da hipoteca) são produto da investigação em torno da *euro-hipoteca* e uma aproximação dos direitos nacionais ao projecto. De forma mais cautelosa, nota GARY LOW, "Unitas...", p. 142, ser incerto se a adopção de um regime opcional propicia a aproximação dos direitos internos ou, pelo contrário, o seu afastamento (já que a vigência de um regime comum torna desnecessária a *harmonização* em sentido próprio).

<sup>774</sup> Cfr. CLAUDIO SEGRÉ, *The Development...*, p. 153. Vide ainda STÖCKER ("Real...", p. 2267; "The Eurohypothec — Accessoriness...", p. 39; "La Eurohipoteca: un medio...", p. 18); JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothek...", p. 112; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 118; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 113; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 33; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 988; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 70, e "Security Interests...", p. 3; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 373; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca...*, p. 7. À *Grundschild* nos referimos *supra*, pp. 186ss.

parte, que nunca veio a acontecer). Ainda assim, aponta como viável a solução do relatório SEGRÉ, assente na *Grundschild* do proprietário<sup>775</sup>.

Nesta sequência, a Federação Bancária Europeia em 1973 promoveu um estudo referente ao crédito imobiliário onde, *por um lado*, concluiu pela extrema necessidade de harmonização do direito hipotecário na Europa e de introdução de alterações nos regimes nacionais (designadamente aceitando da inscrição registal em moeda de outro Estado-Membro); *por outro*, propôs a adopção em todos os Estados de uma hipoteca independente. Em consequência, apresentou em Bruxelas uma proposta de instituição de uma garantia imobiliária independente em todos os Estados-Membros (designada *título hipotecário* ou *hipoteca do proprietário*), direito que devia ser incorporado num título livremente transmissível (a emitir pelos serviços registais) e ser independente da existência de qualquer crédito. A proposta, evidentemente, era tida como facilmente realizável na Alemanha mas muito difícil nos demais 5 Estados-Membros, que desconheciam garantias reais não acessórias<sup>776</sup>.

Já em 1987, a proposta de instituição de uma *euro-hipoteca* assumiu contornos diferentes, por impulso da União Internacional do Notariado Latino — que, aliás, criou uma comissão interna destinada a estudar a sua instituição. A organização apresentou um relatório, da autoria de WEHRENS, propondo a adopção pela Comunidade de uma directiva instituindo uma *garantia imobiliária comum* (a acrescer às figuras reais de direito nacional), baseada na *Schuldbrief* (ou hipoteca de cédula) do direito suíço, que ganharia vantagem face à *Grundschild* de direito alemão pela maior facilidade de transmissão<sup>777</sup>.

Seguidamente, em 1993, o Presidente da Federação Hipotecária Europeia, por ocasião da reunião anual, referiu expressamente a Euro-Hipoteca como via necessária ao estabelecimento de um mercado hipotecário transfronteiriço, solicitando às autoridades comunitárias a instituição de uma garantia real de cariz europeu, regulada unitariamente em todos os Estados-Membros<sup>778</sup>. Nesta sequência, em 1998, a *Associação de Bancos Hipotecários*

---

<sup>775</sup> Cfr. SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothe: a common...", p. 33. Quanto à previsível existência de uma *segunda parte*, que nunca foi redigida, vide ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 374; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 18; MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 121.

<sup>776</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 124; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 374. A Federação Bancária Europeia, fundada em 1960, é uma associação de instituições de crédito e das associações nacionais de instituições de crédito dos Estados-Membros que se dedicam ao crédito hipotecário. Segundo dados da própria Federação, esta reúne, directa ou indirectamente, 4500 bancos europeus. Cfr. informação disponível na internet via <http://www.ebf-fbe.eu>, consultada a 22 de Julho de 2015.

<sup>777</sup> Sobre esta figura nos pronunciámos *supra*, pp. 197ss. Sobre a proposta da UINL, vide o relatório (HANS G. WEHRENS, et al., "La cédula...", pp. 3ss) e as considerações de OTMAR STÖCKER, "The Eurohypothe — Accessoriness...", p. 39; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothe...", p. 112; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothe: a common...", p. 33; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 375; CESARE LICINI, "L'Euroipoteca...", p. 766.

<sup>778</sup> A esta posição se refere MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 92. Sobre a FHE, cfr. *supra* nota n.º 88.

*Alemães* formou um grupo de trabalho que publicou novo relatório propondo a instituição de uma garantia real independente de fonte europeia. Este trabalho, indicando as *linhas gerais* do instituto jurídico em causa, é tido como uma *lei modelo* de uma euro-hipoteca<sup>779</sup>.

Já neste século, a ideia da euro-hipoteca mantém a sua actualidade, tendo sido apresentada uma *mais recente proposta de Euro-Hipoteka*. No final de 2003, constituiu-se na Universidade de Valladolid do *Grupo de Investigação Europeu sobre Eurohipoteca*, com o objectivo de redigir uma proposta de regulação de uma garantia imobiliária comum flexível, segura e pouco intrusiva nos sistemas jurídicos nacionais, culminando nas primeiras *guidelines* de uma euro-hipoteca. Estas acabariam por ser discutidas (e, de certo modo, incentivadas) pelo Grupo-Fórum relativo ao Crédito Hipotecário, instituído pela Direção-Geral do Mercado Interno em 2003, com o propósito de identificar as barreiras à integração dos mercados hipotecários e propor medidas para a sua superação<sup>780</sup>. Igualmente o Instituto Universitário Europeu e o chamado *Grupo de Trento* (*"The Common Core of European Private Law"*) dedicariam atenção à integração dos mercados europeus de garantias imobiliárias<sup>781</sup>.

Desta sucessão de relatórios, e perante uma *nova proposta de euro-hipoteca*, generalizou-se a discussão doutrinal. Mesmo entre os Autores que consideraram assente a necessidade de instituição de uma garantia imobiliária comum (a acrescer aos direitos reais de garantia previstos pelos vários direitos nacionais), o dissenso vingava quanto ao concreto modelo a adoptar. Outro dos resultados foi a sensibilização da Comissão Europeia, que analisou e considerou a proposta no *Livro Verde sobre Crédito Hipotecário na UE* de 2005<sup>782</sup>.

Os trabalhos em torno da instituição da euro-hipoteca parecem ter parado. Ainda assim, afigura-se uma ideia válida na solução do nosso problema, razão pela qual cabe

---

<sup>779</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER, "The Eurohypothech — Accessoriness...", p. 40. O relatório é explicado e analisado por HANS WOLFSTEINER E OTMAR STÖCKER, "A non-accessory...", pp. 118ss.

<sup>780</sup> A proposta normativa pode ser lida em AGNIESZKA DREWICKA-TULODZIECA, et al., "Working Paper Basic Guidelines for a Eurohypothech", *Basic Guidelines for a Eurohypothech — Outcome of the Eurohypothech workshop November 2004/ April 2005*, AGNIESZKA DREWICKA-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 6-22, pp. 6ss. Quanto ao GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, pp. 31-32, as conclusões são francamente positivas: "the Forum Group considered that the Euromortgage to be an alternative tool which could be introduced by Member States, without substantial changes to their existing legal systems, as it would operate under the rule of *lex rei sitae*", aconselhando a Comissão a promover as garantias independentes no espaço europeu. Cfr. ainda JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothech...", p. 112; GARY WATT, "The Eurohypothech...", p. 174.

<sup>781</sup> O grupo de Trento, em 2008, elaborou e fez circular um questionário destinado a traçar um estudo comparativo sobre as hipotecas na Europa. Sobre a sua actividade, vide MAURO BUSSANI, "In search of a European Private Law (Trento Project)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 79-100, pp. 79ss; UGO MATTEI E MAURO BUSSANI, "Le fonds...", pp. 29ss; UGO MATTEI, "A transaction...", p. 540.

<sup>782</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15. Sublinhando a consideração desta via por parte das instituições, ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 555.

analisar a pertinência e viabilidade de instituição de uma garantia real de fonte comunitária, uma 29.<sup>a</sup> hipoteca que acrescesse às 28 figuras existentes nos direitos nacionais.

#### 2.4. A concretização da euro-hipoteca: competência comunitária, fonte normativa e caracteres substantivos.

##### 2.4.1. A competência da UE e fonte comunitária para adopção de um regime hipotecário opcional

Não tem sido controversa a atribuição de competência à União Europeia para adoptar medidas de criação de um mercado europeu de garantias imobiliárias mediante a criação de um 29.<sup>o</sup> regime jurídico de hipoteca. Efectivamente, a doutrina diverge quanto à identificação das bases jurídicas que assentam a competência europeia, mas não conhecemos posições no sentido da inexistência de poderes comunitários para o fazer. Assim, *por um lado*, alguns Autores sustentam que os poderes de actuação radicam nas normas do Tratado em matéria de liberdade de circulação de capitais (arts. 63.<sup>o</sup>-66.<sup>o</sup> TFUE); outra doutrina defende a sua abrangência pelas bases jurídicas sobre aproximação das legislações, porquanto a legislação em matéria de garantias, enquanto domínio abrangido pela quarta liberdade, “*tem por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno*” (arts. 114.<sup>o</sup> e 115.<sup>o</sup> TFUE); *por fim*, outras posições sufragam a necessidade de utilização do mecanismo previsto no art. 352.<sup>o</sup> TFUE<sup>783</sup>.

---

<sup>783</sup> No primeiro sentido, defendendo que a instituição da euro-hipoteca é competência atribuída pelas disposições relativas à liberdade de circulação de capitais, vide SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 48, e "The need...", p. 101.

A segunda tese, sustentando que a competência de adopção de um 29.<sup>o</sup> regime jurídico radica nos arts. 114.<sup>o</sup> e 115.<sup>o</sup> TFUE (as normas sobre aproximação das legislações), cfr. THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 180. Este foi, como veremos, o entendimento da Comissão, pois o regime europeu opcional da compra e venda foi proposto assentando justamente nesta base jurídica. O requisito que transcrevemos é imposto pela norma do art. 114.<sup>o</sup> TFUE, excluindo da competência europeia “*as puras disposições de Direito Civil, sem repercussão económica*” (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Os reflexos...", p. 14).

A doutrina maioritária, porém, considera desadequada a utilização das normas relativas à aproximação das legislações quando se deixam intocados os 28 direitos internos: NICOLE KORNET, "The Common...", p. 9 (ao funcionar como segundo regime e deixando intocadas as legislações nacionais, “*it would seem that this measure could not be regarded as one that approximates the law. Consequently, the appropriateness of Article 114 TFEU as the legal basis can be doubted*”); ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, "Os reflexos...", p. 14 (segundo o preceito do Tratado “*não poderá ser utilizado para criar direito integralmente novo nos países participantes*”, uma vez que o preceito supõe “*a existência de uma disparidade entre as legislações dos Estados-Membros*”); MARTIJN HESSELINK, JACOBIE W. RUTGERS E TIM DE BOOYS, "The legal basis for an optional instrument on European contract law", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, n.º 2007/4, 2007, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1091119>, consultado em 17 de Outubro de 2014, p. 71 (que lembram ter sido o art. 352.<sup>o</sup> TFUE a base jurídica para a sociedade anónima europeia e para a marca comunitária); WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 65; SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, "De Bruselas a la Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 821-832, p. 822, e "Common...", p. 196; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 222; RAFFELE TORINO, "La proposta di

Por nossa parte, julgamos ser adequada a utilização da base jurídica relativa à aproximação de legislações. Segundo cremos, o facto de se gerar uma figura *nova* não constitui fundamento bastante para recusar a conformidade do fundamento normativo, porquanto o combate à disparidade legislativa é o confessado objectivo destes instrumentos. Este entendimento não só é aceite pelas instituições legiferantes (pois a Comissão expressamente baseou a proposta de *direito comum da compra e venda* no art. 114.º TFUE) como resulta da jurisprudência comunitária. No fundo, a criação de um 29.º regime opcional será uma *nova forma* de proceder à harmonização dos direitos materiais dos Estados-Membros<sup>784</sup>.

---

regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)", *La cittadinanza europea*, Anno IX, n.º 2, 2012, pp. 153-173, pp. 159-161; CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 64. Esta doutrina parece considerar preferível o recurso ao art. 352.º TFUE quando em causa está a criação de um *novo instrumento europeu* (ou ao art. 81.º TFUE, reconhecendo a natureza internacionalprivatística destes instrumentos).

Uma posição conciliadora é a de KATHLEEN GUTMAN, "The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options", *European Review of Contract Law*, vol. 7, n.º 2, 2011, pp. 151-172, p. 163, que defende a possibilidade de utilização de ambas as bases jurídicas, ficando sob os auspícios do art. 114.º TFUE as disposições *que contribuem para uma harmonização dos direitos internos* e as demais sob o art. 352.º TFUE.

Além destas possibilidades, alguma doutrina assenta a instituição da euro-hipoteca nas normas relativas à *liberdade de circulação de serviços*. Esta hipótese não colhe o apoio dos defensores da euro-hipoteca, razão pela qual a não analisaremos (cfr. MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 178).

<sup>784</sup> Cfr. GARY LOW, "Unitas...", p. 132 — Proposta da Comissão de 11.10.2011 (COM[2011] 635 final), *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um direito europeu comum da compra e venda*.

Atente-se, porém, que o entendimento da Comissão *pode não ser inocente*. Na verdade, a relevância prática da discussão liga-se apenas ao *procedimento de adopção do acto* associado ao art. 114.º TFUE (processo legislativo ordinário, que se basta com a *maioria qualificada* no Conselho), face ao que é exigido pelo doutrinamente preferido art. 352.º TFUE (onde a unanimidade dos Estados-Membros é pressuposta). Ora, sabendo a Comissão que alguns Estados-Membros se opõem a este tipo de intervenção, pode estar a privilegiar o mecanismo mais facilitador (neste sentido, GARY LOW, *cit.*, p. 133). De facto, o projecto de 29.º regime da *fundação europeia* foi baseado no art. 352.º TFUE (Proposta da Comissão de 8.02.2012, COM[2012] 35 final).

De acordo com a jurisprudência comunitária, o critério distintivo estará no *efeito* da regulação adicional para harmonização dos direitos internos. Assim, se a instauração de um 29.º regime jurídico *não se projectar na harmonização dos direitos internos*, a base jurídica não pode ser o art. 114.º TFUE (foi o que decidiu o Juiz comunitário no Acórdão TJCE de 2 de Maio de 2006, *Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia (Sociedade Cooperativa Europeia)* proc. C-436/03, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, pp. I-3733, n.º 44: "*não se pode considerar o regulamento impugnado, que deixa inalteradas as diferentes legislações nacionais existentes, como tendo por objecto a aproximação das legislações dos Estados-Membros aplicáveis às sociedades cooperativas, mas sim a constituição de uma nova forma de sociedade cooperativa que se sobrepõe às formas nacionais*"). Em sentido próximo, *vide* o Parecer do TJCE de 15 de Novembro de 1994, *Competência da Comunidade para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de protecção da propriedade intelectual*, Parecer n.º 1/94, *Colectânea de Jurisprudência*, 1994, pp. I-05267, n.º 59: "*no plano legislativo interno, a Comunidade tem, em matéria de propriedade intelectual, uma competência de harmonização das legislações nacionais nos termos dos artigos 100.º e 100.º-A e pode basear-se no artigo 235.º para criar títulos novos que venham sobrepor-se aos títulos nacionais, como fez com o regulamento sobre a marca comunitária*". Segundo CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 64, deste parecer decorre que as bases jurídicas sobre aproximação de legislações permitem "*only the European shaping of national legal institutions, but not the creation of new titles overlaying national ones*", que carece do expediente do art. 352.º TFUE.

Todavia, se a instauração de um regime comum tiver um *efeito de harmonização das disposições nacionais*, considera o Tribunal ser lícita a submissão do acto europeu ao regime do art. 114.º TFUE — assim se decidiu no Acórdão TJCE de 6 de Dezembro de 2005, *Reino Unido c. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (Aromatizantes de fumo)*, proc. C-66/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2005, I-10553, n.º 45, quando se concluiu que a instauração de um procedimento centralizado para autorização de aromatizantes de fumo acaba por se projectar as normas nacionais, tendo o Tratado conferido "*ao legislador comunitário, em função do contexto geral e das circunstâncias específicas da matéria a harmonizar, margem de apreciação quanto à técnica de aproximação mais adequada para alcançar o resultado pretendido*". A mesma conclusão se afirmou no Acórdão TJCE de 2 de Maio de 2006, *Reino Unido c. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação)*, proc. C-217/04,



Tão pouco no que tange *ao princípio da subsidiariedade* há oposição à intervenção europeia. Mesmo os Autores que o consideram transgredido pela uniformização material entendem não haver obstáculo à criação de um instituto *que mantenha os direitos nacionais*<sup>785</sup>.

Mais discutível é o *modo de concretização* da euro-hipoteca. A instituição de um 29.º regime jurídico pode ser operacionalizada de uma de três formas: *por um lado*, poder-se-ia instituir a euro-hipoteca mediante *regulamento* (introduzindo directa e automaticamente as regras nos 28 Estados-Membros). Uma *segunda hipótese* é a instituição da euro-hipoteca através de directiva, que seria transposta para as ordens jurídicas internas pela instituição da garantia — neste caso, as garantias não seriam geometricamente idênticas (coincidindo apenas nos aspectos essenciais da *euro-hipoteca*) mas permitir-se-ia melhor articulação com o sistema jurídico-real e registal de cada Estado-Membro. *Por fim*, poder-se-ia buscar uma modalidade de tipo de *soft law*, mediante a adopção de uma *recomendação* aos Estados-Membros no sentido da instituição da *euro-hipoteca*.

Também quanto ao modelo, como vimos, surgem duas alternativas: é conjecturável a criação de um 29.º *regime jurídico* que é passível de opção *em vez de qualquer lei nacional*, exercendo as partes autonomia conflitual; ou o figurino de *segundo modelo*, integrando a euro-hipoteca no direito interno e permitindo, no seio da *lex rei sitae*, a opção (de autonomia material) entre um de dois regimes jurídicos hipotecários.

A doutrina inclina-se para uma abordagem mais interventiva, propondo a adopção de um regulamento que introduza o *segundo regime* jurídico-material em todos os Estados-Membros. A favor sufraga-se, por um lado, que este mecanismo cria em todos os ordenamentos de forma simultânea a viabilidade de opção e, por outro, que mantém a mediação de uma ordem jurídica nacional apetrechada para responder a todas as questões que ficarem à margem da regulação comunitária<sup>786</sup>.

---

*Colectânea de Jurisprudência*, 2006, I-3771, n.º 45, a propósito da instauração de um procedimento autorizativo comum e de uma autoridade europeia. Em sentido próximo, o Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 2010, *Vodafone*, proc. C-58/08, *Colectânea de Jurisprudência*, 2010, I-4999, n.º 43, declara que a adopção do Regulamento de *roaming* se justificava na mesma base jurídica porque era expectável que, na sua falta, os Estados-Membros fossem adoptar medidas de protecção do consumidor muito diferentes.

Sobre o efeito *harmonizador* da instauração de um 29.º regime jurídico, *vide* MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 174, e HOLGER FLEISCHER, "Optionales...", p. 243. A acrescer, fala-se hoje no *Eurotrust*, que materializa um regime jurídico do *Trust* a ser introduzido em toda a União, porventura somando-se às similares figuras de direito interno (cfr. SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 102) e como complemento facilitador da euro-hipoteca (*Eurohypothec &...*, p. 21).

<sup>785</sup> É a opinião de DÁRIO MOURA VICENTE, "Um Código...", p. 14; ULRICH DROBNIG, "Scope...", p. 492; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 201.

<sup>786</sup> Neste sentido, cfr. MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 174; AGNIESZKA DREWICKS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 22; HELMUT HEISS E NOEMÍ DOWNES, "Non-Optional...", p. 707 (referindo-se ao regime jurídico opcional da compra e venda). Será também a posição da Comissão, que se infere das outras propostas de 29.º regime, onde o regulamento assume relevância (GUILLERMO PALAO MORENO, "El marco...", pp. 1914 e 1922). É curioso o aparente paradoxo por esta via de intervenção: o

Esta abordagem enfrenta todavia alguns problemas. Na verdade, por força do princípio da proporcionalidade, a adopção de um regulamento institutivo da euro-hipoteca depende da demonstração que a introdução da figura por acto não vinculativo é impossível (segunda dimensão do princípio). Ademais, e ao invés do que sucede no quadro dos contratos, mesmo a regulação minuciosa da euro-hipoteca pode não ser *adequada* ao desígnio pretendido, atendendo à ligação das garantias imobiliárias com os (nacionais) sistemas de Registo Predial, o que coloca em cheque a primeira dimensão da proporcionalidade<sup>787</sup>.

De todo o modo, e pesando todos os argumentos, defende a doutrina que “*a regulation is likely to be the only remaining possibility*”, não parecendo, ao invés do que sucederia com a unificação material, que se transgrida o cânone. Efectivamente, o direito opcional deixa intocados os sistemas nacionais, gerando tão-somente um instituto moldado às situações transnacionais e assim contribuindo para a realização do mercado comum num domínio onde a acção estadual se tem revelado insuficiente. Ademais, se a escolha do mecanismo regulatório se debatesse entre a directiva e regulamento, o facto de a primeira deixar aos Estados-Membros liberdade quanto à forma e meios de introduzir a *euro-hipoteca*, podia conduzir a diferenças legislativas entre as várias versões nacionais, mantendo a disparidade legislativa que retrai os operadores económicos. Ora, qualquer diferença normativa relevante colocaria em cheque a utilidade do instituto, que só existe perante uma garantia aceite e transaccionável em qualquer Estado-Membro<sup>788</sup>.

Será esta a razão por que não se encontra sustentação académica ou jurisprudencial no sentido de que tal violaria os princípios delimitativos das competências da UE<sup>789</sup>.

#### 2.4.2. Os caracteres substantivos da euro-hipoteca

O propósito de criação de uma garantia real de raiz comunitária não se identifica cabalmente com a *ratio* que motivou os legisladores nacionais a instituírem direitos reais de garantia como a *hipoteca*: se estes foram motivados pelo desígnio de construção de mecanismos que atribuam aos credores a segurança necessária à concessão de crédito, o

---

regulamento (acto “*obrigatório em todos os seus elementos*”) será o instrumento para introduzir um regime *facultativo* — cfr. SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, “De Bruselas...”, p. 823.

Sobre a contraposição do 29.º regime em sentido estrito com o segundo regime, cfr. *supra* notas n.º 759 e n.º 766.

<sup>787</sup> Cfr. bibliografia citada *supra*, nota n.º 738, sobre a proporcionalidade enquanto limitação da actuação da UE.

<sup>788</sup> A citação é de CHRISTOPH SCHMID, “Options...”, p. 65, que acrescenta “*Indeed such an instrument may be regarded as preferable. On account of its considerable technical specificities, the Eurohypothec is likely to require uniform legislation directly applicable in all member states with the same waiting to be effective period another line ultimately, dearest*”. No mesmo sentido, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., “Working...”, p. 22.

<sup>789</sup> Mesmo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 414, contrário à unificação do direito material, mostra-se favorável à criação de institutos especialmente aplicáveis às relações internacionais, ainda que prefira, quanto à fonte, a convenção internacional.

legislador europeu é assolado com outras preocupações que àquela acrescem (já que a competência comunitária se restringe aos casos em que se conclua pela necessidade de realização do mercado interno). O escopo da instituição de uma garantia real europeia é o de suprir as deficiências de estabelecimento da livre circulação de capitais.

Nesta sequência, a euro-hipoteca só se revelará útil se constituir uma mais-valia na realização de um mercado interno: o seu sucesso e legitimidade dependem da *configuração com caracteres específicos*, que a tornem instrumento de fomento do crédito internacional no espaço comunitário. Assim, os seus proponentes identificam características que a figura deve revestir para que desempenhe a sua função.

*Em primeiro lugar*, e em lugar de destaque, indica-se a sua *natureza independente*.

Se um dos problemas identificados como responsáveis pela inexistência de um mercado europeu de garantias foi a rigidez dos institutos de direito interno, a *euro-hipoteca* terá de apresentar superior flexibilidade. Pretende-se uma garantia facilmente transaccionável, que potencie a concorrência entre potenciais credores e que conceda a eventuais devedores um leque mais alargado de financiadores. Nessa medida, todas as propostas de euro-hipoteca a materializam como *garantia independente*. A *independência da garantia* é apresentada pelos proponentes da euro-hipoteca como a chave da solução do problema. Fazem-no de forma tão veemente que chegam a reconhecer *não ser estritamente necessária a regulação uniforme*, embora a defendam enquanto *mecanismo de introdução de uma hipoteca independente* nos direitos que não conhecem o instituto<sup>790</sup>.

A *independência da garantia* apresenta vantagens no reforço da liberdade de circulação. *Por um lado*, oferece ao titular segurança acrescida, decorrente do facto de a garantia não ser ameaçada por eventuais invalidades (ou ineficácia) da dívida afiançada. *Por outro*, uma garantia imobiliária autónoma pode ser destacada da dívida inicialmente assegurada, passando, com a mesma prioridade, a afiançar outra obrigação; reforça-se assim a transmissibilidade, pois a caução assume um valor em si mesmo transmissível ou empenhável. Em *terceiro lugar*, permite ao proprietário constituir a garantia antes (ou independentemente) do crédito, aumentando a velocidade e segurança da transacção — aquele gera a garantia sozinho e depois entrega-a ao credor. *Em quarto lugar*, é especialmente adequada a contratos de conta-corrente, cada vez mais importantes no financiamento internacional das construções. *Por fim*, não estando a dívida ligada à garantia, permite-se a reutilização do direito com reduzidas exigências de

---

<sup>790</sup> Defendendo a existência de garantias independentes em todos os Estados-Membros como chave do nosso problema (e a intervenção comunitária apenas por razões pragmáticas), MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", pp. 114 e 118; HANS WOLFSTEINER E OTMAR STÖCKER, "A non-accessory...", p. 118. Apesar de muitos ordenamentos não conhecerem as hipotecas independentes, note-se (como vimos *supra*, p. 205), ser tendência actual a *atenuação da acesoriedade* (cfr. OTMAR STÖCKER, "Real...", p. 2272).

forma (nomeadamente sem intervenção de notário ou conservador), minorando os custos da circulação do capital<sup>791</sup>.

Ademais, a independência (e correspondente viabilidade de reutilização do grau hipotecário) permite a *migração* para as garantias de direito interno: na sua última versão, a proposta de euro-hipoteca admite que, uma vez extinta a dívida inicialmente assegurada, o proprietário possa converter a euro-hipoteca a numa *hipoteca de direito interno* (“*complete subrogation*”). A independência da garantia seria, assim, factor adicional de flexibilidade, melhorando a articulação da euro-hipoteca com o sistema de garantias interno<sup>792</sup>.

*A segunda característica* que vem sendo afirmada é a da *inoponibilidade absoluta de uma euro-hipoteca não registada*. Esta indicação não causa surpresa, porquanto é característica comum nas hipotecas europeias: o registo constitutivo reveste especial importância quando em causa estejam direitos reais de garantia pois, *por um lado*, assegura a todo o comércio jurídico que *não existem quaisquer hipotecas cuja inscrição não conste*; *por outro*, a inscrição é condição essencial de sinalização da oneração da coisa (a hipoteca não tem na posse a necessária publicidade e a confiança dos operadores económicos não se compadeceria com *euro-hipotecas clandestinas*); *por fim*, promove a estabilidade jurídico-predial, porquanto perde importância a discussão sobre o conceito de *terceiros para efeitos de registo* e reforça-se a coincidência registal e material da

---

<sup>791</sup> Estas vantagens são apontadas de forma difusa: para uns, a principal vantagem da garantia independente radica na possibilidade de ser transaccionada sem se alterar a sua prioridade (cfr. MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 96); outros realçam a velocidade das transacções (AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 11) e a fácil transmissibilidade da garantia (ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 556); para SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", p. 85, a criação de um valor em si mesmo gera a vantagem não apenas da sua transmissibilidade para assegurar novos créditos mas igualmente pela viabilidade de constituição de um penhor sobre a euro-hipoteca. Todas estas vantagens são sistematizadas por SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothech: a common...", p. 49; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta...", ponto 2; AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", pp. 11-12; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 122-125; GARY WATT, "The Eurohypothech...", p. 177; HANS WOLFSTEINER E OTMAR STÖCKER, "A non-accessory...", p. 119; ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ALFONSO YBARRA BORES, "La armonización...", p. 140; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 507.

Apesar de a *euro-hipoteca* ter sido sempre configurada como garantia independente (desde o relatório SEGRÉ de 1966 [CLAUDIO SEGRÉ, *The Development...*, p. 153], passando pela proposta da UINL de 1987 e pelo modelo de 2003), há uma voz discordante: THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 181, estranha a proposta, já que a *generalidade* dos Estados-Membros conhece apenas garantias imobiliárias acessórias. O Professor sugere (p. 183) que a *euro-hipoteca* seja baseada no princípio da acessoriedade, já que só assim "*pourrait se rattacher à des structures de base concordantes dans les États membres*". Simplesmente, para que a garantia cumpra o seu objectivo, este princípio deve ser profundamente atenuado e flexibilizado para corresponder aos objectivos do mercado. A proposta do Autor radica na aplicação da acessoriedade da garantia a uma *dívida abstracta*: isto é, sugere que em todos os Estados-Membros (através de acção legislativa comunitária) se introduza um *reconhecimento unilateral de dívida* de carácter abstracto. Se assim for, uma *garantia acessória* desse direito (abstracto) cumprirá as mesmas funções da *garantia independente* sem que se verifiquem as respectivas desvantagens.

A ideia é de enorme valia. Todavia, tem subjacente o reconhecimento de que a *acessoriedade das garantias* constitui um obstáculo à criação do mercado europeu de garantias imobiliárias, procurando meramente resolver os inconvenientes a ela inerentes. No fundo, do ponto de vista prático, uma *garantia acessória de uma dívida abstracta* é algo muito próximo de uma *garantia independente*.

<sup>792</sup> Cfr. SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 108.

situação jurídica da coisa. Todas estas razões levam a que não seja concebível uma *euro-hipoteca não registada*<sup>793</sup>.

A terceira característica da euro-hipoteca é a sua *fácil e barata transmissibilidade*. Por esta razão, os seus proponentes baseiam-se na *cédula hipotecária suíça* materializada num *título ao portador* (em papel ou electrónico), embora a última proposta deixe ao sistema registal nacional a opção entre uma *garantia assente em título* ou apenas *publicitada nas tábuas*. Em qualquer dos casos, a constituição deverá ocorrer por *mera declaração do proprietário ao conservador* do Estado onde a coisa se situa, procedendo este à inscrição e, se permitido pelo sistema tabular, emitindo o título representativo da garantia (depois transmissível livremente, sem intervenção notarial). A garantia seria publicitada pelo registo predial do Estado territorial e a sua extinção dependeria exclusivamente do seu cancelamento, solicitado conjuntamente pelo titular e pelo proprietário<sup>794</sup>.

Este figurino elimina muitas das dificuldades *supra* analisadas: desapareceria a intervenção notarial e consequentes dificuldades de circulação internacional do documento público; eliminar-se-ia a necessidade de representação do credor no local de constituição da

---

<sup>793</sup> Esta conclusão é clara para os proponentes da euro-hipoteca — cfr. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 13, e ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 379 que estatuem dever a *euro-hipoteca* ser inoponível enquanto não for registada, deixando ao direito interno de cada Estado-Membro a decisão quanto a saber se o registo tem ou não efeito constitutivo.

A importância do registo na hipoteca justifica, aliás, que ele tenha surgido entre nós justamente com a *Lei Hipotecária*, tendo a hipoteca motivado a sua instituição (cfr. MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 330ss; ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Registo...", p. 32). *Vide* ainda o que dissemos *supra* (pp. 131ss) quanto ao contributo das leis revolucionárias francesas na eliminação do carácter *oculto* das hipotecas pela inscrição tabular. No que tange à eficácia constitutiva, deve recordar-se que os sistemas onde vigoram direitos reais imobiliários não registados (assegurando o registo apenas uma função de *oponibilidade*) conhecem um problema de definição de *terceiros para efeitos de registo*, a quem é inoponível um direito não inscrito. A opção por noções restritas de terceiros (como aquela que vigora entre nós) gera por vezes injustiças relativas, porquanto ainda que o titular haja inscrito o seu direito, pode vir a decair na sua pretensão quando outro sujeito possa invocar direitos incompatíveis ou conflitantes não publicitados, pelo facto de não ser *terceiro*. Neste sentido, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 623, e "Efeitos decorrentes do registo da penhora convertido em definitivo nos termos do art. 119.º CRPred.", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 9, 2005, pp. 23-42, pp. 26ss; PAULO VIDEIRA HENRIQUES, "Terceiros...", pp. 432ss; LUÍS COUTO GONÇALVES, "Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 927-936, p. 934. Nos sistemas de registo constitutivo, a importância do problema é francamente atenuada, embora não desapareça por completo — subsistem aquisições que se dão à margem do registo, sendo a respectiva inscrição condição de oponibilidade. É o caso da usucapião no sistema austríaco e das limitações de direito público no direito alemão. *Vide*, p. todos, MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 191 e 214.

Veremos *infra* que a *disparidade de eficácia da inscrição* pode comprometer a eficácia da *euro-hipoteca* enquanto instrumento jurídico capaz de potenciar o volume de crédito hipotecário transfronteiriço. Por razões de rigor de raciocínio, remetemos as nossas considerações para momento ulterior do trabalho (pp. 411ss e 704ss).

<sup>794</sup> AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 14; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypotheck: a common...", p. 49, e *Eurohypotheck &...*, p. 16; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta...", partes II e III. Sufragando o modelo da *cédula hipotecária* de direito suíço, MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 168. Sobre este modelo, *vide supra* pp. 197ss.

A necessidade de consentimento do proprietário para o cancelamento liga-se à independência da garantia: este pode ter interesse em adquirir a euro-hipoteca para, depois, a reutilizar com o grau originário, em detrimento de a extinguir e melhorar a posição relativa dos credores com garantias posteriores.

hipoteca; a transmissão da garantia não apenas seria menos rígida do ponto de vista substantivo (porquanto se trataria de uma garantia independente) como prescindiria das dificuldades formais de contratação. No fundo, o credor limitar-se-ia a exigir do devedor que lhe entregasse o *título da euro-hipoteca*, com o *grau hipotecário acordado*; seria o proprietário, no país onde a coisa se encontra, a solicitar a sua emissão e entregá-lo ao credor<sup>795</sup>.

Todavia, procurando prevenir as injustiças a que conduzem por vezes as garantias independentes, propõe-se a possibilidade de, com a constituição da euro-hipoteca, ser publicitado tabularmente o *contrato de garantia* (negócio bilateral pelo qual o devedor se compromete a constituir a euro-hipoteca a favor do credor e este se obriga a devolvê-la ao devedor depois do pagamento da dívida assegurada)<sup>796</sup>.

Se estas três características principais (independência, registo como condição de eficácia e fácil constituição) são comuns a todas as propostas de euro-hipoteca que vêm surgindo desde 1966, deve sublinhar-se que a última versão é aperfeiçoada com caracteres necessários ao pleno cumprimento dos objectivos a que a figura se propõe. Assim, estatui-se a impossibilidade de a euro-hipoteca garantir juros (pretendendo-se a enunciação de um valor fixo para a euro-hipoteca [i]); atribui-se à *lex rei sitae* a opção quanto à viabilidade de *várias garantias* sobre a mesma coisa [ii]; prevê-se expressamente a viabilidade de a euro-hipoteca garantir vários créditos (ou de caucionar obrigações decorrentes de uma relação jurídica de conta-corrente) [iii]; reafirma-se a possibilidade de reutilização da euro-hipoteca [iv]; proíbe-se o pacto comissório [v]; e postula-se a sua expressão em qualquer das moedas oficiais da UE [vi]<sup>797</sup>.

Igualmente importante, e obviando ao problema identificado *supra* quanto à afectação da posição do credor no caso de insolvência do devedor, é a *imunização da euro-hipoteca* nos procedimentos de insolvência (internos ou internacionais): o credor ficaria com o mesmo grau de preferência, podendo executar o seu direito como se a falência não houvesse sido declarada. Esta proposta visa reforçar a confiança dos credores nesta garantia, a qual não ficaria sujeita, qualquer que fosse a lei aplicável à insolvência, a medidas de recuperação de empresa que tivessem efeitos na posição jurídica do titular<sup>798</sup>.

Perante este figurino essencial (isto é, face aos caracteres forçosamente respeitados pela euro-hipoteca), ao invés de se propor a modelação de uma figura totalmente nova, as

---

<sup>795</sup> SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta...", parte II, n.º 4, porém, sustentam que a *mera declaração ao registo* deverá revestir forma solene, *maxime* notarial.

<sup>796</sup> ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 379; AGNIESZKA DREWICKA-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 21. Voltaremos *infra* ao problema das *injustiças das garantias independentes*.

<sup>797</sup> AGNIESZKA DREWICKA-TULODZIECA, et al., "Working...", pp. 16ss; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothech: a common...", pp. 49 e 50.

<sup>798</sup> SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta...", parte VI.

várias propostas de *euro-hipoteca* baseiam-se em institutos já previstos pelas ordens jurídicas, (sobretudo atendendo à enorme riqueza que a diversidade legislativa proporcionou). Ora, atendendo às características são apontadas, as propostas invariavelmente coincidem com a *Grundschild* do direito alemão e ou a *Schuldbrief* do direito suíço.

Não fará grande sentido tomar posição sobre *qual* a garantia se adequará mais às vestes de euro-hipoteca. É sabido, por um lado, que a *Grundschild* é economicamente mais importante, francamente mais divulgada e goza de uma *absoluta acessoriedade* (não incluindo em si mesma qualquer obrigação nem devedor), o que a torna mais versátil; por outro lado, segundo UINL, a cédula hipotecária do direito suíço (que, como vimos, abrange um direito de crédito) oferece vantagens, já que é transmissível pela tradição do título e pode ser facilmente utilizada em países que não conhecem a figura do documento público (pois tem natureza de valor e pode ser penhorado). Certo é que qualquer uma destas figuras poderia facilmente assumir as vestes de euro-hipoteca<sup>799</sup>.

## **2.5. A imprestabilidade da euro-hipoteca: desnecessidade, insuficiência, injustiça e desadequação.**

Apesar de constituir uma ideia muito atractiva, a verdade é que se multiplicam obstáculos à prestabilidade deste instituto na dinamização do mercado europeu de garantias imobiliárias. Esta convicção parece ser partilhada pelos operadores económicos, porquanto são sintomáticas as respostas ao Livro Verde sobre crédito hipotecário, onde a hipótese de uma instituição de uma euro-hipoteca foi directamente questionada: apenas uma minoria entendeu útil ou desejável este modelo de integração<sup>800</sup>. Nessa medida, a própria UE parece ter desistido da ideia, já que a Comissão eliminou a euro-hipoteca do Livro Branco de 2007 sobre integração dos mercados hipotecários<sup>801</sup>.

---

<sup>799</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", pp. 129, e 165-166; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca...*, pp. 10ss, propõem a figura helvética. Em sentido contrário, BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", pp. 487ss, prefere um modelo de *Grundschild* limitado a 60% do valor da coisa onerada, procurando assim proteger o devedor dos inconvenientes da independência que analisaremos *infra*.

<sup>800</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit — a MARKT/H3/JR D(2006) — 23 Maio 2006*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/index_en.htm), consultado em 24 de Setembro de 2012, p. 45: "A minority of responses supported the Euromortgage concept [...]. The majority of responses were cautious and indicated that further clarification of the Euromortgage concept was required". Curiosamente, os defensores da ideia retiram conclusão diametralmente oposta, defendendo que "la gran mayoría de las instituciones y países que respondieron se mostraron a favor de la Eurohipoteca propugnada" (ESTHER MUÑIZ ESPADA, SERGIO NASARRE AZNAR E ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Armonización del Mercado Hipotecario según el Grupo de Investigación Eurohypothec: A Common Mortgage for Europe", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 639-665, p. 640) e que "the response was very positive" (SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 86, que analisa todas as respostas).

<sup>801</sup> Igualmente sublinhando este facto, ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 557. Em sentido contrário, os partidários da *euro-hipoteca* interpretam a omissão de forma diferente, frisando que "many of its principles and objectives would already be there" (SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 90, e "The Integration...", p. 46).

Em primeiro lugar, não pode olvidar-se que, apesar a introdução da euro-hipoteca manter os direitos materiais nacionais e por isso não enfermar de todas as dificuldades apontadas à unificação do direito material, não deixa de constituir uma intervenção no direito material dos Estados-Membros. O propósito é a criação de um *segundo direito hipotecário* que pode ser eleito pelas partes como alternativa à hipoteca de direito interno. Como é bom de ver, o instituto jurídico carecerá, para aprovação, de consenso dos Estados-Membros na sua modelação, qualquer que seja a via de regulação escolhida (regulamento ou convenção internacional). Nessa medida, são conhecidas as enormes dificuldades que se apresentam ao projecto em causa: o acordo para a introdução de um instituto jurídico material nos Estados-Membros será necessariamente difícil de alcançar, o que parece ser a verdadeira causa de *abandono do projecto*<sup>802</sup>.

Seria fácil, portanto, rejeitar a ideia: não é realizável. Ainda assim, julgamos que os problemas da euro-hipoteca vão além da sua *possibilidade*, alastrando à sua *prestabilidade* para o problema que visamos resolver: há seis verdadeiras causas que impedem a valia do instituto. Curiosamente, o obstáculo mais frequentemente apontado pela doutrina (o da incompatibilidade com sistemas jurídicos causais) é meramente aparente. Vejamos as razões que nos levam a não ver na euro-hipoteca uma solução para o problema que nos ocupa, ainda que aceitássemos que o consenso seria possível na sua modelação.

### ***2.5.1. Os obstáculos aparentes: a pretensa impossibilidade de instituição de garantias independentes em sistemas causais***

Se a *independência* da euro-hipoteca sempre foi vista como a característica principal para o seu sucesso, desde cedo se suscitou o problema da sua incompatibilidade estrutural com os sistemas jurídicos europeus que as não conhecem. Questiona-se, *por um lado*, se o princípio da causalidade (inerente a boa parte dos sistemas jurídicos europeus) não se oporá à instituição de uma garantia não acessória; *por outro*, indaga-se se a figura não atribuirá uma protecção excessiva ao credor e insuficiente ao proprietário, contrariando princípios fundamentais do direito de alguns dos Estados-Membros; *por fim*, invoca-se que a eventual

---

<sup>802</sup> A dificuldade de obtenção de consenso é reconhecida mesmo pelos defensores da euro-hipoteca. Cfr. CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 65: "*it is certainly politically improbable that all Member States will agree on a uniform and detailed blueprint for the Eurohypothec*". O Professor sugere, assim que se proceda a uma *cooperação reforçada*, gerando a euro-hipoteca apenas para alguns dos Estados-Membros.



materialização da garantia num *título ao portador* resulta incompatível com a função cometida aos sistemas de Registo Predial<sup>803</sup>.

Olhemos ao primeiro problema. O princípio da *causalidade* (vigente no direito civil de alguns Estados-Membros) postula que os negócios jurídicos se ligam ao seu motivo determinante (a função social e económica que a eles é reconhecida), decaindo na sua falta. Nestes sistemas, poderá suscitar-se o problema de saber se a constituição de uma *euro-hipoteca*, ao atribuir o direito do titular se pagar independentemente de não ser titular de qualquer crédito, não contraria tal cânone<sup>804</sup>.

Não parece que esta argumentação colha, já que se baseia numa confusão entre *causalidade* e *accessoriedade*, originada porventura pelo facto de os dois principais sistemas onde vigoram garantias independentes (o alemão e o suíço) serem igualmente perpetrados pelo princípio da abstracção e pela razão de que em quase todos os sistemas *causais* vigoram hipotecas *accessórias*<sup>805</sup>.

Na verdade, nos ordenamentos jurídicos que prevêem garantias *independentes* (*não-accessórias*), pode perfeitamente vigorar o princípio da causalidade: a *causa* está no acordo das partes no sentido da constituição da hipoteca *não-accessória*, normalmente inerente ao contrato de mútuo (ou de conta-corrente) e como forma de assegurar um crédito — o *pactum de hypothecandum* ou *security contract*. O princípio da *causalidade* significaria apenas que a garantia (independente) não subsistiria se o negócio substantivo subjacente (a convenção pela qual o devedor se obrigou a constituir a garantia) fosse inválido, ilícito, falso ou inidóneo à função social e económica pretendida, já que dependeria da validade do negócio jurídico como sua

---

<sup>803</sup> Suscitando estas questões, OTMAR STÖCKER, "The Eurohypothec — Accessoriness...", p. 42, e "La Eurohipoteca: un medio...", p. 22; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothek...", p. 113; THOMAS WACHTER, "La garantie...", pp. 181ss.

<sup>804</sup> OTMAR STÖCKER, "The Eurohypothec — Accessoriness...", p. 42; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothek...", p. 114; OLE LANDO, "Salient features of European contract law", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 3-16, p. 4. Parece ser esta, aliás, a convicção de ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 732.

Repare-se que há alguma confusão doutrinal, sobretudo em sistemas consensuais (onde o negócio obrigacional é simultaneamente produtor do efeito real) sobre a noção de *causa*, que vai oscilando entre *justificação*, *função social e económica* ou *vontade*. Sobre este problema, *vide* STEVEN BARTELS, "An Abstract...", pp. 63ss.

<sup>805</sup> A excepção está no direito sueco, que apesar de ser perpetrado pelo princípio da *causalidade* prevê a garantia independente a que aludimos *supra*. Cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 90; SJEF VAN ERP, "Surety...", p. 313. Esta confusão, opondo *garantias abstractas* a *garantias accessórias*, é muito comum na doutrina continental (cfr. JOSÉ LUIS ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, "Accesoriedad...", pp. 3508-3509) e pode encontrar-se nas palavras de THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 181; BURKHARD JÄKEL, "Outlines...", p. 92; JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 170. Note-se, ainda, que *abstracção* e *causalidade* não são conceitos opostos: no direito alemão, o *negócio real* de constituição ou transmissão do direito é abstracto (e, por isso, a sua validade não depende da validade do negócio obrigacional) mas "*se o negócio obrigacional for nulo ou anulado, por meio de declaração, nos termos dos §§142 e 143 do BGB, o negócio de disposição, apesar de válido, foi efectuado sem uma causa justificativa ou legitimadora. Então, a propriedade transmitida e a prestação material realizada devem ser restituídas, em consequência de uma acção, segundo as regras do enriquecimento sem causa*" (HEINRICH EWALD HÖRSTER, "A função...", p. 284, nota n.º 14).

*causa*. Simetricamente, a *Hypothek* (garantia *accessória* de direito alemão) é constituída por um negócio real *abstracto* cuja validade não depende do contrato substantivo (obrigacional) das partes pelo qual acordaram na constituição da hipoteca mas da vontade expressa no negócio real de constituição da hipoteca<sup>806</sup>.

Em suma, não pode sobrepor-se *causa a acessoriedade*: o princípio da causalidade ou da abstracção é um problema de configuração técnico-jurídica da *criação* de direitos e não dos vectores desses mesmos direitos; a ser válida a sobreposição, as garantias pessoais autónomas não poderiam existir nos ordenamentos assentes no princípio da causalidade. No fundo, a *causalidade* tem a ver com a ligação de *dois negócios jurídicos*; a *accessoriedade* refere-se à dependência de *dois direitos*. Do ponto de vista teórico, a *causalidade* é um pouco menos do que *accessoriedade*, já que apenas exige que a garantia seja assente numa *causa válida* que determine a obrigação de gerar a caução; a *accessoriedade*, ao invés, implica uma ligação entre a garantia e a obrigação assegurada<sup>807</sup>.

A *segunda objecção* estará na função económica da *accessoriedade*. Vimos *supra* que este princípio se justifica, em parte, pela protecção dada ao proprietário, que evitará a execução do seu prédio quando a obrigação que garantia não deve produzir os seus efeitos por qualquer razão. A garantia imobiliária independente violaria, assim, um princípio de justiça material em detrimento do proprietário.

A argumentação não colhe. *Por um lado*, nos sistemas que prevêm garantias reais autónomas, o proprietário tem meios de defesa que permitem excepções de direito substantivo (como o enriquecimento sem causa, evitando que o credor seja pago duas vezes); *por outro*, mesmo os ordenamentos avessos a hipotecas independentes foram aceitando atenuações à *accessoriedade* que, do ponto de vista pragmático, se aproximam dos resultados de uma hipoteca independente (pense-se na *hipoteca flotante* do direito espanhol e na *hypothèque rechargeable* do direito francês); *por fim*, recorde-se que se houvesse uma objecção às garantias

---

<sup>806</sup> Cfr. KANZLEITER, "§925, *cit.*", n.º 21ss; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Un pas...", p. 62; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Integration...", p. 52; SJEF VAN ERP, "Surety...", p. 313; JAN WILHELM, *Sachenrecht, cit.*, p. 608. No mesmo sentido, esclarece MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des...*, Vol. III, p. 532 que o facto de se dizer frequentemente que "*a hipoteca é causal e a dívida fundiária é abstracta*" só pode ser interpretado no sentido da *accessoriedade* ou independência face ao crédito garantido e nunca em sentido próprio.

<sup>807</sup> Neste sentido, CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 90; OTMAR STÖCKER, "The Eurohypotheck — Accessoriness...", pp. 43-44; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypotheck...", p. 114; OTTO SOERGEL E OTMAR STÖCKER, "EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts — Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 5/2002, 2002, pp. 412-420, p. 414; HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 778; SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 99; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Un pas...", p. 62; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La enrohipoteca...*, p. 29; SJEF VAN ERP, "Surety...", p. 313; ASTRID STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraction*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996, pp. 7ss (especialmente pp. 18ss, distinguindo *accessoriedade* de *causalidade*); ORLANDO DE CARVALHO, "Princípios e Características do Direito das Coisas", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 1-20, pp. 2ss; STEVEN BARTELS, "An Abstract...", pp. 60ss.

independentes, esta teria sido igualmente notada nas garantias pessoais, onde desde há muito são aceites *garantias autónomas*, sem que se duvide da conformidade com o sistema jurídico<sup>808</sup>.

*A terceira objecção* é a pretensa incompatibilidade da materialização da garantia em *papel-valor* com a função atribuída aos sistemas de Registo Predial, porquanto acaba por atenuar o *princípio da inscrição*<sup>809</sup>.

Julgamos também não proceder este argumento.

*Por um lado*, não deve olvidar-se que o Registo continua essencial nos sistemas que admitem a titulação em papel da garantia: não só a inscrição é condição constitutiva, como é nas tábuas que consta o grau hipotecário, o montante e a respectiva conformação. O único dado ausente é a *pessoa do titular*, que não pode considerar-se essencial à tutela do comércio.

*Por outro lado*, e mesmo que assim não fosse, a proposta mais recente de *euro-hipoteca* não impõe a cédula, deixando a cada sistema registal nacional a opção da determinação da materialização da garantia em títulos (além da inscrição) ou sua exclusiva previsão tabular<sup>810</sup>. Nessa medida, não pode nunca considerar-se que a *euro-hipoteca* vem atentar contra as opções registais nacionais, porquanto essa é matéria exclusivamente atribuída ao direito interno.

### ***2.5.2. O desencanto pelos regimes jurídicos opcionais: a prática nega uma pretensa boa ideia***

Descartado o argumento de que a euro-hipoteca é *impossível*, debrucemo-nos agora sobre as razões que nos levam a considerar que a previsão do instituto *não soluciona o problema*.

Um dos factos que põe em causa a sua prestabilidade radica nos sucessivos insucessos dos regimes opcionais. Estes corpos normativos, não obstante anunciados com grande entusiasmo (por combinarem as vantagens de certeza jurídica inerentes à unificação normativa com a manutenção da concorrência legislativa e pluralismo jurídico), pura e simplesmente não colhem a adesão dos operadores económicos<sup>811</sup>.

Não pode olvidar-se que esta via de regulação não é nova: há décadas de experiência no quadro da compra e venda internacional por força da Convenção das Nações Unidas

---

<sup>808</sup> Sobre os mecanismos de protecção do proprietário face a garantias independentes, cfr. OTMAR STÖCKER, "The Eurohypothec — Accessoriness...", p. 48; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, "Die Eurohypothek...", p. 118. Sobre a atenuação da acessoriedade nos sistemas clássicos, cfr. HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 771 (*"the principle of accessoriness of mortgage and debt as derived from older codifications influenced by Napoleonic legislation has nevertheless been abandoned by several auxiliary arrangements. There are already more or less far reaching exceptions mainly in Belgium, the Netherlands and in Denmark"*); OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 22; OLIVA ROCÍO DIÉGUEZ, *La eurohipoteca...*, p. 19. Sobre a aceitação das garantias pessoais autónomas, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Garantias...", pp. 327ss; MÓNICA JARDIM, *A Garantia...*, pp. 20ss.

<sup>809</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 183.

<sup>810</sup> Cfr. AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 14.

<sup>811</sup> *Vide supra* nota n.º 800.

sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, concluída em Viena a 11 de Abril de 1980. Ora, não obstante o elevado número de Estados que a este instrumentos se vincularam (actualmente 79 países), os operadores privados preferem submeter os seus contratos a ordenamentos jurídicos nacionais, desenhando as cláusulas contratuais mais adequadas no seio da autonomia material admitida pelos ordenamentos jurídicos nacionais. Isto é, do ponto de vista pragmático, os contratantes demonstram a sua preferência por uma lei nacional para as relações jurídicas que estabelecem<sup>812</sup>.

É curioso este dado. Porventura, a insegurança da disparidade legislativa não será tão desencorajante como a incerteza que deriva da opção por um acto jurídico naturalmente incompleto na sua regulação, deixando as partes receosas quanto às normas aplicáveis e às lacunas normativas que vierem a verificar-se.

---

<sup>812</sup> Neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, "Codification...", p. 44. Segundo o Professor, a criação de um regime *adicional* não é viável a não ser por um período transitório. O Autor lembra as experiências pouco sucedidas da Convenção da Haia de 1964 e da Convenção de Viena de 1980, ambas sobre compra e venda: "*legal practitioners tend to avoid such additional instruments by appropriate contract clauses. They prefer the well-known framework of domestic law*". Lembra-se que a Convenção de Viena admite, no seu art. 6.º, que as partes optem pela exclusão da aplicação do texto uniforme, o que se vem revelando prática comum — "*the CISG is in fact often excluded by the parties*" (JAN SMITS, "Diversity...", p. 161, e "Problems of Uniform Sales Law — Why the CISG may not promote international trade", *Maastricht Working Papers — Faculty of Law*, 2013/1, 2013, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2197468>, consultado em 13 de Fevereiro de 2015, p. 8).

Não obstante, a convenção de Viena é tida como "*the most successful substantive private law convention in history*" — cfr. LARRY A. DIMATTEO, "Harmonization...", p. 560; ULRICH DROBNIG, "Scope...", p. 489 e LUCA G. CASTELLANI, "The adoption of the CISG in Portugal: benefits and perspectives", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, p. 5; JAN SMITS, "Problems...", p. 3. Para uma análise das suas disposições, vide MARIA ÂNGELA BENTO SOARES E RUI MOURA RAMOS, *Contratos Internacionais — Compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986, pp. 17ss; DÁRIO MOURA VICENTE, "A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 39-55, pp. 41ss.

Ainda assim, deve reconhecer-se haver diferenças entre um 29.º regime estabelecido num Regulamento europeu e aquele que consta da Convenção de Viena.

*Em primeiro lugar*, o regime da Convenção não é totalmente sobreponível nos modelos de 29.º regime jurídico por não permitir a sua utilização nas relações puramente internas, o que contribuiria para a divulgação e aumento da confiança naquele instrumento (cfr. PAUL STEPHAN, "The Futility...", p. 776; ANDREA PINNA, "Drafting...", p. 348).

*Em segundo lugar*, a fonte europeia dotaria o regime de maior eficácia: por um lado, a estatuição num acto comunitário permitiria abranger todos os Estados-Membros, mesmo aqueles que se não vincularam à Convenção (Portugal, Reino Unido, Irlanda e Malta), já que não parece ser possível a adesão da UE àqueloutra convenção (cfr. AXEL FLESSNER, "Friktionen zwischen der internationalen und der europäischen Vereinheitlichung des Privatrechts", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 23-37, p. 27); por outro, a integração regional pode ser mais audaz do que uma unificação à escala mundial; por fim, o Regulamento teria ao dispor um Tribunal (o TJUE) capaz de fixar de modo uniforme a interpretação das suas regras (cfr. HECTOR MACQUEEN, "Europeanisation...", pp. 530 e 534; HANNES RÖSLER, "Europeanisation of Private Law Through Directives — Determining Factors and Modalities of Implementation", *European Journal of Law Reform*, vol. XI, n.º 3, 2010, pp. 305-322, p. 318).

*Em terceiro lugar*, a regulação da Convenção de Viena permite o afastamento de algumas das suas disposições (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias perante as ordens jurídicas portuguesa e dos países africanos lusófonos", *O Direito*, Ano 146.º, n.º II, 2014, pp. 297-310, p. 298; DÁRIO MOURA VICENTE, *cit.*, p. 49), hipótese que não parece ser permitida pela proposta da Comissão de 29.º regime opcional da compra e venda (SIMON WHITTAKER, "The Optional...", pp. 393-394).

Ademais, ainda que perante normas de conteúdo uniforme, surge disparidade de interpretação das regras unificadas (sobreponível àquela que analisámos no direito privado uniforme) o que pode dissuadir os operadores de se submeter a um corpo normativo que, sob um manto de *mera aparência de uniformidade*, gere resultados mais imprevisíveis do que a opção por disposições de fonte nacional<sup>813</sup>.

### 2.5.3. *A desnecessidade de criação de um instituto jurídico novo.*

Em segundo lugar, deve lembrar-se que a doutrina mais recente vem colocando uma questão: qual é o *valor acrescentado* de um novo regime jurídico de fonte europeia? Não haverá já, no quadro da *concorrência legislativa horizontal*, sistemas jurídicos que se adequem às necessidades do comércio jurídico? É que, como reconhecem os próprios defensores da ideia, a eurohipoteca só será verdadeiramente útil se consubstanciar um instituto jurídico *melhor e mais adequado* do que aqueles que são oferecidos pelos direitos nacionais<sup>814</sup>.

Na verdade, o efeito da euro-hipoteca é o de colocar à disposição das partes uma garantia hipotecária *diferente daquela que foi prevista pelo legislador interno*, criando uma *autonomia* entre *dois institutos hipotecários*. Ora, tal figura não tem de ser gerada *ex novo: se bem atentarmos*, o que os proponentes da euro-hipoteca pretendem é a viabilidade de opção pela *Grundschild* alemã em sistemas que a não prevêem. Se assim é, coloca-se a questão de saber porque não permitir isso mesmo e, até, alargar o espectro de escolha a *outras garantias europeias* que correspondam, em concreto, ao interesse legítimo das partes. No fundo, a *concorrência legislativa horizontal* parece já oferecer todas as ferramentas necessárias ao objectivo desejado pelos defensores da euro-hipoteca, sem que se revele necessária a modelação de um instituto jurídico inédito: basta admitir a opção por *outro regime hipotecário*<sup>815</sup>.

---

<sup>813</sup> Esta é a explicação avançada por FRANCO FERRARI, "Tendance...", p. 331, e JAN SMITS, "The Common...", p. 912 (que duvida mesmo da capacidade do TJUE em impedi-las num instrumento de fonte europeia). Sobre a *mera aparência de uniformidade* no direito unificado, vide o que dissemos *supra*, p. 366.

<sup>814</sup> Neste sentido, SERGIO NASARRE AZNAR, *Eurohypothec &...*, p. 1: "Therefore, the currently presented model (the model in the Basic Guidelines 2005) should, in any case, prove to be more beneficial than that offered by the current instruments of transnational mortgage funding". As questões são suscitadas por STEFAN LEIBLE, "Kollisionsrecht...", pp. 389-390.

<sup>815</sup> É por esta razão, aliás, que JAN SMITS, "Party...", p. 60, augura o insucesso do *regime europeu opcional* dos contratos: não é suficientemente diferente das opções nacionais disponível e, por isso, torna-se obsoleto. Assim, ensina o Autor ("Optional...", p. 349), que o *direito opcional* não depende necessariamente da previsão de uma 29.<sup>a</sup> figura: basta admitir-se a opção *por outro regime de direito nacional*, como sucede em matéria de divórcio, sucessões, responsabilidade extracontratual e obrigações contratuais.

Face à inclusão de um 29.<sup>o</sup> regime, pode porém prever-se uma mais difícil cognoscibilidade dos institutos estrangeiros (JAN SMITS, "Party...", p. 54). Todavia, não apenas esta preocupação não parece proceder no âmbito a que se dirige o nosso estudo (porquanto não se abrangem os contratos celebrados por consumidores) como a própria veracidade desta afirmação é muito questionável: não será o regime da sociedade anónima europeia mais *desconhecido* do que muitos institutos jurídicos estrangeiros (ainda que esse regime haja sido adoptado por várias sociedades de grande dimensão, como nos dá conta JAN SMITS, "Optional...", p. 348)? E

*Por outro lado*, a modelação proposta da euro-hipoteca é, surpreendentemente, mais rígida do que seria expectável. Na verdade, contrariamente à tendência actual, a euro-hipoteca continua a vedar o pacto comissório ou o pacto marciano. Nessa medida, operadores económicos franceses, por exemplo, verão na euro-hipoteca um instituto menos adequado aos seus interesses do que a garantia acessória que o *Code Civil* estabelece. Ora, se a *rigidez* das figuras nacionais é um dos problemas habitualmente apontados à realização do mercado europeu de garantias imobiliárias, é decididamente um contra-senso que a proposta de euro-hipoteca se apresente menos flexível do que as figuras nacionais<sup>816</sup>.

No fundo, volta aqui a concluir-se que a opção por um 29.º regime jurídico de hipoteca implica maior incerteza do que a opção por um instituto estrangeiro: constituindo a *euro-hipoteca* uma figura jurídica nova, surgirão dúvidas quanto ao sentido e alcance de cada uma das disposições, tornando imprevisível a interpretação que será conferida pelos tribunais nacionais e europeu, *mesmo* perante competência prejudicial do Tribunal de Justiça<sup>817</sup>. Nessa sede, a viabilidade de opção por uma hipoteca conhecida e estabilizada parece mais segura.

#### ***2.5.4. Insuficiência da euro-hipoteca para realização do mercado hipotecário europeu.***

Em terceiro lugar, a euro-hipoteca vem sendo doutrinariamente posta em causa por ser *insuficiente* para o objectivo que anuncia. No fundo, *mesmo* que os operadores económicos viessem a confiar numa figura nova e *ainda que* a modelação da euro-hipoteca fosse um *plus* face aos institutos existentes, sustenta-se que os operadores económicos *não confiarão na figura* sem se unificar os outros vectores de protecção do credor. Com isto queremos dizer que a euro-hipoteca, por si só, *não bastaria* para solução do problema que nos ocupa, devendo necessariamente ser acompanhada por *outras medidas* que contribuíssem para a superação dos obstáculos identificados.

*Por um lado*, manter-se-ia a disparidade registal que *supra* analisámos: em certos Estados vigora o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso, pelo que as tábuas asseguram que o sujeito com inscrição a seu favor é titular do direito publicitado, ainda que substantivamente não tivesse adquirido validamente. Outros sistemas não atribuem ao

---

no nosso problema: não preferirá um banco holandês a opção por uma *hipoteca de direito holandês* (que conhece abundantemente) face à escolha de uma nebulosa *euro-hipoteca*?

<sup>816</sup> *Vide* o que dissemos *supra* sobre a *hypothèque* do direito francês, depois da reforma de 2006. Sobre as vantagens de aceitação do pacto comissório, *vide* o nosso trabalho "Contratos...", pp. 250ss.

<sup>817</sup> Neste sentido, cfr. JAN SMITS, "Party...", p. 66, e "The common...", p. 912 (referindo-se ao 29.º regime da compra e venda).

registo este papel, podendo fazer decair a posição do titular inscrito em certas situações, protegendo aquele que substantivamente tinha o direito<sup>818</sup>.

Ora, se a euro-hipoteca visa a instituição de uma garantia *independente* que atribua ao credor uma segurança absoluta nas transacções internacionais (independentemente dos vícios que forem apontados à dívida garantida), os propósitos da euro-hipoteca passam também pela atribuição ao titular (à semelhança do que sucede no sistema registal alemão) da certeza de que o seu direito não será prejudicado por eventuais invalidades que afectem a posição jurídica do sujeito que lho houver transmitido. Assim, é claro o problema: “*a implementação da euro-hipoteca não vai conseguir, por si só, o desejado incremento do crédito hipotecário transfronteiriço, uma vez que os potenciais credores continuarão a ver-se confrontados com a incerteza, agora relacionada com o tipo de sistema registal vigente no Estado-Membro onde se situam os bens*”<sup>819</sup>.

Os partidários da euro-hipoteca não valorizam o argumento, defendendo que em quase todos os países europeus coexistem distintas modalidades de hipoteca e apenas um sistema registal, o que demonstrará a desnecessidade de unificação do direito tabular<sup>820</sup>. Por nossa parte, o facto de a unificação registal não ser *necessária* à instituição da euro-hipoteca não apaga a crítica de MÓNICA JARDIM: também não é *necessária* qualquer intervenção europeia porquanto não existem obstáculos formais à criação de relações jurídicas hipotecárias transnacionais; simplesmente, a confiança não se estabelece nas relações jurídicas externas, e isso poderá dever-se *quer* à desuniformidade de lei aplicável (que a euro-hipoteca resolveria) *quer* às garantias oferecidas pelo Registo (cuja disparidade se manteria)<sup>821</sup>.

A *segunda insuficiência* residiria no facto de a euro-hipoteca não apagar dificuldades e desconfianças inerentes aos diferentes sistemas de execução e de insolvência. Este problema é reconhecido pelos partidários da euro-hipoteca: apesar da unificação do direito substantivo, o momento de realização da garantia (seja em processo de execução ou de insolvência) enfrentará a aplicação de regras porventura desconhecidas do credor, o que pode condenar a

---

<sup>818</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 205ss.

<sup>819</sup> MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 760. No mesmo sentido, SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 86 (“*without the introduction of an efficient system of registration, uniform mortgage law will remain an utopia*”); BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 508 (“*it could cause problems in legal systems that do not have a positive registration system. A positive registration system is a system in which the content of the register is guaranteed*”); BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 760; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 1; JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, *Do Euro...*, p. 119.

<sup>820</sup> OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 22: “*Yo considero que este argumento es incorrecto, pues en casi todos los países europeos encontramos varias formas de hipotecas, pero sólo un sistema de registro. Y en el mismo sistema de registro son registradas hipotecas accesorias y no-acesorias*”.

<sup>821</sup> Como melhor veremos *infra*, julgamos que este problema terá, porventura, inferior importância económica do que a disparidade legislativa, não sendo provavelmente decisivo nos obstáculos ao mercado hipotecário europeu. Ainda assim, este é um problema que vem ensombrando a proposta da euro-hipoteca, quer por vir desacompanhada de outras medidas no quadro registal, quer porque os respectivos proponentes se não pronunciam sobre o problema.

aceitação de uma *euro-hipoteca* sobre coisa situada no estrangeiro e esvaziar de utilidade o esforço desenvolvido. Não seria necessária, obviamente, uma unificação total do direito da insolvência ou da execução, mas impor-se-ia uma aproximação sobre a forma como a *hipoteca* é tratada nestes processos quanto à sua caducidade, exercício e intervenção do titular nas execuções promovidas por outros credores<sup>822</sup>.

Se STÖCKER entende não haver solução possível (pelo menos no imediato), as *Basic Guidelines for a Eurohypothec* propõem uma imunização da *euro-hipoteca* à insolvência, podendo o titular executar a coisa onerada *à margem* do processo<sup>823</sup>. Esta ideia levanta delicadas questões quanto à competência comunitária, à justiça da opção e às consequências em matéria de política de habitação e de protecção dos devedores, sendo vista com muitas reservas. De facto, estaria a criar-se uma garantia *immune* aos processos de insolvência que, como vimos, envolvem interesses e preocupações de natureza pública.

A *terceira insuficiência* estará no facto de a segurança que se quer imprimir pela instituição da euro-hipoteca depender, em boa parte, de outras normas da lei da situação da coisa que não são unificadas pela mera instituição de uma garantia comum: “*Si en un ordenamiento jurídico, como por ejemplo en Francia, la calidad de la garantía de la hipoteca es restringida fuertemente por privilegios del Estado y de los trabajadores, esta hipoteca no tiene el mismo nivel de calidad y garantía como una hipoteca de otro país donde estos privilegios no existen*”. Isto é, certas leis europeias admitem a existência de privilégios creditórios ou garantias não registados que preferem preferindo a hipotecas inscritas, ainda que constituídas anteriormente<sup>824</sup>.

Ora, sabendo-se que a relação entre vários direitos reais de garantia é matéria de estatuto real (atribuída, por isso, à *lex rei sitae*), a mera instituição de uma garantia comum *no seio das leis nacionais* não bastará para que um potencial credor aceite uma *euro-hipoteca* sobre coisa situada em Estado estrangeiro. No fundo, a segurança que deriva da garantia não lhe é dada a conhecer pelo facto de o instituto da euro-hipoteca ser comum, carecendo de se informar sobre o sistema jurídico-real do Estado da situação da coisa. De outro modo: a euro-hipoteca daria uma *falsa sensação de segurança*, porquanto a sua prioridade poderia não coincidir com aquela que é publicitada. E, repare-se, porque a lei aplicável é sempre a *lex rei*

---

<sup>822</sup> Vide HANS G. WEHRENS, "Real Security...", p. 774: "Shaping the Euro-mortgage largely according to the Swiss model would be relatively easy; in contrast, the uniform shaping of the execution of real estate will be very difficult". Sobre a disparidade de modelos de execução e da posição jurídica do credor com garantia imobiliária, *vide supra*, pp. 216ss.

<sup>823</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 171; AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, et al., "Working...", p. 22; GARY WATT, "The Eurohypothec...", p. 191.

<sup>824</sup> Cfr. OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 22. Atente-se, designadamente, no art. 751.º e do n.º 2 do art. 759.º CC, que determinam a prevalência dos privilégios creditórios e do direito de retenção sobre hipotecas, ainda que registadas anteriormente. Frisando o problema, ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 738. Veja-se a análise desta dificuldade *supra*, pp. 212ss.



*sitae*, cada legislador decidiria, mesmo introduzindo a euro-hipoteca na sua legislação interna, quais os ónus ou gravames, publicitados ou não, que sobre ela preferissem.

### 2.5.5. *As garantias independentes e a injustiça do resultado*

O quarto problema que vem repudiando esta ideia tem justamente a ver com a *independência da garantia*. De facto, vimos *supra* que o princípio da acessoriedade das garantias imobiliárias tem como objectivo técnico-jurídico a simplificação das relações jurídicas (tratando o direito de crédito e a garantia especial da mesma forma) e como propósito substancial a *protecção do proprietário* (que se verá protegido contra eventuais abusos do titular, evitando que o seu prédio seja executado para pagamento de um crédito que não existe). Este princípio (visto actualmente como arcaísmo) contrapõe-se à moderna concepção de *independência da garantia*, mais flexível e oferecendo maior segurança ao credor, permitindo-lhe executar a garantia sempre que esta não padeça de invalidades próprias e ainda que o crédito venha a ser afectado por qualquer irregularidade.

Simplesmente, a acessoriedade previne riscos para o proprietário da coisa onerada. Pense-se, num sistema de *garantia independente*, no caso em que o credor hipotecário transmite o seu direito real a outrem (que não é credor do mesmo devedor) sem ceder o crédito, passando a credor comum. O proprietário devedor fica sujeito a um risco substancial, porquanto o facto de vir a extinguir a obrigação que assumiu não preclui a eventualidade de o novo titular da garantia vir a executá-la por uma dívida por que não é pessoalmente responsável. Na prática, para evitar a execução da coisa, poderá ter de pagar duas vezes, gozando apenas de uma protecção obrigacional. Ora, é legítimo perguntar qual dos sujeitos da relação creditória merece a protecção do direito: o inocente devedor que já pagou a obrigação que assumiu e mantém o gravame sobre a sua coisa? Ou a segunda instituição de crédito que adquiriu a euro-hipoteca do primeiro credor? Certo é que proteger o proprietário nestes casos significa abdicar da natureza independente da garantia, subvertendo a sua afirmada vantagem<sup>825</sup>.

---

<sup>825</sup> Notando este resultado, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 1004, e "La Eurohipoteca", p. 4295; ANDREA FUSARO, "Le linee...", p. 566; SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", p. 85 (que se refere à uma *clear disadvantage* da euro-hipoteca), e "Surety...", p. 315; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 382; SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Un pas...", p. 57.

Na Alemanha, por acção da jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, este efeito é minorado nas garantias constituídas por consumidor. O Tribunal, com fundamento na legislação de protecção do consumidor, vem decidindo em certos casos poder opor ao adquirente da *Grundschild* o direito de o proprietário a readquirir (conferido pelo contrato de garantia celebrado aquando da contracção do crédito). Este contrato obrigacional de garantia (*Sicherungsvertrag*), que é pressuposto da *Sicherungsgrundschild*, estipula quando é que o titular pode executar a coisa (determinando que este poder só pode exercer-se depois do incumprimento do devedor) e o destino da *Grundschild* depois de extinta a obrigação que serviu de seu fundamento (por exemplo, a sua retransmissão ao

Este problema é evidente e vem implicando a *recusa de instituição* da euro-hipoteca. De facto, os Estados que a aceitassem permitiriam a utilização, *para todas as relações creditórias (internas ou internacionais)*, de uma garantia independente que se torna materialmente injusta.

Para o solucionar, advoga-se, na última versão da proposta de euro-hipoteca, a *oponibilidade* da relação entre a dívida e a garantia (o *pactum de hypothecandum*, *security contract* ou *Sicherungsvertrag*, que disciplina os deveres do titular da garantia na salvaguarda dos interesses do devedor) *aos adquirentes da euro-hipoteca*. Isto é, se as partes acordaram que o pagamento da dívida implicaria a aquisição, pelo devedor, da *euro-hipoteca*, esta convenção será oposta ao terceiro que houver adquirido o direito; no fundo, a hipoteca seria *independente* da dívida mas *acessória* do contrato (será um “*ad rem effect*”)<sup>826</sup>.

Por nossa parte, esta solução mais não é que o reconhecimento das insuficiências do cariz independente das garantias reais. O que se propõe é o regresso à acessoriedade: sempre que o pagamento da dívida signifique, para o proprietário, a libertação do imóvel, tal acontecerá pragmaticamente. No fundo, e como os próprios proponentes reconhecem, “*this would create a softened accessoriness which supplies the property owner with sufficient protection against the initial creditor as well as against later assignees*”<sup>827</sup>.

Isto leva-nos a concluir que o modelo da *Grundschild* (ou de qualquer garantia independente) pode ser desadequado enquanto *opção transversal para todas as relações creditórias*, já que ao gerar soluções injustas pode agravar a desconfiança das partes. Nas relações internas (onde a sua previsão não seria necessária), pode implicar custos de justiça material, sobretudo se os bancos a fizerem alastrar como figura de estilo, comum a qualquer financiamento. No domínio internacional, a sua configuração enquanto *modelo único de euro-hipoteca* pode ser

---

proprietário), por cujo incumprimento o credor responde (WOLFGANG RAUCH E STEFFEN ZIMMERMANN, *Grundschild...*, pp. 243ss). Ora, não obstante ser um contrato obrigacional, o Tribunal vem protegendo o devedor-consumidor pela *oposição deste contrato ao adquirente da Grundschild* (cfr. THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 182; KARL HEINZ SCHWAB E HANNS PRÜTTING, *Sachenrecht, cit.*, p. 303).

<sup>826</sup> AGNIESZKA DREWICKA-TULODZIECA, et al., *Basic...*, p. 13; OTMAR STÖCKER, “Real...”, p. 2273, e “The Eurohypothech — Accessoriness...”, p. 48; JOHANNES KÖNDGEN E OTMAR STÖCKER, “Die Eurohypothech...”, p. 118; THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 181; HANS G. WEHRENS, “Real Security...”, p. 778; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 107; ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, “El préstamo...”, p. 379. Solução próxima é defendida por SERGIO NASARRE AZNAR, “The Eurohypothech: a common...”, p. 49.

<sup>827</sup> HANS G. WEHRENS, “Real Security...”, p. 778; THOMAS WACHTER, “La garantie...”, p. 182 (“*Toute codification du contrat de garantie entraînera cependant obligatoirement une limitation de la flexibilité et de la capacité d’adaptation du droit de garantie abstrait. Les avantages du principe de l’abstraction seront donc partiellement supprimés*”); ANDREA FUSARO, “Le linee...”, p. 566; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 107 (“*envereda-se por aquilo que a doutrina apelida de «acessoriedade contratual»*”). Ora, tal é reconhecer que neste como noutros domínios, “*l’ancienneté d’une situation ne signifie pas nécessairement son anachronisme mais peut exprimer des raisons profondes tenant plus ou moins à la nature des choses*” — HENRI BATIFFOL, “Le Pluralisme...”, p. 108. No mesmo sentido, ROLF STÜRNER, “Das Grundpfandrecht...”, pp. 387-388 expressa dúvidas sobre a adequação das garantias independentes ao objectivo proposto.

No fundo, esta solução (como aliás a propugnada pelo BGH, explicada na nota n.º 825) restringe a independência da garantia: esta será autónoma se o crédito for inválido ou ineficaz; mas será acessória se o crédito for cumprido.

desadequada a algumas relações *internacionais* em concreto: é conjecturável que uma instituição financiadora francesa, ao aceitar garantia imobiliária sobre coisa em Portugal, preferisse ter à disposição uma *primeira hipoteca acessória com pacto comissório* do que uma *euro-hipoteca independente*. No fundo, o banco gaulês continuaria a encontrar o *mesmo problema* que hoje surge: terá de se conformar a uma garantia que não conhece e cujos vectores se não adequam ao modelo que pretendia.

#### 2.5.6. *Dificuldades de coordenação com o direito interno e manutenção da disparidade legislativa*

A quinta razão que nega a prestabilidade da *euro-hipoteca* está na articulação do *novo instituto* com o direito nacional. A *euro-hipoteca* é uma garantia a introduzir no sistema jurídico interno (e não a sujeição da garantia a lei diferente), pressupondo aplicabilidade de todo o direito hipotecário nacional que não haja sido regulado pelo instrumento comunitário<sup>828</sup>. Esta característica parece tornar preponderantemente difícil a utilização da via da *euro-hipoteca*.

*Por um lado*, há sistemas jurídicos cujas regras desvirtuarão a garantia. O exemplo mais flagrante é o do direito de Inglaterra e de Gales, onde a *equity of redemption* (isto é, o inalienável poder de o devedor extinguir o ónus que recai sobre o prédio pelo pagamento da obrigação [cfr. *supra* pp. 181ss]) contraria a independência da *euro-hipoteca*. Na verdade, mesmo que o primeiro adquirente da *euro-hipoteca* a tenha já transaccionado para garantir uma ulterior obrigação, muito dificilmente os tribunais ingleses recusariam ao proprietário a extinção do ónus pelo pagamento da dívida ou admitiriam a subsistência de uma *eurohipoteca* sem uma dívida associada<sup>829</sup>.

*Por outro*, esta característica pura e simplesmente matará a uniformidade de regulação que se queria atingir. Efectivamente, não apenas rapidamente se multiplicarão previsíveis disparidades interpretativas inerentes à exegese de um instituto novo por tribunais nacionais (ainda que, numa segunda fase, a competência prejudicial do Tribunal de Justiça possa minorar o problema) como a presença de *conceitos jurídicos* num determinado *sistema nacional* vai implicar que o intérprete convoque o sentido vigente no direito interno.

A este problema, os defensores do modelo de 29.º regime jurídico vêm contrapondo a necessidade de *interpretação autónoma* do direito comum. Não pode deixar de considerar-se

---

<sup>828</sup> Esta característica é, aliás, tida como uma vantagem da instituição de um 29.º Regime Jurídico — as eventuais lacunas regulatórias “*would be integrated by the applicable national rules*” (HELMUT HEISS E NOEMÍ DOWNES, “Non-Optional...”, p. 707).

<sup>829</sup> Este obstáculo é notado por GARY WATT, “The Eurohypothe...”, p. 185. Sobre as dificuldades conflituais deste modelo de intervenção europeia (debruçando-se sobre a proposta de regulamento comum do direito da compra e venda), vide TREVOR C. HARTLEY, “Conflict...”, pp. 528ss.

que a solução, ainda que possível, é pouco satisfatória: no fundo, o julgador será obrigado, numa mesma situação jurídico-privada, a utilizar *dois conceitos* de “*parte integrante*” ou de “*terceiros*”, colocando em cheque a confiança do comércio jurídico que se queria promover<sup>830</sup>.

### 2.5.7. *A amputação da opção legislativa no equilíbrio do crédito*

Por último, julgamos que a instituição da euro-hipoteca iria *longe de mais*, além do necessário ao fomento do mercado europeu de garantias imobiliárias, importando o preço da *amputação ao Estado* dos poderes de regulação das garantias enquanto instrumento de equilíbrio do crédito.

Entendamo-nos. Uma vez que o sucesso da euro-hipoteca depende da sua aplicação também às relações puramente internas, reproduz-se aqui um dos obstáculos que apontámos à *unificação do direito hipotecário*. Na verdade, concluímos *supra* que uma das razões que afastam a viabilidade de se operar uma unificação das garantias imobiliárias no espaço europeu radica no facto de, através deste ramo jurídico, se expressarem opções económicas de tutela do crédito, orientadas por diferentes políticas legislativas que redundam em dissemelhanças preponderantes entre os vários institutos. Unificar este direito é, pois, amputar aos Estados a possibilidade de exercer tais opções, o que não apenas é indesejável como configura uma ultrapassagem dos poderes atribuídos à União<sup>831</sup>.

Se assim é, parece que subsiste aqui o mesmo obstáculo: a partir do momento em que os operadores económicos passam a gozar da possibilidade de optar por um mecanismo uniforme nas relações hipotecárias internas, é gorada uma eventual política legislativa nacional que dependesse da utilização da garantia interna — *por exemplo*, a protecção do devedor mediante uma superior rigidez nas normas hipotecárias (vedação do pacto comissório, acessoriedade absoluta da garantia, proibição de cláusulas de inalienabilidade da coisa hipotecada, etc.). Nessa medida, são aqui mobilizáveis todas as razões que, com este fundamento, desaconselham a unificação do direito hipotecário.

---

<sup>830</sup> Também JAN SMITS, "The Common...", p. 912 nota este problema a propósito do regime europeu da compra e venda. O Professor duvida mesmo da efectividade da competência prejudicial do Tribunal de Justiça e nota que a *interpretação autónoma* obrigará a jurisprudência nacional a conhecer, permanentemente, as pronúncias dos *tribunais dos outros Estados-Membros*, importando preponderantes dificuldades. Sobre a disparidade interpretativa enquanto doença própria das regulações comuns, cfr. *supra* p. 366.

<sup>831</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179, e o que dissemos *supra* p. 87ss e as referências bibliográficas da nota n.º 746. Sobre a ligação incindível entre a política de crédito e endividamento e as opções tomadas no direito das garantias, cfr. MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 391.

### 3. A VIA DOS TÍTULOS DE CRÉDITO: BREVE REFERÊNCIA

Para resolução do nosso problema, pode ainda considerar-se a utilização dos mecanismos que façam assentar o crédito hipotecário em títulos livre e facilmente transmissíveis, atribuindo ao titular os poderes associados à hipoteca. Isto é, perante os problemas de constituição de relações creditórias garantidas por hipoteca em Estado diferente daquele em que o financiador actua, pode conjecturar-se um caminho distinto: ao invés de procurar a formação *ab initio* do crédito hipotecário internacional, a hipótese que aqui configuramos é a de tornar mais fácil a *transmissibilidade* dos créditos hipotecários *já constituídos*. Na verdade, não é outra a missão dos valores mobiliários e dos instrumentos cambiários, destinados a “*promover uma segura e expedita circulação de riqueza*”<sup>832</sup>.

Se este mecanismo fosse eficaz, atingir-se-ia (embora apenas num segundo momento) o objectivo da livre circulação de garantias imobiliárias: se a hipoteca assentasse ou garantisse títulos livremente transmissíveis, isso implicaria a eliminação de alguns obstáculos identificados à circulação das hipotecas, como a formalidade de constituição e transmissão. Isto seria possível quer em títulos de crédito tradicionais (como letras e livranças) quer em títulos de massa (como as obrigações)<sup>833</sup>. Por outro lado, o facto de se trazer o crédito hipotecário para o mercado de capitais e à supervisão de autoridades públicas, poderia dissipar alguma desconfiança das instituições de crédito estrangeiras, dispostas a adquirir valores mobiliários ainda que sem inteira crença na garantia real que lhes subjaz<sup>834</sup>.

---

<sup>832</sup> CAROLINA CUNHA, "Valores Mobiliários vs. Letras e Livranças: virtudes de um confronto pouco usual", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, JOSÉ LEBRE FREITAS, et al., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 673-700, p. 673. No ensinamento da Professora, os títulos cambiários e os valores mobiliários, com todos os contrastes que os distinguem, têm em comum o facto de constituírem “*instrumentos jurídicos de circulação de riqueza*” (p. 674). No mesmo sentido, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos de crédito — uma introdução*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 11.

É certo que, como bem sublinha a CAROLINA CUNHA (*Letras...*, p. 13), as funções dos títulos cambiários foram sendo alteradas. A partir de certa altura, a relação cambiária passou a desempenhar um papel *financiador*, capaz de permitir conceder crédito, sendo todavia inegável que a *circulação do crédito* foi a função historicamente determinante. Curiosamente, hoje em dia, parece esta função ter perdido relevância, multiplicando-se casos em que as letras não chegam a sair das mãos do tomador, o que se liga necessariamente ao facto de muitas vezes este ser o próprio sacador (*cit.*, p. 42). Assim, a *circulação do crédito* parece ocorrer hoje apenas através do instituto do desconto bancário. No mesmo sentido, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos de Crédito e Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 19ss e 33ss.

Sobre a origem histórica dos títulos de crédito, *vide* CAROLINA CUNHA, *Letras...*, pp. 13ss; ENGRÁCIA ANTUNES, *cit.*, p. 10, e ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. III, Letra de Câmbio, Universidade de Coimbra, 1966, pp. 31ss.

<sup>833</sup> Com efeito, e como melhor explicamos na nota seguinte, o conceito de título de crédito abrange ambas as figuras, de acordo com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Registo de Valores Mobiliários", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 51-138, p. 82.

<sup>834</sup> No ensinamento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O actual conceito de valor mobiliário", *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 61, n.º 1, 2001, pp. 5-32, p. 9, a expressão *valor mobiliário* é mais ampla do que a de *título de crédito*, abrangendo não apenas este como outros institutos que assentam igualmente numa *representação de direitos*. Todavia, como o Autor reconhece ("O novíssimo conceito de valor mobiliário", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 139-162, p. 140), nem todos os valores mobiliários representam um direito subjacente. Já segundo JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos...*, p. 7, *título de crédito* será um “*documento*

Importa, por isso, estudar as várias formas conhecidas de assentar em títulos de crédito a obrigação garantida por hipoteca.

Antecipando conclusões futuras, importa avançar que as três vias por nós conjecturadas (hipoteca de títulos de crédito; obrigações hipotecárias; titularização de crédito hipotecário) não solucionam o nosso problema, o que vem justificando que a doutrina não lhes dedique atenção como mecanismo de realização do mercado europeu de garantias imobiliárias. Também por essa razão, analisaremos os institutos sinteticamente, indicando de forma directa as causas de imprestabilidade dos expedientes para o nosso problema.

### 3.1. A hipoteca de títulos de crédito

Os direitos italiano e espanhol prevêm expressamente a possibilidade de a hipoteca garantir obrigações constantes de títulos de crédito à ordem ou ao portador. A ideia subjacente será aproveitar a fácil transmissibilidade dos títulos de crédito no quadro hipotecário, ao estabelecer que os poderes inerentes a uma hipoteca constem de uma relação creditória deste tipo. No fundo, sem abdicar do princípio da acessoriedade, procurar-se-á um caminho que corrija as respectivas consequências quanto à transmissibilidade da garantia, associando-a a um crédito que, por natureza, circula com grande facilidade. Rigorosamente, não é outra coisa o que é operado pela *Schuldbrief* de direito suíço (ao constituir um papel-valor que representa uma obrigação autónoma e cartular associada a uma hipoteca) e aproxima-se da proposta de WACHTER como modelo de euro-hipoteca<sup>835</sup>.

---

*necessário para constituir, exercer e transferir direitos literais neles incorporados*”, noção que completa a definição clássica, segundo a qual é o documento para “exercitar um direito literal e autónomo nele mencionado” (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial, cit.*, Vol. III, p. 3, definição aceite sem grandes alterações por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, p. 288).

Há todavia controvérsia quanto à questão de saber se o suporte dos valores (*titulados* ou *escriturais*) influi na sua classificação como *título de crédito*, sufragando alguma doutrina que só a sua materialização em papel confere o estatuto de *título de crédito*. Será a opinião que CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores Mobiliários — Conceito e Espécies*, 2.<sup>a</sup> Edição, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998, p. 44 (que o sustenta no facto de o seu titular não ser “proprietário dos registos”, desaparecendo por isso a *incorporação documental* — em contraste com a propriedade sobre o papel que ocorre nos valores titulados); AMADEU JOSÉ FERREIRA, *Valores Mobiliários Escriturais — Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 401, que funda a sua convicção no facto de a *circulação* ser exclusiva do papel, não havendo *circulação do registo*; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos...*, pp. 29-30, que o sustenta com base no facto de cada transmissão implicar um *novo registo*, não havendo por isso um *mesmo documento* que represente o direito de crédito).

Por nossa parte, julgamos que a razão estará com CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, “Registo...”, p. 112, CAROLINA CUNHA, “Valores...”, p. 692, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, p. 288, que afirmam ser o suporte (informático ou em papel) irrelevante para a determinação da natureza. Os Professores justificam o seu entendimento no facto de a *posse* ser um *instrumento* e não um *elemento essencial* do regime dos títulos de crédito, podendo ser substituída pela inscrição registal, que é apta a cumprir as mesmas funções. A isto acresce que um *documento* pode ser electrónico (cfr. o nosso trabalho “Assinaturas...”, pp. 47ss), não deixando de haver *incorporação num documento* pelo simples facto de o seu suporte ser electrónico (FERREIRA DE ALMEIDA, *ibidem*, p. 113; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos...*, p. 15).

<sup>835</sup> Sobre o instituto suíço, *vide supra*, pp. 197ss. No modelo que aqui conjecturamos, sucede algo muito parecido, pois a garantia não deixa de ser acessória de uma obrigação. Prescinde-se somente da identificação do

De facto, a associação da hipoteca a obrigações cartulares tradicionais (onde vigoram os princípios da literalidade, abstracção e autonomia<sup>836</sup>) traria ao credor as vantagens inerentes sem se abdicar da acessoriedade da hipoteca: esta associar-se-ia a um direito cuja validade e eficácia não dependeria da relação jurídica subjacente e que, mesmo em sistemas causais, tutela o adquirente do crédito quando o cedente não tinha legitimidade. Desta forma, almejar-se-ia uma posição jurídica próxima daquela que é conferida ao titular de uma *hipoteca independente*, porquanto os seus poderes não dependem das vicissitudes do crédito principal.

Ademais, a *hipoteca de títulos de crédito* constituiria poderoso instrumento de reforço da confiança naqueles valores, porquanto intensifica substancialmente a sua segurança, com proveito para o tomador — *quer* do ponto de vista da realização do seu crédito, *quer* porque lhe será mais fácil endossá-la e descontá-la. Tratar-se-ia, assim, de um mecanismo útil à revitalização das letras de câmbio e à promoção da circulação do capital<sup>837</sup>.

Por fim, esta via traria especiais vantagens no quadro internacional. Não deve olvidar-se os títulos de crédito clássicos (as letras de câmbio e as livranças) encontram o seu regime jurídico em leis uniformes vigentes em boa parte dos Estados-Membros da União Europeia, não subsistindo disparidades legislativas que possam comprometer a sua aceitação ou circulação. Aliás, deve recordar-se que o surgimento destas figuras está geneticamente ligado às transacções internacionais, porquanto se pretendia justamente combater a incerteza dos operadores económicos naqueles casos<sup>838</sup>.

### 3.1.1. Os modelos italiano, espanhol e alemão.

A figura que acabamos de descrever (muitas vezes designada *hipoteca cambiária*) está expressamente regulada em alguns ordenamentos jurídicos europeus.

---

*credor*, facilitando a transmissibilidade do crédito hipotecário (cfr. RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo VIII, p. 395).

Quanto à proposta de euro-hipoteca de THOMAS WACHTER, "La garantie...", pp. 181ss, *vide* o que dissemos *supra* na nota n.º 791. O Professor sugere uma *euro-hipoteca* acessória de uma *dívida abstracta*.

<sup>836</sup> Sobre o rigoroso sentido destes princípios, *vide*, entre outros, CAROLINA CUNHA, *Letras...*, respectivamente, pp. 386ss, 123ss e 406ss; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos...*, pp. 14ss; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos...*, pp. 20ss; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial, cit.*, Vol. III, pp. 40ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, pp. 291ss; FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito...*, Vol. I, pp. 244ss.

<sup>837</sup> Neste sentido, MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, "La hipoteca...", p. 870. Sobre a promoção da transmissibilidade, deve recordar-se que o endosso provoca, em regra, a assunção de responsabilidade do "sujeito que acaba de transmitir a titularidade activa" (CAROLINA CUNHA, "Valores...", p. 675). Nessa medida, quanto menos riscos forem corridos pelos sujeitos que encabeçam o título, mais fácil será a sua transmissibilidade.

<sup>838</sup> Sobre a origem dos títulos de crédito enquanto mecanismo de segurança das transacções internacionais, *vide*

<sup>838</sup> CAROLINA CUNHA, "Valores...", p. 673, e *Letras...*, p. 13; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os títulos...*, p. 11; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos...*, pp. 19ss e 33ss. A lista de Estados vinculados à convenção está disponível na internet, via <https://treaties.un.org/pages/LONViewDetails.aspx?src=LON&id=547&chapter=30&lang=en#6>.

No *direito italiano*, admite-se a constituição de garantia hipotecária associada a títulos de crédito à ordem ou ao portador, sendo em ambos os casos assegurada a obrigação cartular e não a dívida subjacente: trata-se de uma garantia *de pagamento do título*. Estes títulos são individualizados no *documento público notarial de constituição da hipoteca* e são depois marcados com anotação do conservador, dotada de fé pública probatória, que assegura ao comércio jurídico a existência da garantia hipotecária, impedindo que titulares de valores mobiliários idênticos venham fraudulentamente invocar uma hipoteca<sup>839</sup>.

Quando associada a títulos à ordem, o registo espelha a inscrição a favor do primeiro possuidor, embora a garantia se transmita, sem necessidade de quaisquer outras formalidades registais, para quem os títulos vierem a ser endossados. No segundo caso, as tábuas publicitarão a emissão dos títulos, a sua data, número e valor, e identificação de um representante do devedor (anotado à margem), que deve ser notificado de todas as cessões<sup>840</sup>.

Em qualquer dos casos, a *hipoteca* circula com o título (podendo ser executada pelo seu titular) e, porque garante a *obrigação cartular*, fica dotada de alguma da abstracção do título a que se associa: as excepções pessoais que o proprietário poderia opor ao primeiro titular da hipoteca não são oponíveis aos sujeitos a quem o título venha a ser transmitido (e que adquiram, por isso, a hipoteca). No fundo, há aqui uma *tutela da circulação da garantia* que acresce à tutela da circulação da prestação creditória<sup>841</sup>. Esta hipoteca extinguir-se-á por via acessória ou por renúncia do titular (subsistindo a letra)<sup>842</sup>.

Similar é a solução espanhola que, no art. 150.º da *Ley Hipotecaria* prevê que a cessão de hipoteca constituída para garantir créditos constantes *de títulos ao portador ou transmissíveis por endosso*, está isenta de qualquer formalidade registal e de quaisquer obrigações de notificação ao devedor (ao contrário do que sucede no regime geral da cessão do crédito hipotecário). No fundo, a lei castelhana prevê a *hipoteca de título de crédito*, transmissível com a circulação do título, com dispensa de toda e qualquer formalidade adicional: apenas se exige que a escritura

---

<sup>839</sup> Cfr. n.º 1 do art. 2839.º, e *vide* GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 329; L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche...", pp. 5112 e 5116. Trata-se, assim, de uma forma adicional de publicidade perpetrada pelo princípio da legalidade, embora seja questionável se é obrigatória ou apenas um *uso* entretanto gerado (neste último sentido, MASSIMO MONTANARI, *I titoli di credito*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, p. 63). Quanto ao facto de a hipoteca não garantir a dívida subjacente mas o *pagamento do título*, cfr. MONTANARI, *cit.*, p. 63; GORLA e ZANELLO, *cit.*, p. 326 (que expressam dúvidas quanto a saber se a eventual invalidade do título de crédito gera a conversão da hipoteca, passando a incidir sobre o crédito subjacente [p. 327], hipótese negada por BULLO e MANENTE, *cit.*, p. 5112).

<sup>840</sup> Cfr. arts. 2831.º e 2485.º *Codice Civile* — GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, p. 345; L. BULLO E M. MANENTE, "Delle ipoteche...", p. 5112; MASSIMO MONTANARI, *I titoli...*, p. 64.

<sup>841</sup> Quanto à circulação da hipoteca com o título, cfr. art. 1995.º do *Codice Civile* e MASSIMO MONTANARI, *I titoli...*, p. 63. Quanto à abrangência da garantia por alguma abstracção cartular, *vide* GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, pp. 338-340, e MONTANARI, *ibidem*.

<sup>842</sup> Art. 2887.º *Codice Civile* e MASSIMO MONTANARI, *I titoli...*, p. 64.



pública de *constituição* da hipoteca mencione expressamente a natureza de *hipoteca de título de crédito*, o número de títulos emitidos e seu valor<sup>843</sup>.

No direito espanhol, porém, a abstracção do título de crédito não alastra à hipoteca, que garante a *obrigação subjacente*: “*la hipoteca nace en atención a, pero al margen de, la letra*”. Isto é, a hipoteca de um título de crédito no direito espanhol pode ser invalidada se a dívida subjacente for nula (cfr. Resolução DGRN de 2 de Setembro de 1983 e Decisão do Tribunal Supremo de 7 de Junho de 1988), gozando apenas de uma *indeterminação transitória do seu titular*: a hipoteca pertence a quem for credor do título de crédito, publicitando o Registo esta *indeterminação do titular*. No fundo, não se trata de uma *hipoteca independente* mas de uma “*hipoteca ordinaria matizada por la determinación de su titular al tiempo del vencimiento*”<sup>844</sup>. Ainda assim, esta possibilidade vai necessariamente gerar desvios aos princípios orientadores do direito hipotecário espanhol, como sejam a eventualidade de uma *hipoteca do proprietário* (já que este pode vir a tomar o título de crédito).

O direito alemão também admite a constituição de uma *Sicherungshypothek* para títulos de crédito. Simplesmente, *por um lado*, a existência naquele ordenamento de uma *hipoteca independente* reduz a importância prática da hipoteca cambiária; *por outro*, a maior flexibilidade do instituto germânico importa poucas alterações à figura que *supra* analisámos: a lei limita-se a esclarecer a viabilidade de associação da garantia imobiliária a uma obrigação cartular e a declarar a transmissibilidade da caução com o título, sem necessidade de inscrição tabular<sup>845</sup>.

---

<sup>843</sup> “*La hipoteca sigue aquí el curso de circulación de los títulos a que garantiza y, desde esta perspectiva, se incorpora*” — FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 328. Assim, o art. 150.º da *Ley Hipotecaria* estabelece que “*el derecho hipotecario se entenderá transferido con la obligación o con el título, sin necesidad de dar de ello conocimiento al deudor ni hacer constar la transferencia en el Registro*”.

Repare-se que se discutiu, no ordenamento espanhol, se a figura da *hipoteca de títulos endossáveis e ao portador* pode garantir letras de câmbio ou se apenas é utilizável para títulos-obrigações, emitidos em massa (JORGE LUIS TOMILLO URBINA, “Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho positivo español”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 179-180, 1986, pp. 157-183, pp. 163ss). A discussão cessou na década de oitenta, com a jurisprudência da Direcção Geral de Registos e Notariado espanhola a definitivamente fixar a viabilidade de associação da hipoteca a letras de câmbio (*ibidem*, p. 183).

<sup>844</sup> MIGUEL GONZÁLEZ LAGUNA, “La hipoteca...”, p. 877; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 307; RAMÓN ROCA SASTRE E LUIS ROCA-SASTRE MUCUNILL, *Derecho...*, Tomo VIII, p. 395; art. 145.º da *Ley Hipotecaria*. Pelo facto de o único elemento indeterminado nesta hipoteca ser o *titular*, a doutrina castelhana discute a categorização desta figura como *hipoteca de seguridad* (GONZÁLEZ LAGUNA, *cit.*, p. 876). Sobre esta categoria, *vide* o que dissemos na nota 316.

<sup>845</sup> Cfr. §1187 BGB. Nos termos desta norma, não é aplicável à hipoteca cambiária a norma que exige a inscrição registal da transmissão do crédito hipotecário (n.º 3 do §1154 BGB) nem as regras relativas à extinção por vontade de terceiros da garantia por via da reunião na mesma pessoa da hipoteca e da propriedade (§1179a). Como explicámos *supra* (pp. 164ss), a *Sicherungshypothek* é uma modalidade de hipoteca que se caracteriza pelo facto de os efeitos do registo (nomeadamente a vertente positiva do princípio da fé pública registal) não alastrarem ao crédito, assegurando aos terceiros a validade da hipoteca *se o crédito existir*. Quanto ao regime jurídico da transmissão do crédito hipotecário (fora da hipoteca cambiária) *vide* nota n.º 296.

### 3.1.2. *Imprestabilidade para o nosso problema.*

Rapidamente se conclui, porém, que esta via não é apta à solução do nosso problema.

Desde logo, não constitui mecanismo adequado a *todos os títulos de crédito*, porquanto a garantia hipotecária não é apropriada à caução de títulos de crédito de massa, simultaneamente *valores mobiliários* (como obrigações). As sociedades emitentes tendem a dispersar títulos em quantidade abundante e valores unitários reduzidos, pelo que a hipoteca constitui garantia exagerada para cada um deles<sup>846</sup>.

Por esta razão, no direito italiano discute-se se pode admitir-se aqui uma anómala hipótese de *uma hipoteca* garantindo *vários créditos* ou se surgem tantas hipotecas quantas as obrigações emitidas (embora sujeitas a uma única inscrição por força de norma especial); no direito espanhol prevê-se expressamente a hipoteca de *vários títulos*, mas determina-se que, na fase de execução, o credor seja titular de *todos os títulos de crédito* (mesmo os ainda não vencidos) como forma de evitar uma dupla execução, o que acaba por eliminar as possíveis vantagens inerentes à respectiva transmissibilidade<sup>847</sup>. Ademais, a sociedade emitente não sabe *a priori* se conseguirá encontrar investidores para a totalidade dos títulos que visa emitir, pelo que a figura implicaria a constituição antecipada de hipotecas sobre créditos condicionais. Todas estas razões conduzem à conclusão de que *“la norma di cui all’art. 2831 c. c. sia riferita, in modo quasi esclusivo, all’ipotesi di titolo all’ordine cambiario”*, e justifica que a *hipoteca de títulos de crédito* seja conhecida como *hipoteca cambiária*<sup>848</sup>.

A acrescer, estes valores são causais, não beneficiando da abstracção que caracteriza os títulos de crédito clássicos e cujas vantagens são normalmente apontadas para a sua utilização neste domínio. Isto é, a associação directa da hipoteca a títulos de massa não apenas é difícil como não traz vantagem alguma, no que tange à segurança do credor, face à relação hipotecária tradicional (de um direito de crédito especialmente caucionado).

Estes dados impõem uma conclusão: a hipoteca não serve para *directamente* garantir as obrigações que derivam dos valores mobiliários. Foi esta vicissitude, aliás, que levou ao desenvolvimento de outras figuras capazes de trazer a hipoteca para esse domínio (as obrigações hipotecárias e a titularização do crédito hipotecário), que analisaremos *infra*. Nessa medida, esta hipótese apenas é conjecturável para os títulos de crédito clássicos.

---

<sup>846</sup> Neste sentido, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Registo...", p. 115. A emissão em grande número e o valor unitário reduzido dos valores mobiliários é, aliás, uma das *“óbvias diferenças de criação”* entre estes e as letras e livranças — CAROLINA CUNHA, "Valores...", p. 675.

<sup>847</sup> Quanto ao direito italiano, cfr. SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 286, e GINO GORLA E PIETRO ZANELLI, *Del Pegno...*, pp. 347ss. Sobre o art. 150.º da *Ley Hipotecaria* espanhola, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 308.

<sup>848</sup> Cfr. SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 283.

Todavia, mesmo para os títulos cambiais, a hipoteca revela-se desajustada: a letra de câmbio envolve em si mesma uma relação de garantia, porquanto sacador, avalistas, aceitantes e endossantes asseguram *pessoalmente* ao titular o pagamento da obrigação contida. Desta forma, é difícil conjecturar um caso óbvio de utilidade económica da hipoteca, porquanto a utilização destes institutos está ligada à segurança intrínseca das relações jurídicas que envolvem: o credor só toma uma letra porque *confia* no sistema de garantias nela envolvido, não sendo claro que papel pode prestar a hipoteca neste domínio<sup>849</sup>.

Por outro lado, é improvável que o proprietário se disponha a onerar um prédio com um gravame que assegure obrigação autónoma de cuja sorte não tem qualquer controlo, caucionando as obrigações que forem sendo assumidas *por cada endossante* (que o proprietário não conhece nem pode prever)<sup>850</sup>.

Todavia, mesmo que se não aceitasse que a hipoteca joga mal com os títulos de crédito clássicos (e se tomasse como eficaz a associação de garantias imobiliárias àqueles valores), certo é que subsiste o problema que identificámos na Parte I. Mesmo que a hipoteca cambiária possa ser do agrado dos operadores económicos, ela não resolve o problema de que tratamos. Vejamos.

A associação da hipoteca aos títulos de crédito tem duas grandes virtudes: facilita a sua transmissão (pois a garantia acompanha o título) e fortalece a confiança *na dívida garantida*, pois o seu carácter abstracto conferirá ao credor uma superior certeza.

Porém, o maior óbice à criação de um mercado europeu de garantias imobiliárias não reside nas dificuldades de transmissão das garantias nem na confiança dos investidores nas dívidas que são assumidas. Os obstáculos centrais, vimos, são a *disparidade de regras*

---

<sup>849</sup> Se a função originária da letra de câmbio se ligava justamente ao *contrato de câmbio* (circulação de moeda e sua conversão), desempenhando assim funções de *pagamento* e de *circulação*, paulatinamente estas figuras passaram a desempenhar em si mesmas um papel de *concessão de crédito* (uma função de *pagamento*), sujeitas a um sistema próprio de garantias (*vide* CAROLINA CUNHA, *Letras...*, pp. 23ss). Aliás, o facto de a letra estar sujeita ao princípio da literalidade e, em muitos sistemas, configurar *título executivo* implica que o credor cambiário as veja como desempenhando uma *função de garantia* em sentido amplo (*cit.*, p. 43 e CAROLINA CUNHA, "Valores...", p. 675). Sobre os efeitos dos negócios cambiários, *vide* ainda *ibidem*, pp. 73ss; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos...*, pp. 55ss, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, pp. 330ss. Sublinhando a função de *garantia* da letra de câmbio, *vide* ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial, cit.*, Vol. III, p. 29 e, sobre os efeitos dos negócios cambiários, pp. 135ss.

<sup>850</sup> Historicamente, aliás, este foi o principal problema que se encontrou na redação da primeira *Ley Hipotecaria*, ainda no século XIX, porquanto se impunha a "*conclusión de que la transmisión del crédito por medio de endoso, si ha de conservar su condición general de obligar a todos los endosantes, no tiene fácil acomodo en los contratos hipotecarios*" (cfr. JORGE LUIS TOMILLO URBINA, "Admisibilidad...", p. 159), razão que terá motivado a exclusão da hipoteca cambiária quando se modelou primitivamente a hipoteca de títulos de crédito.

Poder-se-ia conjecturar a solução oposta, onde a hipoteca apenas asseguraria a obrigação *do sujeito que constitui a hipoteca*. Todavia, a jurisprudência italiana defende que "*il giratario di una cambiale ipotecaria come acquista in modo automatico il crédito a garanzia del quale l'ipoteca iscritta, così acquista il diritto di ipoteca non derivativamente, in via di cessione, quale successore del girante, ma in modo autonomo, in condizioni di indipendenza dai rapporti che fanno capo ai possessori precedenti*" — Acórdão da *Corte di Cassazione* de 02.06.1978, n. 2754; SANDRO MERZ, *Manuale...*, p. 284.

*disciplinadoras da hipoteca* associada à imperatividade do comando conflitual que conduz à aplicação da *lex rei sitae*; a divergência de tutela registal, executiva e falimentar conferida pelos vários ordenamentos; a impossibilidade de celebração à distância do negócio de constituição da garantia e o desincentivo à contratação em Estado diferente do da situação do prédio.

Ora, a via aqui explorada *não soluciona qualquer destes problemas*, ainda que se disponibilizasse em todos os Estados-Membros a *hipoteca de títulos de crédito*. Se a um banco alemão for oferecida hipoteca sobre prédio em Portugal, o facto de a *dívida* constar de letra de câmbio reforçará a confiança do credor quanto à qualidade da obrigação e facilitará a sua transmissão. Nenhuma alteração haverá, porém, no estatuto da garantia real, que continua a ser-lhe desconhecido e arriscado: não conhece os poderes conferidos pela lei portuguesa, que se mantém aplicável ao estatuto real; suscitar-se-ão dúvidas quanto ao sistema tabular português, atendendo à inexistência de princípio da fé pública registal; a constituição da garantia poderá implicar um negócio com presença física das partes (importando representação e assessoria) perante titular português, em língua que o credor não domina (a exigir assessoria especializada e a provocar a repercussão dos custos do preço do crédito).

Ou seja, se o credor não estava disposto a aceitar a letra de câmbio pura e simples (não confiando na relação de garantia própria da relação cambiária), não será a associação a uma hipoteca que o demoverá, pois manter-se-iam os problemas que conduziram à inexistência de mercado europeu de hipotecas. No fundo, a hipoteca que vai reforçar a sua segurança é *exactamente idêntica* àquela que aceitaria caso não existisse relação cartular e que, vimos, não permite o desenvolvimento do mercado hipotecário europeu.

De outro modo: se o credor se não sentiu suficientemente seguro em aceitar uma relação hipotecária clássica (pois não confia na hipoteca estrangeira), não será o assentamento da dívida numa letra de câmbio que mudará a sua convicção, pois esta *não altera a garantia e todo o seu regime* (apenas reforça a sua transmissibilidade). Está assim explicada a razão de não existir qualquer posição doutrinal sufragando este caminho na solução do nosso problema.

### **3.2. As obrigações hipotecárias e as congêneres de direito estrangeiro.**

#### **3.2.1. Descrição sumária do instituto**

Não sendo adequada a utilização da hipoteca como garantia directa de valores mobiliários, foi no entanto desenvolvido um instrumento financeiro especialmente dirigido à circulação do crédito hipotecário (ou à transmissibilidade da segurança que caracteriza a

hipoteca): as *obrigações hipotecárias* e suas figuras homólogas nos demais Estados-Membros<sup>851</sup>, que devem ser exploradas como via de solução do nosso problema.

Trata-se de um instrumento financeiro com vantagens consideráveis, pois permite às instituições de crédito reembolsar os mútuos hipotecários que concedem e faculta aos investidores o acesso a um produto financeiro de risco consideravelmente reduzido e de elevada liquidez. Ademais, este instrumento é expressamente abrangido pelos actos normativos comunitários que definem *movimentos de capitais*, o que pode significar algum favor das instituições a este modo de fomento do mercado europeu de garantias imobiliárias<sup>852</sup>.

---

<sup>851</sup> Referimo-nos às *Öffentliche Pfandbriefe* alemãs, às *Cédulas Hipotecárias* e aos *Bonos Hipotecarios* de Espanha, às *Obligations Foncières* francesas, às *Pfandbriefe* austríacas, às *covered bonds* belgas ou as *Mortgage Cover Assets Securities* irlandesas. Como veremos, abrangemos aqui também as ligeiramente diferentes figuras das *Obbligazioni Bancarie Garantite* italianas e das *UK Structured Covered Bonds* britânicas.

<sup>852</sup> Numa perspectiva simplista, e partindo para já das *obrigações hipotecárias* reguladas em Portugal (Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março) constituem um valor mobiliário emitido por instituições de crédito (que se dediquem à concessão de mútuos hipotecários) que confere ao subscritor um *privilegio creditório especial sobre os créditos hipotecários* do emitente. No fundo, há nesta figura a criação de uma garantia de segundo grau: o *credor obrigacionista* adquire o direito a ser pago preferencialmente à custa (não de uma coisa mas) de *créditos* vencidos ou vincendos do devedor que, por sua vez, estejam *assegurados através de uma primeira hipoteca* constituída sobre imóvel situado em qualquer Estado-Membro da União (neste sentido, *vide* a definição de *covered bonds* oferecida pelo MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 25; FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações Hipotecárias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, pp. 335-336).

Sobre as vantagens que explicamos no texto, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação de Créditos — Securitization*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 139ss, e "Instituições de Crédito Hipotecário, Obrigações Hipotecárias e Obrigações sobre o Sector Público", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho — Studia Iuridica n.º 102*, Vol. I — Responsabilidade: entre Passado e Futuro, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO E JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 663-683, pp. 666ss; ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, *cit.*, p. 136; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", pp. 59-60; JOÃO LADEIRO, *Novo regime jurídico das obrigações hipotecárias*, (policopiado), Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006, p. 2; ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, *cit.*, p. 136; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", pp. 910ss; FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 385; FILIPE SANTOS BARATA, *cit.*, pp. 20 e 71ss; PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 148.

O instituto não é recente, remontando ao século XVII, no seguimento da Guerra dos Sete Anos entre a Áustria e a Prússia: o estabelecimento do novo direito hipotecário previu as *Pfandbriefe* em 1769, pretendendo-se que o crédito hipotecário circulasse com absoluta liquidez (cfr. ARMINDO RIBEIRO MENDES, *cit.*, p. 71). A figura foi depois trazida para o direito francês em 1852 (com algumas adaptações), quando se autorizou o *Crédit Foncier de France* a emprestar fundos mediante a emissão de obrigações prediais (modelo que, aliás, veio a ser importado em Portugal, dando origem ao *Crédito Predial Português*) — cfr. FILIPE SANTOS BARATA, *cit.*, pp. 39ss; PASCAL AGBOYIBOR, "French Obligations Foncières and MBS FCCs following recent amendments to the Securitisation Law", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 3-12, p. 3.

A abrangência da figura pelo direito europeu é frisada por JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", pp. 123-124, autor que sufraga a necessidade de *harmonização mínima*, que ainda não foi ainda operada (cfr. FILIPE SANTOS BARATA, *cit.*, p. 61), o que explica a diversidade na modelação destes institutos. Estes activos são abrangidos pelos actos legislativos comunitários em matéria de valores mobiliários; nessa medida, na regulação dos organismos de investimento colectivo em valores mobiliários [OICVM] (cfr. Directiva 2009/65/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009), dá no n.º 4 do art. 52.º uma definição de alguma dívida particularmente segura (admitindo uma maior exposição dos OICVM a esses produtos) de que decorrem *grossa modo* os caracteres básicos das obrigações hipotecárias (*ibidem*, p. 67; WOLFGANG KÄLBERER, "Introduction", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 33-35, p. 33): emissão por instituição bancária com sede na União Europeia (i), prioridade atribuída aos subscritores no pagamento à custa dos

Estes títulos podem categorizar-se em dois tipos.

*Em primeiro lugar*, há sistemas que prevêm títulos de crédito negociáveis emitidos por instituições autorizadas (assumindo estas a obrigação de reembolsar o capital e pagar juro pelo investimento) a que acresce um *privilégio creditório especial* incidente sobre *créditos hipotecários do emitente*<sup>853</sup>. Reforçando a segurança do investidor, acresce a separação patrimonial dos activos subjacentes à emissão obrigacionista (que prevalece no caso de liquidação ou dissolução da instituição emitente), de modo a que aqueles não possam responder por outras dívidas da entidade emitente<sup>854</sup>. Neste modelo, o privilégio creditório não só parece

---

activos que lhes servem de garantia (ii), qualidade dos créditos que podem servir de garantia às obrigações (iii) e regime especial de supervisão (iv).

<sup>853</sup> É o caso das *obrigações hipotecárias* do direito português (cfr. n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março) [*vide* o que dissemos na nota anterior], dos *bonos hipotecarios* e *cédulas hipotecarias* do direito espanhol (que diferem dos *bonos hipotecários* pelo facto de não terem concretos créditos hipotecários afectados, pelo que o privilégio incide sobre a carteira de créditos hipotecários do emissor — cfr. art. 13.º da *Ley del Mercado Hipotecario [LMH]* [*Ley* n.º 2/81 de 25 de Março, na versão que lhe foi conferida pela *Ley* 41/2007, de 7 de Dezembro] e FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La Hipoteca...*, p. 388); das *Obligations Foncières* do direito francês (FILIPE SANTOS BARATA, *cit.*, p. 46; FRANCIS GLEYZE, "France — Société de crédit foncier", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 265-270, p. 269; PASCAL AGBOYIBOR, "French...", p. 4; PIERRE-ÉRIC FUZIER, "La réforme des sociétés de crédit foncier", *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, n.º 75, 1999, pp. 155-159, p. 156; HUBERT DE VAUPLANE E JEAN-PIERRE BORNET, *Droit des Marchés Financiers*, 3.ª Edição, Litec, Paris, 1999, p. 58); das *Pfandbriefe* austríacas (ALEXA MOLNAR-MEZEL, "Austria — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 201-205, p. 204), das *covered bonds* belgas (Décret du 11 octobre 2012 e CAROL WANDELS, "Belgium — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 207-213, p. 212), e das *Pfandbriefe* alemãs (cfr. WOLFGANG KÄLBERER E OTMAR STOCKER, "Germany — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 287-294, p. 291).

Repare-se que as obrigações são garantidas especialmente por créditos de que o emitente é titular, por sua vez afiançados por hipoteca. Nessa medida, alguma doutrina considera enganadora a designação "*obrigações hipotecárias*", já que transmite a ideia de que há uma hipoteca garantindo o valor imobiliário. Na verdade, ao invés, a emissão obrigacionista é caucionada por um *privilégio creditório mobiliário* que incide sobre certos créditos hipotecários do emitente, sendo este património autónomo "*o cerne, o nervo da garantia*" (cfr. L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *cit.*, p. 545; ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 60; FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, p. 38).

<sup>854</sup> Como é sabido, a autonomização de um património constitui em si mesma uma garantia dos credores (*vide* L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias*, *cit.*, p. 542).

Nas obrigações hipotecárias lusas, pode discutir-se a existência de uma *verdadeira separação patrimonial*. Dispõe o n.º 3 do art. 4.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março que "*Os créditos hipotecários e outros activos afectos às obrigações hipotecárias, incluindo o produto dos respectivos juros e reembolsos, constituem património autónomo e não respondem por quaisquer dívidas da entidade emitente até ao pagamento integral dos montantes devidos aos titulares das obrigações hipotecárias*".

Se bem repararmos, a lei refere-se à autonomia patrimonial apenas *num sentido* (*os créditos hipotecários afectados não respondem pelas demais dívidas*), não mencionando se o demais património do emitente responde pela dívida obrigacionista. Coloca-se, assim, o problema de saber se há uma *responsabilidade pessoal* do emitente pelos direitos conferidos pelas obrigações ou se aqueles são apenas assegurados pelos créditos subjacentes.

Neste primeiro sentido, pode argumentar-se que a lei estabelece expressamente a *autonomia patrimonial*: como ensina CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Teoria...*, p. 348, "*Património autónomo ou separado será, assim, o que «responde por dívidas próprias», isto é, só responde e responde só ele por certas dívidas. Torna-se necessário para se falar de autonomia patrimonial ou separação de patrimónios que um certo património responda apenas por certas dívidas do seu titular, não respondendo pelas outras, e que por aquelas dívidas só o património autónomo responda, não podendo elas afectar o património geral do seu titular*". Isto é, "*a existência de plena autonomia patrimonial exige o concurso de ambas estas características (só responder e responder só ela por certas dívidas), não bastando a verificação de uma delas apenas*". Com este fundamento, alguma doutrina vem defendendo que a emissão de obrigações hipotecárias não afecta o demais património da

prevalecer sobre qualquer direito real de garantia, como em alguns direitos tem o condão de potenciar a eficácia da hipoteca subjacente, determinando o legislador que as hipotecas afectadas à emissão obrigacionista “*prevalecem sobre quaisquer privilégios creditórios imobiliários*”, contrariando a regra geral civilística<sup>855</sup>.

Nos institutos ora descritos, a hipoteca não circula: as emissões constituem *dívida própria da instituição*; simplesmente, graças à modelação do privilégio creditório, o subscritor fica numa situação muito próxima à que estaria *se fosse titular da hipoteca*, já que esta assegurará activos patrimoniais exclusivamente afectados a caucionar os títulos emitidos<sup>856</sup>.

---

instituição emitente ao seu cumprimento; isto é, que o estabelecimento legal da *autonomia patrimonial* implica *ipso facto* que só o crédito hipotecário afectado aos títulos responda pelo seu cumprimento, não podendo os credores obrigacionistas executar o demais património do emitente (JOÃO LADEIRO, *Novo...*, pp. 14 e 20).

Em sentido contrário, defende a maioria da doutrina que considera haver uma “*autonomia patrimonial imprópria*”, sustentando que “*não estamos perante um património autónomo perfeito, uma vez que se é verdade que este apenas responde pelas dívidas relativas às OH, já não será verdade que a responsabilidade por tais dívidas está limitada a esse património autónomo. Com efeito, caso o património autónomo em causa se revele insuficiente para responder pelos créditos de que sejam titulares os detentores das OH, estes poderão, enquanto credores comuns, exigir o pagamento da parte insatisfeita dos seus créditos ao restante património da entidade emitente*” (PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, “O Novo Regime Jurídico das Obrigações Hipotecárias em Portugal”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Especial Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, pp. 99-111, p. 102). Neste sentido, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Títul[ariz]ação...*, p. 143 (“*pela remuneração e pelo reembolso das obrigações hipotecárias responde subsidiariamente [art. 4.º, n.º 2] todo o património da entidade emitente, uma vez que não foi estabelecido regime especial em consequência da separação de patrimónios*”) e “*Instituições...*”, p. 676; PAULO CÂMARA, *Manual...*, p. 150. Ademais, este património “*autónomo*” só subsiste na estrita medida do necessário para assegurar as obrigações, cessando uma vez pagos os direitos dos credores obrigacionistas.

Julgamos ser correcto o segundo entendimento. A autonomia patrimonial *perfeita* é, no nosso direito, excepcional, pelo que deveria ser expressamente indicada pelo legislador. Assim, se a lei estabelece que estes activos *só respondem* pelas obrigações mas não determina que *só eles respondam*, tal implica o estabelecimento de um *património autónomo parcial*, a que a MOTA PINTO se refere (*Teoria...*, p. 348, nota n.º 408).

<sup>855</sup> Assim acontece em Portugal (n.º 2 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março e art. 751.º CC; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “*Instituições...*”, p. 679; ARMINDO SARAIVA MATIAS, “*Obrigações...*”, p. 628; FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, pp. 193-197), em Espanha (arts. 12 a 14.º da *Ley del Mercado Hipotecario*) e em França (art. L. 513-11 do *Code monétaire et financier*, na versão que lhe foi conferida pela *Ordonnance n.º 2013-544 du 27 juin 2013*), onde privilégio este é conhecido pela doutrina gaulesa como “*superprivilège*” por preferir a todos os demais (cfr. HUBERT DE VAUPLANE E JEAN-PIERRE BORNET, *Droit...*, p. 61).

No direito português, não deixa de ser estranho que, desde 2006, a preferência da hipoteca seja alterada sem que o comércio jurídico possa disso conhecer. De facto, ao invés do que sucedia na vigência do Decreto-Lei n.º 125/90, de 16 de Abril (e suas sucessivas alterações), o regime das obrigações hipotecárias de 2006 eliminou a exigência da inscrição no registo predial da afectação de certa hipoteca às obrigações hipotecárias, ligação essa que, como vimos, potencia o seu valor. Dá a sensação que o legislador, ao invés de corrigir o carácter oculto dos privilégios creditórios (que podia colocar em causa a confiança dos investidores em face de títulos de crédito associados a uma garantia que cedia em face de privilégios desconhecidos) fez alastrar às hipotecas que (secretamente) forem associadas a estes valores mobiliários uma preferência que, sigilosamente, contraria o disposto na lei civil, com prejuízo para os credores privilegiados (neste sentido *vide* o que dissemos noutra sede [MÓNICA JARDIM, MARGARIDA COSTA ANDRADE E AFONSO PATRÃO, *80 Perguntas...*, p. 86] e também L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, *Direito das Garantias, cit.*, p. 549). Esta prevalência parece existir também sobre o direito de retenção (cfr. FILIPE SANTOS BARATA, *cit.*, pp. 198-201 e jurisprudência aí mencionada) sem que o retentor possa de algum modo saber que o seu direito decairá face *àquela hipoteca*.

Alguma doutrina, porém, aplaude esta alteração, argumentando que a diminuição da burocracia é um factor importante para que as instituições de crédito considerem a ideia de emitir este tipo de títulos (cfr. PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, “*O Novo...*”, p. 100, e PAULO CÂMARA, *Manual...*, p. 149).

<sup>856</sup> Quanto à *não circulação* da garantia, cfr. IGNACIO ALBIÑANA CILVETI, “*La cesión de créditos hipotecarios: Régimen jurídico, Obstáculos y Soluciones*”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 23/2009, 2009, pp. 85-91, p. 89, e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “*Derechos Reales...*”, p. 911 (“*Estas llamadas «hipotecas» a favor de los cedulistas, no son, sin embargo, «hipotecas». Son «derechos de preferencia de cobro»*”); FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, *La*

O segundo figurino encontra-se nos modelos italiano e inglês, cujos institutos se aproximam da figura da *titularização de créditos hipotecários* (que veremos *infra*): o banco hipotecário transfere o crédito para uma *sociedade veículo* (Special Purpose Vehicle — SPV); este património, segregado, será depois utilizado para satisfazer os direitos (de capital e de juros) das *obbligazioni bancarie garantite* ou das *UK structured covered bonds* e os custos da operação<sup>857</sup>. Isto é, neste modelo os créditos hipotecários são responsáveis únicos pelo pagamento aos investidores, não havendo responsabilidade pessoal do banco hipotecário. Assim, a hipoteca garante verdadeiramente os títulos emitidos (porquanto se dá uma *cessão do crédito hipotecário*), reduzindo o risco para a entidade emitente (que deixa de responder pelo seu pagamento com o seu demais património). Todavia, no modelo italiano, caso os créditos hipotecários não sejam suficientes para cobrir os direitos dos subscritores, prevê-se a possibilidade de estes exigirem o remanescente do banco hipotecário, representados exclusivamente pelo SVP. Nessa medida, a diferença acaba por esbater-se, porquanto em última análise surge responsabilidade pessoal do banco<sup>858</sup>.

A par destes dois modelos há ordenamentos que prevêem ainda um produto financeiro que procede a uma *cessão parcial* do crédito hipotecário, estabelecendo-se *solidariedade activa* quanto ao crédito hipotecário entre o sujeito emitente (credor originário) e o investidor que adquiriu o título. Neste modelo, o investidor assume uma dose maior de risco, porquanto a satisfação do seu direito depende apenas do *devedor hipotecário*, não podendo exigi-lo do emitente no caso de incumprimento daquele. No fundo, há algo próximo de uma *cessão do crédito hipotecário* para os investidores<sup>859</sup>.

---

*Hipoteca...*, p. 385. Quanto à equiparação da posição jurídica do titular destes títulos ao titular de uma hipoteca (por efeito da separação patrimonial), cfr. PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, "O Novo...", pp. 102-103. É esta autonomização que implica a segregação dos activos subjacentes à emissão obrigacionista, através de um mecanismo codificado e com intervenção do Banco de Portugal.

<sup>857</sup> Cfr. arts. 7-bis e 7-ter da *Legge 30 aprile 1999* (que regula as operações de titularização de créditos), introduzidos pela *Legge 14 maggio 2005, n.º 80*. Sobre este modelo, *vide* ainda FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, pp. 47-49; PATRIZIO MESSINA, "Covered bonds as a new opportunity opened up in the Italian market (Law 80/2005)", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 24-32, p. 26; ENRICO GALANTI E MARIO MARANGONI, "La disciplina italiana dei Covered Bond", *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consuezza Legale — Banca d'Italia*, n.º 58, 2007, pp. 5-85, p. 9 (que sublinham a particularidade de estes instrumentos terem sido regulados pelo aditamento de normas ao diploma geral sobre securitização). Repare-se que este regime jurídico não é totalmente coincidente com aquele, que melhor veremos *infra*, de *titularização de créditos garantidos por hipoteca*, o que contraria a tendência de diferenciar os dois institutos pela existência ou não de um SPV.

Quanto ao modelo britânico, *vide* MARTIN BARTLAM, "Understanding the UK Covered Bonds Structure", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 13-23, p. 13.

<sup>858</sup> Cfr. ALFREDO VARRATI, "Italy — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 323-327, p. 326; PATRIZIO MESSINA, "Covered...", p. 30.

<sup>859</sup> Referimo-nos ao instituto das *participaciones hipotecarias*, reguladas no art. 15.º LMH, ou os *certificados de transmisión de hipoteca*, do direito espanhol (equivalentes àquelas mas menos exigentes quanto aos créditos



### 3.2.2. *Inaptidão das obrigações hipotecárias para solucionar o problema sob análise*

A um olhar desatento, o expediente das obrigações hipotecárias (em qualquer das suas modalidades) parece ser capaz de potenciar a circulação o crédito hipotecário no espaço europeu, já que materializa em títulos transaccionáveis a segurança da hipoteca subjacente. No fundo, o que interessa ao subscritor não é o privilégio creditório sobre os créditos do emitente ou a obrigação por este assumida: a sua segurança reside na hipoteca que os garante, o que constitui a utilidade económica destes valores mobiliários<sup>860</sup>.

Todavia, uma análise mais minuciosa conduz inevitavelmente à conclusão de que a previsão deste instrumento financeiro não soluciona o problema que enunciámos. A conclusão já se adivinhava, porquanto esta figura existe na generalidade dos Estados-Membros sem que tal haja conduzido à realização do mercado europeu de garantias imobiliárias. Na verdade, colocam-se duas ordens de problemas que forçosamente conduzem à imprestabilidade das garantias hipotecárias enquanto remédio para a inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias: *por um lado*, o facto de a segurança por si gerada ser atenuada quando ligada a mais do que um ordenamento jurídico; *por outro*, a sua inaptidão estrutural para a resolução do nosso problema.

Quanto ao primeiro problema, importa notar que as obrigações hipotecárias enfrentam algumas dificuldades se tiverem subjacentes créditos hipotecários plurilocalizados. Não se trata de uma *impossibilidade legal*, porquanto, na maioria dos países europeus, a lei identifica os créditos garantidos por primeira hipoteca sobre imóvel situado *em qualquer Estado-Membro* da União Europeia como aptos à respectiva emissão<sup>861</sup>.

Todavia, muitas das regras que cada regime interno possa estabelecer encontram diferentes esferas de aplicação. Alguns legisladores determinaram unilateralmente a aplicação das suas normas a *todos* os títulos emitidos nesse país, mas certos aspectos do regime

---

elegíveis — sobre o seu regime jurídico *vide* IGNACIO ALBIÑANA CILVETI, "La cesión...", p. 90; FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mortgage...", p. 61, nota n.º 20). Nestas, o credor hipotecário emite valores mobiliários que representam uma parte do crédito, pelo que os investidores assumem o risco: concorrem com o credor originário na acção executiva contra o devedor da obrigação garantida. Só podem recair sobre a instituição emitente quando o reembolso do investimento não se deva ao incumprimento da obrigação caucionada. A sua natureza jurídica é muito discutida: pode ser tida como negócio fiduciário, como cessão do crédito (permanecendo a gestão e administração com o cedente) ou como novo direito de crédito.

<sup>860</sup> Neste sentido, cfr. JOÃO LADEIRO, *Novo...*, p. 20, recordando que o crédito hipotecário afectado está segregado para responder pelo cumprimento das obrigações emitidas (cfr. *supra*, nota 854).

<sup>861</sup> No direito português, cfr. alínea *a*) do art. 16.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março; na lei espanhola, a mesma solução se infere dos arts. 2.º e 6.º do *Real Decreto* 716/2009, de 24 de Abril.

dependem da situação da coisa hipotecada nesse Estado<sup>862</sup>. Nessa medida, a confiança dos investidores em títulos emitidos no estrangeiro ou com activos garantidos por hipotecas sobre imóveis situados noutra Estado será menos evidente: no fundo, o regime das obrigações hipotecárias pode ser abalado pelo carácter internacional da relação jurídica, sobretudo pelo facto de a hipoteca (enquanto activo subjacente) encontrar regimes distintos daquele que foi pressuposto pelo legislador do direito dos valores mobiliários.

É isto que explica, aliás, o tímido sucesso das obrigações hipotecárias no plano internacional: a confiança dos subscritores reside, em última análise, na *hipoteca subjacente*. Ora, se esta se situa no estrangeiro, a confiança que os operadores *não têm* nas respectivas garantias imobiliárias revela-se igualmente na *obrigação hipotecária*<sup>863</sup>.

O segundo problema é mais contundente. As obrigações hipotecárias, por mais segurança que atribuam ao investidor, pura e simplesmente são desadequadas à solução do nosso problema. De facto, as obrigações hipotecárias são um importante instrumento que permite às entidades bancárias aumentar a sua liquidez, já que podem utilizar a segurança que lhes é conferida pelas hipotecas constituídas a seu favor para captarem fundos. Para os investidores, o produto é igualmente atractivo, já que encontram no mercado de capitais um título de crédito a que é oferecida a mesma segurança de uma hipoteca.

Todavia, se bem atentarmos, este expediente não permite *nem* a circulação transnacional do crédito hipotecário, *nem* a superação da inexistente concorrência entre entidades bancárias na captação de crédito bancário. Quando uma instituição autorizada emite obrigações hipotecárias, está a contrair crédito utilizando como garantia os créditos hipotecários de que é titular. Isto é, está a oferecer aos investidores (seus futuros credores) o grau de segurança que a hipoteca lhe confere enquanto garantia das obrigações que emite. Porém, não está a transmitir *nem* a hipoteca, *nem* o crédito hipotecário; este mantém-se na titularidade do emitente. O emitente não faz circular o crédito hipotecário; simplesmente, ele financia-se porque oferece como garantia a titularidade activa de uma relação creditícia

---

<sup>862</sup> De facto, se o direito espanhol, no art. 1.II da *Ley 2/1981* (na redacção que lhe foi conferida pela *Ley 41/2007*, de 7 de Dezembro de 2007) estabelece que a lei castelhana se aplica "*a todos los títulos que en ella se regulan y que se emitan en territorio español*", a verdade é que essa regulação ficará dependente de o prédio hipotecado se situar aquém fronteiras, pois a lei (tal como faz congénere portuguesa) dispõe um *reforço da própria hipoteca* associada à obrigação, concedendo-lhe lugar preferente entre as garantias das obrigações. Ora, as garantias reais estão sujeitas à lei da situação da coisa; nessa medida, não será a lei do local da emissão a hierarquia entre as garantias imobiliárias mas a lei do Estado onde a coisa se situar. Neste sentido, PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, "O Novo...", p. 104.

<sup>863</sup> ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, cit., p. 137 (que defende que a desconfiança dos investidores nas obrigações hipotecárias se deve ao regime das hipotecas e da sua execução); MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 115 (que sustenta que a confiança dos investidores depende da existência de uma hipoteca que conheçam); SERGIO NASARRE AZNAR, *Eurohypothec &...*, p. 33 (que conclui que as obrigações hipotecárias sempre esbarram na diversidade legislativa da hipoteca, defendendo por isso que a sua aceitação sempre dependerá da instituição de uma *eurohipoteca*); PEDRO FERREIRA MALAQUIAS, "O Novo...", p. 99.

sustentada num direito real de garantia. Nessa medida, não pode ignorar-se que a existência do crédito hipotecário é um *pressuposto* da emissão de obrigações hipotecárias.

Chegados a este ponto, é fácil perceber que as *obrigações hipotecárias* (ou suas congéneres de direito estrangeiro) não põem fim ao problema que concitámos. De facto, continua a não ser praticável a um devedor originário contrair crédito junto de uma instituição bancária de um Estado-Membro oferecendo como garantia uma hipoteca sobre coisa sita em Estado diverso, já que o credor será assolado com toda a incerteza que caracteriza a constituição de uma garantias imobiliária sobre coisa situada no estrangeiro, remunerando tal insegurança com a fixação de condições contratuais pouco atractivas<sup>864</sup>. Na verdade, este potencial credor não pode, por via das obrigações hipotecárias, titularizar a garantia real para depois a transaccionar; aquelas *pressupõem um crédito a que já está associado uma garantia real*, permitindo-se depois ao credor hipotecário utilizar aquela segurança como forma de financiamento.

Isto é, a emissão de obrigações hipotecárias depende da *prévia concessão de crédito associado a garantia imobiliária*, o qual ocorrerá, como vimos, principalmente no seio de fronteiras nacionais. Igualmente, não se melhora o acesso ao crédito dos *proprietários*: estes continuam constrictos aos financiadores internos (os únicos que confiam na *hipoteca* da lei interna). No fundo, a única mais-valia que pode decorrer das obrigações hipotecárias é que o *crédito hipotecário interno* (aquele que existe) pode depois ser oferecido como garantia a *investidores internacionais*. Isso é uma vantagem para *os bancos emitentes das obrigações* que podem financiar-se internacionalmente a uma taxa de juro mais atractiva. Não soluciona, porém, o problema do devedor originário (proprietário da coisa), que continua forçado a contratar com prestamistas internos ou a oferecer garantias diferentes da hipoteca a financiadores estrangeiros. De outro modo: para o proprietário, mantêm-se todos os óbices da inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias<sup>865</sup>.

---

<sup>864</sup> Referimo-nos ao desconhecimento do direito aplicável à garantia (e da protecção conferida ao credor), o qual pode ser diverso daquele em que o credor está familiarizado; aos obstáculos colocados pelas formalidades de contratação, à incerteza gerada quanto à lei aplicável a cada um dos elementos do contrato, aos ónus e encargos ocultos que possam sobre ela prevalecer, etc.. Neste sentido, ARMINDO RIBEIRO MENDES, "Um novo...", p. 88.

<sup>865</sup> Para ter a certeza que exploramos *todas as potencialidades* das obrigações hipotecárias, poderia conjecturar-se a utilização desta figura para, mediante um mecanismo contratual complexo, remover os obstáculos à contracção de crédito hipotecário junto de um mutuante estrangeiro. Se certo agente económico visa contrair um empréstimo, propondo-se a constituir uma hipoteca sobre coisa sita no Estado A (e enfrentando, assim, a desconfiança das entidades bancárias dos demais Estados-Membros), poderá considerar a viabilidade de celebrar um contrato por meio do qual certo prestamista estrangeiro se obrigue a adquirir, em certas condições, obrigações hipotecárias à instituição de crédito do Estado A, perante quem o dito sujeito contrairá o empréstimo garantido por hipoteca. No fundo, celebrar-se-ia um negócio por meio do qual o agente económico contrairia perante um banco nacional um crédito hipotecário que, por sua vez, seria dado como garantia de obrigações hipotecárias a subscrever pela instituição bancária estrangeira.

---

O contrato que aqui conjecturamos envolve, assim, três partes: A, proprietário que visa financiar-se oferecendo uma hipoteca sobre coisa imóvel no Estado-Membro X; Banco B, instituição de crédito estrangeira que estaria disposta a conceder crédito mas que, por desconhecer e temer a protecção conferida pela garantia imobiliária criada nesta relação internacional, apenas assentiria em outorgar o empréstimo mediante taxa de juro superior; Banco C, entidade bancária do Estado X (o mesmo da localização do imóvel), a quem não interessaria financiar A nas condições por ele desejadas. Assim, consideramos aqui a hipótese de A contrair crédito hipotecário perante C (que confia e conhece a garantia real do Estado X, bem como toda a legislação aplicável), sendo que C emitirá obrigações hipotecárias (garantidas por aquele crédito) que B se vincula a adquirir.

Na hipótese que aqui desenvolvemos, apesar de formalmente se constituir uma hipoteca a favor de uma instituição nacional, estar-se-ia a permitir que, materialmente, fosse o banco estrangeiro a financiar aquele devedor. Esta entidade bancária, previsivelmente, não enfrentaria a incerteza própria da aceitação de uma hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro, já que o seu devedor é uma entidade bancária (o emitente) que lhe inspirará índices de confiança superiores. A entidade bancária territorial (mero intermediário) poderá realizar a operação com remuneração mais baixa do que aquela que praticaria, já que saberá à partida que encontrou imediatamente uma instituição de crédito (subscritor) que está disposta a adquirir obrigações hipotecárias garantidas por aquele financiamento que concedeu.

Por mais atractiva que uma figura deste tipo possa parecer (já que surge como único mecanismo capaz de, por meio das obrigações hipotecárias, permitir as operadores económicos negociar com mutuantes estrangeiros o financiamento garantido por hipoteca incidente em coisa situada no estrangeiro), não cremos que a relação contratual seja útil. Nem trataremos das dúvidas, *de iure condito*, que se colocam à viabilidade de uma operação como esta — pois as condições legais de disciplina da criação de instrumentos financeiros podem não ser compatíveis com a execução de um contrato como aquele que conjecturámos. Centremo-nos na sua *viabilidade económica* (partindo do pressuposto da respectiva possibilidade jurídica) e isto bastará para recusar a sua utilização como forma de solução do nosso problema.

Entendamo-nos. Um negócio como este implica que entre mutuante (estrangeiro) e mutuário se coloque uma instituição de crédito intermediária, que concede o empréstimo a troco de uma hipoteca (cujo regime conhece), utilizando depois o mútuo concedido como activo subjacente a obrigações hipotecárias, que emite imediatamente (reembolsando o montante concedido), e que são subscritas pelo mutuante.

Chegados aqui, importa saber qual é o compromisso assumido pela entidade bancária intermediária. De facto, há que perscrutar se a emissão das obrigações hipotecárias implica que esta instituição de crédito esteja pessoalmente a garantir o pagamento do montante mutuado (como sucede na maioria dos modelos europeus) ou se apenas os activos subjacentes respondem pelo seu cumprimento (como acontece no sistema inglês, que transfere os activos para o SPV). Qualquer que seja a decisão do legislador quanto a este ponto, porém, sempre se concluirá pela inutilidade económica deste financiamento.

Neste último caso, (se apenas os activos subjacentes responderem pelo pagamento do montante titulado), não parece que a operação venha alguma vez a alcançar o acordo do mutuante. Na verdade, o prestamista estrangeiro apenas aceitará financiar esta operação nas condições remuneratórias desejadas pelo sujeito que constitui a garantia *se confiar na eficácia da garantia que lhe é prestada*. Ora, neste caso, a garantia do investidor está na hipoteca associada aos créditos subjacentes aos títulos, atribuindo ao subscritor a segurança que deriva da garantia real imobiliária. Assim, é fácil perceber o problema que se suscita: se o mutuante confiasse na hipoteca que é constituída, concederia crédito hipotecário *sem necessidade da intermediação do emitente*. A dificuldade que se suscitou, e obstaculizou à partida a concessão do mútuo hipotecário, foi precisamente a desconfiança do credor quanto à protecção que lhe era conferida. Nessa medida, não é de esperar que uma entidade bancária *que recebeu a aceitação de uma hipoteca estrangeira* venha a aceitar adquirir títulos de crédito que estão *suportados na mesma garantia*, a qual constitui a segurança do subscritor (cfr. bibliografia referida na nota n.º 863). A crescer, a possibilidade de na maioria dos ordenamentos o emitente responder com o demais património leva a que poucas instituições de crédito estejam dispostas a uma operação deste tipo (cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, p. 143).

No primeiro caso (se o emitente das obrigações assumir pessoalmente a posição de devedora), é claro que a instituição de crédito intermediária — o Banco C, que aceitou conceder um empréstimo a A (mutuário) para que, imediatamente, emitisse obrigações hipotecárias ligadas àquele activo, a serem subscritas pelo Banco B (mutuante final) — não está apenas a servir de mediador. Está a assumir uma posição muito próxima daquela em que se colocaria se prestasse uma garantia bancária autónoma *on first demand*, pois o subscritor das obrigações hipotecárias possa exigir do seu emitente o cumprimento da prestação, independentemente de ser incobrável o crédito hipotecário subjacente aos títulos.

Nesta hipótese, a operação é muito mais atractiva para o mutuante estrangeiro. De facto, apesar de o mutuante final não confiar na garantia imobiliária cujo regime desconhece, pode suceder que veja no emitente um devedor capaz de, com o seu património, fazer dissipar as incertezas primeiramente identificadas. Isto é, se a hipoteca estrangeira não era suficiente para gerar no mutuante a vontade negocial, a assunção pelo emitente das obrigações hipotecárias do papel de devedor pode ser determinante para a respectiva aceitação.

### 3.3. A titularização do crédito hipotecário.

#### 3.3.1. Descrição do método

Mais adequado ao objectivo proposto é o mecanismo da *titularização de créditos* ou *securitização*<sup>866</sup>. De uma perspectiva simplista, trata-se da “*transformação dos créditos dos bancos pelos empréstimos que concedem (bank loans) em activos negociáveis em mercado secundário*”, o que implica que se proceda à “*agregação por espécies, desses activos (constituídos por créditos), à sua autonomização relativamente ao património do credor, mediante alteração de titularidade e, posteriormente, à emissão de títulos representativos desse universo*”. A securitização baseia-se na cessão de créditos, sendo que o cessionário emitirá títulos de crédito que financiam a operação de cessão “*com o aforro aplicado pelos investidores na subscrição*” que é, assim, segregado do demais património do cedente<sup>867</sup>.

---

Porém, estará afastada a utilidade económica de um negócio como este: lembre-se que a entidade mutuante intermediária não estava, à partida, disposta a conceder crédito nas condições pretendidas pelo mutuário; foi esse o factor que provocou a busca de entidades bancárias estrangeiras e que suscitou o problema da aceitação de uma hipoteca sobre coisa situada no estrangeiro. Sendo assim, provável será que a remuneração exigida para uma intervenção como esta não seja inferior à inicialmente proposta: o facto de poder reembolsar o montante despendido através da emissão das obrigações não terá por efeito a fixação de um juro inferior na concessão do mútuo hipotecário, porquanto a sua análise do risco manter-se-á (continuará a constituir-se credora do devedor e a suportar o risco do respectivo incumprimento).

Isto é, mesmo que uma operação destas fosse legalmente viável, está demonstrada a *inaptidão estrutural das obrigações hipotecárias* para o nosso problema: em caso algum estas permitem ao proprietário oferecer uma hipoteca a financiador estrangeiro sem enfrentar os obstáculos que identificamos na Parte I.

<sup>866</sup> Como é sabido, o termo *securitisation* deriva da transformação em *securities* (no sentido de valores mobiliários). Assim, na língua portuguesa, deve evitar-se a expressão: “*os neologismos adequados a traduzir a ideia em bom português são titularização ou mobiliarização*” (cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, p. 33); no quadro do vocabulário preexistente, parece que as expressões *titulação* ou *titularização* são mais expressivas.

<sup>867</sup> As citações são, respectivamente, de ANTÓNIO J. AVELÁS NUNES, *O Crédito*, cit., p. 206, ARMINDO SARAIVA MATIAS, “Obrigações...”, p. 633, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, p. 12. Este instrumento bancário começou a difundir-se na década de oitenta do século passado, principalmente no Reino Unido e nos Estados Unidos da América. Para uma análise profunda do mecanismo nos Estados Unidos, cfr. FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, “Mortgage...”, pp. 56ss. Traz, para os bancos, uma enorme vantagem, já que permite às instituições de crédito recolher liquidez com base em contratos de mútuo de longo prazo: cede os créditos em causa, o cessionário recolhe dos investidores o preço da compra dos créditos e melhora-se imediatamente a estrutura de balanço do banco (cfr. CALVÃO DA SILVA, cit., p. 14, que sumariza todas as vantagens; ANTÓNIO VITORINO, “A titularização de créditos em Portugal”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 161-178, p. 161; DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A Titularização de Créditos: Bases Gerais”, *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 9-15, p. 11); FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, pp. 80ss; PAULO CÂMARA, “A Operação de Titularização”, *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 65-94, pp. 67ss; DIOGO LEITE DE CAMPOS E CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, *Créditos Futuros, Titularização e Regime Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 10ss; ARMINDO SARAIVA MATIAS, “Titularização — Um novo instrumento financeiro”, *Galileu — Revista de Economia e Direito*, vol. IV, n.º 1, 1999, pp. 77-90, pp. 78ss; PEDRO CASSIANO SANTOS E ANDRÉ FIGUEIREDO, “O Mercado Português da Titularização de Créditos: Diversificação e Maturidade”, *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 357-397, pp. 358ss.

No domínio do nosso problema (a realização do mercado europeu de garantias imobiliárias), esta via não é habitualmente considerada pela doutrina. Apenas conhecemos uma voz neste sentido (DORA MARTINS DE CARVALHO, “A comercialização...”, p. 47) que identifica este mecanismo como forma de potenciar a transmissibilidade da *hipoteca*, contornando os problemas identificados *supra* (embora a Autora abranja neste mecanismo a instituição da *titularização da hipoteca* [como sucede na *hipoteca de cédula* do direito alemão] e não apenas a titulação de créditos hipotecários).

Não espanta conjecturar-se a aplicação desta técnica no domínio do crédito hipotecário, porquanto foi justamente esta a área que gerou a técnica da titularização nos Estados Unidos da América: ensina CALVÃO DA SILVA que, na sequência da grande depressão, foram criados organismos tendentes a estabilizar o mercado hipotecário e que foram adquirindo muitos dos créditos. Ora, na década de 70 do século passado, tais entidades emitiram valores mobiliários “*sustentados ou baseados em créditos hipotecários (Mortgage-backed securities-MBS)*”. É por esta razão que os créditos hipotecários são, tradicionalmente, exemplos típicos de direitos que, pela sua qualidade, são susceptíveis de mobilização<sup>868</sup>.

Nos vários direitos europeus, é traço comum que a utilização deste mecanismo dependa da cedência de créditos para titularização (incluindo-se expressamente os créditos hipotecários) a entidades específica e exclusivamente dedicadas à actividade de titularização (os *SPV* — *Special Purpose Vehicles*), que emitirão títulos de crédito livremente transmissíveis (unidades de titularização ou obrigações titularizadas) que conferem o direito a pagamento pelo SPV, no calendário e modalidades fixadas, à medida que vai cobrando os activos cedidos. Nos ordenamentos mais flexíveis, é viável não apenas este modelo (o método *pay-through* de titularização, onde o SPV utiliza os fluxos de capitais para pagar aos investidores em períodos de tempo pré-fixados) mas igualmente a possibilidade de os subscritores encabeçarem a titularidade dos créditos securitizados (método *pass-through* de titularização)<sup>869</sup>.

---

<sup>868</sup> Sobre os *Mortgage Backed Securities* e sua origem, vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, p. 17; FERNANDO MÉNDEZ GONZÁLEZ, "Mortgage...", p. 35. Neste sentido, MANUEL MONTEIRO, "O recente regime português da Titularização de Créditos", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 193-233, p. 200; ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Titularização...", p. 78. Também em Inglaterra foi o crédito hipotecário o primeiro a ser *securitizado* em 1987 (CALVÃO DA SILVA, *cit.* p. 22). Como é evidente, esta realidade prende-se com o facto de a titularização de créditos não ser compatível com *créditos de realização duvidosa*, o que perpetra as preocupações dos vários legisladores europeus (*ibidem.* p. 78), porquanto o risco de incumprimento corre directamente por conta do investidor (cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS, "A Titularização de Créditos: Bases...", p. 11; ANA RITA ALMEIDA CAMPOS, "Titularização de créditos — Algumas notas sobre titularização sintética", *Revista da Banca*, n.º 60, 2005, pp. 77-92, p. 79). Nessa medida, é consabido que o valor do título está directamente ligado à qualidade da garantia associada aos activos subjacentes — cfr. PAULO CÂMARA, "A Operação...", p. 67.

<sup>869</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, pp. 20ss; DIOGO LEITE DE CAMPOS E CLÁUDIA SAAVEDRA PINTO, *Créditos...*, pp. 32-33.

O método *pass-through* caracteriza-se, assim, pelo facto de a SPV assumir uma função fiduciária, desempenhando o papel de depositário e gestor dos créditos que, na verdade, passam a ser encabeçados pelo adquirente dos títulos. Como se percebe, isto distingue o modelo do anteriormente explicado, onde o subscritor adquire apenas *um direito de crédito* a ser pago pelo SPV (cessionário dos créditos securitizados e que se mantém na respectiva titularidade).

No direito luso, o regime da titularização de créditos consta do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 82/2002, 5 de Abril, n.º 303/2003, de 5 de Dezembro, n.º 52/2006, de 15 de Março, e n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro. É consabido que a lei autoriza a securitização, em regra, de todos os direitos de crédito cuja transmissibilidade não se encontre sujeita a restrições legais ou convencionais (i), que revistam natureza pecuniária (ii), que se não encontrem sujeitos a condição (iii) nem sejam litigiosos ou tenham sido dados em garantia, judicialmente penhorados ou apreendidos (iv) — art. 4.º. Todavia, atendendo ao objecto do nosso trabalho, versaremos exclusivamente sobre a titularização dos *créditos hipotecários*. As entidades que, em Portugal, podem ser cessionários de créditos *para titularização* são os fundos de titularização de créditos e as sociedades de titularização de crédito (art. 3.º), que assumem assim uma propriedade de “*carácter (quase)*

No que toca à formalidade da cessão inicial, ainda que se trate de um crédito hipotecário cuja alienação implique a transmissão de um direito real sobre imóvel, a lei é normalmente menos exigente. Por exemplo, entre nós basta a forma escrita conquanto as assinaturas sejam reconhecidas presencialmente, o que constitui um incentivo à operação no quadro internacional por se evitarem as dificuldades atinentes ao sistema de notariado latino que identificámos *supra* a propósito da constituição e transmissão das hipotecas<sup>870</sup>.

Não obstante não haver ainda um *mercado europeu secundário de crédito hipotecário* (mas *vários mercados nacionais* onde se negociam as obrigações titularizadas) a verdade é que o fenómeno vem adquirindo importância em todos os países europeus. Pouco a pouco aumenta o volume de títulos representando as relações de crédito hipotecário, o que

---

*fiduciário*" (cfr. DIOGO LEITE DE CAMPOS E MANUEL MONTEIRO, *Titularização de Créditos — Anotações ao Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 14).

Os *fundos de titularização* são patrimónios autónomos administrados por uma sociedade gestora, divididos em *unidades de titularização* representativas da participação naquele património (art. 9.º). O fundo aplica os seus activos na aquisição de créditos (art. 12.º), pelo que as *unidades de titularização* — valores mobiliários escriturais, livremente transmissíveis, que constituem as parcelas do fundo — se reportam aos créditos cedidos (cfr. ANTÓNIO VITORINO, "A titularização...", pp. 169ss; ALEXANDRE LUCENA E VALE, "O Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro: o trabalho preparatório e notas sobre o regime jurídico da titularização de créditos", *Revista da Banca*, n.º 50, 2000, pp. 37-54, p. 38; FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, p. 85; MANUEL MONTEIRO, "O recente...", pp. 214ss).

As *sociedades de titularização de créditos* são sociedades anónimas exclusivamente dedicadas à actividade de securitização (art. 39.º) que adquirem activos para depois emitirem *obrigações titularizadas*. Estas obrigações caracterizam-se por terem subjacentes créditos especialmente afectados à emissão, constituindo um património autónomo e segregado perfeito; *por um lado*, só os activos subjacentes respondem pelas obrigações emitidas — não podendo o subscritor pagar-se à custa do demais património da sociedade emitente (art. 61.º); *por outro*, aqueles activos estão exclusivamente afectados às obrigações, mediante privilégio creditório, não respondendo pelas demais dívidas da sociedade emitente (art. 62.º e 63.º). Nessa medida, a garantia do subscritor está incindivelmente ligada aos créditos segregados que estão, por esta via, titularizados nestes valores mobiliários (VITORINO, *cit.*, p. 172; MANUEL MONTEIRO, *cit.*, p. 222). Em Portugal, existem apenas cinco destas sociedades registadas na CMVM (ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Obrigações...", p. 633, nota n.º 8. Note-se que, segundo o Autor, os adquirentes destes títulos podem atacar o património da sociedade de titularização de créditos no caso de insuficiência dos activos subjacentes [*cit.* p. 634]).

O modelo pátrio é decalcado nos francêss, espanhol e belga; o direito italiano aproxima-se da estrutura anglo-saxónica (sobre a sua comparação *vide*, p. todos, CALVÃO DA SILVA, *cit.*, pp. 16ss). Certo é que, qualquer que seja a configuração, a constante é a necessidade de existência de uma *terceira entidade* (mesmo que seja gerida pelo cedente) a quem são transmitidos os créditos a titularizar — PAULO CÂMARA, "A Operação...", p. 72.

Sobre a interconexão da figura do *Trust* com a titularização de créditos, *vide* MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, "O *Trust* e a Titularização de Créditos — Breves Considerações", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 165-190, pp. 168ss.

<sup>870</sup> Atente-se na excepção ao n.º 2 do art. 578.º CC. De facto, o legislador civil, *porque a transmissão do crédito implica a alienação de um direito real de garantia sobre um imóvel*, prescreveu a necessidade de este negócio revestir a forma correspondente (escritura pública ou documento particular autenticado nos termos do art. 24.º do Decreto-Lei n.º 116/2008, de 4 de Julho). Ora, se o crédito for *cedido para titularização*, a lei basta-se com a forma escrita com reconhecimento presencial das assinaturas, sendo tal documento particular bastante para efeitos de registo (cfr. art. 7.º do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro, alterado pelos Decretos-Leis n.º 82/2002, de 5 de Abril, n.º 303/2003, de 5 de Dezembro, n.º 52/2006, de 15 de Março, e n.º 211-A/2008, de 3 de Novembro). Sobre os requisitos de forma e eficácia, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, pp. 95ss; MANUEL MONTEIRO, "O recente...", p. 205. Sobre a necessidade de agilizar a forma de cessão neste tipo de negócios, *vide* DIOGO LEITE DE CAMPOS, "A Titularização de Créditos: Bases...", p. 12 (o Autor sugere mesmo que a dispensa do registo da hipoteca a favor do cessionário, mantendo-se a inscrição em nome do cedente, garantindo o crédito transmitido); PEDRO CASSIANO SANTOS E ANDRÉ FIGUEIREDO, "O Mercado...", p. 378.

indiscutivelmente coloca as *titularizações de créditos hipotecários* como concorrentes directos das *obrigações hipotecárias*<sup>871</sup>.

A titularização do crédito hipotecário importa, à semelhança do que vimos nas obrigações hipotecárias, fácil transmissibilidade e liquidez imediata (inerente à possibilidade permanente de negociar o título no mercado de capitais); ademais, a acrescer à segurança fornecida pela garantia imobiliária, os reguladores dos mercados de capitais têm gerado mecanismos de garantia dos investimentos, reforçando a confiança dos subscritores destes activos que, assim, são particularmente seguros<sup>872</sup>. Face às obrigações hipotecárias, porém, os créditos cedidos para titularização constituem patrimónios autónomos e, por isso, só eles respondem pelas obrigações titularizadas. Nessa medida, a entidade emitente assume um risco inferior àquele que existe nas *obrigações hipotecárias*, que é directamente transferido para o investidor<sup>873</sup>.

Por outro lado, não se encontra aqui a desadequação estrutural à solução do nosso problema: na securitização, há verdadeiramente a *circulação do crédito hipotecário*, a transmissão da posição de credor (e não apenas um caucionamento de novos títulos emitidos à custa de privilégio sobre um crédito hipotecário anterior)<sup>874</sup>.

### 3.3.2. Razões da sua ineficácia para o nosso problema

À partida, não parece haver qualquer óbice que dite o insucesso desta via no estabelecimento do mercado europeu de garantias: a apetência dos subscritores por títulos de crédito assentes em relações creditórias de risco particularmente baixo parece ser evidente. Ora, não obstante as diferenças, as garantias imobiliárias são em todos os ordenamentos jurídicos nacionais um factor acrescido de confiança do credor na realização do seu direito. Assim, atendendo a que o sistema de titularização já existe, impõe-se uma questão: por que razão não se gerou já, através da *securitização*, um mercado europeu de garantias imobiliárias?

---

<sup>871</sup> Neste sentido, FILIPE SANTOS BARATA, *As Obrigações...*, p. 87; MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 402.

<sup>872</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, pp. 85ss; PEDRO CASSIANO SANTOS E ANDRÉ FIGUEIREDO, "O Mercado...", p. 366. Os mecanismos passam, designadamente, pela restrição da operação a créditos de boa qualidade e à sua associação a medidas de cobertura de risco.

<sup>873</sup> JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Titul[ariz]ação...*, p. 143; ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Titularização...", p. 79. Na verdade, o credor hipotecário originário, quando *cede o crédito para titularização*, deixa de responder com o seu demais património pelo pagamento dos títulos, o que não sucede nas obrigações hipotecárias.

<sup>874</sup> No fundo, como nota L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "As Cessões Internacionais de Créditos — O Regime do Regulamento Roma I", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. IX, 2012, pp. 139-152, p. 140, a diferença entre as obrigações hipotecárias (com excepção dos modelos italiano e inglês) e a securitização está justamente na transferência do crédito.



Não há, na literatura jurídica, uma especial atenção a este problema. Sabe-se que a titularização de créditos hipotecários é um fenómeno crescente mas que não vem alterando a estrutura marcadamente interna dos investimentos<sup>875</sup>. Isto é, nem por via da securitização se encontra forte circulação internacional do crédito hipotecário. Nesta sequência, procuraremos agora tentar explicar as razões da ineficácia, sabendo de antemão que a realidade atesta a incapacidade deste mecanismo para a solução do problema que nos ocupa.

*Em primeiro lugar*, mantém-se uma desadequação básica entre este modelo e o problema que nos ocupa. Se bem atentarmos, o que a titularização de créditos hipotecários permite é tão-somente uma *fácil circulação de créditos existentes*. Isto é, tal como vimos a propósito das obrigações hipotecárias, pressupõe-se o nascimento prévio de um *crédito hipotecário*, sendo certo que as condições *práticas* para o seu surgimento competitivo residem apenas no seio de fronteiras nacionais. Ou seja, a securitização de créditos hipotecários depende da sua prévia constituição, a qual será principalmente *interna*. Quer isto dizer que a mobilização permite criar uma *circulação internacional de créditos já constituídos*, um *mercado secundário* de crédito hipotecário, mas não resolve o nosso problema: não se torna atractiva a hipoteca como garantia de um crédito contraído noutro Estado-Membro<sup>876</sup>.

*Em segundo lugar*, mesmo que assim não fosse, deve reconhecer-se que uma instituição de crédito do Estado A que não confiou suficientemente numa hipoteca sobre imóvel no Estado B (ao ponto de a não aceitar como garantia para concessão de um empréstimo com condições aliciantes), dificilmente adquirirá *o mesmo crédito hipotecário* (agora titularizado) com uma taxa de remuneração subjacente igualmente competitiva. Na verdade, a segurança do investidor estará, em última análise, na *hipoteca subjacente*; havendo um problema de confiança na sua eficácia, este tanto se verifica no momento da *constituição* do crédito como no da *aquisição de créditos titularizados*. Assim, a taxa de juro subjacente exigida por uma instituição financeira para adquirir títulos representativos de créditos hipotecários garantidos por imóveis situados no estrangeiro será superior àquela que cobraria na concessão de crédito hipotecário interno, tornando ineficaz este modelo na circulação da hipoteca<sup>877</sup>.

---

<sup>875</sup> Cfr. MANUEL B. AALBERTS, "The Globalization...", p. 402.

<sup>876</sup> A constituição internacional de crédito hipotecário por via da securitização só se poderia dar, portanto, mediante um contrato triangular como aquele que configurámos *supra*, a propósito das obrigações hipotecárias (cfr nota n.º 865): o devedor e o Banco A constituem uma relação jurídica de crédito hipotecário destinada a ser titularizada e, depois, adquirida pelo Banco B. Como é evidente, não apenas esta construção é desadequada (não há titularização de *um único crédito* a ser adquirido por *um único investidor* — pois nesse caso poder-se-ia operar uma simples *cessão de créditos*), como não é economicamente razoável: se o Banco B confiasse na hipoteca (a segurança em que repousará o seu investimento), dispor-se-ia a aceitá-la como garantia do financiamento que directamente concederia ao devedor.

<sup>877</sup> Cfr. PAULO CÂMARA, "A Operação...", p. 67, que explica que o valor dos títulos depende da qualidade do activo subjacente, a qual decorre da *qualidade* da garantia e da *confiança* que o adquirente nela deposita.

*Em terceiro lugar*, deve considerar-se a existência de um risco conflitual. Na verdade, os direitos sobre valores mobiliários encontram-se sob alguma nebulosidade no que concerne à identificação da lei aplicável aos seus aspectos reais. Isto é, como melhor veremos *infra*, não há uma unanimidade, nas várias ordens jurídicas, quanto à determinação da lei aplicável aos poderes do titular e regime da sua transmissão<sup>878</sup>. Ora, como é sabido, o risco conflitual tem um papel evidente na segurança do investidor (e conseqüente remuneração exigida), pelo que a aquisição destes títulos pode estar envolta em mais incerteza do que a concessão directa de crédito hipotecário (onde o credor conhece, sem margem para dúvidas, *quer* a lei aplicável ao estatuto obrigacional, *quer* a lei aplicável ao estatuto real).

*Por fim*, deve atentar-se que nem todas as figuras hipotecárias existentes no espaço europeu se prestam a este modelo. Efectivamente, a securitização depende, em primeira linha, de uma *cessão dos créditos hipotecários* para uma entidade que emitirá títulos daqueles representativos. Isto é, pressupõe-se uma *transmissibilidade* do crédito hipotecário como requisito essencial da sua recondução ao mercado de capitais. Ora, como bem vimos, esta *transmissibilidade* não é sempre fácil. De facto, a rigidez típica dos regimes jurídicos hipotecários nos vários Estados-Membros (com especial destaque para a dificuldade e formalidade na sua transmissão) acaba por prejudicar a securitização dos créditos, tornando excessivamente onerosa a respectiva transmissão<sup>879</sup>.

### **3.4. Conclusão: a desadequação ao nosso problema.**

O estudo que aqui desenvolvemos de forma assumidamente sintética conduziu-nos à conclusão que previmos: os títulos de crédito e os valores mobiliários facilitam a *circulação do crédito* mas não solucionam o nosso problema. No fundo, nenhum destes mecanismos abre a potenciais devedores a possibilidade de se financiar de forma competitiva noutro Estado-Membro oferecendo uma hipoteca sobre coisa no seu Estado de origem.

Assim, estes institutos acabam por ter uma influência *indirecta* no nosso problema: ao permitir aos bancos reembolsar rapidamente os créditos hipotecários *internos* que contratam, melhora-se a sua capacidade de continuar a conceder crédito. Simplesmente, por todas as

---

<sup>878</sup> Tratamos deste problema autonomamente, *infra*, pp. 522ss. Os sistemas alternam, no quadro dos aspectos reais dos instrumentos financeiros, entre uma miríade de critérios (designadamente entre a lei da sede do emitente, a lei da localização física dos títulos, a lei do local onde estes estão registados, a lei do local onde está colocada a conta de referência do intermediário financeiro), por vezes vigorando critérios conflituais distintos consoante o título esteja ou não materializado e consoante seja ou não negociado em mercado regulamentado.

<sup>879</sup> Neste sentido, SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothec: a common...", p. 32 ("*most hypothecs currently granted in Europe are not flexible enough to be securitised [i.e. funded by issuing mortgage-backed securities], because they cannot be placed easily in an (international) pool of mortgages*").

razões que identificámos na Parte Primeira, essas relações jurídicas estabelecer-se-ão primordialmente no seio de fronteiras nacionais.

### III. A VIA DO RECONHECIMENTO MÚTUO DAS HIPOTECAS COMO SOLUÇÃO DE REGULAÇÃO INDIRECTA

#### 1. CONSIDERAÇÕES GERAIS: O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO COMO ALTERNATIVA À HARMONIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES.

Caminho que não pode deixar de configurar-se na solução do problema que identificámos é o do (controversamente designado<sup>880</sup>) *princípio do reconhecimento mútuo*. Com efeito, é a disparidade de legislações entre os Estados-Membros, quando entendida prejudicial à liberdade de circulação, que vem conduzindo à construção do cânone, enquanto alternativa à harmonização mais condicente com o princípio da subsidiariedade. Este cânone, por via da jurisprudência do Tribunal de Justiça, invade domínios próprios do conflitos de leis, determinando o reconhecimento da posição jurídica conferida pelo país de origem<sup>881</sup>.

---

<sup>880</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 395 e 402, e "Concorrência...", p. 255, nota n.º 2, coloca reservas à designação "*princípio do reconhecimento mútuo*" e propõe a nomenclatura de "*princípio do país de origem*" (quanto ao sentido que ora explicamos). Com efeito, independentemente do conteúdo que lhe for atribuído (quer se encare como cânone de *matríz conflitual* ou de *raiz material*), não parece apelar-se propriamente ao *direito do reconhecimento* (inerente ao direito internacional privado) mas simplesmente a uma ideia de *confiança recíproca*, porquanto os Estados-Membros "*devem confiar na regulação dos processos de fabrico e no controlo feitos pelos outros Estados-Membros*". Ademais, a expressão é perigosa pois é utilizada em contextos profundamente díspares — basta olhar ao domínio do "*reconhecimento mútuo de diplomas e certificados*", que não tem o mesmo sentido que o princípio desvelado no Acórdão *Cassis de Dijon* (sobre esta acepção, vide ALFONSO MATTERA, "Les principes de «proportionnalité» et de la «reconnaissance mutuelle» dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt «Thieffry» aux arrêts «Vlassopoulou», «Mediaweb» et «Dennemeyer»", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1991, pp. 191-203, pp. 192ss).

Em sentido contrário, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 195, entende imprópria a designação de *princípio do país de origem* e prefere as expressões "*princípio de equivalência*" ou "*princípio de presunção de equivalência*", já que aquela nomenclatura sugere uma natureza *conflitual* que, segundo o Professor do Porto, se não verificará.

Mais rigorosa é, a nosso ver, a posição de DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 761, que identifica no princípio do reconhecimento mútuo uma dimensão positiva (quando determina a aplicação da lei do país de origem, mesmo limitando a eficácia do instituto da *fraude à lei* — como no Acórdão TJCE de 9 de Março de 1999, *Centros*, proc. C-212/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-1459ss, n.º 30) e uma dimensão negativa (quando impõe a limitação da aplicação da lei designada pela *lex fori* se isso implicar uma restrição às liberdades comunitárias — como sucedeu no Acórdão *Cassis de Dijon* [*cit.* nota n.º 44]): à primeira dimensão apelida o Professor de "*princípio do país de origem*" e à segunda "*excepção de reconhecimento mútuo*".

Ainda assim, deve sublinhar-se que a designação "*princípio do reconhecimento mútuo*" está enraizada na jurisprudência e doutrina europeias, razão por que, abdicando de algum rigor, utilizá-la-emos também com o sentido de "*princípio do país de origem*".

<sup>881</sup> PAUL LAGARDE, "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.º 2, 2004, pp. 225-243, p. 227: "*il ne s'agit pas seulement de la reconnaissance des décisions judiciaires et actes publics prévus par le règlement Bruxelles I, II et II-bis, ainsi que par le règlement sur les procédures d'insolvabilité, mais surtout de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes depuis de l'arrêt Cassis de Dijon, qui s'est greffé sur les principes de libre circulation de marchandises, et des personnes et dont les manifestations les plus récentes, dans le domaine propre du droit*

De outro modo: o *princípio do reconhecimento mútuo* vem estabelecendo que o cumprimento da lei do Estado-Membro *de origem* atribui o direito de circular em toda a União Europeia, comprometendo-se os demais Estados a aceitar a suficiência de tal lei, mediante um princípio de *equivalência de leis*. A consagração do princípio no direito derivado foi entendida como *alternativa* à harmonização ou unificação de legislações, já que torna desnecessária a vigência das mesmas regras em todos os Estados-Membros: bastará ao agente económico cumprir a lei do país de origem para que não lhe seja negada a circulação em todo o território europeu<sup>882</sup>.

A ideia que aqui visamos explorar é a transposição do cânone para o crédito hipotecário — a instituição de mecanismos que assegurem o reconhecimento, em qualquer Estado-Membro onde corra uma execução ou um processo de insolvência, das hipotecas constituídas *noutros ordenamentos jurídicos* e com *os efeitos por si prescritos*. No fundo, questionar-se-á a razão de se forçarem instituições de crédito a criar uma garantia diferente daquela que conhecem *só porque o imóvel* se situa noutro Estado-Membro<sup>883</sup>.

Tratar-se-ia da forma mais simples de agir. A ser possível, não só se evitaria uma intervenção comunitária no direito material (prevenindo o complexo processo legislativo comunitário e actuando de forma mais condicente com o princípio da proporcionalidade), como se actuaría conformemente às soluções conflituais vigentes<sup>884</sup>. No fundo, estaria em

---

*international privé, sont intervenues en matière de sociétés, de détachement de travailleurs à l'occasion d'une prestation des services et de nom des personnes*". Sobre a utilização da expressão "reconhecimento mútuo" no quadro das decisões judiciais (e possíveis efeitos substantivos), vide MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Ano 5, n.º 10, 2001, pp. 405-438, p. 427.

<sup>882</sup> Sobre o princípio do reconhecimento mútuo como *princípio de equivalência de legislações* ou de *presunção de equivalência*, vide ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 196; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 317. Sublinhando o carácter alternativo, para as instituições europeias, da consagração do princípio do reconhecimento mútuo e harmonização ou unificação de legislações, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 256; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 141 e FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, pp. 164ss; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 81; DANIEL VIGNES, "Le Rapprochement...", p. 358, e "Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, MANUEL PÉREZ GONZÁLES, et al., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1293-1296, p. 1295. Como notam MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition", *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pp. 37-66, p. 45, o objectivo das duas vias é o mesmo: evitar que os operadores económicos, nas transacções internacionais, possam vir a ser obrigados a cumprir as disposições de duas leis diferentes. No DIP, "a choice must be made because the cumulative application of the national rules of both States is often impossible. On the contrary, Community law aims at avoiding unnecessary, even protectionist charges against an economic activity due to the cumulative application of equivalent legislation".

Em sentido contrário, sustentando não haver apoio jurisprudencial para o entendimento generalizado de que a via do reconhecimento mútuo é uma *alternativa* à harmonização de legislações, cfr. ONNO BROUWER, "Free Movement of Foodstuffs and Quality Requirements: has the Commission got it wrong?", *Common Market Law Review*, vol. 25, n.º 2, 1988, pp. 237-262, pp. 238 e 257.

<sup>883</sup> Cfr. BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 233.

<sup>884</sup> Sobre a primeira vantagem, cfr. MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 132; sobre a segunda, ALFONSO MATTERA, "Le principe de la reconnaissance...", pp. 9ss [especialmente p. 12] (que sublinha o facto de o

causa certificar a cada credor que a garantia imobiliária constituída a seu favor seria reconhecida, com os efeitos determinados pelo ordenamento jurídico de origem, em qualquer Estado-Membro; assegurar-se-iam ao credor os poderes da aquela lei, mesmo em processos de execução ou insolvência julgados no exterior (*designadamente, uma eventual oposição a planos de recuperação e a certeza de que a prioridade hipotecária não cederia perante privilégios creditórios eventualmente previstos pela lei do Estado onde o processo de insolvência fosse apreciado*). Este caminho geraria segurança na constituição de crédito imobiliário transnacional, porquanto os poderes contratados com o credor ganhariam eficácia europeia<sup>885</sup>.

## 2. O PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO – ORIGEM E CONTEÚDO.

O princípio do reconhecimento mútuo surgiu com o escopo de solucionar um concreto obstáculo à liberdade de circulação: a disparidade das legislações<sup>886</sup>. Nascido no âmbito da liberdade de circulação de mercadorias, nota o Juiz comunitário que um produtor não é verdadeiramente livre de exportar para outro Estado-Membro se a lei do país de destino for substancialmente diferente daquela que o exportador cumpriu, implicando a adaptação do produto. Assim, no Acórdão *Cassis de Dijon*, o Tribunal de Justiça estabeleceu a obrigação de reconhecimento das normas técnicas do país de origem dos produtos, proibindo-se às autoridades nacionais o embargo da comercialização de mercadorias conformes à lei do Estado de origem, ainda que não cumpram os ditames da lei do Estado de destino. A pronúncia baseou-se numa ideia de *equivalência de legislações*, pelo que as proibições do Estado de destino (ainda que destinadas a proteger interesses públicos, como a segurança dos produtos ou a tutela dos consumidores) não são aplicáveis se o país de origem prever legislação que acautela os mesmos interesses<sup>887</sup>.

---

princípio em causa conduzir ao respeito das particularidades nacionais, na medida em que não almeja uma unificação das legislações) e ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 81.

<sup>885</sup> Cfr. CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 62, e OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 20.

<sup>886</sup> De acordo com MARC FALLON, "Les conflits...", p. 38, e FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", p. 3, é este, aliás, o principal obstáculo à circulação.

<sup>887</sup> Cfr. Acórdão *Cassis de Dijon* (*cit.* nota n.º 44). Sobre o princípio, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 196; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 729ss (especialmente pp. 761ss); JORGE COUTINHO DE ABREU, "Aspectos...", p. 707; ALFONSO MATTERA, "Le principe de la reconnaissance...", pp. 8ss; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", pp. 139ss; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", pp. 41ss; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 105, e "Harmony and Dissonance in Free Movement", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 41-68, p. 43; CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 61; BERND VON HOFFMANN, "The Relevance...", p. 20; JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 171; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Abolition...", p. 363; PAUL CRAIG E GRÁINNE DE BÚRCA, *EU Law...*, p. 677. Sobre a função internacionalprivatística da equivalência, cfr. mais detalhadamente HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 317; DÁRIO MOURA VICENTE, *cit.*, p. 765.

Este modo de fomento da circulação de mercadorias é substancialmente diverso daqueloutro que vinha sendo usado — a eliminação de obstáculos legais às trocas (integração negativa) e a *harmonização* ou *unificação das legislações* enquanto condição da liberdade de circulação (integração positiva). Pelo contrário, aproxima-se do método clássico de regulação das relações jurídicas internacionais, por via da determinação da lei aplicável e reconhecimento de direitos atribuídos por lei estrangeira. Na verdade, ao invés de se emitirem normas europeias para toda a União (tornando a organização europeia num “*rouleau compresseur uniformisant et harmonisateur*”), aceitam-se como razoáveis as leis nacionais de todos os Estados-Membros, realizando o mercado único sem apagar a diversidade e particularismo de cada corpo normativo nacional<sup>888</sup>.

Este mecanismo, ao manter a diversidade legislativa nacional e eliminado apenas os obstáculos por si criados, comportaria duas grandes vantagens: *por um lado*, simplificaria substancialmente o estabelecimento do mercado comum, ao dispensar a União da tarefa morosa e difícil de harmonização de certas normas (mormente técnicas); *por outro lado*, promoveria uma saudável e profícua *concorrência legislativa*: estando os operadores económicos vinculados *apenas* ao país de origem, os Estados-Membros seriam induzidos a ter sistemas jurídicos mais favoráveis para os seus operadores económicos. No fundo, produzir-se-ia uma *harmonização pelo mercado* e não *forçada* pelas autoridades legiferantes<sup>889</sup>.

Isto mesmo foi apreendido pela Comissão, que redigiu em 1980 uma comunicação interpretativa exaltando as vantagens deste *modus agendi*, indicando uma nova abordagem na

---

<sup>888</sup> Neste sentido, FRANÇOIS RIGAUX, "Droit International Privé et Droit Communautaire", *L'internationalisation du droit — Mélanges en l'honneur de Yvon Lousouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 341-354, p. 345 (“*la technique sous-jacente a cessé d’être harmonisation par la voie de la codification de règles matérielles uniformes pour céder la place à une méthode proche du conflit*”); ALFONSO MATTERA, "Le principe de la reconnaissance...", p. 12; MARC FALLON, "Variations...", p. 192 (que nota, aliás, a superior dificuldade que a harmonização ou unificação defrontariam no âmbito do direito privado); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 46; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, "La Unificación...", pp. 114ss; STEFAN LEIBLE, "Vías para...", p. 1592; JOSÉ MARIA CALHEIROS, "A Integração e o Sector Bancário", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 196-227, p. 197 (*que se refere ao princípio da harmonização mínima*). Este modo de agir é conhecido por método de *harmonização negativa*, por oposição à via tradicional de aproximação dos direitos nacionais (*harmonização positiva*). Segundo MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 105, quando foi afirmado, o princípio parecia extrapolar a repartição de poderes entre Estados e Comunidade: até aí, cabia aos Estados a regulação económica e social, intervindo o legislador comunitário apenas através de harmonização dessas condições.

Note-se que as duas abordagens não se excluem: a doutrina vem sustentando dever a via do reconhecimento mútuo ser combinada com o estabelecimento de *standards mínimos* na legislação de todos os Estados-Membros ou, pelo menos, tida como *passo prévio* à harmonização (cfr. GÉRARD HERTIG, "Regulatory...", pp. 352 e 358).

<sup>889</sup> Sobre a primeira vantagem, *vide* MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1342; encontrando no reconhecimento mútuo um fomento da concorrência legislativa, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 255; NORBERT REICH, "Competition between legal orders: a new paradigm of EC Law?", *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, pp. 861-896, p. 861; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado...*, p. 68; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, "A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, n.º 15 e 16, 2003, pp. 283-321, p. 296, e "O Acórdão Inspire Art Ltd: novo incentivo jurisprudencial à mobilidade das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, pp. 123-159, p. 140.

realização do mercado interno (a “*new approach to harmonisation*”) e anunciando dirigir a sua actividade normativa para a definição dos casos em são admissíveis restrições ao princípio do reconhecimento mútuo. Ademais, especificamente no que concerne à actividade bancária, o Livro Branco de 1985 apontou este caminho como chave de realização da liberdade de circulação de capitais, o que veio a ocorrer, como vimos, na *segunda directiva bancária*<sup>890</sup>. Tal propósito implicou alguma crítica: a Comissão foi acusada de ter exaltado e amplificado um acórdão isolado e discutível, gerando desconfiança nas transacções comerciais. Todavia, certo é que a jurisprudência do tribunal foi sendo reconfirmada, confortando a *nova abordagem* da Comissão para a realização da união económica<sup>891</sup>.

O princípio alastrou às outras liberdades, estabelecendo-se a impossibilidade de o Estado de destino subordinar a prestação de uma actividade económica ao cumprimento da sua lei, devendo aceitar a suficiência dos trâmites impostos pela lei do Estado de origem do prestador. Assim, entendeu o Tribunal de Justiça que o conceito de *restrição à livre prestação de serviços* abrange a obrigatoriedade de cumprimento das normas impostas pelo Estado onde a prestação é realizada, mesmo sem carácter discriminatório, que sejam susceptíveis de “*impedir, entrar ou tornar menos atractivas as actividades do prestador estabelecido noutro Estado-Membro, onde preste serviços análogos*”. O cânone foi aplicado ao direito das sociedades, ao regime social dos trabalhadores (no quadro da *liberdade da prestação de serviços*) e a certos aspectos pessoais e familiares, que se entenderam ligados à liberdade de circulação — com especial importância em matéria do *nome*<sup>892</sup>.

---

<sup>890</sup> Vide a Comunicação da Comissão sobre as consequências do Acórdão *Cassis de Dijon*, JOCE C-256, 3 de Outubro de 1980, pp. 2-3, e COMISSÃO EUROPEIA, *White Paper...*, §102-105. Segundo MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 108, o objectivo da Comissão era elevar o princípio a um estatuto constitucional, tornando-o “*the basis of a constitutional economic model of regulatory competition among states*”. No mesmo sentido, vide ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 200; DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 766; ALFONSO MATTERA, “Le principe de la reconnaissance...”, p. 9; LUCETTE DEFALQUE, et al., *Libre...*, p. 256; MATHIAS AUDIT, “Régulation...”, pp. 1341-1342; KOEN LENAERTS E PIET VAN NUFFEL, *Constitutional...*, p. 207; FRANÇOIS RIGAUX, “New problems of private international law in the single market”, *King's College Law Journal*, vol. 4, 1993-1994, pp. 23-43, p. 30; JAN WOUTERS, “Conflict...”, p. 169; BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, “Free...”, p. 256. Sobre o documento, vide ainda POUL F. KJAER, *Three-dimensional Conflict of Laws in Europe*, Discussionpapier 2/2009, ZERP — Zentrum für Europäische Rechtspolitik / Universität Bremen, Bremen, 2009, p. 18, nota n.º 69; ALFONSO MATTERA, “L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle”, *Revue du Marché Commun*, n.º 334, 1990, pp. 80-92, p. 87; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “Un elemento...”, p. 414; PIET JAN SLOT, “Harmonisation...”, p. 395; MATTEO ORTINO, “The role and functioning of mutual recognition in the European market of financial services”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 2, 2007, pp. 309-338, p. 324; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit...*, pp. 86ss. Criticando a abordagem, sustentando que no domínio da circulação dos produtos alimentares não poderia a União Europeia ficar pela via do reconhecimento mútuo, vide ONNO BROUWER, “Free...”, pp. 249ss

<sup>891</sup> Cfr. ALFONSO MATTERA, “Le principe de la reconnaissance...”, p. 10; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “Europarecht und Internationales Privatrecht”, *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft: Archiv für internationales Wirtschaftsrecht*, Jahr 95, n.º 1, 1996, pp. 3-47, p. 9.

<sup>892</sup> Cfr. Acórdão *Arblade* (cit. nota n.º 555), n.º 33. Neste aresto é particularmente evidente a análise da lei do país de acolhimento quanto à verificação dos requisitos que admitem a derrogação do princípio. Vide o que dissemos *supra* na nota n.º 555, a análise do aresto de DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”,

pp. 743ss, e de ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, "Otra lectura...", p. 437 e o que escrevemos *infra* a propósito do carácter não absoluto do princípio.

Quanto ao alargamento do cânone, o Acórdão *Säger* (*cit. nota n.º 555*), n.º 13, vem estabelecer a sua aplicabilidade à liberdade de circulação de serviços: "o Estado-membro não pode sujeitar a realização da prestação de serviços no seu território ao cumprimento de todas as condições exigidas a um estabelecimento, sob pena de privar de qualquer efeito útil as disposições do Tratado destinadas precisamente a garantir a livre prestação de serviços". No Acórdão *Centros* (*cit. nota n.º 880*) n.º 30, obriga-se ao reconhecimento das sociedades constituídas de acordo com o Estado de origem, ainda que com intuito fraudatório na escolha desse país; no Acórdão TJCE de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-9919, n.º 82, obriga-se ao reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras determinada pela lei do país de origem; no Acórdão *Arblade* (*cit. nota n.º 555*), n.ºs 32ss, estabelece-se a aplicabilidade do princípio à legislação laboral, *inclusive* afastando normas de aplicação necessária e imediata da *lex fori*; no Acórdão TJCE de 15 de Março de 2001, *Mazzoleni*, proc. C-165/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-2189, n.ºs 24 e 25, estabelece-se o princípio geral da inaplicabilidade da lei territorial aos trabalhadores de uma empresa no âmbito da livre prestação de serviços; no Acórdão *Konstantinidis* (*cit. nota n.º 635*) n.º 17, considera-se que a transliteração do nome obedecendo à lei do Estado de destino pode implicar uma restrição à liberdade de estabelecimento, postulando-se a conversão alfabética propugnada pela lei do país de origem; no Acórdão *García Avello* (*cit. nota n.º 737*) n.º 40ss, determina-se que a formação do nome nos termos da lei de uma das nacionalidades (e impossibilidade de aceitação como permitido no país da *outra nacionalidade*, também de um Estado-Membro) dificulta a circulação de pessoas e constitui uma *discriminação em razão da nacionalidade*; no Acórdão *Grunkin e Paul* (*cit. nota n.º 635*), n.º 39, considera-se que a determinação do nome de acordo com a lei aplicável no país de destino [a lei da nacionalidade] pode configurar uma violação da liberdade de circulação de pessoas por implicar uma diferenciação face à lei aplicável no país de origem [a lei da residência]; no Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein* (*cit. nota n.º 635*) determina-se que o não reconhecimento do nome (concretamente dos títulos nobiliárquicos que o compõem) pelo Estado da nacionalidade (cuja lei é competente nos termos do seu DIP) tal como consta dos registos de *outro Estado-Membro* constitui uma restrição da liberdade de circulação de pessoas (n.º 71), embora possa ser admissível por razões de ordem pública, conquanto proporcionada ao objectivo que se visa garantir (n.º 91). Uma análise desta jurisprudência foi elaborada por RUI MOURA RAMOS ("O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", pp. 65-77 [particularmente no que concerne aos seus reflexos no instituto da fraude à lei]; "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 241-273, pp. 241ss; e "Direito ao nome, direito internacional privado e direito comunitário", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 111-125, pp. 115ss); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 296-308; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", pp. 274ss; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 750ss, e "Liberdade de Estabelecimento, Lei Pessoal e Reconhecimento das Sociedades Comerciais", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 135-160, pp. 143ss; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, "A liberdade...", pp. 297ss; ARMANDO ROCHA, "Livre Prestação de Serviços", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 358-377, p. 371; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", pp. 42ss, e "Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?", *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, n.º 3, 2007, pp. 287-305, pp. 299ss; MIGUEL POIARES MADURO, "Harmony...", pp. 48ss; BETTINA HEIDERHOFF, "Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 127-138, p. 128; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho...", p. 167; CHRISTIAN JOERGES, "On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*Justum Facere*) for the EU Multi-Level System", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, et al., Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 159-189, pp. 165ss; M. KELLY GENEVIEVE, "Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 17-39, pp. 19ss; ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 377; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 317; JEREMY HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010, pp. 172ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "La Autonomía de la Voluntad como Principio Informador del Derecho Internacional Privado en la Sociedad Global", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 167-301, p. 196; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", pp. 17ss; MATHIAS AUDIT, "Régulation...", pp. 1343ss; HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", pp. 315-316; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*,



Também as instituições legiferantes abraçaram este modo de agir, trazendo o cânone para o direito derivado (de que são exemplos a *segunda directiva bancária*, as directivas do comércio electrónico e dos serviços), tornando-se impossível discutir o direito internacional privado europeu sem ter em conta o princípio do reconhecimento mútuo. A concorrência legislativa por si estabelecida, porém, surge temperada com a intervenção material comunitária, a garantir padrões mínimos de protecção do comércio jurídico<sup>893</sup>.

---

Vol. I, p. 585; HORATIA MUIR WATT, "Aspects...", pp. 105ss, e "L'entrave...", pp. 550ss; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho...", p. 168; LUCIA SERENA ROSSI, "L'Incidenza...", p. 74; ETIENNE PATAUT, "Le renouveau de la théorie des droits acquis", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 71-114, pp. 82ss; JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 192; RALF MICHAELS, "EU Law as Private International Law? Maastricht the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory", *Journal of Private International Law*, vol. 2, n.º 2, 2006, pp. 195-242, p. 205; MATTEO ORTINO, "The role...", p. 312; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "El caso *Grunkeín-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 143-151, pp. 144ss; CATHERINE KESSEJIAN, "Le droit international privé et l'intégration juridique européenne", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 187-196, pp. 193ss; MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", pp. 83-86; INÊS QUADROS, "Livres Circulação de Mercadorias", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 253-270, p. 261.

Não querendo aqui fazer uma análise desta jurisprudência, gostaríamos apenas de chamar a atenção para dois pontos. *Por um lado*, é discutível a orientação jurisprudencial do Tribunal de Justiça nalgumas destas decisões em matéria de *nome*, impedindo a aplicação da lei da nacionalidade ou impondo a resolução de conflitos de nacionalidades com preferência pela *nacionalidade escolhida pelo interessado* (neste sentido crítico, BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 59; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão *García Avello...*", p. 197).

*Por outro*, como sublinha RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 739-759, p. 739, embora estas implicações acabem por se ligar ao direito originário, "*sería de imposible deducción a partir únicamente de éste*".

<sup>893</sup> Neste sentido, JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 299; ALBERTO MALATESTA, "Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIII, n.º 2, 2007, pp. 293-312, p. 293; JAN WOUTERS, "Conflict...", pp. 187-188; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 125; CATHERINE TRAECE, "La libre circulación de capitales y su influencia sobre los prestamos hipotecarios: la Comunidad Europea y otras comunidades internacionales", *Ponencias y Comunicaciones Presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp. 763-767, p. 766. Como extensamente nota MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 145, o princípio do país de origem assume uma importância preponderante desde regras da *segunda directiva bancária* (Directiva n.º 89/646/CEE, do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989): a autorização de desenvolvimento da actividade e a aprovação da decisão de actuar em Estado estrangeiro cabem à lei do país de origem (cfr. arts. 4.º, 15.º e 18.º a 20.º). Como é sabido, as regras correspondentes constam hoje da Directiva 2006/48/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, sucessivamente alterada, continuando a plasmar o *princípio do reconhecimento mútuo* das autorizações de funcionamento. Da mesma forma, a *directiva do comércio electrónico* estabelece que cada Estado-Membro aplica as suas disposições aos prestadores de serviços da sociedade de informação aí estabelecidos, *não podendo restringir os serviços provenientes de prestadores estabelecidos noutros Estados-Membros* (com as excepções estabelecidas), assim consagrando o princípio no art. 3.º (MARTA REQUEJO ISIDRO, "Contratación...", p. 592; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 83). Igualmente, a *directiva dos serviços* (Directiva n.º 2006/123/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de Dezembro de 2006) estabelece o cânone do reconhecimento mútuo como regra basilar do seu regime — cfr. art. 16.º. Assim, conclui EDUARDO PAZ FERREIRA, "A Constituição...", p. 192, ter sido a institucionalização transversal do princípio do reconhecimento mútuo que realizou as quatro liberdades, já que opera uma "*codificación de la jurisprudencia del TJ sobre establecimiento y servicios*" (PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La función...", p. 142).

Repare-se que o alcance da directiva dos serviços foi substancialmente alterado da proposta inicial para a versão final, justamente quanto a este ponto. Sobre a evolução e seu significado, *vide* MALATESTA, *cit.*, pp. 294ss; RALF MICHAELS, "EU Law...", pp. 202ss.

Como se percebe, o princípio do reconhecimento mútuo implica, em simultâneo com a vigência de diferentes leis nacionais, a eliminação da concepção territorial da legislação, pois pressupõe que cada país aceite que os demais Estados-Membros regulam adequadamente a comercialização dos produtos ou a prestação de serviços, com a sua diversidade e originalidade. No fundo, tem de ser bastante o cumprimento da *lei dos outros Estados-Membros*, o que conduz ao abandono de qualquer territorialidade e a aceitação de uma *concorrência* de legislações, mesmo no quadro do direito público<sup>894</sup>.

---

Coloca-se porém o problema de esta *concorrência legislativa* (na parte não harmonizada) poder ser subvertida quando os Estados não transponham as directivas que garantem os tais padrões mínimos de harmonização, trazendo a competição legal para domínios onde esta não devia existir. Sobre este problema *vide* NORBERT REICH, "Competition...", p. 877 (que se refere a uma "*distorted competition*"); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE", *Il Foro Italiano*, vol. CXIII, Parte Quarta, n.º 1, 1990, pp. 453-477, pp. 455ss.

<sup>894</sup> Neste sentido, MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1338 ("*la libre circulation d'une marchandise, d'un service ou de capitaux impliquerait un mouvement identique, c'est-à-dire transfrontière, de la loi ou de certaines lois de l'État dont ils proviennent. Les libertés de circulation qui ont pour objet immédiat des activités économiques s'étendent ainsi, par voie accessoire, à des norme juridiques énoncées par les États membres*"); MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 107; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 787; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 196; ALFONSO MATTERA, "Le principe de la reconnaissance...", pp. 11-12; MARC FALLON, "Les conflits...", p. 213; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 141; WOLFGANG KERBER, "The deregulation...", p. S240; POUL F. KJAER, *Three-dimensional...*, p. 18; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n.º 3, 1993, pp. 401-424, p. 402, e "Libre Circulation dans la CE et règles de conflit", *L'europeanisation du droit international privé*, PAUL LAGARDE E BERND VON HOFFMANN, Bundesanzeiger, Köln, 1996, pp. 87-103, p. 88 (que vê esta característica como uma *quase-revolução*); SIMON DEAKIN, "Legal...", p. 440 ("*in doing so, they initiate a process in which the law-making power of nation states is subjected to external competitive forces*"); HORATIA MUIR WATT, "Les principes généraux en droit international privé français", *Journal du Droit International*, vol. 124, n.º 2, 1997, pp. 403-415, p. 413 ("*ce phénomène revêt un caractère quasi-révolutionnaire en droit public, puisqu'il implique de façon nécessaire l'extraterritorialité du droit administratif du pays d'origine*").

Se este modo de agir recolheu grandes aplausos dos economistas, alguns sectores da doutrina jurídica encararam-no com desconfiança, considerando tratar-se de "*uma alternativa neoliberal à harmonização das legislações dos Estados-Membros — um «novo paradigma» — já que conduz a uma concorrência entre ordens jurídicas diferentes no sentido da adopção dos níveis de protecção mais baixos*" (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Aplicável aos Contratos...", p. 214; JESÚS ALFARO ÁGUILA-REAL, "La Unificación...", p. 116; ONNO BROUWER, "Free...", p. 257; MARIA DAKOLIAS, "The Second...", p. 74; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", pp. 138-139, embora a Autora reconheça, por um lado, que "*su origen histórico es más casual que buscado por los teóricos del neoliberalismo*" e, por outro, que a desregulação nacional que provoca é acompanhada de uma adopção de normas ao nível europeu). Note-se, aliás, que como bem sublinha FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 685, o efeito desregulador foi sentido na Alemanha, quando alinhou a sua legislação quanto à pureza da cerveja pelos critérios menos exigentes dos demais Estados-Membros, evitando prejudicar os seus produtores. Por outro lado, segundo CHRISTIAN JOERGES, "European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty", *Europe After Maastricht — An Ever Closer Union?*, RENAUD DEHOUSSE, Law Books in Europe, München, 1994, pp. 29-62, p. 43, este efeito pode ter sido propositado, "*exerting pressure on regulated economies, at the same time by improving the chances of less developed and less strictly regulated economies*". Assim, o equilíbrio terá de ser encontrado nas excepções permitidas ao princípio, o que se revela tarefa de grande dificuldade (CATHERINE BARNARD E SIMON DEAKIN, "Market...", p. 14). No fundo, debate-se se este modo de *concorrência legislativa* — que prejudica os operadores económicos dos Estados com legislações mais rigorosas — é um *modo liso* de concretizar o mercado único (cfr. NORBERT REICH, "Competition...", p. 863).

Em sentido contrário, lembra PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, JÜRGEN BASEDOW, et al., Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 595-615, p. 610, que, ao invés, se trata sempre de um controlo: é simplesmente um controlo *através do Estado de origem*, confiando-se na sua legislação; se este não tiver legislação de controlo, não será mobilizável o cânone.

A consagração do cânone é mais condicente com o princípio da subsidiariedade, porquanto preserva a autonomia normativa de cada Estado-Membro e provoca uma redução da necessidade de regulação ao nível europeu — já que desaparecem obstáculos à liberdade de circulação mesmo na ausência de legislação uniforme. A União, em vez de se dedicar no estabelecimento de um denominador comum europeu, chega ao mesmo resultado mantendo as particularidades e tradições nacionais. Esta autonomia estadual é acompanhada da proibição de políticas proteccionistas, limitando a regulação interna<sup>895</sup>.

Sob outro ponto de vista, o princípio implica a conclusão de que a *uniformização* ou *harmonização* do direito material nem sempre é a via adequada à construção do mercado único, levando a que se restrinja a utilização “*du droit matériel uniforme à l'essentiel*”; a disparidade legislativa não é necessariamente um obstáculo à livre circulação e é possível (ou até desejável) almejar uma união económica e monetária com diferentes leis<sup>896</sup>.

---

Uma segunda objecção que vem sendo avançada radica no facto de este modo de agir poder não se coadunar com que o princípio democrático, porquanto a legislação de um Estado terá muitas vezes mobilização extraterritorial (POUL F. KJAER, *Three-dimensional...*, p. 18) e, ao contrário do que sucede na *harmonização*, não se encontra a participação de *todos os Estados* mas uma escolha da legislação pelo mercado (MIGUEL POIARES MADURO, "So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition", *Journal of European Public Law*, vol. 14, n.º 5, 2007, pp. 814-825, p. 816).

Na doutrina americana, a propósito da concorrência de legislações, *vide* WILLIAM L. CARY, "Federalism and Corporate Law", *The Yale Law Journal*, vol. 83, n.º 4, 1974, pp. 663-705, p. 666.

<sup>895</sup> Neste sentido, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 766; ARNAUD NUYTS, "L'application...", pp. 259; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 141; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 131ss, e "So close...", p. 818.

<sup>896</sup> MARC FALLON, "Les conflits...", p. 212; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 141; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 264; ALFONSO MATTERA, "L'élimination...", p. 92. Assim, e como bem explica DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 762 e 787, o princípio do reconhecimento mútuo explica-se economicamente na ideia de *regulatory competition*, porquanto cria uma concorrência legislativa similar à que sucede no quadro da autonomia conflitual (também neste sentido, HANS-BERND SCHÄFER E KATRIN LANTERMANN, "Choice...", p. 96; HORST EIDENMÜLLER, "Free Choice in International Corporate Law: European and German Corporate Law in European Competition between Corporate Law Systems", *An Economic Analysis of Private International Law*, JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 187-205, p. 190). Sobre a *regulatory competition*, *vide* o que dizemos *infra*, pp. 559ss.

A este propósito, todavia, importa sublinhar que MIGUEL POIARES MADURO, "So close...", pp. 819ss, vem notando um paradoxo deste princípio: porventura, a sua vigência originará uma *harmonização ex post*, por pressão do mercado. Nessa medida, a vantagem anunciada desta abordagem (a manutenção da disparidade legislativa, suprimindo os entraves ao mercado comum) poderá ser eliminada justamente por acção desse cânone.

Ainda que com outra acepção (cfr. o que dissemos *supra*, nota n.º 880), este caminho foi indicado pelo Tratado de Lisboa. Na verdade, o art. 81.º TFUE (que corresponde ao anterior art. 65.º TCE) foi reescrito, trazendo como uma das suas importantes novidades a consagração do princípio do reconhecimento mútuo de decisões enquanto mecanismo de construção do mercado único (álínea *a*) do n.º 2 do art. 81.º TFUE). Isto é, ao lado da atribuição de competência em matéria de direito internacional privado, o Tratado indica que a criação de um espaço europeu de justiça e segurança deve assentar na confiança mútua. Neste sentido, cfr. ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité de Lisbonne et le droit international privé", *Journal du Droit International*, Ano 137, n.º 1 (Janeiro/Março), 2010, pp. 3-34, p. 7; HILDA AGUILAR GRIEDER, "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (Março de 2010), 2010, pp. 308-338, pp. 310ss (especialmente p. 316); JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", p. 8; ROBERTO BARATTA, "Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 3-22, p. 7. Este percurso é também indicado pela Comissão na Comunicação ao Parlamento Europeu e ao Conselho ["*Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos*" —

### 3. PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO: UMA REGRA DE CONFLITOS OCULTA?

É controversa a natureza (e funcionamento) do princípio do reconhecimento mútuo. Esta questão será, certamente, "*l'une des plus délicates que soulève l'interaction du droit communautaire et du droit international privé*"<sup>897</sup>. Concretamente, o princípio pode ser entendido de duas formas distintas.

*Por um lado*, pode ser visto como ampla regra de conflitos determinando a aplicação da lei do Estado de origem. A ser rigorosa a asseveração, as *liberdades fundamentais* implicam a aplicação da lei do país de origem sempre que esta for mais favorável à circulação, derrogando *quer* a tradicionalmente afirmada unilateralidade do direito público, *quer* as regras de direito internacional privado que indiquem outra lei. Será uma *regra de conflitos implícita* ou *oculta* no direito comunitário originário.

Esta norma de conexão oculta corrigirá os sistemas conflituais nacionais, pelo que as regras materiais aí qualificadas aplicar-se-ão mesmo que não sejam chamadas pelo direito internacional privado do Estado de acolhimento. Haverá, pois, algo próximo de uma *conexão múltipla alternativa* que determina, entre a lei do país de origem e aquela que seria aplicável no Estado de destino, a aplicação da mais favorável ao estabelecimento do mercado único (*favor offerentis*). Esta tese conduz, portanto, à inaplicabilidade das regras de conflitos internas que indiquem lei diversa da do país de origem e cujo resultado seja um entrave à circulação.

Tal concepção funda-se no facto de o Tribunal de Justiça ter determinado que as regras materiais do Estado de destino (ou indicadas pelo DIP desse país) não são incompatíveis *per se* com o direito europeu mas apenas a sua *aplicação* aos produtos e serviços estrangeiros de que derive um *entrave* à circulação, denunciando a natureza conflitual do cânone. Por outro lado, as excepções ao princípio (motivos de interesse geral, que alicerçam as restrições às liberdades comunitárias) são similares aos fundamentos da excepção de ordem pública internacional, o que nos remete necessariamente ao direito de conflitos<sup>898</sup>.

---

COM(2009) 262 Final, de 10 de Junho de 2009] (conhecido como o Programa de Estocolmo), p. 11, onde a defende que "o reconhecimento mútuo poderia ser alargado a novas matérias, essenciais para a vida quotidiana, tais como as sucessões e os testamentos, os regimes matrimoniais e as consequências patrimoniais da separação dos casais".

<sup>897</sup> Cfr. MARC FALLON e JOHAN MEEUSEN, "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.º 3, 2002, pp. 435-490, p. 474, e "Private...", p. 39; ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 15; MICHEL TISON, "Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS e WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 321-381, p. 370.

<sup>898</sup> A concepção conflitual que ora expusemos é acolhida por JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", pp. 5, 12-13 e 25, e "EC Conflict of Laws — A matter of coordination", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 17-30, p. 25); ALEGRÍA BORRÁS, "Le

Droit...", p. 375 ("l'effet de ce principe est similaire à celui d'une règle de conflit de lois, car il mène à l'application de la loi de l'État d'origine"); ARNAUD NUYS, "L'application...", p. 256 ("ce principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle se prête à un rapprochement avec la technique du rattachement alternative, propre au droit international privé"); JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 476, (quando sustenta que a aplicação da lei do local do facto lesivo à responsabilidade extracontratual é condicente com o princípio do país de origem e quando se lhe refere como uma *regra de conflitos geral*); ANDREA BONOMI, "Le droit international privé entre régionalisme et universalisme", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, n.º 3, 2006, pp. 295-309, p. 303 (considerando o princípio como regra de conflitos útil à integração); CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 62 (sustentando que o reconhecimento de sociedades constituídas ao abrigo da lei do país de origem imposto pelos Acórdãos *Centros* e *Überseering* [cit. notas n.º 880 e n.º 892] substitui da regra de conflitos nacional relativa à lei pessoal das sociedades); HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 201 ("the new rules pre-empt divergent national conflicts solutions, and apply whatever the nature of the measures involved (public/private; mandatory/default)"); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 181 ("El principio de origen es consecuencia inmediata de las necesidades de la integración: de hecho, se opone a la regla de DIPr general en los marcos no integrados"); JANIS LEIFELD, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010, pp. 180ss (quando sustenta que o princípio substitui as regras de conflito e depois analisa a compatibilidade do cânone com as várias soluções conflituais internas); PIERRE LALIVE, "Nouveaux...", p. 23 (que vê na *segunda directiva bancária* uma grande regra de conflitos); STEFAN GRUNDMANN, "Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 64, n.º 3, 2000, pp. 457-477, pp. 460-461 (fundando o seu entendimento na jurisprudência *Centros* [cit. nota n.º 880] e na similitude das exceções ao princípio do reconhecimento mútuo [as razões de interesse geral] com a *reserva de ordem pública internacional*); RALF MICHAELS, "The New European Choice-of-Law Revolution", *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1607-1644, p. 1627 (embora reconheça que o Tribunal não declara expressamente que o expediente constitua uma regra de conflitos); ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 9 ("The functioning of the principle implies certain consequences. First, the domestic conflict-of-laws and substantive rules should not be applied if they lead to a non-recognition result. Therefore, the principle operates, on the one hand, as a waiver of the domestic rules and, on the other hand, as a special rule of coordination between the member states legal systems". O Professor reconhece-lhe, porém, uma outra consequência: a de impor o *reconhecimento de direitos adquiridos à luz de outra ordem jurídica* — *ibidem* e "Verso...", p. 591); E. CRABIT, "La directive sur le commerce électronique. Le project «mediterranés», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n.º 4/2000, 2000, pp. 749-833, pp. 750ss; GIULIA ROSSILLO, *Mutuo...*, p. 225 (embora com algumas cautelas, designadamente sustentando tratar-se de um método conflitual em sentido amplo, orientado pela técnica de *referência ao ordenamento jurídico competente* de PICONE — [sobre este, cfr. PAOLO PICONE, "I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale italiano", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 3-53, p. 20]); CHRISTIAN JOERGES, "Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO", *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, CHRISTIAN JOERGES E ERNST-ULRICH PETERSMANN, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 491-527, p. 502, e "Democracy and European Integration: a legacy of tensions, a re-conceptualisation and recent true conflicts", *A Europa e os Desafios do Século XXI*, PAULO DE PITTA E CUNHA E LUÍS SILVA MORAIS, Almedina — Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2008, pp. 111-150, p. 131; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Mercado...*, p. 68. Também JOSÉ MARIA CALHEIROS, "A Integração...", p. 204, implicitamente admite esta concepção, ao discutir os *moldes de aplicação* da lei do país de origem nos contratos bancários. A favor desta interpretação poderá aduzir-se que os Tratados contêm outros comandos de tipo conflitual: vejam-se as regras sobre determinação da lei aplicável aos contratos celebrados pela União (cfr. ULRICH DROBNIG, "Conflict of Laws and the European Economic Community", *American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966-1967, pp. 204-229, pp. 207 e 212 e o nosso trabalho *Responsabilidade...*, p. 24). A expressão "*regra de conflitos implícita ou oculta*" é usada por PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 436 e HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", p. 8 (que não seguem esta concepção).

Como melhor veremos *infra*, a tese de PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR...", pp. 602-603, é também enquadrável nesta categoria: para o Autor, o princípio opera o *reconhecimento de direitos adquiridos* no país de origem; todavia, considera que o princípio conduz, na prática, à aplicação da lei do país de origem, pelo que tudo se passará como se o princípio contivesse uma regra de conflitos.

Inicialmente (e embora a sua posição haja depois evoluído, nos termos que explicaremos *infra*), MARC FALLON, "Les conflits...", p. 139, seguiu também a concepção conflitual. Na verdade, depois de explicar que o princípio do país de origem pode ser visto como uma *tomada em consideração do direito estrangeiro*, o Professor belga conclui que o facto de se apelar à lei do Estado de origem mesmo nos casos em que o seu conteúdo é equivalente à do Estado do foro "*appelle à un rapprochement avec la technique des règles alternatives ou règles de rattachement à caractère substantiel*". Assim, depreende que, em dois arestos, o Juiz comunitário consagra a sua natureza de *conexão múltipla alternativa*, dotado de preocupações substanciais: "*c'est alors leur application pure et simple que est en cause*" (*ob. cit.*, p. 142). O primeiro é o Acórdão TJCE de 4 de Dezembro de 1986, *Comissão c. Alemanha – Seguros*, proc.

205/84, *Colectânea da Jurisprudência*, 1986, pp. 3755, n.º 41, onde se discutia a aplicabilidade de certas obrigações da lei alemã em matéria de seguros, não exigidas pela lei do país de origem e o Tribunal assume, na opinião do Autor, uma postura de *comparação* entre a aplicação da lei de origem e do destino. O segundo é o Acórdão TJCE de 9 de Agosto de 1994, *Vander Elst*, proc. C-43/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, I-3803, n.º 18ss, a propósito da exigibilidade à sociedade prestadora de serviços do cumprimento da legislação em matéria de protecção social dos seus trabalhadores. Ora, de acordo com o Professor, a abordagem é de comparação entre a lei do país de origem e do país destinatário.

Sustentando tal concepção, pode ainda invocar-se o Acórdão TJCE de 10 de Maio de 1995, *Alpine Investments*, proc. C-384/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-1141, n.º 48. Este caso levanta um número elevado de questões e problemas, pelo que nos debruçaremos apenas quanto aos efeitos no conflito de leis: discutindo-se a regulação da actividade de oferta de serviços através de telefone, e perante a questão de saber se o controlo da actividade deveria ser efectuado pela lei do país de origem (Holanda) e não pelos países de destino e local de residência dos consumidores (Bélgica e Reino Unido), colocando em desvantagem as empresas holandesas nas relações com aqueles consumidores, o Tribunal declarou que “o Estado-Membro a partir do qual é feito o contacto telefónico é o que está melhor colocado para regulamentar o «cold calling»”. Ora, apesar de neste caso se não estabelecer uma *aplicação alternativa* das duas leis (como reconhece FALLON, p. 144), apela-se à *aplicação* da lei do país de origem e não à sua tomada em consideração. Sobre os demais aspectos do aresto, *vide* JAN WOUTERS, “Conflict...”, pp. 205ss; WULF-HENNING ROTH, “The European Court of Justice’s Case Law on Freedom to Provide Services: is *Keck* relevant?”, *Services and Free Movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MADS ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-24, p. 23; JOSÉ LUÍS DA CRUZ VILAÇA, “On the Application of *Keck* in the Field of Free Provision of Services”, *Services and Free Movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MADS ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 25-40, pp. 25ss; JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, “Exploring...”, pp. 107ss; HORATIA MUIR WATT, “L’entrave...”, p. 550.

Sobre os fundamentos desta concepção, *vide* ainda a explicação de MICHEL TISON, “Unravelling...”, p. 371 (que não perfilha esta tese); STEFAN GRUNDMANN, “Binnenmarktkollisionsrecht...”, p. 461; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 179 (“Este concepto consiste pura y simplemente en una corrección de orden público frente a la aplicación de principio de ley de origen”).

Repare-se que a consideração do cânone como *ampla regra de conflitos* provoca a aplicação alternativa entre a lei do país de origem e a *lei que seria aplicada no país de acolhimento* (não necessariamente a lei desse Estado). Assim entendido, não acompanhamos MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 146, quando detecta nesta teoria uma violação da paridade de tratamento das ordens jurídicas por só se admitir a aplicação das leis dos dois Estados envolvidos e nunca de Estados terceiros.

Atente-se que, segundo PAOLO PICONE, “Diritto...”, pp. 494-495, esta concepção pode também ser seguida de modo mais rígido, entendendo o princípio como determinando a aplicação forçosa da lei do país de origem, ainda que houvesse outra mais favorável à construção das liberdades comunitárias. Tal posição é francamente minoritária, porquanto se deliga do objectivo do reconhecimento mútuo, razão pela qual a não analisamos.

A concepção conflitual que expusemos é fortemente criticada por VINCENT HEUZÉ, “De la compétence...”, p. 394 (que considera a existência de uma *regra de conflitos oculta* um atentado ao princípio democrático presente no Tratado), PAUL LAGARDE, “Recensão a «BASEDOW, Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt» e a «SONNENBERGER, Europarecht und Internationales Privatrecht»”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 85, n.º 4, 1996, pp. 853-856, p. 853 (que a considera uma “*simplificação abusiva*”), HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “Europarecht...”, pp. 11-12 (que considera a sua existência uma *pura imaginação*), DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. I, p. 50 (que sublinham que tal significa a “*suprématie du marché sur les autres valeurs que le droit international privé prend traditionnellement en charge, émergence de règles spécifiques aux rapports intra-européens, complexité de la démarche*”) e por MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, “Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.º 1, 2002, pp. 1-37, p. 14 (que a apelidam de “*tese radical*”).

Esta mesma tese parece estar na base da opção de alguns legisladores nacionais na transposição do princípio do reconhecimento mútuo consagrado na directiva do comércio electrónico (cfr. nota n.º 893) que o transformaram numa *regra de conflitos* determinando a aplicação da lei do Estado onde o prestador está estabelecido. Foi o caso português (art. 5.º do Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de Janeiro [alterado pelo Decreto-Lei n.º 62/2009, de 10 de Março — “*Aos prestadores de serviços da sociedade da informação não estabelecidos em Portugal mas estabelecidos noutro Estado membro da União Europeia é aplicável, exclusivamente no que respeita a actividades em linha, a lei do lugar do estabelecimento; a) Aos próprios prestadores, nomeadamente no que respeita a habilitações, autorizações e notificações, à identificação e à responsabilidade; b) Ao exercício, nomeadamente no que respeita à qualidade e conteúdo dos serviços, à publicidade e aos contratos.*”), francês (art. 17.º da Loi n.º 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l’économie numérique — “*L’activité définie à l’article 14 est soumise à la loi de l’État membre sur le territoire duquel la personne qui l’exerce est établie*»), luxemburguês (art. 14.º da Lei de 14 de Agosto de 2000 — “*La loi du lieu d’établissement du prestataire de services à la société de l’information s’applique aux prestataires de services à la société de l’information s’applique aux prestataires et aux services qu’ils prestent*”), austríaco (art. 20.º da *E-Commerce Geschäft* de 22

Por outro lado, pode o princípio consubstanciar um comando dirigido a corrigir a aplicação da lei do foro (ou da lei designada pelo DIP do foro) sempre que esta ofenda o direito comunitário, na sua dimensão de aceitação dos patamares impostos pela lei do Estado de origem. Nesta orientação, o princípio não será uma regra de conexão que se sobrepõe ao DIP interno mas terá um cariz substantivo, considerando contrária às regras comunitárias a imposição de condições prescritas pela lei nacional (ou pela lei indicada pela regra de conflitos interna) quando o exercício da liberdade seria admitido no Estado de proveniência e houver uma *equivalência* de legislações<sup>899</sup>.

---

de Novembro de 2001 — “*Im koordinierten Bereich [...] richten sich die rechtlichen Anforderungen an einen in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstanbieter nach dem Recht dieses Staates*”). Sobre a interpretação conflitual da directiva, vide DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional...*, pp. 208ss; ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, “Europäisches Kollisionsrechts 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 21, n.º 6, 2001, pp. 501-514, pp. 502ss; MICHAEL GRÜNBERGER, “Alles...”, p. 89. Como notam ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 212, e JAN VON HEIN, “Of Older...”, p. 477, a solução é “*algo esquizofrénica*”, porquanto vê no princípio do art. 3.º da directiva uma regra de conflitos quando o próprio acto jurídico comunitário declara não estabelecer “*regras adicionais de direito internacional privado*” (considerando n.º 23). Sobre a natureza controversa desta disposição como *regra de conflitos*, vide MARIE-NOËLLE JOBARD-BACHELLIER E JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, “La réception du droit communautaire en droit privé des États membres”, *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, JEAN-SYLVESTRE BERGÉ E MARIE-LAURE NIBOYET, Bruylant, Bruxelas, 2003, pp. 182-205, p. 197; RALF MICHAELS, “EU Law...”, p. 202.

Um último sublinhado: a versão inicial da directiva dos serviços parecia confortar esta concepção, porquanto o primitivo art. 16.º da proposta estabelecia um reenvio geral à lei do país de origem, depois derogado nos casos em que as partes houvessem escolhido a lei aplicável ao contrato, aos contratos celebrados por consumidores, à validade formal dos negócios, aos negócios sobre imóveis e à responsabilidade extracontratual do prestador de serviços. Esta visão não foi, como veremos *infra*, consagrada na versão final da Directiva 2006/123/CE, que acabou por repetir o princípio do reconhecimento mútuo nos termos afirmados pela jurisprudência. Vide ALBERTO MALATESTA, “Princípio...”, pp. 294ss; MICHAELS, *cit.*, pp. 195 e 203.

<sup>899</sup> Fazendo a correlação com o que dissemos na nota n.º 898, algumas opções nacionais de transposição da directiva do comércio electrónico demonstram que esta concepção também tem consagração legislativa, já que o acto de transposição não modifica a lei aplicável mas determina a aceitação de um *direito de circulação* atribuído pela lei do país de origem. Veja-se o exemplo belga (Art. 5.º da *Loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l’information* — “*La libre circulation, sur le territoire belge, des services de la société de l’information fournis par un prestataire établi dans un autre État membre de l’Union européenne n’est pas restreinte en raison des exigences applicables en Belgique ou dans d’autres pays*”), alemão (n.º 2 do §4 da *Elektronische Geschäftsverkehr Gesetz* — “*Der freie Dienstleistungsverkehr von Telediensten, die in der Bundesrepublik Deutschland von Dienstleistern geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden, die in einem anderen Staat innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG niedergelassen sind, wird nicht eingeschränkt*”), irlandês (n.º 4 do *Irish Statutory Instrument* n.º 68/2003 — “*A relevant service provider, being a relevant service provider established within the State, has, subject to any requirements for the time being in force of the coordinated field and these Regulations, the right to provide relevant services within the State and from the State to another Member State or States; accordingly only those requirements and these Regulations govern the provision of relevant services by such a provider*”), italiano (n.º 2 do art. 3.º do *Decreto legislativo* 9 aprile 2003, n.º 70 — “*Le disposizioni relative all’ambito regolamentato di cui all’articolo 2, comma 1, lettera b), non possono limitare la libera circolazione dei servizi della società dell’informazione provenienti da un prestatore stabilito in un altro Stato membro*”), britânico (n.º 3 do ponto 4 do *Electronic Commerce Regulations 2002, Statutory Instrument* n.º 2013 of 21/08/2002 — “*any requirement shall not be applied to the provision of an information society service by a service provider established in a member State other than the United Kingdom for reasons which fall within the coordinated field where its application would restrict the freedom to provide information society services to a person in the United Kingdom from that member State*”) e espanhol (art. 7.º da *Ley* n.º 34/2002, de 11 de Julio — “*La prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 y 8*”). Repare-se, não obstante a natureza aparentemente substantiva da regra espanhola, que o preâmbulo se refere expressamente a uma *regra de conflitos* (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, “Contratación...”, p. 593). Especificamente sobre a querela quanto à natureza da norma em causa, vide o estudo

Isto é, o cânone implicará a consideração do conteúdo da lei do país de origem sem operar a sua mobilização ao caso concreto. A lei estrangeira é ponderada para indagar se, havendo *equivalência* de legislações, o resultado da respectiva aplicação seria a admissibilidade de circulação, obrigando-se o Estado de destino a aceitar esse resultado (proibindo-o de recusar a comercialização), sem importar qualquer alteração no funcionamento da regra de conflitos. Será, assim, uma aproximação à *exceção de ordem pública internacional* (uma *exceção de reconhecimento mútuo*), criando um limite substantivo ao resultado da aplicação das normas do país de destino (ou indicadas pelo seu DIP). A lei aplicável será determinada no país de destino, embora reconhecendo um *direito à circulação* atribuído pela lei do país de origem<sup>900</sup>.

---

de ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, pp. 542ss, e MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Le commerce...", pp. 474ss.

<sup>900</sup> É a opinião de LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Libre...", p. 93, e "L'influence...", p. 409 ("l'application de ces principes ne signifie pas un bouleversement complet du fonctionnement du droit international privé [...]. Les principes en question n'interdisent pas systématiquement l'application de la loi du pays d'accueil, et il est donc impossible d'en déduire une obligation générale d'appliquer toujours la loi du pays d'origine, ce qui, effectivement, équivaldrait au remplacement des règles de conflits"); MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1342 ("cette prépondérance conférée au principe de reconnaissance mutuelle et l'introduction d'un critère d'équivalence [...] ne modifie en rien le constat selon lequel ce sont toujours les règles de l'État de destination qui sont sanctionnées au titre de mesures d'effet équivalant à de restrictions quantitatives. Si les règles du pays d'origine sont invoquées, c'est uniquement pour faire état de leur «équivalence» avec celles que prévoit l'État d'importation, ce constat permettant de les écarter"); MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", pp. 148ss, e "Un elemento...", pp. 417 e 418; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", pp. 11-13; VINCENT HEUZÉ, "De la compétence...", p. 395 (embora o considere que o princípio acaba por conter um conselho ao legislador conflitual interno no sentido da indicação da lei do país de origem); CHRISTIAN KOHLER, "La Cour...", p. 76, e "La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 67-83, p. 72; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 371; PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "La communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 781-801, p. 795; HARRY DUINTJER TEBBENS, "Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n.º 3, 1994, pp. 451-481, pp. 474-475 (baseando-se no facto de existir um *interesse comunitário* e de nunca o Tribunal colocar a opção entre a aplicação da lei do país de destino e de origem, preocupando-se tão-somente com o resultado, constituindo assim "une règle matérielle de droit communautaire" — p. 478); SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02", *Journal du Droit International*, vol. 131, n.º 4, 2004, pp. 1219-1237, p. 1236 (aludindo a um *método do mercado interior*, diferente do conflitual, para aplicar as regras vigentes nos vários Estados-Membros); WULF-HENNING ROTH, "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 55, n.º 4, 1990, pp. 623-673, pp. 668-669, e "Secured...", p. 44; PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", pp. 11ss; MARTIN GEBAUER, "Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 15, n.º 3, 1995, pp. 152-156, p. 154; ALAIN GOURIO, "Le nouveau...", p. 139.

Uma explicação rigorosa da tese da "exception de reconnaissance mutuelle" (que provoca um «*effet élusif des normes du pays de destination*») é dada por MATHIAS AUDIT, "Régulation...", pp. 1344ss. Segundo o Autor, esta *exceção* constituirá um princípio jurídico nos termos do qual se dá a evicção da lei que seria aplicada no país de destino na estrita medida em que tal seja necessário a admitir a circulação permitida pela lei do país de origem. Para que o princípio funcione será necessária a verificação cumulativa de duas condições: que seja aplicável à relação jurídica em causa lei (do país de destino ou outra) diferente da do país de origem [i]) e que esta tenha uma regra que possa considerar-se restritiva da circulação [ii]). A segunda condição não se verificará sempre que a lei do país de origem seja diferente daquela que seria mobilizada no Estado de destino, mas apenas quando a comercialização daquele produto ou serviço tenha já sido regulada por disposição *equivalente* do país de origem. Por outras palavras, só nos casos em que a restrição da circulação resultasse da aplicação cumulativa das leis do país de origem e do país de destino (p. 1348). Cumprindo-se cumulativamente as duas condições, dever-se-á reconhecer o *direito à circulação*, procedendo à evicção da norma do país de destino que a proibisse (p. 1349). No mesmo sentido, *vide* MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 64.



Importa tomar posição sobre o problema, sendo certo que, em qualquer das acepções, é indiscutível que o princípio tem influência nas regras de direito internacional privado (desde que se conclua pela aplicação do cânone ao direito privado) e que conflui no mesmo objectivo de harmonia decisional<sup>901</sup>. Ademais, deve reconhecer-se que as divergências doutrinárias se devem, em boa parte, a inconsistências e obscuridades do Juiz comunitário, que nem sempre dá sinais coerentes quanto à influência que decorre do Tratado para o sistema conflitual nacional<sup>902</sup>.

---

Numa primeira leitura, igual conclusão se poderia inferir das palavras de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 162, quando defendem que as únicas regras de conflitos que constam do Tratado são as relativas à capacidade jurídica da UE (art. 335.º TFUE) e à sua responsabilidade civil (art. 340.º). Todavia, como vimos na nota n.º 898, os Professores adoptam a tese conflitual, vendo no princípio do reconhecimento mútuo uma *oculta* norma de conexão.

Se MARC FALLON seguiu inicialmente a concepção conflitual (*supra* nota n.º 898), a sua posição evoluiu e propõe uma *abordagem funcional do princípio*, analisando o seu efeito em cada uma das pronúncias do Tribunal. Ainda assim, conclui que o princípio “*is to be regarded as essentially negative*”, valorizando a sua dimensão de *limite substantivo* — MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, pp. 61ss, que comparam a mobilização do princípio à OPI e utilizam a expressão “*excepção de reconhecimento mútuo*” [*cit.*, p. 40] e “Le commerce...”, p. 487.

Alguns doutrinários parece subscrever esta tese de forma mais cautelosa. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, pp. 389 e 401ss, sustenta que não se verificará, em regra, qualquer contradição entre os sistemas conflituais nacionais e o direito originário da União Europeia mas apenas “*quando a normas de conflitos que sejam discriminatórias*” e sublinha que o princípio tem uma matriz publicista, não se podendo partir do pressuposto da aplicação da lei do país de origem. Também BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 58, expõe este entendimento “*sans nécessairement y souscrire*” e DÁRIO MOURA VICENTE, “A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico”, *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 63-77, p. 72, entende que a aplicação da *lex originis* é complementar ao princípio do reconhecimento mútuo (ou é apenas uma das suas dimensões).

<sup>901</sup> Trataremos *infra* do problema da mobilização do princípio ao direito privado.

Apontando a influência no direito de conflitos, DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 733 (que alude à *comunitarização indirecta* do direito internacional privado por via do regime jurídico das liberdades comunitárias), JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 4 (“*Diese neue Ansatz [...] ist im wesentlichen kollisionsrechtlicher Natur. Denn sein Kernstück, die Anerkennung der Gleichwertigkeit verschiedener nationaler Regelungen, impliziert die Pflicht der Mitgliedsstaaten, fremde Rechtserscheinungen auch auf ihrem Territorium hinzunehmen und zu respektieren*”); RALF MICHAELS, “EU Law...”, p. 206 (“*regardless of whether it «is» a private international law rule or not, conflicts with the application of traditional private international law*”); FRANÇOIS BOULANGER, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06”, *Recueil Dalloz*, n.º 12, 2009, pp. 845-848, p. 848 (notando uma relativização do papel das regras de conflitos); PAOLO PICONE, “Diritto...”, p. 493; ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, “Le Traité...”, p. 15 (sublinhando os esforços da doutrina em enquadrar metodologicamente o princípio numa categoria conflitual); PETER MANKOWSKI, “Binnenmarkt-IPR...”, p. 596. Sublinhando o paralelismo de objectivos entre o direito internacional privado conflitual e o princípio do reconhecimento mútuo, cfr. ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 202.

Curiosamente, o primeiro domínio onde se notou colisão entre o *princípio do país de origem* e as normas de direito internacional privado não foi o conflito de leis mas o conflito de jurisdições. De facto, a UE entendia que os arts. 13.º a 15.º da Convenção de Bruxelas de 1968 (sobre competência judiciária internacional para litígios em matéria de contratos celebrados por consumidores) colidiam com o princípio do país de origem consagrado na directiva do comércio electrónico (cfr. MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, “Les relations...”, p. 3).

<sup>902</sup> Ilustrativa desta incoerência são o Acórdão *Überseering* (*cit.* nota n.º 892) e o Acórdão TJCE de 30 de Setembro de 2003, *Inspire Art*, proc. C-167/01, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, pp. I-10155, onde está marcadamente em aberto se o Tribunal apenas postulou o *reconhecimento da personalidade jurídica e judiciária da sociedade* ou se determinou a incompatibilidade da *teoria da sede real e efectiva* com a liberdade de estabelecimento, impondo um novo juízo conflitual que espelhe o princípio do país de origem — cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Sombras...”, pp. 750-754; PAUL LAGARDE, “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 92, n.º 3, 2003, pp. 508-536, p. 534; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, “A liberdade...”, pp. 298ss, e “O Acórdão...”, p. 140; ANNE

Por nossa parte, não parece que deva o princípio ser entendido como uma regra de conflitos: ao invés, o cânone materializa uma interdição às autoridades nacionais em matéria de liberdade de circulação — a proibição de recusar a circulação de mercadorias, serviços ou capitais que, nos termos da lei do Estado de origem, pudessem ser colocados no mercado.

Simplemente, o princípio provoca alterações ou correcções ao sistema de direito internacional privado interno: ao proibir o Estado de impedir a comercialização de produtos, serviços ou capitais que seriam admitidos pela lei do país de origem, remetem-se as autoridades nacionais para a apreciação daquela legislação e limitam-se as possibilidades de invocação da reserva de ordem pública internacional (que dependerá dos critérios comunitários). Por outro lado, e mesmo nos casos em que o DIP vigente se desvia do método conflitual (regulando *directamente* a situação internacional — designadamente através de normas de aplicação necessária e imediata, por exemplo) o princípio do reconhecimento mútuo pode constituir um limite à aplicação de normas de regulação directa (o que não sucederia o princípio europeu constituísse uma *geral* regra de conflitos)<sup>903</sup>.

Assim, não há uma *aplicação da lei do país de origem* mas algo muito próximo do *reconhecimento de direitos adquiridos*: não obstante não ser aquela a lei aplicável, reconhece-se no

---

RÖTHEL, "Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 58, n.º 21, 2003, pp. 1027-1035, p. 1030 (notando o *reacendimento* da discussão com o Acórdão *Überseering*); MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", p. 90 (que sublinha a compatibilidade de qualquer das interpretações com a decisão do Tribunal no Acórdão *Überseering*); PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 46ss; JAN VON HEIN E GIESELA RÜHL, "Towards a European Code on Private International Law", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 8-53, p. 19 ("neither the founding treaties nor the TFEU or the TEU contain choice-of-law rules in a technical sense. However, the basic freedoms guaranteed by the TFEU have had a profound impact on domestic choice-of-law rules, for example on international company law. Here, the ECJ's reasoning [...] forced Member States to abandon the former real seat theory, at least with regard to companies migrating from one Member State that adheres to the incorporation theory to another Member State"); HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?", *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, JÖRN BERNREUTHER, et al., Sellier European Law Publishers, München, 2010, pp. 371-391, p. 373. No fundo, ao mesmo tempo que trazia para o direito privado o *reconhecimento mútuo de legislações* nos termos desenvolvidos para normas jurídico-públicas (essencialmente de aplicação territorial), o Tribunal queria evitar uma incursão no domínio conflitual, cujas regras determinam a aplicação do direito material por si considerado (*ibidem*, p. 374). Esta omissão gerou de dúvidas e incertezas quanto ao tipo de influência operada.

<sup>903</sup> Cfr. o que dissemos *supra* na nota n.º 555. Também neste sentido, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 416; ARNAUD NUYTS, "L'application...", pp. 246ss; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", pp. 58 a 71; MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1349; No ensinamento de MARC FALLON, "Les conflits...", pp. 121ss; PAOLO PICONE, "Diritto...", p. 495: "*il riferimento allo Stato di origine non serve ad applicare la legge del medesimo, ma a verificare l'esistenza nel relativo ordinamento di una situazione giuridica attinente ad un bene o ad un servizio*" (segundo PICONE haverá, pois, a consagração expressa da sua tese de *referência ao ordenamento jurídico competente*). Quanto à limitação da aplicação das NANI do foro quando a lei do Estado de origem assegura suficientemente os mesmo interesses (materializando-se assim uma influência do princípio nas NANI), *vide* FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 142. Isto é, os limites à legislação interna potencialmente restritiva que decorrem da instituição do mercado comum são igualmente mobilizados às regras de conflitos e às NANI do foro, o que é particularmente evidente nos Acórdãos *Alstom Atlantique* (*cit. nota n.º 693*) e *Koestler* (*cit. nota n.º 555*), onde é discutido se o funcionamento do DIP do foro constitui entrave inadmissível à liberdade de circulação. No mesmo sentido, HELENE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 316; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La Cour...", p. 270.

foro um *direito à circulação* tal como constituído no estrangeiro e ainda que ao abrigo de uma outra lei igualmente relevante; valida-se no Estado de acolhimento o direito constituído à luz da legislação aplicada pelo Estado de origem. No fundo, o princípio *modifica ou corrige* (no sentido favorável à liberdade de circulação) o funcionamento do sistema de DIP do Estado do foro: não afasta a regra de conflitos nacional (que não será proibida conquanto não seja discriminatória) mas o *resultado da sua aplicação*, já que o direito à circulação constituído no país de origem não pode ser negado (ainda que não fosse atribuído à face da lei competente). Isto é, mais do que uma *aplicação da lei do país de origem*, estará em causa uma “*relevância do direito estrangeiro*”, figura há muito conhecida do Direito Internacional Privado<sup>904</sup> — quer se entenda que configura uma hipótese de *referência pressuponente* pelo direito material comunitário, quer (como nos parece mais feliz) a materialização de uma nova variante da teoria do *reconhecimento de direitos adquiridos*<sup>905</sup>.

---

<sup>904</sup> A diferença entre a *aplicação* e a *tomada em consideração* estará no facto de se olhar ao *resultado* da lei estrangeira e não resolver a questão em causa pelos critérios dessa lei (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 311 e *Lições...*, p. 75). No fundo, “*une norme est prise en considération lorsque, ne produisant pas l’effet juridique spécifique qu’elle attache aux situations qu’elle définit, elle est néanmoins insérée au sein des conditions d’application d’une autre norme, qui seule est appliquée parce que seul son effet juridique est proclamé en conséquence de la réalisation de ses propres conditions*” LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão *République...*”, p. 69).

<sup>905</sup> No sentido de que o princípio do reconhecimento mútuo materializa uma variante da doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos, *vide* RALF MICHAELS, “EU Law...”, p. 198 (“*the country of origin principle displays a remarkable degree of similarity to an old approach that almost has been forgotten. This approach is known as the vested-rights theory*”) e 214; PAUL LAGARDE (“La reconnaissance: mode d’emploi”, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l’honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501, p. 482ss; “Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 1, 2009, pp. 80-93, p. 92, e “Développements...”, pp. 227ss [ainda que constatando especificidades no seu funcionamento consoante estejamos no âmbito do direito da União ou do direito internacional privado. O Professor alude ao *método de reconhecimento*, alternativo ao conflitual]); LOUIS D’AVOUT, “Comentário ao Acórdão *Grunkin e Paul...*”, p. 208, (vendo no Acórdão *Grunkin e Paul* [cit. nota n.º 635] a solução de um conflito positivo de sistemas, levando a Alemanha a renunciar ao seu juízo conflitual para *reconhecer* o nome erigido no país de origem) e p. 212 (detectando um renascimento da “*théorie des droits acquis*”, embora seja crítico da bondade desta solução, por neutralizar as opções conflituais internas quanto ao estatuto pessoal [p. 214]); ERIK JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLII, n.º 2, 2006, pp. 353-360, p. 360; PETER MANKOWSKI, “Binnenmarkt-IPR...”, pp. 602-603; MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, “Les relations...”, p. 18; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 421; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...”, p. 644 (“*el principio del mutuo reconocimiento se basa en una técnica clásica del Derecho internacional privado: el «conflicto de sistemas». Que significa lo siguiente: no es relevante la Ley que sea dicha aplicada, la situación legalmente creada y existente en un Estado miembro, se considerará válidamente existente en los demás Estados miembros*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, pp. 76-79; BERNARD AUDIT E LOUIS D’AVOUT, *Droit...*, p. 59; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 151 (“*Es posible que nos hallemos ante un incipiente sistema de DIPr basado en la idea de reconocimiento — de un derecho o de una situación consolidada en el extranjero — que, potenciado por la falta de normas comunitarias de DIPr, responde a exigencias propias del Mercado Interior*”); JEREMY HEYMANN, *Le droit...*, p. 239; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, “Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un Nuevo Derecho Internacional Privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 376-402, p. 395; MATTEO ORTINO, “The role...”, pp. 320-321; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, “El caso...”, p. 147; CHRISTIAN KOHLER, “La reconnaissance de situations...”, pp. 72 (“*il s’agit de donner effet à la situation juridique déterminée dans l’État membre d’origine sans égard à la loi appliquée*”) e 76; HEINZ-PETER MANSEL, “Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums”, *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 70, n.º 4, 2006, pp.651-731, p. 724 (que considera haver um *duplo*

reconhecimento pelo facto de o direito atribuído no país de origem ser reconhecido independentemente de qualquer controlo quanto à lei aplicável [*“Die Anerkennung und das Abstellen allein [...] auf eine behördliche Bescheinigung führt dazu, daß der Anerkennungsstaat keine Kontrolle darüber hat, wie eng die Verbindung der Betroffenen Personen mit dem angewandten Kollisionsrecht und mittelbar mit dem angewandten Sachrecht ist”*]<sup>9</sup> o que só se explica pela existência de um *segundo reconhecimento oculto* das regras de conflitos no país de destino [*“Er wird [...] durch die Anerkennungsregeln ein verkapptes zweites Kollisionssystem etabliert”*]<sup>10</sup>. Vide ainda o profundo estudo de HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Anerkennung...", pp. 375ss, que, analisando as várias concepções da doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos, conclui que nenhuma assenta perfeitamente no modelo desenhado pelo Tribunal de Justiça, sustentando haver um método próprio (p. 389). Esta leitura, aliás, parece decorrer das palavras de RUI MOURA RAMOS, "Direito Internacional Privado e Direito...", p. 177, quando conclui que *“os eventuais efeitos restritivos cuja eliminação possa ser visada pelo direito comunitário decorrem de particulares normas dos sistemas nacionais visadas pelas regras de conflitos e não das regras de conflitos que conduzem à sua aplicação”*.

Como é sabido, a doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos pode corresponder a um espectro alargado de concepções.

Por um lado, pode ser utilizada em articulação com a territorialidade das leis — um Estado opõe-se à aplicação de lei estrangeira mas admite sancionar os direitos regularmente adquiridos à luz dessa lei. Esta tese encontra-se na modalidade de *vested rights* anglo-saxónica, que separa a lei e os direitos e impõe ao juiz do foro a criação do direito previsto pela legislação estrangeira: nesse caso, é a norma de DIP que faz um *reenvio pressuposto*, relevando indirectamente o direito estrangeiro (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, p. 314; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilaterales", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 59-104, p. 59; KURT LIPSTEIN, "Conflict...", p. 71; RALF MICHAELS, "EU Law...", p. 214).

Por outro, pode a questão do reconhecimento de direitos adquiridos ser entendida como problema autónomo do conflito de leis (ANTOINE PILLET, *Traité...*, Vol. I, p. 12, e *Principes...*, pp. 496ss; ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado...*, Livro I, p. 37), nos termos de cujas teses está em causa aceitar uma relação jurídica que, no momento do seu nascimento, não era absolutamente internacional e não tinha contacto com a *lex fori*. Sobre esta concepção, cfr. FERRER CORREIA, *cit.*, p. 62; ÉTIENNE PATAUT, "Le renouveau...", p. 71.

Por fim, pode a questão ser vista como incluída no problema do conflito de leis, dirigida ao reconhecimento no foro de relações jurídicas tidas por válidas à luz de certa lei estrangeira, ainda que não indicada pela regra de conflitos interna. Assim entendido, o reconhecimento pode ser operacionalizado de 3 formas.

Em primeiro lugar, pelo *unilateralismo das regras de conflitos*, reconhecendo os direitos que foram constituídos à luz de lei estrangeira que se considere competente (PIERRE GOTHOT, "Le renouveau...", pp. 418ss, e ROLANDO QUADRI, *Lezioni...*, p. 191).

Uma segunda via é a da *autolimitação espacial das normas de DIP*, hipótese que pode ser materializada de várias formas: a) aceitando a validade, à luz da lei que tiver sido efectivamente aplicada, das situações que não apresentem qualquer contacto com o foro [PH. FRANCESCAKIS, *La théorie...*, pp. 67-69]; b) rejeitando a mobilização das regras de conflitos internas quando exista acordo das leis conectadas quanto à lei aplicável — E. M. MEIJERS, "La question du Renvoi", *Bulletin de l'Institut juridique international*, Vol. 38, 1938, pp. 191-231, pp. 224-226 (que exige o acordo de *todas as leis* em contacto), e ALEXANDER MAKAROV, "Les cas d'application des règles de conflit étrangères", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 44, 1955, pp. 431-457, p. 445 (que se basta com o acordo da *maioria* das leis em contacto); c) entendendo o princípio do reconhecimento de direitos adquiridos como complemento da ordem pública internacional, produzindo a evicção do direito indicado pela regra de conflitos do foro se aquele conduzir à lesão de um direito validamente constituído ao abrigo de outra lei — WERNER NIEDERER, *Einführung...*, pp. 319ss.

Por fim, *pela tese expressa no direito internacional privado português*, que reconhece determinadas relações jurídicas constituídas à luz de *certa lei*, diferente daquela que o DIP reputa relevante, considerando regras de conflitos estrangeiras — ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 388ss, e "La doctrine...", pp. 64ss; RUI MOURA RAMOS, "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 11-53, p. 16. Com efeito, através do reconhecimento de direitos adquiridos, o Estado do foro não abdica da sua opção conflitual: *“Não se trata, pois, de reclamar dos países na posição de Portugal ou Espanha (por ex.) a renúncia pura e simples à sua regra de conexão fundada na nacionalidade. [...] Mas propondo-se em Espanha somente a questão da validade do seu casamento celebrado em Buenos Aires, na conformidade da legislação argentina sobre impedimentos, os tribunais deveriam resolver o caso tendo apenas em atenção (com necessária ressalva da ordem pública, bem entendido) as disposições do direito argentino”* (ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Unidade...", p. 122). Ou seja a tese do reconhecimento dos direitos adquiridos provoca a relevância indirecta de outra lei (não designada como competente pelo sistema conflitual do foro) quanto à apreciação da regularidade de uma situação jurídica constituída à luz de outra lei relevante.

Já a *referência pressuposto*, no ensinamento de JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, pp. 308ss, é um reenvio normalmente operado por norma material *não receptício* — no sentido em que a lei estrangeira não é aplicada *proprio sensu* mas apenas considerada como pressuposto de certo efeito jurídico previsto pelo direito material

Com efeito, a obrigação que decorre de forma mais evidente do Acórdão *Grunkin e Paul* é justamente o efeito do n.º 2 do art. 31.º do Código Civil Português: o reconhecimento de uma situação jurídica gerada no país de origem e de acordo com a lei que aí se tem por competente<sup>906</sup>. Isto reforça a nossa convicção de que a imposição europeia é a de resolver o *conflito positivo de sistemas* consagrando a teoria do reconhecimento de direitos adquiridos<sup>907</sup>.

Julgamos ser esta a visão correcta do princípio por quatro razões.

---

competente: é, assim, uma *relevância indirecta do direito estrangeiro*. Será uma operação inerente a um adequado sistema de *qualificação*, na explicação de HENRIQUE MAIO, *Da qualificação em direito internacional privado — O problema da qualificação e a experimentação de critérios mobilizáveis nos quadros do DIP*, (policopiado), Coimbra, 2013, p. 36. Aplicando esta tese ao problema em análise, poderá entender-se que as normas comunitárias sobre liberdade de circulação, dotadas de efeito directo, fazem uma *referência pressuponente* às normas materiais do Estado de origem, utilizando o direito estrangeiro como pressuposto do efeito que elas próprias prescrevem — o *direito de circulação*. Parece ser este o entendimento de NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 79 ("O princípio do reconhecimento mútuo parece implicar muito mais o reconhecimento dos efeitos de situações jurídicas constituídas no estrangeiro do que a aplicação efectiva da lei estrangeira. Tomam-se em conta, no momento da aplicação da lei do foro, os resultados da valoração jurídica de certos factos levada a cabo no estrangeiro") e [numa segunda fase] de MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 58.

<sup>906</sup> Na verdade, no Acórdão *Grunkin e Paul* (*cit. nota n.º 635*), n.º 39, considera-se que a determinação do nome de acordo com a lei aplicável no país de destino (a lei da nacionalidade) pode configurar uma violação da liberdade de circulação de pessoas por implicar uma diferenciação face à lei aplicável no país de origem (a lei da residência), razão por que se impõe o *reconhecimento daquela situação jurídica criada no estrangeiro*. Em sentido convergente, *vide* RUI MOURA RAMOS, "A evolução recente do direito internacional privado da família", *Direito da Família e Direito dos Menores: Que direitos no século XXI?*, MARIA EDUARDA AZEVEDO E ANA SOFIA GOMES, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2014, pp. 67-82, p. 77; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 286ss; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão *Grunkin e Paul*...", pp. 91-92; CHRISTIAN KOHLER, "La reconnaissance de situations...", p. 76; PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom...*, p. 68. Repare-se, aliás, que parece ter sido assim que apreendeu o legislador alemão, ao estabelecer o novo §48 EGBGB, claramente reprodutor da técnica do *reconhecimento* — cfr. §48 EGBGB: "Unterliegt der Name einer Person deutschem Recht, so kann sie durch Erklärung gegenüber dem Standesamt den während eines gewöhnlichen Aufenthalts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erworbenen und dort in ein Personenstandsregister eingetragenen Namen wählen, sofern dies nicht mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Die Namenswahl wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Eintragung in das Personenstandsregister des anderen Mitgliedstaats, es sei denn, die Person erklärt ausdrücklich, dass die Namenswahl nur für die Zukunft wirken soll. Die Erklärung muss öffentlich beglaubigt oder beurkundet werden. Artikel 47 Absatz 1 und 3 gilt entsprechend". É nesta senda que PAUL LAGARDE, "Name law...", p. 229, sugere a adopção em acto normativo europeu da *regra do reconhecimento do nome atribuído no país de origem*, materializando a tese.

Sublinhe-se, na esteira de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 393, que este efeito "*não se limita aos casos de plurinacionalidade*": apenas há uma obrigação de resolução de um conflito de sistemas de DIP através da técnica do reconhecimento de direitos adquiridos, limitando o juízo conflitual do foro. Embora o Autor conclua haver aqui uma *técnica de reconhecimento* similar à do n.º 2 do art. 31.º (p. 404), entende *por um lado* que não é *transversal*, vigorando apenas nesta matéria (p. 403) e *por outro* critica a sua imposição, sustentando que os problemas de conflitos de sistemas de DIP "*devem ser resolvidos por meio de instrumentos específicos de Direito Internacional Privado, que tenham em conta todos os valores em jogo e, em primeira linha, as finalidades específicas deste ramo do Direito, e não por via de limitações casuísticas à actuação do Direito de Conflitos, alegadamente derivadas das liberdades de circulação e do direito de estabelecimento, que vêm suscitar novos problemas e incertezas*" (p. 405).

<sup>907</sup> Sendo esta a matriz do princípio do reconhecimento mútuo, tal não obsta porém a que o DIP da União não conduza, por vezes, à aplicação da lei do país de origem. Como explica DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 786, e no específico domínio da liberdade de circulação de capitais, a aplicação da lei do banco pode resultar do facto de as partes optarem expressamente por essa lei no âmbito de um contrato, das regras do n.º 2 do art. 4.º do Regulamento Roma I ou da alínea *b*) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento Roma I (neste sentido, ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Convenção de Roma e as Operações Bancárias", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 227-256, p. 240 e LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 250; MARIA HELENA BRITO, "Os Contratos Bancários...", p. 104ss; JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 178). Esta indicação funda-se no facto de que apenas a aplicação do país de origem do prestador de serviços poderá assegurar que o serviço fornecido é exactamente o mesmo, apesar da internacionalização (cfr. LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 407).

Em primeiro lugar, a tese contrária (nos termos da qual o princípio do país de origem materializa uma *ampla regra de conflitos*) é desmentida pela própria União, que mantém a abordagem clássica dos conflitos de leis quando intervém no domínio do DIP. Basta atentar nas regras europeias em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais, às obrigações extracontratuais, ao divórcio e à separação e sucessões: todas estas vias seriam desnecessárias se o princípio configurasse, por si só, o juízo conflitual e seriam inexplicáveis se as regras de conflitos fossem violadoras das liberdades fundamentais. Se o princípio do reconhecimento mútuo materializasse uma regra de conflitos, não teria lugar, por desnecessidade, a unificação europeia dos sistemas conflituais, uma vez que tal decorreria directamente do Tratado<sup>908</sup>.

Em segundo lugar, atente-se que o princípio não actua em todas as situações (ao contrário do que sucede nas regras de conflitos). *Por um lado*, só funciona quando a lei que o Estado de acolhimento pretende aplicar (a sua ou a que for indicada pelo sistema conflitual) gera obstáculos à liberdade de circulação, não sendo mobilizado sempre que a lei aplicada no país de destino for mais permissiva ou tiver subjacentes interesses desligados das liberdades fundamentais<sup>909</sup>; *por outro*, vigoram múltiplas excepções à mobilização do cânone, permitindo-

---

<sup>908</sup> Neste sentido, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", pp. 411 e 413; VINCENT HEUZÉ, "De la compétence...", p. 396; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 205; RICCARDO LUZZATTO, "Riflessioni Sulla C. D. Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 613-625, p. 623. Acresce a esta argumentação o facto de a matriz do princípio, ao contrário do que sucede nas regras de conflitos, não levar em consideração qualquer fim próprio do legislador mas tão-somente a protecção de um direito dos privados (JEREMY HEYMANN, *Le droit...*, p. 223). Por outro lado, demonstra PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 16, que uma *regra de conflitos oculta* a favor da lei do país de origem seria nefasta para as liberdades de circulação (principalmente de capitais), sendo estas muito mais eficientemente prosseguidas por via do critério conflitual de eleição nos instrumentos europeus — *a autonomia conflitual*. Na verdade, a escolha da lei aplicável pelas partes (opção conflitual presente nos vários instrumentos de DIP da União Europeia) é o mecanismo mais adequado a garantir que não se verificam os obstáculos à circulação originados pela aplicação de leis diferentes. Cfr. Regulamento CE n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I); Regulamento CE n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, sobre lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II); Regulamento UE n.º 1259/2010, que cria uma cooperação reforçada em matéria de divórcio e separação judicial; Regulamento UE n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu admite a opção entre a lei da residência e da nacionalidade do *de cuius*.

Como se percebe, consideramos que o princípio do país de origem vigora igualmente no domínio do direito privado: por razões de rigor na sistematização, remetemos as nossas considerações para as páginas subsequentes. Atente-se que o Regulamento UE 1259/2010 e o Regulamento n.º 560/2012 não receberam oficialmente a designação "Roma", o que não tem impedido a doutrina de utilizar esta terminologia (FERNANDA MURARO BONATTO, "O Regulamento n.º 1259/2010 da União Europeia: breves considerações sobre a lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial e a autonomia das partes na escolha da lei aplicável", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, p. 4, nota n.º 1).

<sup>909</sup> PAUL LAGARDE, "La reconnaissance...", p. 483 ("*Il n'impose la reconnaissance que dans les cas à la non-reconnaissance serait une entrave non justifiée par l'intérêt général aux grandes libertés du traité*"); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 57 ("*The mere existence and application of divergent laws in the Member States does not obstruct intra-Community trade. Only a global approach taking account of the full treatment of a cross-border activity leads to the conclusion that diversity restricts free movement*"); MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1347. Basta atentar no exemplo que nos

se ao Estado de acolhimento aplicar legislação não discriminatória (ainda que restritiva) desde que fundada em razões de interesse geral; *por fim*, o princípio do reconhecimento mútuo só provoca a evicção da lei do país de destino (ou indicada pelo seu DIP) quando se preencha um critério de *equivalência* entre a regulação do país de origem e aquela que se pretende mobilizar no Estado de destino. Como se percebe, caso constituísse uma *regra de conflitos oculta*, a sua mobilização não dependeria de interesses particulares do Estado de destino ou de uma *equivalência de legislações*: determinaria *ab initio* qual a lei competente para apreciar a liberdade de circulação. O seu funcionamento condicional confirma-o como limite à aplicação das normas do país de destino, implicando em certos casos a correcção do seu domínio de aplicação espacial. Corresponde, por isso, de forma particularmente feliz à teoria do *reconhecimento de direitos adquiridos*<sup>910</sup>.

Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça não discute a determinação do âmbito espacial das normas (limitando-se a indagar da incompatibilidade de regras materiais efectivamente aplicadas com a realização do mercado único, na sua dimensão de aceitação dos patamares da lei do país de origem), o que condiz com a natureza não conflitual do

---

dá PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 14: quando a legislação sobre emissões poluentes dos automóveis não estava harmonizada, produziam-se na Alemanha veículos sem conversor catalítico que não podiam ser comercializados naquele país — eram destinados a exportação para outros Estados-Membros com legislação menos exigente. Ora, se o princípio do reconhecimento mútuo consubstanciava uma regra de conflitos, estes automóveis não podiam ser comercializados no resto da Europa, porquanto sempre se submetteriam à lei do país de origem, que o não permitiria.

O que dizemos é particularmente evidente em várias decisões, mas exemplificamos apenas com duas.

No Acórdão *Überseering* (cit. nota n.º 892) n.ºs 78 a 82, o objecto da análise do Tribunal não é a regra de conflitos nacional que determina a aplicação da *sede efectiva* mas o resultado da respectiva mobilização (a negação, sem motivo de interesse geral, da personalidade jurídica da pessoa colectiva). Tal demonstra que não há um *juízo conflitual* mas a preocupação de *reconhecimento* de um direito constituído no estrangeiro.

No Acórdão *Konstantinidis* (cit. nota n.º 635), n.º 15, não se censura a aplicação da lei registal do país de destino — baseada no comando *auctor regit actum*. Ao invés, determina-se o *reconhecimento* da transliteração operada pelas autoridades do país de origem porque o resultado da aplicação da lei de destino restringia a liberdade de circulação. Se o Tribunal pretendesse estatuir uma regra de conflitos, não avaliaria o *resultado* da aplicação da lei do país de destino, cuja aplicação considerou possível (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", p. 100).

<sup>910</sup> Neste sentido, RALF MICHAELS, "EU Law...", p. 224; MATHIAS AUDIT, "Régulation...", pp. 1343ss. Sobre as restrições ao princípio, *vide infra* pp. 481ss.

Sobre o juízo de equivalência, RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Abolition...", p. 363 ("*the rules of the State of origin must be equivalent to the rules of the State of destination. Without this equivalence, mutual recognition does not work*"); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 423; PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 15; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 105 (que entende haver uma *presunção de equivalência*); JOSÉ IGNACIO PAREDES PÉREZ, "Alcance...", p. 118; MATTEO ORTINO, "The role...", pp. 313-317 (o Autor, porém, vê a *equivalência* não enquanto pressuposto do funcionamento do cânone mas como critério de análise da admissibilidade do seu afastamento); STEFANIA BARIATTI, "Reconnaissance et droit de l'Union Européenne", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 61-66, p. 61. Cfr. Acórdãos *Keck e Mithouard* (cit. nota n.º 555), n.º 16; *Koestler* (cit. nota n.º 555); *Sevo* (cit. nota n.º 555), n.º 8; *Debauve* (cit. nota n.º 555), n.º 15; *Webb* (cit. nota n.º 555), n.º 17; *Mazzoleni* (cit. nota n.º 892) n.ºs 24-25; Acórdão de 25 de Outubro de 2001, *Finalarte*, processos apensos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-7831, n.º 28ss; Acórdão TJCE de 24 de Janeiro de 2002, *Portugaia*, proc. C-164/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-787, n.º 21ss; Acórdão TJCE de 12 de Outubro de 2004, *Wolff & Müller*, proc. C-60/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2004, pp. I-9553, n.º 32ss. Sobre estes Acórdãos, cfr. HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 318; MARTIN GEBAUER, "Internationales...", p. 154.

princípio<sup>911</sup>. De facto, a sua mobilização, embora proíba o resultado a que conduziria a aplicação da lei determinada do país de destino, *não afecta o demais chamamento conflitual*: a lei

---

<sup>911</sup> Vide Acórdão TJCE de 7 de Março de 1990, *GB-INNO-BM*, proc. C-362/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-667; Acórdão TJCE de 30 de Abril de 1996, *Boukhalfa*, proc. C-214/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-2253; Acórdãos *Arblade* (*cit. nota n.º 555*) e *Mazzoleni* (*cit. nota n.º 892*), onde se analisa a compatibilidade das normas aplicadas com o direito comunitário, independentemente de serem classificadas NANI naquele país. Nestes arestos, o Tribunal foi absolutamente indiferente às regras de DIP, apreciando apenas a compatibilidade das normas substantivas efectivamente aplicadas sem apreciar se a norma de conexão poderia, ela própria, contrariar normas europeias. Cfr. MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 53; MARC FALLON, "Comentário...", p. 729; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 350; STEFANIA BARIATTI, "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXIX, n.º 3-4, 2003, pp. 671-706, p. 695; ETIENNE PATAUT, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2001, *Mazzoleni*, proc. C-168/98", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 3, 2001, pp. 495-512, p. 511; ANA QUIÑONES ESCÁMEZ, "Otra lectura...", p. 437; SYLVAIN POILLOT-PERUZZETTO, "Ordre...", p. 73; CHRISTIAN KOHLER, "La reconnaissance de situations...", p. 67.

Reconheça-se, porém, que esta abordagem não foi seguida em toda a jurisprudência do Tribunal.

Por um lado, é visível um grupo de casos onde o Tribunal é menos interventivo, considerando haver *plena liberdade nacional* para determinação das regras de DIP e que estas escolhas são *pressuposto da aplicação dos regimes comunitários*. No fundo, só há invocação das liberdades comunitárias se o resultado da mobilização do DIP interno conduzir à existência de um titular desse direito, pelo que o sistema conflitual é tido como *questão prévia* à mobilização das normas europeias (terminologia de ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 354). Neste grupo, encontramos o Acórdão TJCE de 27 de Setembro de 1988, *Daily Mail*, proc. n.º 81/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 5483: a invocação das liberdades comunitárias ficou dependente da autorização de manutenção da personalidade jurídica das pessoas colectivas, aquando da modificação da sua sede, por parte das regras conflituais nacionais. Isto é, o exercício do direito de estabelecimento entendeu-se subordinado à condição de o DIP nacional não extinguir a sociedade por mobilização do elemento de conexão escolhido (designadamente pela opção da *sede real*). Esta solução, mais restritiva, pode encontrar várias explicações: o facto de a década de 80 ser anterior à comunitarização do DIP, pelo que o Juiz comunitário terá deixado imunes as opções conflituais nacionais, aplicando as regras europeias *caso as regras de DIP interno considerassem a sociedade existente*; a vontade de não criticar a *sede real* como conexão conforme ao direito europeu; o facto de o art. 220.º TCE prever a elaboração de convenções internacionais que, enquanto não fossem celebradas, impediam que o direito europeu se imiscuisse nos critérios conflituais de fonte interna (cfr. FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 357; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 758; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 161; JEREMY HEYMANN, *Le droit...*, p. 169; CHRISTIAN VON BAR E PETER MANKOWSKI, *Internationales...*, Vol. I, p. 140; A. G. TOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 296; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Sombras...", pp. 743 e 755, que explica a diferença entre as duas orientações; PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom...*, pp. 36 e 46ss, que analisa as várias explicações possíveis).

Esta jurisprudência foi recuperada mais recentemente no Acórdão TJCE de 16 de Dezembro de 2008, *Cartesio*, proc. C-210/06, *Colectânea de Jurisprudência*, 2008, pp. I-9641, n.ºs 104-110: em face da vontade de uma sociedade húngara desejar a transferência da sua sede real para Itália (o que estaria sujeito a registo na Hungria), a adopção da teoria da *sede real* determinava a aplicação das regras húngaras — normas que proibiam a deslocação da sede para fora do país, podendo, em alternativa, abrir sucursais em Itália ou dissolver-se e constituir-se de novo no estrangeiro. O Tribunal considerou lícita a regulamentação, declarando que só gozam do direito de estabelecimento as sociedades que, por aplicação das normas nacionais indicadas pelo DIP interno, mantenham a sua existência jurídica, o que reforça o DIP como *questão prévia* à aplicação das normas europeias. Sobre o Acórdão, vide RUI PEREIRA DIAS, "O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades", *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, vol. 3, 2010, pp. 215-236, pp. 215ss, que o aprecia criticamente (p. 233); ARENAS GARCÍA, *cit.*, pp. 755 e 758; PASCHALIDIS, *cit.*, pp. 81ss.

Por outro lado, há casos onde a conformidade do resultado da mobilização do sistema conflitual com as liberdades europeias é mais directamente apreciada — cfr. Acórdãos *Centros* (*cit. nota n.º 880*) n.º 30; *Überseering* (*cit. nota n.º 892*) n.º 82; *Inspire Art* (*cit. nota n.º 902*), n.º 74ss. Sobre a concreta ligação entre estes arestos e os juízos conflituais do foro, cfr. SERGIO MARIA CARBONE, "Lex Mercatus e Lex Societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIII, n.º 1, 2007, pp. 27-62, p. 32; VON BAR E MANKOWSKI, *cit.*, p. 141; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdade de Estabelecimento...", pp. 145ss; ARENAS GARCÍA, *cit.*, p. 746; CATHERINE KESSEDIAN, "Le droit...", p. 194; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão *Überseering...*", p. 525; MARIA ÂNGELA BENTO SOARES, "A liberdade...", p. 299; ANNE RÖTHEL, "Internationales...", p. 1029; PASCHALIDIS, *cit.*, p. 39.



aplicável continua mobilizável em todas as suas normas convocadas, reconhecendo tão-somente o direito constituído no país de origem<sup>912</sup>.

Por fim, é neste sentido que aponta a formulação do cânone: nunca o Juiz comunitário determina a *aplicação* da lei do país de origem, obrigando apenas a que o Estado de acolhimento *não recuse* um direito de circulação por aquela conferido. A judicatura refere-se à *relevância* da lei do país de origem, nunca mencionando a respectiva aplicação<sup>913</sup>. Tal conclusão revestiu clareza absoluta quando o *Bundesgerichtshof* questionou o Tribunal de Justiça quanto à natureza do princípio do reconhecimento mútuo constante da directiva do comércio electrónico (que, como vimos, foi entendido de forma diferente pelas diversas ordens jurídicas nacionais): o Tribunal do Luxemburgo declarou não existir no princípio

---

A diferença de tratamento parece estar, no ensinamento de FRADA DE SOUSA, *cit.*, p. 360, LAGARDE, *cit.*, p. 529, e ÂNGELA SOARES, *cit.*, pp. 291 e 311, na questão do entrave estar *à saída do Estado de origem* (caso em que o DIP é questão prévia quanto à mobilização das liberdades (porquanto a existência da sociedade além fronteiras disso depende) ou à *entrada do Estado de destino* (caso em que o resultado da mobilização do DIP interno se submete ao exercício da liberdade comunitária) — cfr. TOTH, *ibidem*; RUI DIAS, *cit.*, p. 226. No fundo, a titularidade da *liberdade de circulação* é atribuída a quem for *pessoa jurídica*, o que não acontece quando o entrave está *à saída*.

Interessante é a tese de ARENAS GARCÍA, *cit.*, p. 747, segundo a qual a segunda orientação (baseada principalmente no n.º 27 do Acórdão *Centros*) é produto de um erro do Juiz comunitário: no caso *Centros*, dois sujeitos dinamarqueses exerceram a primeira dimensão do direito de estabelecimento ao criar uma sociedade no Reino Unido; depois a *sociedade criada* (pessoa diferente dos seus sócios) pretendia utilizar a *segunda dimensão do direito de estabelecimento* (a abertura de uma sucursal na Dinamarca). Ora, o Tribunal parece entender que a sociedade *Centros* está a exercer a primeira liberdade dos seus sócios, como se aquela se houvesse transmitido à nova pessoa colectiva. Rigorosamente, quem estava a pretender exercer a liberdade de estabelecimento (na sua segunda dimensão) era a sociedade; e esta, porventura, *não estava estabelecida no Reino Unido*, porquanto aí não exercia qualquer actividade — tal como as pessoas singulares não estão estabelecidas no país da sua nacionalidade mas no local onde exercem actividades. Assim, defende o Professor, o Tribunal teria concluído algo muito diferente se não tivesse cometido esta confusão.

<sup>912</sup> Neste sentido, cfr. HARRY DUINTJER TEBBENS, "Les conflits...", p. 479, que ilustra com o Acórdão *GB-INNO-BM* (*cit.* nota n.º 911): não obstante declarar a impossibilidade de proibir a publicidade no Luxemburgo, porque lícita face à lei belga (país de origem), "*elle n'affecte pas d'autres normes de la loi applicable à la publicité déloyale qui continue à régir tous les éléments du litige pour autant que la correction communautaire n'ait pas fait disparaître son objet*".

<sup>913</sup> No Acórdão *Webb* (*cit.* nota n.º 555), n.º 20, dispõe-se que "*le respect du principe de la libre prestation des services exige, [...] qu'il tienne compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'État membre d'établissement*"; Acórdão TJCE de 28 de Março de 1996, *Michel Guiot*, proc. C-272/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-1905, n.º 18: "*Nestas condições, compete ao juiz de renvó verificar se as exigências colocadas pela regulamentação do Estado de estabelecimento, no caso em apreço o Grão-Ducado do Luxemburgo, são análogas ou de qualquer modo comparáveis às impostas pela regulamentação do Estado onde se efectua a prestação de serviços, no caso vertente o Reino da Bélgica*"; no Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 2000, *Ursula Elsen*, proc. C-135/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-10409, n.º 36: "*os artigos 8.º-A, 48.º e 51.º do Tratado obrigam a instituição competente de um Estado-Membro a tomar em consideração, para efeitos da concessão de uma pensão de velhice, os períodos consagrados à educação de um filho, cumpridos num outro Estado-Membro, como se esses períodos tivessem sido cumpridos no território nacional, por uma pessoa que, no momento do nascimento do filho, tinha a qualidade de trabalhador transfronteiriço ocupado no território do primeiro Estado-Membro e residente no território do segundo Estado-Membro*" [sublinhados nossos]. Frisando esta opção do juiz comunitário, PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 438; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 372; ARNAUD NUYTS, "L'application...", p. 257 (embora a respeito das NANI). No fundo, como bem nota RALF MICHAELS, "EU Law...", p. 207, referindo-se à tese conflitual, "*the most obvious problem this view must overcome is that the principle does not look like a private international law rule that designates the applicable law*".

qualquer norma de conflitos mas apenas uma regra material que implica a relevância do direito civil do Estado de origem para o reconhecimento do direito à circulação<sup>914</sup>.

Por último, debrucemo-nos sobre a interessante concepção de DÁRIO MOURA VICENTE, para quem o princípio do reconhecimento mútuo encerra duas dimensões.

*Por um lado*, numa vertente positiva, o cânone terá um cariz marcadamente conflitual, perpetrado pela preocupação de não onerar os agentes económicos com o conhecimento e cumprimento da lei do país de destino. É nesta dimensão que surge a jurisprudência *Centros*, sendo a própria aplicação da lei do país de destino (e não o respectivo conteúdo) que é considerada um entrave. Nestes casos, segundo explica o Autor, está em causa a proibição de aplicação do sistema conflitual do país de destino e não um controlo material do conteúdo das regras substantivas aplicáveis. Simplesmente, o Autor reconhece tratar-se de um “fenómeno excepcional”, não podendo inferir-se uma regra de conflitos geral que se sobreponha às internas e determine em qualquer caso a aplicação da *lex originis*<sup>915</sup>.

Fora destes casos, surge a *segunda dimensão do princípio* (a que o Professor apelida de “exceção de reconhecimento mútuo” ou “dimensão negativa”) que, fundada numa ideia de *equivalência funcional* entre os preceitos da lei do país de origem e do país de destino, se reconduz ao instituto do *reconhecimento de direitos adquiridos com controlo da lei à sombra da qual a situação jurídica se constituiu*<sup>916</sup>.

Por nossa parte, como aventámos já *supra*, cremos que esta concepção de DÁRIO MOURA VICENTE sobre a segunda dimensão do princípio é a mais certa. Na verdade, ao estabelecer a evicção dos preceitos normalmente aplicáveis, o princípio chama a *equivalência*

---

<sup>914</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2011, *eDate Advertising*, processos apensos C-509/09 e C-161/10, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, pp. I-10269, n.ºs 23 e 58-67, declarando mesmo que o cânone “impõe principalmente aos Estados-Membros a obrigação de assegurar que os serviços da sociedade da informação fornecidos por um prestador estabelecido no seu território respeitem as disposições nacionais aplicáveis nesses Estados-Membros, que façam parte do domínio coordenado. A imposição dessa obrigação não apresenta as características de uma regra de conflito de leis, destinada a resolver um conflito específico entre vários direitos aplicáveis” (n.º 61). Vide a profunda análise deste aresto desenvolvida por JOAQUIN FORNER DELAYGUA, “Ley aplicable y ley respetable”, *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegria Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 417-427, pp. 418ss (que frisa o carácter controverso da decisão) e ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 214-217. Para estes Autores, o facto de se determinar a lei do país de origem *mesmo não sendo esta aplicável de acordo com a regra de conflitos aí vigente*, permite deduzir ter o Juiz comunitário consagrado uma regra de conexão múltipla alternativa (lei do país de origem e do país de destino) no sentido mais favorável. Desconsideram, assim, a declaração do Tribunal quanto à inexistência de uma norma conflitual, fazendo esta leitura quanto aos efeitos materiais da norma da directiva neste Acórdão (p. 217).

<sup>915</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, pp. 796ss. Esta conclusão não obsta a que o Autor sufrague, à medida que a harmonização mínima for alastrando, a elaboração futura de um direito de conflitos europeu que plasme essa conexão, enquanto mais favorável à integração, nas relações intracomunitárias (pp. 799-800). No mesmo sentido, cfr. STEFANIA BARIATTI, “Prime...”, p. 689-690; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “Anerkennung...”, p. 389. Vide ainda o que dizemos na nota n.º 918 sobre a concepção de MATHIAS AUDIT, próxima, neste particular, da posição do Professor de Lisboa.

<sup>916</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, pp. 801 a 808.

*funcional* da lei do país de origem como fundamento necessário para o seu efeito. Se assim é, há aqui algo muito próximo do instituto do n.º 2 do art. 31.º do Código Civil Português, que substitui a sua opção conflitual em nome de uma lei *igualmente relevante*<sup>917</sup>.

Já no que concerne à primeira dimensão (dita conflitual), temos mais dúvidas, propendendo para a afirmação da respectiva inexistência. Na verdade, quando no Acórdão *Centros* se proíbe a aplicação da legislação do país de destino, essa proibição não resulta de um juízo conflitual mas do *conteúdo das normas aplicáveis*: fossem as regras dinamarquesas mais favoráveis ao estabelecimento e não temos dúvidas que a opção internacionalprivatística não seria jamais questionada. Isto é, a apreciação casuística surge sempre com atenção ao concreto *resultado* dado pela *lex causae*; apenas se determina a correcção do sistema conflitual quando o resultado é restritivo da circulação<sup>918</sup>.

#### 4. AS VANTAGENS DA SOLUÇÃO DO NOSSO PROBLEMA ATRAVÉS DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO.

Independentemente da natureza que se atribua ao princípio do país de origem, a verdade é que a sua mobilização permite compatibilizar, no sentido *favorável* à integração económica, a existência de distintos direitos nos 28 Estados-Membros. É, por isso, uma alternativa ao método tradicional de coordenação das ordens jurídicas distintas — *maxime* o direito internacional privado de tipo conflitual<sup>919</sup>. Para além da simplicidade de actuação (e

---

<sup>917</sup> Cfr. a explicação do Professor, "Liberdades Comunitárias...", p. 808.

<sup>918</sup> No fundo, nunca deixa de se tratar de um *reconhecimento de um direito constituído no estrangeiro*. Simplesmente, atendendo ao propósito do cânone, a situação reconhecida vê os seus efeitos determinados pela *lei do país de origem*, o que nem sempre acontece nos sistemas de reconhecimento de direitos adquiridos clássicos — PAUL LAGARDE, "La reconnaissance...", p. 496.

Próximo da concepção de MOURA VICENTE é o entendimento de MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1352. Para o Autor, o *princípio do reconhecimento mútuo* (entendido como *excepção de reconhecimento mútuo*) sofreu uma evolução recente que gerou um novo princípio jurídico europeu (o *princípio do país de origem*) que acresce ao primeiro, sem o substituir. Enquanto o primeiro, com origem no Acórdão *Cassis de Dijon*, toma em consideração a lei do país de origem apenas para reconhecer um *direito à circulação* (afastando assim normas do país de destino que, em concreto, vedassem a comercialização do bem ou serviço), o *princípio do país de origem* submete a própria relação jurídica à regulação da lei do Estado de origem. Não há aqui apenas uma *excepção* mas uma atribuição de competência.

Este segundo princípio não opera automaticamente nem se deduz do Tratado: será operacionalizado através de regras de conflitos comunitárias que utilizarão aquela conexão por ser conforme aos objectivos de integração (p. 1354), como a que constava da primeira proposta de directiva dos serviços. Segundo o Autor, será uma opção conflitual que se afasta dos fundamentos clássicos do método savigniano, já que a escolha da lei não se liga a nenhum dos seus objectivos (localização objectiva da relação jurídica, protecção das expectativas das partes) mas a propósitos económicos (p. 1360). Por fim, salienta o Professor que a materialização deste princípio do país de origem (enquanto cânone desvelado do reconhecimento mútuo) pode ocorrer mediante o método das NANI, estabelecendo as normas da lei do país de origem de aplicação obrigatória. Será, segundo o Autor, o que sucede na directiva do comércio electrónico (p. 1362).

Sobre a Directiva dos Serviços, lembre-se que a versão final não estabeleceu uma regra de conflitos para o direito privado, como bem explica ALBERTO MALATESTA, "Principio...", pp. 294ss.

<sup>919</sup> Cfr. MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", p. 89.

correspondente desnecessidade de transposição de directivas de harmonização) diversos argumentos podem aduzir-se para a utilização deste caminho.

Por um lado, deve lembrar-se que o *princípio do reconhecimento mútuo* é estruturante na formação do mercado único, sendo mobilizado nos vários domínios da construção europeia enquanto mecanismo de superação dos obstáculos gerados pela disparidade legislativa. Ora, tendo nós concluído *supra* que a liberdade de circulação de capitais abrange o acesso e a transmissão das garantias reais, o *reconhecimento mútuo* não é apenas uma via académica de mas uma resposta actual aos obstáculos colocados<sup>920</sup>. Este é, aliás, um dos caminhos estudados pela Comissão para solução dos problemas que, em matéria de nome, deram origem aos Acórdãos *Grunkin e Paul* e *Garcia Avello*: tendo o Tribunal postulado o *reconhecimento mútuo* nestas situações, a Comissão considerou a estatuição de um Regulamento que determinasse o *reconhecimento dos efeitos substantivos* das certidões emitidas pelo país de origem em matéria de estado civil<sup>921</sup>.

Em segundo lugar, no domínio das garantias mobiliárias, multiplicam-se propostas doutrinárias de estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo, retirando dele uma dimensão conflitual. Como é sabido, as garantias reais sobre móveis enfrentam um grave problema de insegurança jurídica (conducente a obstáculos à liberdade de circulação de capitais e à circulação de mercadorias) por força da sucessão de estatutos a que conduz a aplicação forçosa da *lex situs* sempre que o objecto da garantia se desloca no espaço europeu: a alteração do local de situação da coisa pode implicar a invalidação da garantia. Ora, caso se não considerem justificadas as exigências de validade da nova *lex rei sitae* (nomeadamente de publicidade), a sujeição à nova lei gera uma restrição da liberdade comunitária, propondo-se o recurso à *lex originis* por força do princípio do país de origem<sup>922</sup>.

---

<sup>920</sup> O reconhecimento mútuo das legislações dos outros Estados-Membros “*constitui uma das traves mestras do mercado interno, tendo relevância nas demais liberdades*”, o que foi sendo afirmado jurisprudencialmente (JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 319). No sentido da aplicação generalizada deste cânone, NUNO ANDRADE PISSARRA, “Normas...”, p. 56, nota n.º 183; ALFONSO MATTERA, “Le principe de la reconnaissance...”, p. 7; HORATIA MUIR WATT, “Les principes...”, p. 414; e o que dizemos *infra*, pp. 467ss.

<sup>921</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde “Reduzir...”*, p. 13; MICHAEL GRÜNBERGER, “Alles...”, p. 122. Como vimos *supra*, porém, na proposta normativa (COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, p. 6) a Comissão acabou por excluir expressamente o reconhecimento mútuo dos efeitos dos documentos públicos do registo civil (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 535). *Vide*, ainda, os Acórdãos *Garcia Avello* (*cit.* nota n.º 737) e *Grunkin e Paul* (*cit.* nota n.º 635).

<sup>922</sup> Sobre este problema nos deteremos com maior detalhe *infra*, pp. 511ss.

Aliás, esta tendência é seguida internacionalmente, mediante unificação conflitual capaz de gerar um *reconhecimento* de garantias constituídas no país de origem (cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 53), caminho seguido no quadro das garantias reais sobre navios, aeronaves e material circulante ferroviário (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 88).

No quadro das *garantias reais sobre navios*, destaca-se a convenção de Bruxelas de 1926 para a unificação de certas regras relativas aos privilégios e hipotecas marítimos estabelece a aplicação da *lei a que o país pertence*, remetendo para a lei da nacionalidade do navio (cujo critério é definido por cada Estado, dentro de certos limites — cfr. art. 91.º da Convenção das Nações Unidas sobre Direito do Mar, assinada em Montego Bay, de 10 de

Em terceiro lugar, o mecanismo permitiria abarcar a grande variedade de produtos financeiros existentes nos mercados nacionais e evitar o risco de obsolescência que uma regulamentação uniforme sempre acarreta. De facto, o eventual estabelecimento do *reconhecimento mútuo* deixaria intocados os direitos nacionais (substantivos e conflituais)<sup>923</sup>.

Em quarto lugar, vem notando alguma doutrina que o princípio do reconhecimento mútuo estabelece uma *concorrência de legislações* em termos muito próximos àquela que ocorre nos domínios onde está consagrada a autonomia conflitual, pois os operadores económicos escolheriam produtos e serviços originários do Estado-Membro cuja lei preferissem<sup>924</sup>.

Por fim, lembre-se que o nascimento do princípio veio dever-se à necessidade de eliminar os obstáculos à liberdade de circulação gerados pela disparidade legislativa, associado a interesses de *harmonização mínima*, de respeito pelo princípio da subsidiariedade e de salvaguarda da identidade jurídica de cada Estado-Membro. Nessa medida, a via concitada assume uma relevância clara, porquanto um dos principais factores de inexistência do mercado único hipotecário emerge das diferenças legais no âmbito das garantias reais<sup>925</sup>.

---

Dezembro de 1982). A unificação do DIP operada em 1926, porém, foi mais longe e estabeleceu regras *materiais* uniformes, prevendo os privilégios creditórios que prevalecem sobre a hipoteca. Nessa medida, assiste-se ao insucesso internacional do instrumento, porquanto as entidades bancárias vêm recusando a concessão de crédito hipotecário para aquisição de navios registados em Estados onde aquela vigore, já que a garantia será satisfeita só depois dos vários privilégios previstos. Assim, Portugal retirou-se da Convenção (Cfr. Resolução da Assembleia da República n.º 40/2011, de 16 de Março, e motivação apresentada na respectiva proposta — Proposta de Resolução n.º 16/XI), passando a vigorar a regra revista e não unificada do Código Comercial (cfr. art. 578.º) que atribui ao credor hipotecário uma posição mais forte. No fundo, a fuga ao direito uniforme implicou, em 2011, o afastamento da unificação conflitual. Repare-se que pensou em substituir-se aquele instrumento por nova Convenção de 1967, que nunca chegou a entrar em vigor.

No quadro das *hipotecas sobre aeronaves*, a Convenção de Genebra de 1958 sobre reconhecimento internacional de direitos sobre aeronaves estabelece o reconhecimento das hipotecas constituídas à luz da lei da respectiva *nacionalidade* — a qual é, nos termos da Convenção de Chicago de 1944 sobre aviação civil internacional, a do Estado onde a aeronave estiver registada.

No âmbito do *material circulante ferroviário*, a Convenção Relativa aos Transportes Internacionais Ferroviários (COTIF), de 9 de Maio de 1980, estabelece a competência judiciária exclusiva, para a penhora, dos tribunais do Estado da sede do proprietário. Nessa medida, LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 89 deduz a regra *lex fori* e defende a sujeição da hipoteca à lei da sede do proprietário.

<sup>923</sup> É este, no fundo, um dos principais argumentos subjacentes à utilização do expediente do reconhecimento mútuo como mecanismo de supressão dos obstáculos à realização do mercado único — cfr. MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", p. 121; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 990; MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, p. 132. Utilizamos a expressão "produtos financeiros" com o sentido que nos ensinou JOÃO CALVÃO DA SILVA, "Globalização...", p. 126: "*as prestações ou actividades bancárias, as prestações ou actividades bolsistas e as prestações ou actividades seguradoras*".

<sup>924</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Ofertas Públicas de Aquisição Internacionais", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 465-494, pp. 473-475. Sem a subscrever, veja-se a análise de de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 257, e de CHRISTIAN JOERGES, "European...", p. 43.

<sup>925</sup> Numa expressão particularmente clara, CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 80, explica que a intervenção do princípio do reconhecimento mútuo é limitada aos domínios de legislação *não harmonizada*, recordando igualmente ("Le droit...", p. 486) ser este caminho condicente com a preservação da identidade cultural dos Estados-Membros (em alternativa à harmonização ou unificação do direito). A associação deste mecanismo à *harmonização mínima* é explicada por DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 766, que o alia ao princípio da subsidiariedade, e por PIERRE LASTENOUSE, "Les règles...", p. 112 (no quadro da directiva sobre os serviços financeiros). Recorde-se que o princípio da subsidiariedade visa, entre outros objectivos, salvaguardar a identidade de cada Estado-Membro (cfr. FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio...*, p. 77).

Assim, este mecanismo foi já equacionado pela Comunidade, constituindo o princípio basilar do *projecto de directiva comunitária relativa ao crédito hipotecário*, que não chegou a ser aprovado<sup>926</sup>.

## 5. QUESTÕES PRÉVIAS: APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DO RECONHECIMENTO MÚTUO À LIBERDADE DE CIRCULAÇÃO DE CAPITAIS E AO DIREITO PRIVADO

A solução do nosso problema pela transposição a este domínio do princípio do reconhecimento mútuo implicará, como questão prévia, a solução de duas questões.

Em primeiro lugar, o *princípio do reconhecimento mútuo* foi gerado a propósito da liberdade de circulação de mercadorias, havendo depois sido estendido ao direito de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços<sup>927</sup>. Importa indagar da viabilidade da sua utilização na *quarta liberdade*.

Em segundo lugar, não pode olvidar-se que o princípio do reconhecimento mútuo se dirigiu primordialmente ao *direito público*, concretamente à legislação técnica de comercialização de bens e serviços e ao direito económico. No fundo, na base do princípio está uma ideia de "*confiança nos processos de fabrico e no controlo feitos pelos outros Estados-Membros*"<sup>928</sup>, de onde ressalta a óbvia ligação às normas jurídico-públicas que condicionam comercialização de bens e serviços. Nessa medida, importa questionar se o cânone se mobiliza também no direito privado, onde há sistemas conflituais que *designam* a lei aplicável.

### 5.1. O princípio do reconhecimento mútuo e a liberdade de circulação de capitais

Criado a propósito da liberdade de circulação de mercadorias, o princípio foi rapidamente aplicado à circulação de serviços e de pessoas, com base no seu idêntico

---

<sup>926</sup> Cfr. MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito Hipotecario en la CEE", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 580, 1987, pp. 807-833, p. 809 (o projecto de directiva é publicado em anexo); ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 81. Pronunciar-nos-emos *infra* (pp. 479ss), com maior detalhe, sobre este projecto legislativo.

<sup>927</sup> MARC FALLON, "Les conflits...", p. 120; JÜRGEN BASEDOW, "Le marché unique, programme de déréglementation", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 45, n.º 3, 1993, pp. 619-633, p. 625; INÊS QUADROS, "Livre...", p. 261; PAOLO PICONE, "Diritto...", p. 494, que nota que a aplicação do cânone aos serviços não teve apenas fonte jurisprudencial mas ocorreu também por determinação de actos de direito derivado da União.

<sup>928</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 395; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 59; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", pp. 402 e 407 ("*le principe de la reconnaissance mutuelle et du contrôle par les autorités du pays d'origine, et l'extraterritorialité des règles de droit public qui en découlent*" [sublinhado nosso]); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 46 ("*Traditionally, Community free movement law focused on the elimination of barriers to intra-Community trade resulting from the application of economic public or administrative law*"). Sobre o designado *direito económico*, vide FRANÇOIS RIGAUX, "Droit économique...", p. 106, que o define como as regras com objecto material na produção, troca e consumo de bens e serviços.

fundamento<sup>929</sup>. Importa saber se é mobilizável à *quarta liberdade*. Ora, este problema é incontroverso: o princípio aplica-se indiscutivelmente à liberdade de circulação de capitais, nos mesmos termos das demais liberdades fundamentais, como declarou o Tribunal de Justiça nos Acórdãos *Parodi* e *Manfred Trummer*<sup>930</sup>.

*Em primeiro lugar*, parece existir hoje um tratamento uniforme das quatro liberdades, o que é especialmente evidente no paralelismo da jurisprudência relativa a cada um dos domínios envolvidos. Aliás, do ponto de vista económico, a circulação de capitais (mormente na sua dimensão de concessão de crédito) não é distinguível da venda de bens ou serviços: o crédito é o produto comercializado pelas instituições bancárias, pelo que *“there are no good reasons for treating them differently”*<sup>931</sup>.

*Em segundo lugar*, desde a segunda directiva bancária, o cânone foi expressamente trazido ao domínio da liberdade de circulação de capitais. Na verdade, as directivas sobre a prestação de serviços bancários instituíram o princípio do reconhecimento mútuo, através do

---

<sup>929</sup> Neste sentido, MARC FALLON, "Les conflits...", p. 120; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 56; JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, "Exploring...", p. 69. Quanto à sua origem, *vide* o que dissemos *supra* (pp. 449ss) e cfr. o Acórdão *Cassis de Dijon* (*cit. nota n.º 44*), que enunciou o princípio. Quanto à sua extensão aos serviços, *vide* os Acórdãos *Säger* (*cit. nota n.º 555*), n.º 15; *Comissão c. Alemanha – Seguros* (*cit. nota n.º 898*), n.º 26; Acórdão TJCE de 3 de Dezembro de 1974, *Van Binsbergen*, proc. 33/74, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1974, pp. 543, n.º 12. À liberdade de circulação de pessoas, o princípio foi trazido pelos Acórdãos TJCE de 7 de Julho de 1988, *Stanton*, proc. 143/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 3877, n.º 12ss; Acórdão TJCE de 7 de Julho de 1988, *Wolf*, processos apensos 154/87 e 155/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 3897, n.º 12ss; Acórdão TJCE de 20 de Maio de 1992, *Ramrath*, proc. C-106/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-3351, n.º 26; Acórdão TJCE de 31 de Março de 1993, *Kraus*, proc. C-19/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-1663, n.º 15ss — JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 193.

No ensinamento de CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 81, a aplicação do cânone não alastra à *circulação de decisões judiciais* (terminologia em voga nos instrumentos da União Europeia mas que é constitui uma metáfora não particularmente feliz — LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Circulação de Decisões Judiciais e Integração Supranacional e Internacional", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 389-402, pp. 389-390), a qual depende das regras vigentes em matéria de reconhecimento de sentenças estrangeiras. Ainda assim, alguma doutrina refere-se ao *reconhecimento de sentenças estrangeiras no espaço comunitário* como a *quinta liberdade de circulação* (cfr. ISABEL REIG FABADO, "Libre...", p. 235; FERNAND SCHOCKWEILER, "La codification...", p. 392), porquanto parece evidente que num espaço integrado, que *“la separazione fra i sistemi giuridici e giudiziari nazionali non dev'essere di ostacolo all'attuazione dei diritti privati, pertinenti alla sfera del mercato comune, che siano stati riconosciuti da parte dell'autorità giudiziaria di uno Stato membro”* (TITO BALLARINO, "La CEE...", p. 3).

<sup>930</sup> Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 785 (ilustrando a conclusão com o Acórdão *Parodi* [*cit. nota n.º 13*], que interpretou a regra dos tratados como impondo, por si só, o reconhecimento mútuo); CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 62 (vendo no Acórdão *Manfred Trummer* [*cit. nota n.º 49*, aresto que declarou a ilicitude da exigência de expressão da hipoteca em moeda nacional, por violação da liberdade de circulação de capitais] a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo); JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 348 (considerando que o âmbito de aplicação do princípio coincide com o da competência legislativa da UE); WOLFGANG KERBER, "The deregulation...", p. S219 (mencionando expressamente a sua aplicação à quarta liberdade); MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1344 (aludindo, para além do Acórdão *Parodi* [*cit. nota n.º 13*], à sua concretização positiva na segunda directiva bancária e no princípio do *home country control*, argumento que retomaremos *infra*); JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 190.

<sup>931</sup> JUKKA SNELL E MADS ANDENAS, "Exploring...", p. 70 (os Autores referem-se à aplicação aos serviços do regime das *mercadorias*, mas o raciocínio é indiscutivelmente transponível dos serviços para os *capitais*). Quanto ao tratamento transversal das quatro liberdades, *vide* a jurisprudência referida na nota anterior e as conclusões de SNELL e ANDENAS, *cit.*, p. 70; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Normas...", p. 56, nota n.º 183, e p. 63, nota n.º 203; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 39.

qual cada Estado-Membro assume a responsabilidade pela autorização de funcionamento, supervisão e controlo das *suas* instituições de crédito (com critérios parcialmente harmonizados); esta autorização é tida como um *passaporte europeu*, porquanto será reconhecida como *suficiente* para que estas entidades exerçam actividade nos demais Estados-Membros. Ora, se a prestação de serviços bancários se basta com a *autorização concedida pelo país de origem* e se os serviços bancários se materializam em movimentos de capitais (concessão de crédito, garantias, etc., numa equiparação estabelecida pelo próprio Tratado), é indiscutível que o princípio do país de origem foi estendido à quarta liberdade<sup>932</sup>.

## 5.2. O princípio do reconhecimento mútuo e o direito privado

O princípio do reconhecimento mútuo tem, como vimos, uma matriz *publicista*: está em causa uma ideia de confiança recíproca<sup>933</sup> no controlo operado pelo Estado de origem e, assim, a aceitação de um *direito a circular* conferido pelas normas jurídico-públicas daquele país. Isto é, dirige-se a normas relativas às condições de comercialização de produtos ou de acesso ou exercício de actividades económicas.

Ora, a utilização do cânone no domínio de que aqui tratamos implica a sua transposição para o direito privado; isto é, requer que o *direito privado do país de origem* seja relevante independentemente das opções conflituais do país de destino. Exemplificando, o princípio do reconhecimento mútuo só teria prestabilidade para o problema em causa se o direito falimentar do Estado de origem assegurasse ao credor hipotecário a prevalência dessas regras face às normas indicadas pelo DIP da lei do local de apreciação da insolvência.

---

<sup>932</sup> Cfr. Directiva n.º 89/646/CEE, do Conselho, de 15 de Dezembro de 1989, que determinou que a autorização de desenvolvimento da actividade e a aprovação da decisão de actuar em Estado estrangeiro cabem à lei do país de origem (cfr. arts. 4.º, 15.º e 18.º a 20.º), regras que hoje constam da Directiva 2006/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, sucessivamente alterada, continuando a plasmar-se o *princípio do reconhecimento mútuo* das autorizações de funcionamento; Directiva 93/22/CEE do Conselho, de 10 de Maio de 1993, relativa aos serviços de investimento no domínio dos valores mobiliários (sucessivamente alterada), entretanto substituída pela Directiva 2004/39/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, relativa aos mercados de instrumentos financeiros. Neste sentido, EVA LOMMICKA, "The Home...", p. 297; MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1344; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'ambito...", p. 455; THIERRY BONNEAU E FRANCE DRUMMOND, *Droit des Marchés Financiers*, 3.ª Edição, Economica, Paris, 2010, p. 45.

Sobre a equiparação dos serviços bancários ao regime da quarta liberdade, cfr. n.º 2 do art. 58.º TFUE e o que dissemos *supra* pp. 46ss. Sobre as normas da segunda directiva bancária, *vide* bibliografia citada na nota n.º 51. Na prática, os Estados-Membros de acolhimento preservaram o poder de aplicar alguns elementos da sua legislação às instituições de crédito estrangeiras que exercem atividade no seu território, nomeadamente quanto a regras de conduta (cfr. GÉRARD HERTIG, "Regulatory...", pp. 350-354).

<sup>933</sup> Rigorosamente, explica RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Abolition...", p. 372, que *reconhecimento mútuo e confiança recíproca* não são conceitos sobreponíveis: o primeiro constitui um cânone da construção do mercado único; o segundo traduz a obrigação assumida pelas autoridades nacionais de aceitar as decisões das congéneres dos outros Estados-Membros.



### 5.2.1. *A tese da inaplicabilidade do princípio ao direito privado.*

Alguma doutrina vem defendendo não dever transpor-se mecanicamente o princípio do reconhecimento mútuo para o direito privado. Para LIMA PINHEIRO, o cânone justifica-se no direito público da economia (derrogando a sua territorialidade), compreendendo-se que só limitadamente se possam observar, num mercado único, as restrições jurídico-públicas do Estado destinatário. "*Já a aplicação de regimes de Direito privado depende das normas de Direito Internacional Privado que não seguem o princípio do país de origem, visto que este princípio é inadequado à realização dos valores tutelados por este ramo do direito*".

Esta argumentação parece basear-se no facto de, no âmbito do direito privado, haver já uma *escolha da lei mais bem posicionada* para regular a relação jurídica, que obedece a princípios e valores próprios e que não devem ser influenciados por um cânone pensado para o direito público. Ademais, parece acreditar-se que as normas jurídico-privadas não criam distorções à circulação (ao invés do que sucede na regulamentação das actividades económicas), salvo nos casos em que o regime contido no direito privado aplicável (designado pelas regras de DIP) seja em si mesmo discriminatório<sup>934</sup>.

Sustentando esta tese, jogam importantes argumentos.

*Em primeiro lugar*, o direito derivado da União Europeia parece apontar neste sentido, pois os Regulamentos mantêm a abordagem tradicional ao conflito de leis, escolhendo a *lei mais bem posicionada* para regulação das situações internacionais. Por outro lado, as opções conflituais por vezes *afastam-se* da aplicação da lei do país de origem: no domínio da responsabilidade extracontratual prefere-se a lei do Estado onde se produziu o dano e não da lei do país de origem, porventura mais adequado ao fomento da liberdade de circulação. Acresce que a Directiva dos Serviços (Directiva 2006/123/CE), que mobiliza o cânone à liberdade de prestação de serviços (cfr. art. 16.º), rejeita expressamente a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo ao direito privado<sup>935</sup>. As dificuldades que surgem pelo

---

<sup>934</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 396, e "O Direito de Conflitos...", pp. 91 e 95; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 60. Igualmente neste sentido, *vide* VINCENT HEUZÉ, "De la compétence...", p. 412 ("*le principe de la confiance mutuelle ou de la présomption d'équivalence, qui justifient aussi bien la jurisprudence Cassis de Dijon que la règle du home country control, ne concernent en l'état que se droit public*").

<sup>935</sup> Atente-se no considerando n.º 90 — "*As relações contratuais entre o prestador e o cliente, bem como entre uma entidade patronal e o trabalhador, não deverão estar abrangidas pela presente directiva. A lei aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais deverá ser determinada pelo direito internacional privado*" — e nos arts. 3.º/2 ("*A presente directiva não diz respeito às regras de direito internacional privado, nomeadamente as regras que regem o direito aplicável às obrigações contratuais e extracontratuais, nomeadamente as que garantem que os consumidores beneficiam da protecção que lhes conferem as disposições em matéria de defesa do consumidor previstas na legislação em vigor no respectivo Estado-Membro*"). Como vimos, não era exactamente este o desenho originário da proposta de Directiva, embora mesmo na redacção primitiva fosse discutível se o "*fantasma do canalizador polaco*" seria verdadeiramente um efeito gerado pela Directiva *Bolkestein*. Sobre este assunto, *vide* RALF MICHAELS, "EU Law...", p. 203.

Sobre a crescente intervenção comunitária através de regras de conflitos bilaterais, *vide* DAVID LEFRANC, "La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)", *Revue Critique de*

facto de não vigorar aqui o princípio (designadamente, a potencial aplicação cumulativa de normas imperativas do Estado de origem e do país de destino) serão riscos próprios do carácter transnacional da circulação, disciplinadas por referência aos princípios do DIP que não devem ser postos em causa.

*Em segundo lugar*, a aplicação do princípio do reconhecimento mútuo ao direito privado conduziria a uma forma de unificação do direito material através do alinhamento pela lei *minus protectora*: os fornecedores de bens e serviços, estabelecendo-se no país da lei menos exigente, conseguirão a aplicação transversal da lei desse Estado. Tal unificação contraria a conduta da UE em matéria de aproximação das legislações<sup>936</sup>.

*Em terceiro lugar*, argumenta-se que o fundamento do princípio do reconhecimento mútuo (a *equivalência de legislações* na protecção do destinatário dos bens ou dos serviços) não se verifica no direito privado, onde cada legislador toma decisões político-legislativas entre os interesses das partes envolvidas. Ora, essas opções perseguirão objectivos diferentes e, por isso, *não equivalentes*<sup>937</sup>.

*Por fim*, veremos *infra* que o princípio do reconhecimento mútuo não é absoluto, não se considerando ilícita a aplicação da lei do Estado de acolhimento quando que se funde em *interesse geral* não suficientemente salvaguardado pela lei de origem, não sendo proibidas as restrições elencadas no Acórdão *Keck e Mithouard* e não se vedando limitações *de minimis* (Acórdão *Motorradcenter*). Ora, alguma doutrina sustenta que, analisando o seu impacto na corrente de trocas intracomunitárias, as normas de direito privado se enquadram precisamente na excepção *Keck*<sup>938</sup>.

---

*Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 413-446, pp. 421ss; JAN-JAAP KUIPERS, "Bridging...", pp. 587ss, e LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 408 (embora referindo-se à Convenção de Roma). Repare-se já não ser possível justificar esta despreocupação da UE com o facto de o sistema conflitual comunitário ser anterior (ou contemporâneo) ao princípio do país de origem — como fazia o RADICATI DI BROZOLO a propósito da Convenção de Roma (p. 408, nota n.º 20).

A opção conflitual do Regulamento Roma II (Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007), contrária à aplicação da lei do país de origem, consta do seu art. 4.º.

<sup>936</sup> O argumento é de BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 60.

<sup>937</sup> Neste sentido, MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, "Les relations...", pp. 33-34; JAN-JAAP KUIPERS, "Bridging...", p. 589; MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 391. Sobre a *equivalência de legislações* como fundamento do cânone, *vide* DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 762; CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 61; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 82.

<sup>938</sup> É a posição de MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, "Les relations...", p. 31: "*il semble a priori que la plupart des règles de droit privé et surtout les règles de droit procédural satisfont aux critères édictés par la Cour et échappent dès lors au domaine d'application de ces articles*". Será, segundo os Autores, precisamente o que sucedeu nos Acórdãos *Keck e Mithouard* (*cit.* nota n.º 555) e *Alpine Investments* (*cit.* nota n.º 898), já que aí se consideraram *lícitas* as restrições impostas pelo direito privado. A Comissão parece acompanhar esta tese na sua comunicação interpretativa sobre liberdade de prestação de serviços e interesse geral na segunda directiva bancária, de 20 de Junho de 1997, ao determinar, p. 28: "*Poder-se-á evidentemente afirmar ser pouco provável que a maior parte das regras contratuais abrangidas pelo direito civil ou pelo direito processual (forma de extinção das obrigações, prescrição, caducidade, nulidade, etc.) constitua um entrave ao comércio dos serviços bancários*".

Esta tese (inaplicabilidade do cânone ao direito privado) pode encontrar apoio em algumas decisões do Tribunal de Justiça, que excluíram o direito do trabalho do princípio do país de origem, dando algum apoio a quem sustenta a reserva destas disposições<sup>939</sup>.

### 5.2.2. *Refutação: a viabilidade de mobilização do princípio ao direito privado e os seus limites*

Não obstante a valia destas razões, há que reconhecer que o princípio tem vindo a ser mobilizado ao direito privado, provocando alterações no sistema conflitual nacional (seja qual for a natureza do princípio que se defenda) e corrigindo o resultado da mobilização das regras de conflitos quando conduzam à limitação da liberdade de circulação<sup>940</sup>.

Na verdade, se a *ratio* do princípio do país de origem é o cumprimento do desígnio dos Tratados (a inexistência de obstáculos à circulação), a disparidade legislativa de fonte interna não é apenas um entrave quando decorre de regras de direito público mas igualmente (e cada vez mais) de disposições jurídico-privadas. Não obstante o protagonismo das normas de direito público (e reconhecendo que muitas vezes normas de direito privado não

---

No Acórdão *Keck e Mithouard* (*cit.* nota n.º 555) n.os 16 e 17, estabeleceu o Tribunal que “a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proibem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário na acepção da jurisprudência *Dassonville* (acórdão de 11 de Julho 1974, 8/74, *Colect.*, p. 423), desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afectem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros. Com efeito, desde que essas condições se encontrem satisfeitas, a aplicação de regulamentações desse tipo à venda de produtos provenientes de outro Estado-membro que obedecem às regras aprovadas por esse Estado não é susceptível de impedir o seu acesso ao mercado ou de o dificultar mais do que dificulta o dos produtos nacionais”; no Acórdão TJCE de 13 de Outubro de 1993, *Motorradcenter*, proc. C-93/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-5009, n.º 12, o Juiz comunitário determinou, a propósito da obrigação de prestar certas informações, “os efeitos restritivos que a obrigação de informação pode provocar sobre a livre circulação de mercadorias são demasiado aleatórios e indirectos para que esta obrigação possa ser vista como sendo susceptível de entravar o comércio entre os Estados-membros”.

<sup>939</sup> No Acórdão *Seco* (*cit.* nota n.º 555), ao mesmo tempo que o Tribunal considera restritiva a aplicação ao prestador de serviços (estabelecido noutro Estado) da legislação do Estado de destino que obriga os empregadores a fazer contribuições de segurança social (n.º 13), ressalva a viabilidade de aplicação de certas regras constantes da legislação laboral e de convenções colectivas de trabalho (cfr. n.º 14). No mesmo sentido, no Acórdão TJCE de 27 de Março de 1990, *Rush Portuguesa*, processo C-113/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990 p. I-1417, n.º 18, declara-se que o cumprimento dessas normas pode ser exigido por qualquer meio.

<sup>940</sup> Na jurisprudência, tal resulta expressamente do Acórdão *Hubbard* (*cit.* nota n.º 457) n.os 19 e 20 (“a eficácia do direito comunitário não pode variar segundo os diferentes domínios do direito nacional nos quais pode fazer sentir os seus efeitos. No caso em apreço, o direito nacional atingido por esses efeitos não é o direito aplicável ao mérito da causa, mas sim o direito processual nacional. Assim, há que responder a esta questão que o facto de o mérito da causa ser matéria de direito das sucessões não permite afastar, em relação a um profissional encarregado do processo, a aplicação do direito à livre prestação de serviços consagrado pelo direito comunitário”. Na doutrina, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, “Liberdades Comunitárias...”, p. 763; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 239; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L'influence...”, p. 407; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 763; JÜRGEN BASEDOW, “EC Conflict...”, p. 23; ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, “Le Traité...”, p. 15. Segundo MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “El principio...”, p. 155, caso se conclua que o cânone tem aplicação ao direito privado, é indiferente a natureza que lhe se atribua: “si se entiende el principio de reconocimiento mutuo como una norma de conflicto implícita estará asegurada su primacía sobre la norma de conflicto convencional; [...] si se concibe como un principio estructural del DC el principio de reconocimiento mutuo se erige en parámetro de control de conformidad de la norma de DIPr, en la medida en que éstas pueden constituir un obstáculo a la libertad de circulación”.

constituirão uma restrição ilícita por força da jurisprudência *Keck/Mithouard* e *Motorradcenter*), a construção do mercado único materializa-se em corpos normativos civis e comerciais sobre que assentam a circulação de pessoas, bens e serviços, o que não deixa de ter consagração expressa na jurisprudência do Tribunal de Justiça e nas resoluções do Parlamento Europeu.

Aliás, estão hoje eliminadas boa parte das barreiras jurídico-públicas à livre circulação pelo que os obstáculos agora existentes ao correcto funcionamento do mercado decorrem das normas de direito privado — como é prova, aliás, o problema de que aqui tratamos<sup>941</sup>. Assim, o Tribunal de Justiça reconheceu a existência de entraves à liberdade de circulação criadas por regras de direito privado, a solucionar por via do reconhecimento mútuo<sup>942</sup>.

---

<sup>941</sup> Neste sentido, PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 415; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, pp. 76 e 81; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", pp. 46 e 48; MARC FALLON, "Les conflits...", p. 83 ("C'est encore le simple fait d'être soumis à une loi étrangère en cas de commercialisation à l'étranger qui peut suffire à décourager l'exportation"); EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 54; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Libre...", p. 91. Mesmo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O Direito de Conflitos...", p. 88, que defende a não aplicação do princípio ao direito privado, acaba por reconhecer este facto no que respeita ao estatuto das sociedades: "admito que, apesar disso, a aplicação a sociedades regidas pela lei de um Estado-Membro de certas normas jurídico-privadas de outro Estado-Membro em que exerça actividade ou tenha a sede da administração possa dificultar o comércio intracomunitário". Quanto às resoluções do Parlamento Europeu propondo a criação de direito privado harmonizado, cfr. *supra* nota n.º 681.

<sup>942</sup> Na verdade, não é outro o objecto dos Acórdãos *Alsthom Atlantique* (cit. nota n.º 693) n.º 15, *Koestler* (cit. nota n.º 555), n.º 3; *GB-INNO-BM* (cit. nota n.º 911) e *Alpine Investments* (cit. nota n.º 898).

No Acórdão *Koestler* discutia-se a cobrança de uma dívida especulativa constituída ao abrigo da lei francesa, pretendendo o direito alemão mobilizar a reserva de ordem pública internacional. O problema sobre que o Tribunal se debruçou foi precisamente a compatibilidade do direito *privado* aplicável (designadamente, das regras aplicáveis ao abrigo do DIP do foro) com o regime da liberdade de prestação de serviços, decidindo ser lícita a mobilização da reserva de ordem pública (sobre o Acórdão, vide JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 179; STEFANIA BARIATTI, "Prime...", p. 678; MARC FALLON, "L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 331-341, pp. 332ss; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La Cour...", p. 266); no caso *GB-INNO-BM* o tribunal discutia a admissibilidade de aplicação de normas luxemburguesas em matéria de publicidade comercial relativa a ofertas especiais a uma campanha realizada no Luxemburgo por uma empresa belga, para vendas a realizar na Bélgica (cfr., sobre o Acórdão, HARRY DUINTJER TEBBENS, "Les conflits...", p. 461).

O exemplo mais evidente é contudo o Acórdão *Alsthom Atlantique*, onde o Tribunal se pronuncia sobre a viabilidade de aplicação de normas sobre técnicas de venda e publicidade por telefone. O Juiz comunitário indagou se a disparidade entre a legislação em matéria de protecção do comprador constituía um entrave à liberdade de prestação de serviços; concretamente, as normas da lei francesa estabelecia uma presunção *iuris et de iure* de que o vendedor profissional conhecia o vício da coisa vendida, ao passo que a lei belga consagrava uma presunção *iuris tantum*, alegadamente colocando as empresas francesas em situação desfavorável e poderiam desincentivar as empresas estrangeiras a exportar para França. Ora, concluiu o Juiz comunitário que o direito europeu só não se opõe à aplicação da legislação indicada pela regra de conflitos do foro, ainda que mais restritiva, porque nos contratos internacionais, as partes são livres de escolher a lei aplicável e, assim, eximir-se à aplicação da lei francesa (neste sentido, WULF-HENNING ROTH, "Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 1, 1994, pp. 5-33, p. 7). Sobre o aresto, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 339ss; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 764; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto...", p. 60; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 47; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 54; PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 6; HORATIA MUIR WATT, "Aspects...", p. 82, e "L'entrave...", p. 562; GONZÁLEZ CAMPOS, *cit.*, p. 268. No fundo, a análise da compatibilidade das regras nacionais é determinada imperativamente, pelo que só os domínios cobertos pela autonomia conflitual não constituem obstáculos à realização do mercado, ainda que subsista disparidade legislativa (STEFAN GRUNDMANN, "The Structure...", p. 514; JAN-JAAP KUIPERS, "Bridging...", p. 592;

Esta realidade é especialmente evidente no quadro da livre prestação de serviços, onde a dissemelhança do direito privado implica, em alguns domínios, a impossibilidade de prestação *do mesmo serviço*, pelo que se consagrou o cânone em actos de direito derivado<sup>943</sup>. No fundo, constata-se que a aplicação de lei distinta da que foi mobilizada no país de origem pode constituir um obstáculo à liberdade de circulação, razão por que se o princípio se adequa ao direito privado. Este entendimento está plenamente consagrado na jurisprudência comunitária, que proíbe a aplicação integral do *direito privado* do Estado de destino (ou da lei indicada por este) quanto tal gere um entrave à circulação<sup>944</sup>.

---

STEFAN LEIBLE, "Vías para...", p. 1594; BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, "Harmonization...", p. 777; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 67; MATTEO ORTINO, "The role...", p. 321).

Da mesma forma, não pode olvidar-se que os Acórdãos *Konstantinidis* (*cit.* nota n.º 635), que declarou ilícita a aplicação das regras de transliteração da lei alemã, e *Dajeki* (*cit.* nota n.º 632), que considerou ilícita a norma alemã que valorava de forma diferente as certidões de registo civil emitidas por Estados estrangeiros, vieram denotar obstáculos criados pelas normas jurídico-privadas à construção do mercado. Vejam-se ainda as pronúncias referidas *infra*, na nota n.º 944, que directamente implicam alterações ao direito privado aplicável *por força do princípio do reconhecimento mútuo*, e o Acórdão TJCE de 16 de Dezembro de 2008, *Gysbrechts*, proc. C-205/07, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-9947, que considerou uma *restrição às exportações* a regulamentação belga que proibia os vendedores nos contratos à distância (inclusive *online*) de exigir adiantamentos ou pagamentos antes do fim do prazo de resolução do contrato, decretando a sujeição do direito privado às regras sobre liberdade de circulação — sobre o este Acórdão cfr. FRADA DE SOUSA, *cit.*, pp. 345ss.

<sup>943</sup> É o caso dos serviços bancários, onde o direito privado tem influência determinante na modelação dos *serviços prestados*. Neste sentido, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", pp. 408 e 420, e "L'ambito...", p. 456; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 48; BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 224; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 788; STEFAN LEIBLE, "Vías para...", p. 1593. Será esta a razão, aliás, para a estatuição deste princípio na segunda directiva bancária (HELENE GAUDEMET-TALLON, "Droit privé...", p. 231).

Sublinhando a profusão do princípio no quadro dos actos jurídicos da União que provocam alterações no direito privado, PAOLO PICONE, "Diritto...", p. 494, FALLON e MEUSSEN, *cit.*, p. 50; DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1670, nota n.º 68, e "Liberdades Comunitárias...", p. 803. Atente-se, por exemplo, que as disposições conjugadas do n.º 2 do art. 3.º e alíneas *b*) e *i*) do art. 2.º da Directiva do comércio electrónico (Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho de 8 de Junho de 2000) implicam a sujeição ao princípio do reconhecimento mútuo das regras aplicáveis aos prestadores de serviços, dos requisitos relativos aos contratos por eles celebrados e sua responsabilidade civil.

<sup>944</sup> O que dizemos é patente em vários ramos do direito privado.

Assim, quanto ao *direito do trabalho*, no Acórdão *Arblade* (*cit.* nota n.º 555), n.º 48ss, considera-se que a aplicação da legislação laboral em matéria de contribuições para fundos públicos do Estado de acolhimento é contrária à liberdade de circulação. Ademais, o Juiz comunitário analisa em vários arestos a licitude da aplicação da lei laboral do Estado de acolhimento como restrição à liberdade de circulação de serviços, analisando a sua inserção nas excepções admitidas — Acórdão *Mazzoleni* (*cit.* nota n.º 892) n.ºs 24 e 25; Acórdão *Finalarte* (*cit.* nota n.º 910), n.º 28ss; Acórdão *Portugaia* (*cit.* nota n.º 910), n.º 21ss; Acórdão *Wolff & Müller* (*cit.* nota n.º 910), n.º 32ss. *Vide* DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 743ss.

No *direito das sociedades*, recorde-se que o Acórdão *Centros* (*cit.* nota n.º 880), n.º 30, impede a aplicação das regras do Estado de acolhimento em matéria de constituição de sociedades (ainda que a sua aplicação fosse determinada pelo DIP do foro mediante o instituto da *fraude à lei* ou pela opção conflitual da *sede real e efectiva*) para salvaguardar as liberdades fundamentais; o Acórdão *Überseering* (*cit.* nota n.º 892), n.º 82, obriga ao reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras à luz da lei do país de origem, ainda que o DIP determine a aplicação de outra lei que conduza ao *não-reconhecimento*; o Acórdão *Inspire Art* (*cit.* nota n.º 902), n.º 74ss, proíbe a aplicação de disposições de direito interno sobre as obrigações de protecção de terceiros (cuja mobilização é determinada pelo DIP da *lex fori*), a cumprir por sociedades estrangeiras.

No que concerne às normas sobre o *nome*, cfr. os Acórdãos *Konstantinidis* (*cit.* nota n.º 635) n.º 17, *Garcia Avello* (*cit.* nota n.º 737) n.º 40ss, *Grunkin e Paul* (*cit.* nota n.º 635) e *Ilonka Sayn-Wittgenstein* (*cit.* nota n.º 635) n.º 71, onde se declara que o *reconhecimento do nome usado noutro Estado-Membro* é, em princípio, imposto independentemente das regras de DIP vigentes. Neste sentido, *vide* LOUIS D'AVOUT, "Comentário ao Acórdão *Grunkin e Paul*...", p. 209; ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 8, e "Verso...", p. 589; MARÍA DOLORES

Aliás, deve reconhecer-se que a discussão não é nova. Verdadeiramente, toda a influência do direito comunitário com as regras de direito privado foi inicialmente contestada, atenta a inexistência da sua concreta previsão nos Tratados. Rapidamente se concluiu, porém, que a interferência é um pressuposto da realização das liberdades, substantiva e processualmente: se um cidadão europeu se divorcia em Estado estrangeiro (onde se encontra ao abrigo da liberdade de circulação de trabalhadores), só poderá concluir-se pela inexistência de entraves se o seu novo estado civil constar dos seus documentos emitidos pelo Estado da nacionalidade e se o seu estado for, para todos os efeitos, reconhecido. Ademais, e como bem sublinha DÁRIO MOURA VICENTE, se assim não fosse, nada justificaria a intervenção da União na harmonização do direito privado e no direito internacional privado, especialmente fundamentada em normas de direito primário<sup>945</sup>.

Nessa medida, a jurisprudência demonstra que "*sous l'angle du droit communautaire, la qualification d'une règle comme relevant du droit public ou du droit privé est indifférente, dès lors qu'il entrave aux échanges*". O regime comunitário gera obrigações e proibições às autoridades nacionais, designadamente vedando a aplicação de legislação restritiva (pública ou privada) que não satisfaça as condições desenvolvidas pelo direito europeu (quer em virtude da harmonização das disposições materiais, quer por referência ao princípio do reconhecimento mútuo)<sup>946</sup>.

---

ORTIZ VIDAL, "Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre 2008, Grunkin-Paul", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 357-366, p. 361; BETTINA HEIDERHOFF, "Ist das Anerkennungsprinzip...", p. 128 ("*Dabei kommt es nicht darauf an, ob die betroffene Person mehrere EU-Staatsangehörigkeiten besitzt, sondern es reicht aus, dass es für sie durch die Bewegung im Binnenmarkt in zwei Mitgliedstaaten zu unterschiedlichen Namen kommt*"); CHRISTIAN KOHLER, "La reconnaissance de situations...", p. 71.

<sup>945</sup> DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 765, que alude aos arts. 115.º e 81.º TFUE. O exemplo é de MARC FALLON, "Les conflits...", p. 63. Esta realidade é expressamente aceite pelo Tribunal de Justiça no Acórdão *Mund & Fester* (cit. nota n.º 457), n.º 11, que liga a aplicação uniforme do direito privado (e reconhecimento de sentenças) ao estabelecimento do mercado comum.

Sobre a incompatibilidade das normas processuais com o direito europeu, cfr. jurisprudência elencada na nota n.º 457. No plano substantivo, o Acórdão TJCE de 20 de Outubro de 1993, *Phil Collins*, processos apensos C-92/92 e C-326/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-5145, aprecia a compatibilidade de uma disposição de direitos de autor aplicável apenas a nacionais com as regras comunitárias; o Acórdão *Van Binsbergen* (cit. nota n.º 929), n.º 12, estabelece que a aplicação do direito da responsabilidade depende das condições de mobilização de legislação restritiva; o Acórdão *Rush Portuguesa* (cit. nota n.º 939) determina a aplicação da legislação laboral apenas nas condições em que o Estado pode mobilizar legislação restritiva; o Acórdão *Koestler* (cit. nota n.º 555), n.º 3, aprecia a compatibilidade do direito das obrigações (em matéria de *obrigações naturais*) com o regime da liberdade de prestação de serviços.

Assim, explica PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR...", p. 596 serem quatro as áreas de influência do direito europeu no DIP: os efeitos do princípio da não discriminação no sistema conflitual (cfr. *infra*, notas n.ºs 1277 e 1278) [ii]; as regras de conexão espacial próprias de algumas directivas (cfr. nota n.º 1272); os regulamentos de unificação do direito de conflitos, depois da atribuição da competência conflitual à UE pelo Tratado de Amesterdão [iii]; a influência das regras do mercado único (com o princípio do reconhecimento mútuo à cabeça) no DIP [iv]. No mesmo sentido, CATHERINE KESSEDJIAN, "Le droit...", pp. 193ss.

<sup>946</sup> *Vide* MARC FALLON, "Les conflits...", p. 119 (citação no texto) e p. 150 ("*une disparité de législations de droit privé est, ni plus ni moins que dans le secteur du droit public, susceptible de créer des entraves aux échanges*"). Esta visão colhe o apoio da doutrina maioritária: DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1669 ("*Não se contesta, evidentemente, que os regimes de Direito Privado têm incidência relevante nas condições em que os agentes económicos operam num espaço economicamente integrado*"); HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 201 ("*the new rules pre-empt divergent*").

Como é claro, a mobilização do princípio do reconhecimento mútuo ao direito privado (fora dos casos em que se admite o respectivo afastamento<sup>947</sup>) implica uma influência no esquema conflitual — mesmo sem consubstanciar uma *regra de conflitos* —, pois o direito à circulação atribuído pela *lex originis* não pode ser negado pelas normas materiais designadas pelo DIP do foro. No fundo, pode ser ilícita a aplicação integral das normas indicadas pelas regras de conflitos do Estado de destino quando aquelas restrinjam a circulação<sup>948</sup>.

---

*national conflicts solutions, and apply whatever the nature of the measures involved (public/private; mandatory/default)*"); BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 205 ("the CJEU does not concern itself with the nature of the legal rule it is considering"); ALBERTO MALATESTA, "Principio...", p. 304 ("anche le norme di diritto privato possono costituire una restrizione alla libera circolazione dei servizi"); HELENE GAUDEMET-TALLON, "Droit privé...", p. 230 (reconhecendo a dificuldade de distinção entre direito público e privado no domínio de actuação do direito da União); WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 42 ("the freedoms of the EC apply the provisions of private substantive law If they have any beading effect under interstate movement of capital or goods"); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 408; JÜRGEN BASEDOW, "Le marché...", p. 620; PAOLO PICONE, "Diritto...", p. 494; DAVID LEFRANC, "La spécificité...", p. 417 (sublinhando que "le droit communautaire ignore sciemment les divisions traditionnelles opposant le droit privé au droit publique, le droit civil au droit pénal, se droit interne au droit international... Pour atteindre ses objectifs, le droit communautaire est autorisé à remodeler le droit — presque tout le droit"); MICHAEL BECKER, *Das nationale Recht der Sicherheiten im Spannungsfeld zwischen Rechts tradition und europäischer Rechtsangleichung*, disponível na internet via <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&src=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.notar.at%2Fuploads%2Fendgsvortragbecker.pdf&ei=9RprUM3JIsXRhAfq9ICQDg&usg=AFQjCNH6ZloeQpphEllzO5VjBOOJPTxGGw>, consultado em 2 de Outubro de 2012, p. 6. Aliás, no Acórdão TJCE de 7 de Março de 1990, *Krantz*, proc. C-69/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-583, n.º 10 e 11, o Tribunal aprecia justamente a compatibilidade do regime da liberdade de circulação de mercadorias com o direito de apreensão por dívidas. Sobre o aresto, vide AKKERMANS, *cit.*, pp. 217-222; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 7; WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 53; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 62, muito críticos da solução dada.

Advirta-se, porém, que segundo LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 401, a conclusão que aqui tiramos não é líquida, porquanto os domínios em que o princípio foi utilizado são zona cinzenta entre direito público e direito privado, pelo que se não pode inferir a vigência do cânone no direito privado. Segundo o Professor, nos casos objecto da jurisprudência, o prestador de serviço estava sujeito a legislação de interesse público no Estado de origem e, assim, não poderia ser também vinculado no Estado de acolhimento. Ora, este *status quo* só existe nos ramos de direito que revestem natureza híbrida — direito laboral, protecção de terceiros no direito das sociedades, etc. (que, aliás, segundo JÜRGEN BASEDOW, "Wirtschaftskollisionsrecht — Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 8-40, pp. 20ss, é mais adequado ao *unilateralismo* do direito de conflitos) — e não no demais direito privado.

<sup>947</sup> O Juiz comunitário estabeleceu condições que admitem o afastamento da proibição de aplicação de legislação nacional restritiva: conformidade com o demais direito europeu aplicável, existência de razões de interesse geral, não violação do princípio da não discriminação e respeito pelo princípio da proporcionalidade. Trataremos autonomamente deste problema *infra*, a propósito do carácter não absoluto do princípio.

<sup>948</sup> Cfr. OLIVER REMIEN, "European...", p. 82. O que dizemos é especialmente evidente no Acórdão *Centros* (*cit. nota n.º 880*), n.º 30, (onde se impede o funcionamento do instituto da fraude à lei); no Acórdão *Überseering* (*cit. nota n.º 944*), n.º 82, (que impede a aplicação da lei pessoal da sociedade determinada pelo DIP, a *lei do Estado onde se situa a administração*), e no Acórdão *Inspire Art* (*cit. nota n.º 902*), n.º 74, que impede a aplicação de DIP material destinado a proteger terceiros que se relacionem com sociedades estrangeiras. No fundo, como ensina ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 285, "*ces règles de droit international privé, malgré leur importance pour les ordres juridiques des États membres, son soumises à un «jugement de droit communautaire», comme toute autre règle nationale*". Veja-se a análise dos acórdãos por RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", pp. 65ss, DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", pp. 750ss, e "Liberdade de Estabelecimento...", p. 146; JENS C. DAMMAN, "Freedom of Choice in European Corporate Law", *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 477-544, p. 480; STEFANIA BARIATTI, "Forum shopping, abus du droit et droit international privé européen: quelques réflexions", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 161-173, p. 164, e "Reconnaissance...", p. 64; PAUL LAGARDE, "Comentário ao Acórdão *Überseering*...", p. 536.

Esta conclusão importa porém um problema: como pode compatibilizar-se este figurino com a crescente intervenção da União Europeia na unificação das regras de conflitos? Na verdade, sendo evidentes os casos em que o princípio do reconhecimento mútuo influi no funcionamento de regras de conflitos de fonte interna, importa indagar se os mesmos cânones condicionam o direito conflitual de fonte comunitária. Estão as instituições a gerar comandos conflituais cujo funcionamento pode ser derogado pelos próprios princípios de direito europeu<sup>949</sup>?

Para alguma doutrina, a exceção de reconhecimento mútuo consubstancia um *princípio geral de direito internacional privado europeu* que, ao lado dos cânones clássicos deste ramo jurídico (como a ordem pública internacional), influi no esquema conflitual. Nessa medida, as regras de conflitos comunitárias não actuarão de forma cega, podendo a aplicação da lei por elas designada ser limitada por efeito da *exception de reconnaissance mutuelle*<sup>950</sup>. Simplesmente, esta concepção cria dificuldades, reconhecidas por esta corrente: *por um lado*, muitas regras de conflitos europeias indicam como aplicável a lei do país de destino com motivações diferentes da potenciação da circulação (pense-se na aplicação da lei da residência do consumidor, prevista no art. 6.º do Regulamento Roma I); *por outro*, a desaplicação da lei indicada por comandos conflituais comunitários pode constituir solução de bondade duvidosa (pense-se nos casos em que a lei aplicável foi escolhida pelas partes, critério conflitual habitual nos instrumentos europeus de DIP)<sup>951</sup>.

Por nossa parte, julgamos que, via de regra, o princípio não é mobilizado em relações jurídicas intracomunitárias cuja lei aplicável seja determinada pelo sistema conflitual de fonte europeia. De facto, o princípio do país de origem é um instrumento destinado a eliminar as

---

<sup>949</sup> Ilustremos com um exemplo: A e B celebram um contrato internacional de mútuo, escolhendo a lei X como *lex contractus*, ao abrigo do Regulamento Roma I. Sucede que, ao abrigo da lei escolhida, o negócio padece de nulidade porque a taxa de juro fixada superior à legalmente permitida. Supondo que tal regulamentação não se justifica por razões de interesse geral (e, portanto, não permite a exclusão do princípio) imporá o *princípio do reconhecimento mútuo* a validade deste negócio, se a lei do país de origem o considerar válido?

Este problema nem sequer se desenharia se a legislação proibitiva for de *interesse geral*: não apenas tais razões limitam o princípio do país de origem como o próprio Regulamento Roma I sempre permitiria a sua mobilização ao abrigo do art. 9.º (cfr. MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 164).

<sup>950</sup> É a posição de MATHIAS AUDIT, "Régulation...", pp. 1346 e 1349. Esta conclusão pode também ser inferida das palavras de MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 65 (que consideram a exceção de reconhecimento mútuo um princípio similar à OPI, mobilizável ao resultado da aplicação da lei designada pelas regras de conflito do Estado de destino), embora os Autores não versem expressamente sobre este caso.

<sup>951</sup> Neste último caso, todavia, poder-se-ia afastar a mobilização do cânone do país de origem com fundamento na não verificação de uma das suas condições — a existência de um *entrave à circulação* imposto pelo país de destino (cfr. requisitos da *exceção de reconhecimento mútuo* de MATHIAS AUDIT, "Régulation...", p. 1345, a que nos referimos *supra*, na nota n.º 918). Porém, o autor recusa esta conclusão, ao sustentar que a liberdade de circulação é um direito irrenunciável que não pode ser posto em causa pela escolha de uma lei restritiva. Nessa medida, sufraga a mobilização do princípio do reconhecimento mútuo mesmo às relações jurídicas onde houve escolha das partes (p. 1351). Sobre o problema da aplicação do princípio do reconhecimento mútuo às relações jurídicas por lei escolhida pelas partes *vide* ainda LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 410.



desvantagens da disparidade legislativa dos Estados-Membros, ao proibir que a mobilização de lei diferente impeça o exercício pleno das liberdades. Se bem atentarmos, tal desígnio é muito próximo do clássico objectivo do direito internacional privado conflitual — a *estabilidade e uniformidade das relações jurídicas*, designadamente impedindo a variação da lei aplicável. No fundo, a mobilização do princípio do reconhecimento mútuo ao direito privado e a criação de um sistema conflitual europeu constituem duas vias destinadas ao mesmo fim: impedir que a sujeição de uma relação jurídica a *lei diferente daquela que era aplicada no país de origem* gere um entrave à circulação.

Esta inferição funda, por si só, a nossa conclusão precedente: onde a União intervém mediante regras de conflitos comuns, não mais é necessário mobilizar o princípio do país de origem, porquanto a lei aplicável será a mesma em qualquer dos Estados-Membros. Se o *direito de circulação* foi adquirido, no país de origem, à luz de lei indicada por fonte europeia, nenhuma disparidade de regulação haverá, porquanto no país de destino será a *mesma lei* a apreciar a constituição desse direito<sup>952</sup>.

Aliás, esta característica está desenhada na própria enunciação do princípio: o cânone visa impedir autoridades nacionais de restringir a liberdade de circulação pela mobilização de *regras diferentes* das que foram aplicadas no país de origem; ou seja, controla a aplicação de normas jurídico-públicas do Estado de destino ou regras jurídico-privadas cuja mobilização seja determinada pela respectiva *autolimitação* ou pelo sistema conflitual desse país. No fundo, o princípio do país de origem cria limites às *regras nacionais* de determinação do âmbito espacial das normas jurídicas (quer regras de direito público, quer normas privadas autolimitadas, quer regras de conflitos). Quer isto dizer que a influência do princípio está limitada aos casos em que a aplicação de certa regra *dependa de comandos de fonte interna*.

Ora, quando a sujeição de certa relação jurídica a determinada lei é consequência de regras europeias, não há lugar à mobilização do princípio do reconhecimento mútuo: não apenas porque não haverá disparidade de lei aplicável como também porque desaparece o

---

<sup>952</sup> No fundo, a mobilização do princípio do reconhecimento mútuo no direito privado surge como *alternativa* à intervenção conflitual comunitária (cfr. STEFANIA BARIATTI, "La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLI, n.º 1, 2004, pp. 7-24, p. 15) sendo no entanto menos segura e previsível do que a actuação através do método savignyano (*ibidem*, p. 21).

Segundo WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 67, a existência de regras conflituais europeias só não preclude a mobilização do princípio do país de origem quando estejamos perante os desvios à regulação das situações privadas internacionais expressamente admitidos pelos actos normativos conflituais europeus — *maxime*, a mobilização de *normas de aplicação necessária e imediata* ou o accionamento da excepção de ordem pública internacional. Nestes casos, tudo parece passar-se como se a determinação da lei aplicável tenha ocorrido por comandos conflituais nacionais, sujeitos por isso à eventual correcção do princípio do reconhecimento mútuo.

pressuposto do princípio do reconhecimento mútuo — a existência de regras *nacionais* de determinação do âmbito espacial de aplicação de normas jurídicas<sup>953</sup>.

Esta visão explica não apenas a aplicabilidade do princípio do país de origem ao direito privado como a sua compatibilidade com a elaboração de um sistema conflitual europeu: são vias complementares destinadas à estabilidade e uniformidade das relações jurídicas transnacionais na União Europeia.

## 6. PRESTABILIDADE DO RECONHECIMENTO MÚTUO NA SOLUÇÃO DO NOSSO PROBLEMA.

Por mais aliciante que esta via de intervenção pareça (sobretudo por contraposição à harmonização legislativa) a verdade é que este mecanismo não se afigura estruturalmente apto à solução do nosso problema. Julgamos, aliás, ter sido essa a razão pela qual a União Europeia abandonou o *projecto de directiva sobre crédito hipotecário*, de 1987, que se baseava integralmente na vigência do princípio do reconhecimento mútuo<sup>954</sup>.

### 6.1. Descrição do mecanismo.

Reconhecendo a abrangência do crédito hipotecário pelos princípios desenvolvidos no quadro das liberdades fundamentais, as instituições estudaram a utilização do princípio do reconhecimento mútuo como modo de potenciar o seu volume no espaço comunitário, num *projecto de directiva de 1987* (que nunca chegou a entrar em vigor), que determinava o *reconhecimento mútuo das técnicas financeiras do país de origem na concessão de crédito hipotecário*<sup>955</sup>.

---

<sup>953</sup> Neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, "EC Conflict...", p. 30; STEFANIA BARIATTI, "Prime...", p. 689 ("non si può, quindi, ritenere che il principio dello Stato di origine debba prevalere o che esso impedisca al legislatore comunitario di scegliere un altro criterio di collegamento negli atti comunitari di diritto internazionale privato", ainda que defenda que a redacção destas regras está sujeita aos princípios de direito europeu e que, assim, a lei do país de origem pode ser convocada pelo legislador conflitual comunitário); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 66, (que ensinam ser este cânone "*part of a potentially emerging 'intra-Community' choice-of-law process*", que intervém nos domínios onde não existem regras conflituais de fonte europeia); MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "Espacio...", p. 402. Esta conclusão, como explica ALBERTO MALATESTA, "Principio...", p. 294, era ainda mais evidente na proposta inicial de directiva dos serviços, onde a redacção do art. 16.º fazia um reenvio geral à lei do país de origem que era depois derogado justamente nestes casos.

<sup>954</sup> Repare-se que as conclusões a que chegaremos sobre a imprestabilidade do método podem não ser aplicáveis às *garantias mobiliárias* (problema excluído do nosso estudo), porquanto nesse domínio há porventura razões que fundamentem o *reconhecimento* de garantias constituídas ao abrigo de outra lei quando o seu objecto circula na União Europeia. Aludiremos *infra* a este problema (pp. 511ss), como demonstração da atenuação da regra conflitual de aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais. Vide EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 57ss.

<sup>955</sup> Cfr. arts. 3.º e 4.º da *Proposta de directiva do Conselho relativa à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços no sector do crédito bancário* [COM(87) 255 final]. A primeira versão da proposta de directiva data de 1985 (*Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 1985, n.º C42/4) e a última versão foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*, 1987, n.º C161/4.

Este *projecto* era justificado por se entender que a complexidade do crédito hipotecário determinava uma regulamentação especial em face da (geral) directiva bancária (cfr. MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito...", p.

De acordo com o acto normativo, a constituição do crédito hipotecário seria determinada pela *lei do Estado de origem da entidade mutuante* e depois *reconhecida em todos os demais Estados-Membros*, inclusive o da situação do prédio. Eliminar-se-iam, assim, os factores de insegurança do credor próprios da disparidade legislativa sem harmonizar qualquer norma legal. O país de origem seria, à semelhança do que sucedia na *segunda directiva bancária*, o Estado-Membro onde a instituição de crédito estava autorizada a exercer a sua actividade<sup>956</sup>.

Como se percebe, a norma proposta suscita dificuldades. *Em primeiro lugar*, coloca-se o problema do significado do *reconhecimento*: concretamente, pode questionar-se se tal implica que um banco francês possa invocar a admissibilidade do pacto comissório e arrogar-se da propriedade de um prédio em Portugal no caso de incumprimento do devedor. *Em segundo lugar*, quando a proposta de directiva impõe o reconhecimento das *técnicas financeiras* do país de origem, surge o problema da sua definição: pretende-se a coordenação, através do reconhecimento, de todas as *normas envolvidas no crédito hipotecário* (civis, económicas, processuais, falimentares, registais, etc.)? Parece que tal seria imperioso, porquanto só desse modo a entidade mutuante poderia confiar que a relação jurídica do seu país de origem seria reconhecida, com aquelas feições, em qualquer outro Estado-Membro<sup>957</sup>.

Surgidas as dúvidas, esclareceu a Comissão que no conceito de *técnicas financeiras* a ser reconhecidas em toda a União se incluíam não apenas as regras sobre os montantes mutuados, prazo, taxas e cálculo de juros, sistema de amortização, regime de amortização antecipada, como também o *tipo e qualidade das garantias* prestadas. Isto é, a *hipoteca* negociada no país onde o banco exerce a sua actividade, ainda que sobre coisa situada noutro Estado, deveria ser reconhecida com os respectivos caracteres em toda a União Europeia<sup>958</sup>.

## 6.2. Imprestabilidade do reconhecimento mútuo

---

815; DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration...*, p. 365). O projecto foi dado como definitivamente abandonado em 1995 (ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 990), mas a razão para o seu adiamento *sine die* foi a redução da sua necessidade por efeito da entrada em vigor da *Segunda Directiva Bancária* — que expressamente abrangeu o crédito hipotecário como medida sujeita ao regime de liberalização (cfr. JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 187; DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration...*, p. 366). No fundo, decidiu o Conselho analisar os efeitos da segunda directiva bancária no mercado hipotecário para, depois, decidir da aprovação do projecto, tendo então concluído pela respectiva obsolescência (cfr. ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, "El préstamo...", p. 377).

<sup>956</sup> JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 126: "*La técnica de la armonización [...] ha sido sustituida por la del «mutuo reconocimiento», con arreglo al cual los créditos y préstamos hipotecarios, así como cualquier otro servicio financiero, realizado por una entidad de un Estado miembro en otro estado miembro ha de atenerse a la regulación propia del país de origen de la entidad, y no a la del país de acogida o país en que radica el inmueble hipotecado, siempre que dicha regulación no se aponga a las disposiciones de interés general del estado de acogida*".

<sup>957</sup> Neste sentido, cfr. JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 126. Estas questões são colocadas também por MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito...", p. 816, que duvida da legitimidade de se derogarem normas hipotecárias dos Estados-Membros com vista a confortar uma operação financeira permitida no estrangeiro.

<sup>958</sup> O documento explicativo da Comissão, elaborado a propósito da discussão da proposta no Parlamento Europeu, é reproduzido no trabalho de MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito...", p. 816.

A sedução pelo princípio do reconhecimento mútuo como solução do nosso problema remonta ao relatório SEGRÉ (que propôs a euro-hipoteca), onde se chegou a considerar desnecessária a aproximação dos direitos nacionais em matéria imobiliária porque a via do *reconhecimento mútuo* seria mais rápida e eficaz. Todavia, a história demonstra que, no domínio jurídico-real, o cânone foi imprestável na criação do mercado europeu<sup>959</sup>.

O primeiro problema que desde logo pode identificar-se radica no volume de reservas admissíveis ao princípio do reconhecimento mútuo. É consabido que, nas diversas liberdades de circulação, é possível aos Estados-Membros afastar a aceitação da lei do país de origem desde que cumpridas certas condições. Isto é, ainda que este cânone vigorasse no crédito hipotecário, o regime das liberdades fundamentais conhece limites, não sendo ilícita a imposição de restrições quando se justifiquem ao abrigo de uma das reservas previstas<sup>960</sup>.

Assim, os Estados podem fazer aplicar a sua legislação (ou o direito indicado pelo DIP do foro), mesmo que tal tenha um efeito restritivo, conquanto aquela respeite o direito comunitário derivado vigente<sup>961</sup> não seja discriminatória<sup>962</sup>, se funde em razões de *interesse*

---

<sup>959</sup> OTMAR STÖCKER, "Real...", pp. 2267-2268, explica que as instituições iniciaram estudos de introdução de uma *euro-hipoteca*, que foram descontinuados "*as it was thought that quicker progress would be made on the concept of mutual recognition of finance procedures. This did not prove correct, however, in relation to property law*". Aliás, mesmo quando legislado (nos serviços financeiros), o princípio revelou-se incapaz de gerar um mercado financeiro plenamente integrado — cfr. MATTEO ORTINO, "The role...", pp. 326ss, que identifica como causas a permanência de áreas de vácuo jurídico na sua própria estatuição e o incumprimento pragmático do seu comando pelas autoridades nacionais.

<sup>960</sup> Logo no Acórdão *Cassis de Dijon* (*cit. nota n.º 887*), o Tribunal declara o princípio porque a Alemanha não provou que a sua limitação se justificava *por razões de saúde pública*. Da mesma forma, no âmbito da circulação de serviços, a jurisprudência determina a licitude da aplicação de legislação nacional, ainda que restritiva das liberdades, *desde que não se revele discriminatória*, exigindo mais tarde que se fundasse em interesse geral *não satisfeito pela legislação do Estado de origem* (Acórdão *Debaue* [*cit. nota n.º 555*], n.º 12; Acórdão *Webb* [*cit. nota n.º 555*], n.º 17). Como sublinha MIGUEL POIARES MADURO, *We the...*, pp. 106-107, o facto de as excepções ao princípio serem determinadas pelo tribunal implica uma *limitação dos poderes regulatórios dos Estados*: estes só são competentes para impor a sua regulação *se tal for necessário* a uma das finalidades admitidas, o que significa ser o Juiz comunitário a controlar a legitimidade da sua actuação (cfr. GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo...*, pp. 95ss).

<sup>961</sup> Esta condição, não sendo expressamente identificada pela jurisprudência, decorre da ordem jurídica comunitária, designadamente do princípio do primado (cfr. MARC FALLON, "Les conflits...", p. 120; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 337, que enuncia este requisito como "*absence of harmonisation*"). Ademais, o Tribunal determinou que as reservas às liberdades não podem ser definidas unilateralmente pelos Estados-Membros — cfr. Acórdão TJCE de 4 de Dezembro de 1974, *van Duyn*, proc. 41/74, *Colectânea da Jurisprudência*, 1974, pp. 1337, n.º 18 ("*a noção de ordem pública no contexto comunitário, nomeadamente nos casos em que é utilizada como justificação para derrogar o princípio fundamental da livre circulação dos trabalhadores, deve ser interpretado de forma restritiva, de modo a que o seu âmbito não possa ser unilateralmente determinado por cada Estado-membro sem o controlo das instituições comunitárias*").

<sup>962</sup> Embora esta condição seja antiga (cfr. Acórdão TJCE de 18 de Maio de 1982, *Adoui e Cornuaille*, processos apensos 115 e 116/81, *Colectânea da Jurisprudência*, 1982, pp. 1665, n.º 8), tornou-se especialmente evidente depois do Acórdão *Keck e Mithouard* (*cit. nota n.º 555*), n.º 16, onde expressamente se admitiu o afastamento do princípio sempre que a legislação nacional a aplicar não fosse discriminatória: "*a aplicação de disposições nacionais que limitam ou proíbem determinadas modalidades de venda a produtos provenientes de outros Estados-membros não é susceptível de entravar directa ou indirectamente, actual ou potencialmente, o comércio intracomunitário [...], desde que se apliquem a todos os operadores interessados que exerçam a sua actividade no território nacional e desde que afetem da mesma forma, tanto juridicamente como de facto, a comercialização dos produtos nacionais e dos provenientes de outros Estados-membros*". O requisito surge igualmente no âmbito da circulação de serviços (direito de prestação de serviços e direito de estabelecimento) nos Acórdãos *Koestler* (*cit. nota n.º 555*), n.º 5, *Debaue* (*cit. nota n.º 555*), n.ºs 12-13; *Seco* (*cit. nota n.º 555*), n.º 8; *Inspire Art* (*cit. nota n.º 902*). Cfr. MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 338; ALEGRÍA

geral<sup>963</sup> não suficientemente salvaguardado pela lei de origem<sup>964</sup>, e não ultrapassando o necessário para alcançar esses objectivos<sup>965</sup>. Quando os requisitos são cumpridos, ainda que a restrição à liberdade de circulação seja importante e que a legislação limitativa se deva apenas a fundamentos socioculturais ou a concepções éticas nacionais<sup>966</sup>, é admissível aos Estados-Membros recusar a suficiência do país de origem, sendo cada vez mais evidente que estas condições são transversais às quatro liberdades. No fundo, a existência de um corpo de

---

BORRÁS, "Le Droit...", p. 377; DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 731; JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 193; PIERRE LASTENOUSE, "Les règles...", p. 95; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 43, e FABRICE PICOD, "La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 34, n.º 2, 1998, pp. 169-189, p. 179. Na liberdade de circulação de capitais, a vigência do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade é evidente no Acórdão *Comissão c. Portugal [reprivatizações]* (cit. nota n.º 49), n.º 40.

<sup>963</sup> Cfr. Acórdão *Debaue* (cit. nota n.º 555), n.º 12: "on ne saurait considérer comme incompatibles avec le Traité des exigences spécifiques imposées aux prestataires, qui seraient motivées par l'application de règles régissant certains types d'activité, justifiées par l'intérêt général". Este requisito é fundamento comum para restrição das várias dimensões das liberdades comunitárias. Sobre a noção (e sua evolução), MICHEL TISON, "Unravelling...", pp. 321ss (especialmente p. 336); JAN WOUTERS, "Conflict...", p. 193; PIERRE LASTENOUSE, "Les règles...", p. 94; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 58; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit...*, p. 48. Esta excepção não tem origem exclusivamente jurisprudencial, porquanto a segunda directiva bancária desde logo a estabelecia como reserva à mobilização do princípio do reconhecimento mútuo (art. 21.º). Sobre este assunto, cfr. MARC DASSESE, STUART ISAACS E GRAHAM PENN, *EC Banking...*, p. 41.

<sup>964</sup> Vide Acórdão *Webb* (cit. nota n.º 555), n.º 17: "la libre prestation des services en tant que principe fondamental du Traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire dudit État, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi". Neste sentido, MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 339; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 59.

<sup>965</sup> Cfr. Acórdão *Cassis de Dijon* (cit. nota n.º 44) n.º 8; Acórdão *Säger* (cit. nota n.º 555), n.º 15; Acórdão *Vander Elst* (cit. nota n.º 898) n.º 16; Acórdão TJCE de 21 de Outubro de 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, proc. C-67/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-7289, n.º 29; Acórdão *Arblade* (cit. nota n.º 555), n.º 34; Acórdão TJCE de 3 de Outubro de 2000, *Josef Corsten*, proc. C-58/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-7919, n.º 35; Acórdão *Mazzoleni* (cit. nota n.º 892) n.ºs 24-25. Na doutrina, vide DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 731; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 340; M. KELLY GENEVIEVE, "Public policy...", p. 23 (que nota o facto de o princípio da proporcionalidade ser aqui tido principalmente no seu vector de *necessidade ou exigibilidade*, indagando o Juiz comunitário a existência de *outras medidas* menos gravosas que possam cumprir o objectivo nacional); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "De nouvelles...", p. 316; GIULIA ROSSOLILLO, *Mutuo...*, pp. 98ss; ETIENNE PATAUT, "Comentário...", p. 504 (que aponta o caso *Mazzoleni* como aquele onde foi o Juiz comunitário forneceu o método de teste da proporcionalidade, mediante a *comparação global da protecção conferida* [os motivos de interesse geral] da lei do país de origem com a lei do país de destino — p. 506); BETTINA HEIDERHOFF, "Ist das Anerkennungsprinzip...", p. 134 (que vê na proporcionalidade o principal critério utilizado pelo Tribunal de Justiça); WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 60; BLANCHE SOUSI-ROUBI, *Droit...*, p. 51; CATHERINE BARNARD, *The Substantive...*, p. 112.

Na liberdade de circulação de capitais, o teste da exigibilidade é particularmente evidente nos Acórdãos *Konle e Reisch* (cit., respectivamente notas n.º 47 e n.º 728) — A. G. TOOTH, *The Oxford...*, Vol. II, p. 367.

<sup>966</sup> Estas limitações (fundadas em razões socioeconómicas ou morais) serão aquelas onde será mais difícil aferir da sua conformidade com as regras europeias (cfr. M. KELLY GENEVIEVE, "Public policy...", p. 25), mas vem sendo sempre admitida. Vide Acórdão TJCE de 23 de Novembro de 1989, *Torfaen Borough*, proc. 145/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 3851, n.º 17, que considerou lícita a proibição de funcionamento de certos estabelecimentos ao Domingo, mesmo tendo efeitos no comércio intracomunitário de mercadorias; o Acórdão TJCE de 24 de Março de 1994, *Schindler*, proc. C-275/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994 pp. I-1039, n.º 58ss, determinou válida a proibição de serviços de lotaria, já que se deviam a interesses nacionais morais ou éticos de prevenção do jogo; o Acórdão TJCE de 11 de Julho de 1985, *Cinébéque*, processos apensos n.º 60 e 61/84, *Recueil de jurisprudence*, 1985, pp. 2605, n.º 23, considerou lícita a proibição de venda de filmes antes de exibidos em França por certo tempo por se justificar numa legítima política cultural.

restrições permite qualificar o sistema comunitário como um *reconhecimento mútuo imperfeito*, porventura globalmente mais vantajoso do que um reconhecimento mútuo absoluto<sup>967</sup>.

É fácil antever que o número de *regras de interesse geral* que grassam neste domínio, afastaria a operacionalidade do reconhecimento mútuo. O crédito hipotecário é uma área onde abundam normas imperativas fundadas em razões de interesse geral: protecção de consumidores, interesses de credores privilegiados, finalidades socioeconómicas, etc.. Pense-se nas razões subjacentes ao princípio da taxatividade dos direitos reais<sup>968</sup> e afigura-se imediatamente evidente que sua invocação pelo Estado de *recepção* seria legítima face às excepções permitidas. Acrescem, além do regime substantivo da hipoteca, as normas sobre a inscrição registal, execução hipotecária e outros requisitos de publicidade.

Isto é, o *reconhecimento mútuo* correria o risco de ter uma operacionalidade muitíssimo residual, atento o volume de excepções aqui mobilizadas. A crescer, sobre a solução repousaria sempre um manto de incerteza, já que não seria absolutamente evidente a identificação dos casos em que a regra do país de origem podia ser afastada<sup>969</sup>. No fundo, se o projecto de directiva estabeleceria o reconhecimento das garantias *do país de origem da instituição de crédito* (o que, assim, implicaria que pudessem ser constituídas uma *mortgage* sobre imóvel em França e uma *Grundschild* sobre prédio em Portugal), esta regra esbarraria com *motivos de interesse geral* (a tutela de terceiros; a organização jurídico-real imobiliária; a protecção do crédito e do investimento; etc.).

---

<sup>967</sup> Neste sentido, PIERRE LASTENOUSE, "Les règles...", p. 114. O tratamento transversal das quatro liberdades é evidente no Acórdão *Comissão c. Portugal [reprivatizações]* 2002 (*cit.* nota n.º 49), n.º 49, e notado pela doutrina referida na nota n.º 930.

<sup>968</sup> É comum utilizar-se indiferentemente as expressões *princípio da tipicidade*, *princípio da taxatividade* e *princípio do numerus clausus* para designar a mesma regra jurídica — a impossibilidade de serem criados direitos reais para além dos previstos na lei. Verdadeiramente, as expressões não são unívocas, porquanto *tipicidade* se liga à escolha pela ordem jurídica das realidades relevantes (cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, p. 44; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, p. 178) sem necessariamente determinar a respectiva *taxatividade*. Abdicando de alguma pureza de discurso, utilizamos as três expressões com o mesmo significado, não ignorando as respectivas diferenças.

<sup>969</sup> Sobre a esfera reduzidíssima que o princípio teria no âmbito hipotecário, *vide* BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 211 ("Even though there is a difference between public policy in private international law and in European Union law, the closed system of property rights, which is the reason why a foreign property right must be transformed, could be held to be of public policy in both situations"); JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 126 (que diz que aceitar uma hipoteca regulada por lei estrangeira seria o mesmo que permitir que um motorista inglês conduzisse pela esquerda na Europa continental, sem que o Estado de destino lhe opusesse as razões de segurança pública da sua própria lei); PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 87; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, pp. 82-83; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 21; JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", p. 45; JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE, "La libre...", p. 127. Raciocínio similar, embora aplicado à circulação dos documentos públicos, tem JONATHAN FITCHEN, "«Recognition»...", p. 348.

O problema da incerteza é identificado, aliás, por PIERRE LALIVE, "Nouveaux...", p. 23, e LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'ambito...", p. 460, para os contratos celebrados por bancos que exerçam a sua actividade ao abrigo do reconhecimento mútuo inaugurado pela 2.ª directiva bancária. O Professor de Milão, mesmo fora do domínio hipotecário, identifica numerosas disposições sobre serviços bancários que poderão colocar-se ao abrigo dos *motivos de interesse geral*: fixação de limites de financiamento por referência à garantia especial; imposição de modalidades de reembolso de um crédito; proibição de certo tipo de garantias, etc..

Perante tão evidente conclusão, a própria Comissão veio determinar que *“fuera del concepto de técnica financiera, y, por tanto, «no exportable» si se opone a la legislación del país de acogida, están los elementos que integran el marco legal del crédito hipotecario”*. Neste domínio incluem-se (segundo a Comissão) as regras de registo predial e de processo executivo, com profunda vinculação territorial e onde se não verificaria *equivalência* entre ordenamentos. Ademais, admitir pura e simplesmente uma multiplicidade de garantias reguladas por direitos diferentes, seguindo os requisitos dos países de origem, geraria insegurança entre os operadores económicos<sup>970</sup>.

Esta exclusão do âmbito do reconhecimento de *todos os elementos que integram o marco legal do crédito hipotecário* implica que todos os aspectos da hipoteca permaneçam sujeitos à *lex rei sitae* e não ao regime do reconhecimento mútuo. Este ficaria reservado às normas que regulam o *contrato de crédito* e não se estenderia à garantia. No fundo, entendeu-se não poder o princípio do reconhecimento mútuo suplantar ultrapassar a regra internacionalprivatística universal de sujeição da hipoteca à *lex situs*<sup>971</sup>.

Percebe-se que assim seja: o reconhecimento de direitos reais imobiliários desconhecidos (e, em consequência, a alteração profunda do regime jurídico da execução, do registo e do estatuto jurídico-real dos imóveis) não era o escopo do projecto da directiva ou sequer do princípio do reconhecimento mútuo. Pelo contrário, pretendia-se apenas que um contrato celebrado no estrangeiro pudesse ser entendido como válido e eficaz (especialmente no que concerne às condições do crédito) em qualquer país da União. A sujeição das garantias à regra do reconhecimento mútuo *“would be completely chaotic for every jurisdiction”*<sup>972</sup>.

Todavia, esta medida (que se impunha) despiu de utilidade prática o princípio do país de origem. Na verdade, esta medida não é mais do que a confissão de imprestabilidade deste mecanismo no domínio hipotecário.

*Por um lado*, quanto às obrigações assumidas pelas partes, o princípio é desnecessário: uma vez que o direito conflitual europeu está unificado e plasma a *autonomia conflitual*, as partes escolhem a lei que regula as condições do crédito e esta opção é eficaz em qualquer parte da União Europeia. *Por outro*, a aplicação do cânone às relações obrigacionais é

---

<sup>970</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito...", p. 818; ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 84; ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 992; JOSÉ MARIA CALHEIROS, "A Integração...", p. 202.

<sup>971</sup> MANUEL CASERO MEJÍAS, "El Crédito...", p. 818; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 20 (*“Se ha pasado por alto que también existe el Derecho Internacional Privado. Y en el Derecho Internacional Privado de todos los países europeos existe el principio de la «lex rei sitae». Esto significa que únicamente se puede constituir una hipoteca según el derecho del país en que la finca está ubicada”*). Com entendimento ligeiramente distinto, THOMAS WACHTER, "La garantía...", p. 179, recusa a utilização do princípio do reconhecimento mútuo com fundamento no facto de não conduzir à harmonização das garantias.

<sup>972</sup> SERGIO NASARRE AZNAR, "The need...", p. 92.

estruturalmente inapta a resolver o problema da integração do direito hipotecário europeu; vimos *supra* que a disparidade das normas sobre as condições de mútuo não consubstancia uma das razões da inexistência de mercado hipotecário europeu<sup>973</sup>.

A única alternativa que poderia concitar-se seria a consideração do país da situação da coisa como *país de origem*, implicando que a hipoteca aí constituída fosse reconhecida como tal em toda a União. Simplesmente, também neste caso esta via é absolutamente inútil: o reconhecimento das hipotecas nestes termos já existe, pois é universal a aplicação da *lex rei sitae* quanto à sua validade e efeitos. Nessa medida, de nada serviria a reafirmação comunitária do actual *status quo*.

De outro modo, se a abrangência da figura jurídico-real pelo princípio do reconhecimento mútuo se revelou *impossível e desadequada*, a sua exclusão teve por efeito a inutilidade do mecanismo do reconhecimento mútuo na solução do nosso problema.

#### IV. SÍNTESE CONCLUSIVA — A FALÊNCIA DAS ACTUAIS PROPOSTAS DE SOLUÇÃO

Se, numa primeira parte da dissertação, identificámos as razões da escassez de hipotecas internacionais, neste segundo momento fizemos um excuro pelas propostas que, nos últimos 60 anos, vêm sendo avançadas para solução do problema, já sobejamente conhecido. A conclusão foi algo que se antevia: os modelos de superação que a doutrina vai avançando revelam-se *impossíveis* ou *desadequados*, não tendo removido os obstáculos reconhecidos ao mercado hipotecário europeu. Mantém-se inviável, na prática, a aceitação de uma hipoteca sobre imóvel no Estado-Membro A por financiador do Estado-Membro B.

A *unificação do direito hipotecário* não apenas se revela utópica (atentas as profundas diferenças entre os direitos nacionais) como padece de males vários: manutenção da disparidade legislativa por via da interpretação diferenciada dos conceitos uniformes e interacção com os demais domínios do direito nacional; morosidade, dificuldade e onerosidade do processo de unificação; perda de adequação da regulação às necessidades de cada comunidade jurídica; petrificação da disciplina uniforme; desaparecimento da concorrência legislativa e inerente desenvolvimento da ciência do Direito.

Tão pouco a mera *harmonização das leis nacionais* em matéria hipotecária constitui opção viável. Optando-se por uma aproximação superficial dos direitos nacionais, o problema

---

<sup>973</sup> Similar conclusão e inferida por ELENA SÁNCHEZ JORDÁN, "Garantías...", p. 992. Sobre a autonomia conflitual nos contratos bancários, *vide* MARIA HELENA BRITO, "Os Contratos Bancários...", p. 90; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, "Free...", p. 46.



subsistiria integralmente; propondo-se a unificação das traves mestras do regime hipotecário (acessoriedade ou independência da garantia; admissibilidade do pacto comissório), chegamos à mesma realidade que encontrámos na via da uniformização e somos conduzidos à sua *impossibilidade prática*. Ademais, a via da harmonização tem bondade questionável no domínio das garantias, porquanto faz prevalecer a disparidade legislativa sob um manto de *aparente proximidade*, colocando em cheque a confiança dos operadores económicos.

Aliás, ainda que se não aceitassem estas conclusões quanto à *impossibilidade prática* de uniformizar ou harmonizar direitos hipotecários nacionais, subsiste uma impossibilidade jurídica: pura e simplesmente a União Europeia não dispõe de competência para qualquer destas operações e a via convencional não se apresenta como alternativa viável (a negociação das convenções de unificação é complexa e morosa; o objectivo de uniformização depende não apenas da ratificação por todos os Estados-Membros como do método de recepção do direito internacional na ordem interna).

Também a proposta de euro-hipoteca se revelou uma desilusão. Embora se não colocassem problemas de competência comunitária, a verdade é que, por um lado, se acumulam os fracassos dos regimes jurídicos *adicionais*, revelando os operadores económicos uma reduzida apetência por estes regimes, com causas e motivações bem conhecidas. Por outro, o valor acrescentado da euro-hipoteca é muito reduzido: apenas se visa a introdução de uma hipoteca independente em países que a não conhecem, de forma demasiado rígida (desde logo não admitindo o pacto comissório, desagradando porventura a financiadores oriundos de sistemas onde ele exista) e sem que se perceba a razão de prever *aquele regime hipotecário* em vez de permitir a escolha do direito da preferência das partes. A isto acresce o carácter muitas vezes injusto das garantias independentes (que obriga ao regresso à acessoriedade e, assim, ao reconhecimento da desadequação do instituto), a difícil interligação da euro-hipoteca com os direitos nacionais e a sua insuficiência para a solução do problema (porquanto subsistiriam todos os problemas identificados na primeira parte que fossem para além da disparidade do direito material). Estes vícios conduziram ao seu fracasso definitivo, gerando-se uma *impossibilidade* da sua instituição: Estados-Membros e a Comissão parecem ter recusado o projecto, sem cuja vontade a euro-hipoteca é irrealizável.

O terceiro mecanismo que considerámos (a associação da hipoteca a títulos de crédito) não é habitualmente proposto pela doutrina para a solução do nosso problema. A razão desse facto tornou-se evidente: nenhum dos modelos é apto à remoção dos obstáculos que identificámos. Por um lado, a hipoteca não liga bem com o regime dos títulos de crédito em massa nem se adequa aos títulos cambiários (que envolvem em si mesmos uma relação de

garantia); por outro, em nenhuma das modalidades que concitámos (hipoteca de títulos de crédito; obrigações hipotecárias; securitização do crédito hipotecário) se contribui para a *internacionalização* da relação jurídica hipotecária: estes expedientes permitem ao financiador fazer circular os créditos constituídos (e, ainda assim, com dificuldade nas transacções internacionais), mas a constituição da relação hipotecária mantém-se constricta ao interior de fronteiras nacionais.

Por fim, explorámos a hipótese de estabelecimento do princípio do reconhecimento mútuo ao crédito hipotecário, indagando a viabilidade de a relação jurídica constituída à luz da lei do *país de origem da instituição de crédito* vir a ser aceite em toda a União. A ideia não conheceu sucesso, porquanto a garantia hipotecária seria constantemente afectada pelas excepções e reservas admitidas ao Estado territorial, ensombrando o estatuto da garantia com um manto de incerteza quanto aos concretos vectores que se sujeitariam às normas da lei do país de destino.

A segunda parte da dissertação permitiu assim concluir que, não obstante o esforço que a doutrina vem desenvolvendo nos últimos 60 anos para solução do problema, ainda não foi apresentada resposta adequada aos obstáculos existentes ao mercado europeu de garantias imobiliárias. Apesar da extensa produção científica, as dificuldades mantiveram-se, importando por isso procurar outra abordagem ao problema que nos ocupa.



## PARTE TERCEIRA

### PROPOSTAS DE MINORAÇÃO DO PROBLEMA

Tendo identificado os obstáculos que vêm dificultado a concretização do mercado europeu de garantias imobiliárias e recusado as vias de solução até agora desenhadas, cabe-nos agora apresentar alternativas. Como se verá, deixaremos sem solução algumas dificuldades, mas apresentamos três propostas de intervenção tendentes a minorar alguns problemas identificados: a *disparidade do direito material* (i), a *obrigatoriedade de facto de constituição da hipoteca no Estado territorial* (ii) e a *desconfiança mútua da protecção registal* (iii).

As três propostas não têm carácter interdependente, sendo possível repudiar a mais arrojada (a autonomia conflitual da hipoteca) e, ainda assim, efectivar a mais simples (reforço da cooperação internacional de titulares e registadores). Será este o nosso contributo para a minoração de um problema manifesto da construção do mercado europeu.

#### I. O DIREITO APLICÁVEL: *AUTONOMIA CONFLITUAL* NAS GARANTIAS IMOBILIÁRIAS.

Sendo hoje notório um certo desencanto pelo método clássico de resolução das questões inerentes à internacionalidade das relações jurídicas — patente na multiplicação de soluções de direito material nas relações internacionais (seja pela harmonização de direitos nacionais ou pela criação de direito uniforme), na tendência de fazer coincidir a competência jurisdicional com a lei aplicável e no aparecimento de novos mecanismos de regulação das relações internacionais (como o *princípio do reconhecimento mútuo*)<sup>974</sup> —, cremos porém que a via

---

<sup>974</sup> A estes mecanismos chama JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La Cour...", p. 263, o "*não-direito internacional privado*", terminologia adoptada igualmente por MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, "El DIPr...", p. 82.

São várias as razões apontadas para o desencanto pelo método conflitual, mas a mais frequente é a sua complexidade, capaz de pôr em causa a efectiva utilidade porque a sua dificuldade implica distorções e variações na sua aplicação (cfr. LOUSSOUARN, *cit.* pp. 283-285; BATIFFOL, *cit.*, p. 88). Ainda assim, vimos *supra* (a propósito da análise das vias de superação do nosso problema) as razões pelas quais o *direito privado uniforme* não é uma verdadeira alternativa ao método clássico de regulação das relações privadas internacionais. Igualmente, mesmo que se não tivesse demonstrado a *inutilidade* do princípio do país de origem neste domínio, a sua transposição transversal no direito privado vem-se revelando discutível, pois tem por efeito a denegação as opções conflituais e, assim, a derrogação dos princípios estruturantes do direito internacional privado na escolha das conexões relevantes (cfr. HORATIA MUIR WATT, "Les principes...", p. 414). Este é, aliás, um efeito conhecido da consagração da doutrina do reconhecimento de direitos adquiridos, quando a denegação do juízo conflitual do foro importa, em certa medida, a preterição de finalidades que o legislador conflitual tinha em mente no momento da escolha das conexões.

conflitual continua a desempenhar um importante papel na resposta aos problemas gerados pela internacionalização, num útil pluralismo metodológico. Aliás, a actuação da UE através de regras de conflitos bilaterais marca a sua “*cristalización definitiva [...] como técnica de reglamentación para las situaciones vinculadas con dos o más ordenamientos jurídicos*”, em parceria com as outras técnicas de regulação<sup>975</sup>.

De facto, o método conflitual presta um importante papel na estabilidade e continuidade das relações jurídicas, pelo que, descurando-se a uniformidade das regras de conflitos, facilmente se geram obstáculos à liberdade de circulação. Será esse o motivo,

---

Não olhámos para o *método jurisdiccional* (centrando o problema na escolha do tribunal competente) porque a territorialidade judiciária e legislativa é o cenário actual das hipotecas. Ainda assim, e não querendo tratar deste problema, são conhecidos os principais inconvenientes deste método: *por um lado*, há diferentes interesses a motivar as regras de competência internacional (que atendem designadamente ao local onde será mais conveniente às partes e à facilidade de produção de provas); *por outro*, as mais das vezes, vários Estados estabelecerem simultaneamente a sua competência jurisdiccional. Nessa medida, o método potencia o *forum shopping*, já que a escolha da lei aplicável dependerá da opção de uma das partes; *depois*, premeia a litigância, porquanto o sujeito que recorrer ao tribunal escolhe a lei aplicável; *em terceiro lugar*, põe em causa a previsibilidade e certeza nas relações jurídicas internacionais, já que o direito a ser mobilizado dependerá exclusivamente do primeiro a propor a acção; *em quarto lugar*, o método é profundamente desadequado aos casos em que uma situação constituída como puramente interna depois se torna internacional, por deslocação de algum dos seus elementos; *por fim*, partilha de uma visão judiciária do DIP ao ponto de subordinar a definição das regras de uma relação jurídica à existência de um conflito, não permitindo às partes organizar a sua conduta antes de um litígio. Sobre este assunto, *vide* BATIFFOL, *cit.* pp. 90ss (que aponta vários exemplos de inadequação do método por atenção aos resultados (pelo menos como solução radical), propondo a sua *combinação* com o DIP conflitual); ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, "Special...", p. 351 (que sublinha a subordinação da lei aplicável à jurisdição competente sempre que se segue este método). Sobre a profusão do método jurisdiccional nos tribunais ingleses, *cfr.* J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 9.

<sup>975</sup> *Cfr.* MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "La ley nacional e intervención notarial en sucesiones", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 303-357, p. 305; GIACOMO BIAGIONI, "Tecniche internazionaleprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 15-34, p. 17; ANA LUÍSA BALMORI PADESCA, "Elección...", p. 363 ("la tendencia ha sido la de mantener el derecho material de cada Estado, y en simultáneo la de procurar uniformizar las normas de conflicto, tanto de leyes como de conflicto de jurisdicciones"); STEFANIA BARIATTI, "La futura...", p. 15; DAVID LEFRANC, "La spécificité...", pp. 421ss.

Sobre o pluralismo metodológico no DIP e respectivas vantagens, retirando de cada método os respectivos benefícios e aperfeiçoando a regulação das relações internacionais, *vide* HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", pp. 84, 113 e 145; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Constituição e Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 55-77, p. 56; YVON LOUSSOUARN, "Cours...", pp. 369ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 396; DÁRIO MOURA VICENTE, "Método...", p. 31; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, pp. 63ss; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", pp. 40-49; ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 99; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Direito Internacional... (1984)", p. 486. A combinação do *novo* DIP (marcado pela regulação directa) com o *velho* DIP (que mantém a regra de conflitos bilateral como peça basilar do sistema) vem já da Convenção de Roma de 1980, constituindo hoje uma indiscutível tendência da disciplina (*cfr.* HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 226; RUI MOURA RAMOS, "Perspectiva do Direito Internacional Privado no limiar do novo século", *A Internacionalização do Direito no Novo Século — Studia Iuridica n.º 94*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 127-144, p. 136; MARIA HELENA BRITO, "Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Trabalho. Algumas Considerações a Propósito do Código do Trabalho", *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora — Tribunal Constitucional, Coimbra, 2007, pp. 105-143, pp. 106-107; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Direito Internacional... (1984)", p. 484).

porventura, que torna a intervenção no DIP (em detrimento da unificação do direito material) como nova tendência da integração europeia<sup>976</sup>.

Efectivamente, no quadro comunitário, esta realidade é potenciada pela *incompletude congénita* das normas europeias (mesmo que directamente invocáveis), que aconselha a utilização de regras de conflitos (com função instrumental) tendentes a amenizar a carência no direito europeu dos utensílios necessários à completa efectivação dos seus comandos (mormente no que tange à instituição das liberdades). É esta razão, aliás, que sustenta a conclusão de RUI MOURA RAMOS de que “*o ordenamento comunitário supõe, para a sua aplicação, a existência de regras do tipo das que o DIP conhece, do mesmo modo que a Comunidade não deixa de levantar certas questões que são usualmente regidas no quadro das normas da nossa disciplina*” e, porventura, o motivo de LIMA PINHEIRO sustentar que “*é o processo de regulação indirecta que continuará a constituir o objecto essencial da nossa disciplina*”<sup>977</sup>.

A intervenção conflitual é especialmente útil nas áreas onde os institutos jurídico-materiais são muito distantes (o que torna inviável a unificação do direito privado), e é o caminho expressamente escolhido pelo legislador europeu no Tratado de Amesterdão, mostrando claramente os seus frutos — basta atentar na diferença substancial de velocidade de harmonização material e unificação conflitual (muito mais adiantada). No fundo, a construção do mercado único vem assentando na manutenção da pluralidade das legislações internas e por uma intervenção no domínio conflitual capaz de dissipar a insegurança inerente às situações internacionais, o que é reconhecido pelos sucessos da actuação europeia no domínio conflitual<sup>978</sup>.

---

<sup>976</sup> OLIVER REMIEN, "European...", p. 60; RUI MOURA RAMOS, "Recensão...", p. 883; HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 197; MARC FALLON, "L'exception...", p. 341; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 423 (que alude “*a la revalorización de las reglas de DIPr (en particular, sobre ley aplicable) en el marco de la integración europea*”); ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 384 (que conclui que “*se está poniendo el acento en la unificación del Derecho internacional privado en vez de en la unificación del Derecho sustantivo*”).

<sup>977</sup> RUI MOURA RAMOS, "Recensão...", p. 885, e "Direito Internacional Privado e Direito...", p. 147; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 397; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 365. Igualmente, *quer* DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 732, *quer* MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 40, notam existir uma identidade de função entre o DIP e o direito da União, porquanto ambos regulam *situações transnacionais*. CHRISTIAN KOHLER, "Le droit...", p. 487, sustenta que a intervenção ao nível dos mecanismos de regulação indirecta — *quer* através do reconhecimento mútuo, *quer* mediante a estatuição de regras de conflitos europeias — se justifica pela preocupação de respeitar a identidade cultural e jurídica de cada Estado-Membro. Sobre a mencionada incompletude, GIORGIO BADIALI, "Le droit...", pp. 24ss; JEAN-SYLVESTRE BERGÉ, "Interactions du droit international et européen", *Journal du Droit International*, Ano 136, n.º 3, 2009, pp. 903-922, p. 910.

<sup>978</sup> JÜRGEN BASEDOW, "15 Years of European Private International Law — Achievements, Conceptualization and Outlook", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175-183, p. 180 (“*The unification of private international law does not remove differences in substantive private law*”); HELENE GAUDEMET-TALLON, "De l'utilité...", p. 162 (“*le droit international privé est, avant tout, un droit qui permet de la coordination harmonieuse entre des systèmes juridiques qui restent substantiellement différents*”) e "Droit privé...", p. 241; HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 197; JUAN

Estas razões tornam as garantias imobiliárias um objecto privilegiado da intervenção conflitual para construção das liberdades comunitárias. Na verdade, a disparidade do direito hipotecário não seria em si mesma um problema se não estivesse ligada à imperativa aplicação da *lex rei sitae*; perante o analisado falhanço das vias de regulação directa, impõe-se a análise da possibilidade de actuação comunitária através do método conflitual (ainda que associado à harmonização do direito privado em domínios determinados). Foi este, justamente, o raciocínio que esteve na base da solução do problema nos valores mobiliários detidos por intermediários, onde a impraticabilidade da aproximação substantiva reclamou a alteração do critério da *lex rei sitae*<sup>79</sup>.

Por outro lado, se bem atentarmos, a maioria das soluções *supra* ensaiadas padece de um mal que é evitado pela via conflitual: aquelas acabam por ir além do que é necessário, amputando de forma mais ou menos preponderante a liberdade de o legislador nacional tomar opções políticas na regulação do crédito e endividamento internos. Ora, por natureza, a intervenção conflitual não belisca o *status quo* no que concerne às relações jurídicas totalmente sob alçada de certo sistema jurídico, apenas intervindo onde o problema se coloca — a *hipoteca internacional*<sup>80</sup>.

---

JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", pp. 17 e 20; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 45, e *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 88; ULRICH DROBNIG, "European Private...", p. 199.

A isto acresce a facilidade de unificação do direito de conflitos como consequência histórica. Efectivamente, a disparidade do direito privado deveu-se ao movimento de codificação nacional e ao facto de a doutrina ter deixado, no século XIX, de olhar às soluções oferecidas na lei estrangeira (cfr. REINHARD ZIMMERMANN, "Das römisch-kanonische...", p. 9). Ora, as primeiras codificações deixaram de fora o direito internacional privado e nunca a doutrina deixou de estudar as soluções conflituais dos ordenamentos estrangeiros: "the main difference to the doctrinal situation in private law is that there has always been a common conceptual framework in European conflicts theory, including the United Kingdom. Concepts like classification, preliminary question, renvoi, evasion of law and public policy are common ground to all European legal systems. Therefore, a common conceptual framework does exist. There are no impediments to a *ius commune* in private international law" (BERND VON HOFFMANN, "The Europeanization...", p. 76). No mesmo sentido, HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, "Towards a 'European' Private International Law?", *The common law of Europe and the future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Davenport, 1992, pp. 31-41, p. 265.

Aliás, mesmo alguns Autores com simpatia pelo processo de unificação ou uniformização do direito privado concordam na necessidade de unificação prévia dos sistemas conflituais. Neste sentido, HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "L'harmonisation du droit des contrats est-elle nécessaire? — Le pour et le contre", *ERA Forum*, vol. 3, n.º 2, 2002, pp. 62-67, pp. 65ss.

<sup>79</sup> Neste sentido, DANIEL GIRSBERGER, "The Hague Convention on Indirectly Held Securities — Dynamics of the making of a modern private international law treaty", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 139-153, p. 143. Sustentando a necessidade de intervenção comunitária conflitual no quadro das garantias imobiliárias, vide EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 200, e A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 55. Defendendo que a via de regulação indirecta se impõe nos domínios de profunda disparidade material, JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 471 (que o sustenta a propósito das relações jurídicas com fonte delitual, onde a disparidade legislativa é bem menor — "a full-blown harmonisation of substantive tort law is not a realistic prospect for the medium term"); DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1680.

<sup>80</sup> É sabido, como recorda MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 391, que a regulação do direito das garantias espelha opções políticas de promoção ou repressão do crédito e do endividamento.

Como vimos, os partidários das vias *supra* referidas rejeitam liminarmente qualquer contributo de regras de conflitos no nosso problema. A seu ver, a disparidade legislativa sempre desaconselhará a *nacionalização* do regime hipotecário e sua colocação sob o domínio de qualquer ordem jurídica estadual; em seu entender, qualquer que seja o critério conflitual, sempre se conduzirá a uma solução distinta da que existe noutros Estados, a implicar compartimentação de mercados, razão por que serão imprescindíveis normas hipotecárias de fonte supranacional<sup>981</sup>.

Não aderimos a este entendimento. O título do presente capítulo denuncia a nossa tese, que tem um pressuposto inverso: cremos que a solução para o problema de que tratamos passa, no que concerne ao direito aplicável, pela estatuição em todos os Estados-Membros de *autonomia conflitual* na hipoteca, contrariando a regra da *lex rei sitae*. Isto é, tendo nós demonstrado não ser possível nem necessária a *unificação* ou *harmonização* do direito privado (i); não ser útil nem realizável a proposta de euro-hipoteca (ii); não serem o *reconhecimento mútuo* ou a *titularização* do crédito hipotecário mecanismos estruturalmente adequados à solução do nosso problema (iii); e sabendo que a via da *regulação indirecta* continua a demonstrar importantes vantagens no domínio do direito privado, a solução que avançamos situa-se justamente no quadro do direito de conflitos<sup>982</sup>.

A nossa proposta é, pois, diametralmente oposta às de STÖCKER ou de WACHTER: se os autores vêem no DIP um obstáculo intransponível (graças à regra sagrada da *lex rei sitae*) e

---

Repare-se que o que dizemos não é novo. Na verdade, a possibilidade de manutenção da diversidade legislativa, assegurando uma interligação harmoniosa entre os sistemas jurídicos, vem fundando a via conflitual como caminho óptimo de governância de sociedades supranacionais (cfr. CHRISTIAN JOERGES, "Constitutionalism...", p. 493).

<sup>981</sup> Cfr. ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 66; OTMAR STÖCKER, "La Eurohipoteca: un medio...", p. 21; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179; PEDRO PIRES FERNANDES, *Da Euro-hipoteca...*, p. 81; RUDOLF KAINDL, "Die Eurohypothek", *Österreichische Noratts Zeitung*, Ano 125, n.º 12/93, 1993, pp. 277-280, p. 280; JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 181. No quadro das garantias mobiliárias, ROY GOODE, "The Cape Town... (2013)", p. 222, utiliza argumentos similares: "even if a suitable conflicts rule could be devised for such assets there would remain the serious disadvantage that the substantive law varies from State to State [...]. In some States the creditor is given strong protection, in others the law is debtor-oriented, while in relation to priorities there is not even an agreed conflicts rule".

<sup>982</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 358ss, 404ss, e 479ss. Como veremos *infra*, referimo-nos à autonomia conflitual como a "faculdade reconhecida às partes pela norma de conflitos, de determinar a ordem jurídica competente para regular uma dada relação" (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 40). Isto é, como explica JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 210, não se trata de substituir o método conflitual (enquanto *escolha de lei*) mas apenas olhar a um factor de conexão *subjectivo* e não *objectivo*. Lembre-se, como alertámos na introdução, que não versaremos sobre as relações jurídicas hipotecárias celebradas por consumidores onde, porventura, tenha a autonomia de ser limitada ou excluída. Sobre a restrição da autonomia conflitual para protecção da parte mais débil, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 260; PAULIUS JURCYS, *Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective*, SSRN, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2127081>, consultado em 20 de Fevereiro de 2014, p. 7; JAN VON HEIN, "Party...", p. 117. Sobre as vantagens da abordagem conflitual, *vide* PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict...", p. 169.

Como veremos *infra*, esta solução não habitualmente ponderada: mesmo o GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, pp. 4-5, considera essencial que a hipoteca seja regulada, em todos os Estados-Membros, pela *lex situs*, não discutindo qualquer alternativa ao clássico critério conflitual.



a disparidade legislativa uma barreira que deixa apenas como viável a unificação do direito hipotecário, nós julgamos que o obstáculo está no *critério conflitual*, acreditando que o método de regulação indirecta será não apenas mais simples e eficaz no objectivo proposto como também mais condicente com as competências comunitárias<sup>983</sup>.

Como bem ensina DÁRIO MOURA VICENTE, a construção do mercado deve passar pela “*coordenação dos Direitos nacionais*”, que só é eficazmente conseguida por recurso ao direito internacional privado, e com a receita que o Professor recomenda: se a unificação do direito material é uma solução de último recurso, bastará “*uma harmonização mínima de legislações, conjugada com a liberdade de escolha pelas partes da lei aplicável*”; isto é, mediante uma intervenção europeia que modifique regras de conflitos no sentido da autonomia e estabeleça normas materiais comuns em casos determinados. Só assim se conseguirá eficazmente perseguir o preciso objectivo que sempre orientou o direito de conflitos: soluções simultaneamente uniformes, previsíveis e eficientes, capazes de satisfazer os interesses das partes<sup>984</sup>.

Nesta sequência, e partindo do ensinamento de KURT SIEHR (que alerta para uma obsessão da regra da *lex rei sitae* que deve ser psicanaliticamente estudada e sujeita a terapia), julgamos que a hipoteca é o campo perfeito para afastar o dogma da *lex situs*, pois a autonomia conflitual (desde que respeitados certos limites) realiza melhor os fins do direito internacional privado e a integração europeia. Demonstraremos que a disparidade legislativa não implica necessariamente uma compartimentação de mercados sempre que se utilize um comando de tipo conflitual: basta colocar à disposição das partes a opção do regime jurídico hipotecário para que possa conviver distinção legal com integração económica<sup>985</sup>.

É isto mesmo que propomos. Apesar de se reconhecer a racionalidade da regra da *lex rei sitae* (bem como a sua utilização universal e a sua origem historicamente imemorial) a

---

<sup>983</sup> Recorde-se, desde já, que a profunda disparidade dos ordenamentos jurídicos nacionais não existe num dos domínios da hipoteca: a *necessidade de inscrição no Registo*. Este factor é fulcral na nossa proposta e não deve nunca ser perdido de vista. No fundo, é a existência de registo constitutivo que funda a intervenção da União Europeia no quadro do direito de conflitos. O registo constitutivo e a função publicitária por si desempenhada é essencial à nossa proposta.

Repare-se que esta essencialidade é também reconhecida como pressuposto de intervenção jurídico-material no direito das garantias. Assim, ROY GOODE, "The International...", p. 18, no quadro das garantias mobiliárias, sufraga a necessidade de criação de um *registo de garantias*, tendo tal solução sido seguida na Convenção UNIDROIT de 2001, assinada na Cidade do Cabo, relativa garantias internacionais sobre equipamentos móveis. De facto, a *alteração do direito aplicado* (seja por via de uma nova regra de conflitos, seja como consequência de um novo direito material de fonte externa.

<sup>984</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Perspectivas...", p. 1680 (que se refere à autonomia conflitual a propósito das obrigações contratuais) e SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho...", p. 158. Sobre a regulação dos conflitos de leis através de actos internacionais mistos, cfr. FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 152. O objectivo comum não contende, como é evidente, com o facto de “*les philosophies qui sous-tendent l’unification conflictuelle et l’unification substantielle sont radicalement différentes et largement contradictoires*” (PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "La communautarisation...", p. 782).

<sup>985</sup> Afastamo-nos assim de ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 66, que defende que a disparidade legislativa implica a recusa de quaisquer soluções que submetam a hipoteca a um direito de fonte nacional.

conexão revela-se particularmente inoportuna no domínio sobre que versamos, importando introduzir autonomia conflitual no direito aplicável à hipoteca. Aliás, a jurisprudência europeia vem avançando neste sentido, não constituindo surpresa absoluta se futuramente o Juiz comunitário vier a declarar a ilicitude da regra da *lex rei sitae* por violação da liberdade de circulação de capitais, uma vez que gera um obstáculo à geração internacional de garantias<sup>986</sup>.

Defendemo-lo, porém, de forma limitada e sob algumas condições: *em primeiro lugar*, a regra da autonomia deve ser concretizada em todos os Estado-Membros simultaneamente; *em segundo lugar*, a escolha das partes só será válida no que concerne aos imóveis situados num Estado-Membro; *por outro lado*, a liberdade de escolha cinge-se às leis dos Estados-Membros; *em quarto lugar*, a autonomia conflitual na hipoteca só tem sentido nas relações absolutamente internacionais, não devendo ser trazida para as relações puramente internas; *por fim*, na falta ou invalidade de escolha, deve retornar-se à aplicação da *lex situs*. Como veremos melhor, a operacionalização do critério dependerá igualmente de uma intervenção no direito registal — a “*harmonização mínima*” a que alude DÁRIO MOURA VICENTE<sup>987</sup>.

## 1. A DESSACRALIZAÇÃO DA LEX REI SITAE NOS DIREITOS REAIS E O MOVIMENTO DE ESPECIALIZAÇÃO<sup>988</sup>.

Se é verdade que a autonomia conflitual tem vindo a alastrar por todos os domínios, quer aqueles onde desde há muito se admite a escolha da lei aplicável (o estatuto negocial) como em novos contextos onde até há bem pouco tempo os legisladores conflituais determinavam rigidamente a lei aplicável (o estatuto pessoal, o estatuto delitual e as sucessões por morte), o estatuto real dos bens imóveis continua arraigado à *lex rei sitae*<sup>989</sup>.

---

<sup>986</sup> É para essa conclusão que apontam os Acórdãos *Konle* (cit. nota n.º 47) e *Manfred Trummer* (cit. nota n.º 49). Neste sentido, embora revelando preocupação sobre este caminho, BRAM AKKERMANS, "Property law and internal...", p. 244. Aventando a autonomia conflitual nos direitos reais, como veremos, cfr. ainda LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 7.

<sup>987</sup> Como veremos *infra*, estas condições são essenciais à viabilidade da nossa tese. Se assim não for, a nossa proposta conduz, *por um lado*, a uma brecha à harmonia jurídica internacional (e à estabilidade da relação jurídica hipotecária internacional) e, *por outro*, à violação dos interesses do comércio jurídico e dos terceiros.

<sup>988</sup> Analisaremos apenas os desvios que vêm sendo operados em matéria de direitos reais sobre coisas corpóreas, especialmente no domínio dos imóveis. Assim, porque não cremos que tal seja necessário ao nosso propósito, não cuidaremos do abandono da *lex rei sitae* em matéria de propriedade intelectual. Importa sublinhar, todavia, que se vem discutindo também neste domínio a *autonomia conflitual*, o que espelha uma tendência generalizada a que nos referiremos *infra* (cfr. RITA MATULIONYTÉ, "Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases", *Journal of Private International Law*, vol. 9, n.º 1, 2013, pp. 77-99, pp. 79ss, sobre a responsabilidade decorrente da violação de obrigações naquele âmbito).

<sup>989</sup> O que leva a doutrina americana a referir-se-lhe como “*The taboo of the Situs Rule*” (DAVID F. CAVERS, "Contemporary...", p. 198; MOFFAT HANCOCK, "Equitable...", pp. 1095ss, e "Conceptual...", pp. 8ss; ALBERT A. EHRENZWEIG, *Private International Law — A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty. General Part*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1967, p. 48) ou como o “*Situs Myth*” (RUSSEL J. WEINTRAUB, "The Conflict of Laws Rejoins the Mainstream of Legal Reasoning", *Texas Law Review*, vol. 65, 1986, pp. 215-235, p. 229). Sobre as expressões e seu significado, *vide* MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...",

Efectivamente, mesmo a doutrina que vem colocando os efeitos reais dos contratos sob a alçada do estatuto contratual (permitindo assim uma certa autonomia conflitual), defende-o apenas quanto aos bens móveis; LOUIS D'AVOUT, que desenvolveu a aplicação do princípio da autonomia ao estatuto real, limita a sua proposta aos *modos de aquisição* e não ao respectivo conteúdo<sup>990</sup>.

Este facto não deve ser valorado em demasia, pois a submissão das relações jurídicas à lei territorial foi o ponto de partida na maioria dos domínios (atente-se nas relações conjugais, sucessões ou tutela, onde se verificou uma posterior alteração do critério conflitual)<sup>991</sup>. De facto, desde meados do século passado, este *status quo* foi sendo colocado em causa por Autores americanos, que questionaram o dogma da sujeição dos direitos reais sobre imóveis à lei da situação da coisa, sobretudo no âmbito do instituto do *trust*<sup>992</sup>. Ademais, seja pelo reconhecimento de algumas insuficiências na coordenação do estatuto real com a

---

p. 123, e JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 32. Quanto à extensão da autonomia conflitual a outros domínios, *vide infra* nota n.º 1121.

<sup>990</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 587ss. A proposta do Professor, como melhor veremos *infra* (pp. 540ss) dirige-se apenas aos modos de aquisição derivada dos direitos reais e apresentaria a situação da coisa como conexão subsidiária. Quanto à delimitação de estatutos, *vide* o que dissemos *supra*, pp. 94ss.

<sup>991</sup> BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 147.

<sup>992</sup> Simplisticamente, o *trust* é uma figura que comporta uma propriedade fiduciária associada a um fim de administração de garantia patrimonial. Assim, dá-se a transferência da propriedade para um sujeito (o *trustee*) que irá administrar e dispor dos bens que lhe foram confiados pelo *settlor* (de quem os recebe por acto *inter vivos* ou *mortis causa*) em benefício de outro sujeito (o beneficiário). Esta figura pode desempenhar uma multiplicidade de funções (públicas ou privadas) e o seu conteúdo é determinado em grande medida pelo título constitutivo, que determina não apenas os objectivos do *trust* como os poderes de disposição e administração do *trustee* e o destino dos bens uma vez extinto o *trust*.

Trata-se, assim, de um instituto de natureza *real* (uma vez que o *trustee* titula uma *propriedade fiduciária* e são atribuídos direitos *in rem* aos beneficiários, que poderão mesmo exercer sequela em certas situações), cujo conteúdo é disciplinado em grande medida pelo título contratual e em que são atribuídos *direitos quase-reais* aos beneficiários. Neste sentido, DIOGO LEITE DE CAMPOS E MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade fiduciária (trust): estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 169; MELHIM NÁMEM CHALHUB, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, Renovar, Rio de Janeiro; São Paulo, 2001, p. 77.

Nessa medida, antevêm-se os problemas que decorrem do entrecruzamento do *estatuto real* e do *estatuto contratual*, porventura regulados por leis diferentes. Este problema é agravado pela fonte anglo-saxónica da figura, constituindo instituto desconhecido dos direitos de matriz continental (cfr. MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao Trust e ao seu reconhecimento. Breve apresentação", *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1641-1651, p. 1642; BENEDETTA UBERTAZZI, "El Trust en el derecho internacional privado italiano y español", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 199-219, p. 200). Note-se que não obstante o instituto não se prever em ordenamentos de *civil law*, a doutrina maioritária sustenta a viabilidade da sua utilização nestas ordens jurídicas — cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos...*, pp. 273ss; DIOGO LEITE DE CAMPOS E MARIA JOÃO CARREIRO VAZ TOMÉ, *A propriedade...*, *passim*; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "A propriedade...", p. 60.

Sobre a caracterização e origem do instituto, *vide* ADAIR DYER, "Introductory note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition", *Uniform Law Review*, I, 1985, pp. 274-284, pp. 274ss; PAIS DE VASCONCELOS, *ibidem*; MARGARIDA COSTA ANDRADE, *cit.*, p. 60; LEITE DE CAMPOS E MARIA VAZ TOMÉ, *cit.*, pp. 19ss; MELHIM CHALUB, *cit.*, pp. 25ss. Sobre o reconhecimento de trusts sobre imóveis situados em Portugal, *vide* o nosso trabalho "Reflexões sobre a lei aplicável ao Trust sobre imóveis situados em Portugal e ao seu reconhecimento", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 357-427, pp. 357ss.

*lex contractus*, seja atendendo a certas finalidades de justiça a que o DIP pode contribuir, os mais destacados Autores vão propondo, em casos determinados, um afastamento da sujeição dos direitos reais à *lex rei sitae*, gerando focos de divergência ao dogma da *situs rule*.

Por outro lado, os atributos conhecidos da sujeição dos direitos reais à *lex rei sitae* (simplicidade, bom senso e o carácter consensual) não obstaram a que se assistisse a um movimento de *especialização* no DIP dos direitos reais. Rapidamente se percebeu que a estabilidade e segurança das relações jurídicas que aquela conexão provê implica que se não realizem alguns fins importantes, pelo menos em matéria de *certos bens* ou de *determinados direitos reais*. Ao invés, em algumas figuras de carácter real, a opção pela lei da situação da coisa conduz a resultados opostos àqueles que justificam a opção conflitual, gerando insegurança nas transacções e variabilidade do estatuto jurídico da coisa.

A estas preocupações respondeu o tratamento conflitual diferenciado de algumas situações reais internacionais, abandonando-se o tradicional tratamento unitário: é a *especialização do DIP dos direitos reais* que, para certa doutrina, constitui um sinal da inadequação da opção conflitual<sup>993</sup>. Independentemente da bondade desta asseveração, o movimento de fraccionamento do DIP do direito das coisas significa pelo menos que a *situs rule* não consubstancia um dogma inatacável ou uma opção que não possa ser afastada em casos específicos, como comprova aliás a cláusula de excepção introduzida na EGBGB<sup>994</sup>. No

---

<sup>993</sup> Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 5 e 12. O movimento da especialização, aliás, alastrou em vários domínios, ao ponto de no estatuto pessoal se falar hoje numa *desarticulação* das categorias clássicas — principalmente por força das convenções internacionais e da previsão de comandos conflituais para categorias baseadas nos vários institutos nacionais. Sobre este problema, embora referindo-se à especialização no estatuto pessoal, vide NUNO ASCENSÃO SILVA, "Do estatuto...", pp. 630-631.

No quadro da responsabilidade aquiliana, também surgem hoje vozes denotando a inadequação dos critérios conflituais gerais para certos tipos de ilícitos, como sejam a violação de direitos de personalidade (cfr. ELSA DIAS OLIVEIRA, "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162, pp. 148 e 155) ou de normas reguladoras dos mercados financeiros (MATHIAS LEHMANN, "Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 5, 2012, pp. 399-405, pp. 399ss).

<sup>994</sup> Cfr. §46 EGBGB: "Besteht mit dem Recht eines Staates eine wesentlich engere Verbindung als mit dem Recht, das nach den Artikeln 43 und 45 maßgebend wäre, so ist jenes Recht anzuwenden". Defende a doutrina que esta cláusula de excepção foi introduzida com o propósito de manter a conexão tradicional sem deixar de reconhecer a insuficiência da *situs rule* em certas figuras jurídico-reais (ULRICH DROBNIG, "German...", p. 149) ou de acautelar os problemas gerados pela *circulação das coisas móveis* (BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 514). Críticos dela são ANTON HEINI, "Das neue deutsche IPR für ausservertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen von 1999 im Vergleich mit dem schweizerischen IPRG", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, et al., T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 251-261, p. 257; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 667; CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", pp. 224 e 337, para quem a correcção introduzida ao rígido DIP alemão acaba por colocar em causa a segurança jurídica. HEINI entende, assim, que seria preferível um *dépeçage* do estatuto real, afastando a *lex rei sitae* dos domínios onde a sua aplicação se revela prejudicial (à semelhança do que faz, aliás, o DIP helvético); WENDEHORST sugere a identificação de casos exemplificativos onde seria admissível o afastamento da *lex rei sitae* (p. 224), sobretudo por não ser clara a natureza verdadeiramente excepcional do mecanismo, razão por que se propõe a sua utilização apenas em situações limite (p. 337).

fundo, tornou-se evidente que a sujeição de *todos* os direitos reais sobre *todas as coisas* se não justificava: ora as razões de segurança jurídica e de cognoscibilidade do regime (que fundam a generalizada opção conflitual) se não realizam; ora emergem outros fundamentos, a que o DIP não pode ser indiferente, que aconselham o abandono da *situs rule*.

É sobre os focos de divergência à *situs rule* (que já merecem a atenção da doutrina, ao sublinhar o “*Anflockung der lex rei sitae*”<sup>995</sup>) que versaremos agora, buscando fundamentos que possam vir a sustentar um afastamento da regra tradicional.

### 1.1. As propostas americanas de superação da *situs rule*.

Não obstante a aceitação generalizada da escolha da *lex situs* para o estatuto real, alguma doutrina americana do século XX argumentou a necessidade de afastar a territorialidade do Direito das Coisas. Estranhando ter a revolução americana deixado intocado o domínio dos direitos reais no método conflitual e considerando que nenhum dos fundamentos classicamente invocados impõe a regra da *lex rei sitae* com a amplitude que lhe é reconhecida, propõe que a superação da técnica clássica seja trazida também para esta matéria: “*it is time to discard lex situs and to harmonize real property conflicts laws with other modern conflicts and jurisdictional rules*”. Como é evidente, não será alheio a esta tendência que o DIP americano submeta à *situs rule* não apenas as matérias que, entre nós, são inclusas no estatuto real, como muitas outras<sup>996</sup>.

Estas propostas de superação da *situs rule* assentam no argumento de que a *policy* da *lex rei sitae* nem sempre implica a sua vontade de aplicação e de que o cânone conflitual não olha ao resultado da aplicação das normas da *lex situs*. Isto é, se a revolução americana,

---

Sublinhando o movimento de especialização dos direitos reais no DIP italiano, cfr. PAOLO BENVENUTI, “*Commento...*”, p. 1325

<sup>995</sup> KURT SIEHR, “*Internationales...*”, p. 149. Também sobre este problema, cfr. A. V. M. STRUYCKEN, “*Co-ordination...*”, pp. 263-267.

<sup>996</sup> A citação é de ROBBY ALDEN, “*Modernizing...*”, p. 587, que aliás dirige boa parte da sua crítica à competência jurisdicional exclusiva dos tribunais da situação da coisa, assunto que aqui não abordaremos (*cit. pp.* 627ss). No sentido de que a *situs rule* não é explicada, no DIP americano, pelas razões tradicionais, cfr. ALBERT A. EHRENZWEIG, *A Treatise...*, p. 618, e BERNARD HANOTIAU, *Le droit...*, p. 278.

O DIP anglo-saxónico coloca sob a alçada da *lex rei sitae*, além do conteúdo dos direitos reais e o seu modo de transmissão ou constituição, muitos outros aspectos, de que são exemplos paradigmáticos a capacidade para ser titular de direitos reais sobre imóveis, a sucessão de imóveis ou a propriedade conjugal (opção conflitual que remonta ao início do século XX, como notam GIULIO DIÉNA, “*Les conflits...*”, p. 567, e HENRI BATIFFOL, *Aspects...*, p. 233). No fundo, o estatuto real abrange “*toda e qualquer relação que tenha por objecto essa categoria de coisas*” (cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da qualificação...*, p. 49). A diferença de âmbito do estatuto real é, assim, evidente — cfr. RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 503, quando compara a aplicação da *lex situs* propugnada pelo DIP americano com as soluções conflituais dos sistemas de *Civil Law*, e “*The Conflict...*”, p. 231; ROBERTO BARSOTTI, “*Diritti...*”, p. 414.

Sobre o desenvolvimento histórico da introdução da *lex rei sitae* nos países de *Common Law*, vide MOFFAT HANCOCK, “*Full Faith and Credit to Foreign Laws and Judgements in Real Property Litigation: The Supreme Court and the Land Taboo*”, *Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, pp. 1299-1322, pp. 1302ss.

noutros domínios, tinha abandonado as regras de conflitos “*mechanical and territorially oriented*” justamente por conduzir a injustiças no resultado e por desconsiderar da *governmental analysis*, sustenta-se que o último reduto do método conflitual com matriz territorial no DIP americano (os imóveis) se deveria tão-somente ao facto de serem muito raras as decisões judiciais em litígios internacionais que envolvam a propriedade, o que não teria ainda dado oportunidade ao *Supreme Court* de revogar a regra conflitual vigente. Assim, propõe-se uma abordagem assente essencialmente nas ideias de CURRIE e pretende substituir-se o método conflitual por uma *functional approach*, procurando indagar, em cada litígio sobre coisa imóvel, qual a lei cuja política legislativa subjacente deve merecer aplicação<sup>997</sup>.

De acordo com tal método, a *lex rei sitae* poderá não ser a lei com mais interesse em ser aplicada: por exemplo, no que respeita aos poderes de promoção da execução da coisa do devedor, se a lei em que o credor depositou confiança lhe oferecer mais poderes do que a *lex situs*, deve privilegiar-se a primeira pois é essa a mais interessada na relação jurídico-real; ao invés, o desenho da *lex situs* (menos protectora do credor) dirige-se à protecção de terceiros, não tendo interesse em aplicar-se a este problema. Da mesma forma, tratando-se de uma relação jurídica entre não residentes e de regras que não contendam com a utilização, titularidade ou

---

<sup>997</sup> Cfr. MOFFAT HANCOCK (“Equitable...”, p. 1110 [criticando STORY por ter trazido as concepções europeias para o DIP americano]; “Conceptual...”, p. 8 [sustentando que a escassez de pronúncias judiciais é complementada pelo facto de as raras vezes em que os tribunais se pronunciam sobre estes problemas “*are inclined to accept as gospel the views of the text writers, especially when the latter are in agreement. Since the time of Story, American text writers have (with rare exceptions) unanimously supported the land taboo in all its ramifications*”]; “In the Parish of St. Mary le Bow, in the Ward of Cheap — Choice-of-Law Problems Resolved by Statutory Construction: The Charitable Testamentary Gift Cases”, *Stanford Law Review*, vol. 16, 1963-1964, pp. 561-628, p. 596, indicando casos onde o *Supreme Court of Pennsylvania* apreciou a *governmental interest analysis* das leis sobre a validade de uma disposição testamentária, concluindo *in casu* que a *lex situs* teria o maior interesse em aplicar-se) ROBBY ALDEN, “Modernizing...”, pp. 587 e 589; SUSAN WINDLE, “Choice of Law Governing Land Transactions: The Contract-Conveyance Dichotomy”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 111, 1962-1963, pp. 482-496, p. 496 (repudiando a dicotomia entre a *lex rei sitae* e a *lex contractus*, devendo caso a caso determinar-se qual a lei com maior interesse político em regular a situação). ALBERT A. EHRENZWEIG, *Private...*, p. 106. Sobre estas propostas, *vide* ainda DAVID F. CAVERS, “Contemporary...”, pp. 198ss. Uma análise da “*functional approach*” de HANCOCK pode encontrar-se em HERMA HILL KAY, “Testing the Modern Critics Against Moffat Hancock's Choice of Law Theories”, *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 525-545, pp. 530ss: o seu método dirige-se à busca da norma (e não da lei) cuja *policy* se realize pela respectiva aplicação — o que corresponde justamente ao método de CURRIE (embora centrado na *ratio legis*). Simplesmente, diferentemente de CURRIE, rejeita a opção de aplicação da *lex fori* quando a *policy* não seja identificável ou várias leis pretendam aplicar-se, caso em que HANCOCK prefere a *better law approach* e a selecção da lei mais justa. Em sentido crítico desta tese, *vide* DONALD THEODORE TRAUTMAN, “The Revolution in Choice of Law: Another Insight”, *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 1101-1112, pp. 1104ss (sustentando ser preferível a conexão tradicional). Sobre o método da *governmental interest analysis*, *vide* BRAINERD CURRIE, *Selected...*, pp. 177ss, e “Full Faith and Credit to Foreign Land Decrees”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 21, 1954, pp. 620-679, pp. 620ss, bem como a crítica de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), pp. 38ss. Sobre a influência de STORY no DIP anglo-saxónico, cfr. MAX GUTZWILLER, “Le développement...”, pp. 338ss.

Não obstante ser esta a proposta mais conhecida de superação da *situs rule*, avultam outras propostas, menos relevantes, que apontam para a questão de saber *quem* decide o litígio mais do que saber *como* se ele se resolve. Sobre estas, HERMA HILL KAY, “Testing...”, p. 527.

comercialização da coisa, não há interesse na *lex situs* em aplicar-se, pelo que o critério conflitual deve ceder<sup>998</sup>.

A proposta de superação da *situs rule* é fundamentada em três razões principais<sup>999</sup>.

Por um lado, sustenta-se que nenhum prejuízo haverá para protecção de adquirentes ou credores pelo abandono da *lex situs*, já que tal tutela seria garantida *quer* pela aplicação dessa lei às relações com terceiros, *quer* pelo sistema registal. Isto é, mesmo mobilizando outra lei aos direitos reais, poderia limitar-se a sua vocação apenas às relações *inter partes* (sustentando-se que a maioria dos litígios sobre imóveis se dará entre partes) pelo que a *policy oriented approach* permitiria salvaguardar o interesse da lei territorial sempre que o problema se colocasse na protecção dos terceiros. Por outro lado, o Registo Predial sempre publicitaria um regime estrangeiro, podendo subordinar-se a esse requisito a eficácia para terceiros de lei diferente do Estado de situação do prédio<sup>1000</sup>.

Em segundo lugar, sustenta-se que todas as razões fundamentantes da aplicação da *lex rei sitae* sempre poderiam ser tidas em conta na determinação casuística da escolha de lei perpetrada pela *governmental interest analysis*: seria dada preferência à *lex situs* sempre que se demonstrasse ser aquela com um maior interesse em aplicar os seus comandos. Simplesmente, *nem sempre* tal ocorreria<sup>1001</sup>. Ilustremos com o exemplo de WEINTRAUB: A é proprietário de um prédio situado no Estado X que confina com o prédio de B, no Estado Y. A constrói um canal de escoamento das águas para o prédio de B, aí causando uma

---

<sup>998</sup> Os exemplos são de RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 548, e "An inquiry...", p. 42, um dos principais representantes da corrente doutrinal americana que defende a superação da sujeição dos imóveis à *lex rei sitae*. Cfr., ainda, ROBBY ALDEN, "Modernizing...", pp. 585ss, e MOFFAT HANCOCK, "Full Faith...", pp. 1320ss (com outros exemplos de análise da *governmental interest analysis* que conduzem à aplicação de lei diferente da *lex rei sitae*).

<sup>999</sup> Na verdade, é mais longa a lista de argumentos da doutrina americana à *situs rule*. Simplesmente, a maioria das críticas dirige-se à aplicação da *lex rei sitae* a matérias que, no nosso sistema, não integram o estatuto real, (como a capacidade para ser titular de direitos reais sobre imóveis, a sucessão de imóveis ou a propriedade conjugal) — cfr. *supra* nota n.º 996. Assim se explicam as críticas de MOFFAT HANCOCK, "In the Parish...", p. 567, de que a *lex situs* não tem interesse político em regular a validade dos testamentos; e as consequências negativas da sujeição da sucessão de imóveis, da propriedade conjugal e da capacidade de disposição à *lex rei sitae* mencionadas por RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 518-539, e "An inquiry...", pp. 17ss. Sobre estas posições, *vide* BERNARD HANOTIAU, *Le droit...*, p. 279. Nessa medida, atentaremos somente às críticas dirigidas à sujeição das matérias do estatuto real (como *supra* definido) à lei da situação da coisa.

Sublinhe-se que o *restatement* de 1971 deixou de consagrar expressamente a regra da *lex rei sitae*, determinando, de forma mais cautelosa, a aplicação da "law that would be applied by the courts of the situs" (ANDREAS F. LOWENFELD, "Revolt...", p. 1424).

<sup>1000</sup> RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 502, e "An inquiry...", pp. 3-4; ROBBY ALDEN, "Modernizing...", p. 592. Sobre este assunto, embora relativo à eficácia de sentenças estrangeiras em matéria de direitos reais, cfr. BERT E. HOPKINS, "The extraterritorial effect of probate decrees", *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943-1944, pp. 221-270, p. 254.

<sup>1001</sup> "Of course, there are, as we have seen, certain rules of local law whose policies require that the court of the situs enforce them in all cases" (MOFFAT HANCOCK, "Equitable...", p. 1109). Segundo WILLIS L. M. REESE, "American...", pp. 141-142, a *lex rei sitae* deverá ser sempre aplicada no que concerne à determinação do uso a dar aos prédios (residencial, comercial) e às restrições impostas à propriedade, pois nesses casos será sempre a lei com maior interesse ver as suas normas mobilizadas.

inundação. Suponha-se agora que, de acordo com a lei do Estado X, A estaria onerado com uma *servidão legal de retenção das águas* a favor do prédio de B, respondendo pelos danos causados pelo escoamento outros prédios; de acordo com a lei do Estado Y, pelo contrário, A teria direito a escoar as águas para onde quisesse, sem responder pelos danos causados. Perante este caso, sustenta o Professor que “*There is no real conflict. X has no interest in imposing a servitude on A’s land when the state where the owner of the alleged dominant estate is resident and the injured land is situated has no rule conferring such a benefit on lands there*”. Assim, a substituição do método conflitual (e da sua cega *situs rule*) é francamente mais satisfatória do que uma digladição entre as normas reais das duas leis envolvidas, cada uma ao seu prédio. No fundo, a *functional approach* não teria por efeito a exclusão absoluta da lei da situação da coisa mas a sua *relativização*, porquanto se ressalvaria a aplicação de outra lei<sup>1002</sup>.

Por fim, argumenta-se que a aplicação cega e mecânica da *lex situs* gera decisões injustas e irracionais: pense-se no sistema de transferência de direitos reais por partilha na sequência de divórcio, caso em que as partes contarão com a aplicação cabal da lei reguladora do divórcio, ao invés de sujeitarem a transmissão da propriedade a tantas leis quantos os locais onde os bens se situarem<sup>1003</sup>.

Isto é, sugere-se que a determinação da lei aplicável às matérias incluídas no estatuto real tenha por critério a *governmental interests analysis*. Sem negar que o método frequentemente conduzirá à aplicação da *lex rei sitae*, sustenta-se que “*in many cases involving reality, however, the policies and interests manifested by a situs state’s laws are irrelevant*”<sup>1004</sup>.

---

<sup>1002</sup> RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 517 e 546; ROBBY ALDEN, "Modernizing...", p. 598.

Na doutrina conflitual tradicional, um caso próximo é tratado por J.-P. NIBOYET, "Les conflits...", pp. 470ss. O Professor procura responder ao problema colocado quando as normas jurídico-reais de Estados diferentes sejam incompatíveis e surjam litígios em imóveis fronteiriços, designadamente a constituição de uma servidão onerando um prédio a favor de imóvel confinante situado em país diferente (i), o problema dos limites de construção até à extrema (ii) ou da aquisição da meação de um muro divisório (iii).

As soluções a que chega o método tradicional são francamente insatisfatórias: quanto à questão de saber se é possível ao proprietário do prédio A, segundo a sua *lex rei sitae*, adquirir comunhão forçada sobre o muro divisório (figura desconhecida da lei do Estado onde se encontra o prédio B), conclui NIBOYET que “*il serait préférable que chacun construise son mur totalement à lui, et entièrement indépendant de l’autre en se conformant à la loi de sa situation*”, uma vez que “*aucune loi ne peut imposer son autorité à l’autre*”. Por outras palavras, não há solução para este problema, pelo que o melhor será evitá-lo (NIBOYET, *cit.*, p. 470). Quanto às servidões, o Autor propõe que sejam reguladas pela lei do prédio serviente (o que implica a qualificação da figura como um *gravame* e não como um *direito sobre coisa alheia*, fazendo uma qualificação *lege fori*), o que é discutível (p. 471).

<sup>1003</sup> Neste caso, sustenta ROBBY ALDEN, "Modernizing...", p. 598, gerar-se uma solução *irrational*, a que os tribunais americanos tentam fugir mediante contorcidas pronúncias judiciais, qualificando pretensões *in rem* como ações *in personam* (*cit.*, pp. 607). São vários os mecanismos utilizados, com especial destaque para a *equitable conversion*, expediente ficcional introduzido pelos tribunais de Nova Iorque para evitar decisões inaceitáveis e que é justificado pela doutrina como resposta ao *taboo of the situs rule*. Sobre estes mecanismos, *vide* MOFFAT HANCOCK, "In the Parish...", p. 624; "Equitable...", pp. 1112ss; "Conceptual...", pp. 11ss.

<sup>1004</sup> ROBBY ALDEN, "Modernizing...", pp. 610ss. Será o caso, segundo o Autor, das normas sobre a titularidade dos bens no quadro de uma relação matrimonial, das normas que proíbem um dos cônjuges de utilizar os seus bens para garantir dívidas do outro cônjuge e das regras sobre *constructive trusts*.



A proposta americana de superação do método conflitual não teve sucesso.

Em primeiro lugar, a tese só faz pleno sentido para quem fundar a *ratio* da opção conflitual da *lex rei sitae* nos interesses da lei territorial de organização político-económica do património imobiliário. Efectivamente, de todas as razões apontadas *supra* sustentando a opção pela lei da situação da coisa, será esse o único fundamento que decai, continuando os demais (com especial destaque para a necessidade de protecção dos interesses gerais do comércio e de segurança das transacções, a efectividade das decisões no Estado territorial e a uniformidade de lei aplicável) a indicar a *lex situs*. No fundo, o abandono da *lex situs* só seria óbvio para a *policy-oriented approach* no conflito de leis<sup>1005</sup>.

Por outro lado, as anunciadas vantagens da mobilização deste método aos direitos reais são, na verdade, inexistentes; e os problemas suscitados são, na prática, aqueles que surgem na abordagem tradicional. Olhemos ao mesmo exemplo de WEINTRAUB: se o caso se colocasse perante o método conflitual, a solução seria exactamente idêntica, conquanto a qualificação das normas de X e de Y fosse coerente<sup>1006</sup>; de facto, não se aplicariam as normas de X que permitiriam constituir uma servidão legal sobre o prédio de A, porquanto são normas que, pelo seu conteúdo e função, se qualificariam como relativas à definição dos limites da propriedade do prédio de B (que se situava em Y). Isto é, a substituição do método não criou nenhuma alteração à solução material ao caso<sup>1007</sup>.

Por fim, é pacífico que os métodos da revolução americana são insatisfatórios na regulação das situações privadas internacionais, não constituindo alternativa ao método conflitual que hoje se conhece na Europa (sobretudo depois dos movimentos de *flexibilização*, *materialização* e *políticação* que o orientam), embora possam com ele articular-se<sup>1008</sup>.

---

Como é bom de ver, boa parte das críticas dirige-se à qualificação como *real* de certas matérias que, em rigor, se não ligam ao estatuto jurídico da coisa — *maxime* a sucessão de imóveis ou as relações patrimoniais entre os cônjuges. Na verdade, não é necessário o abandono do método conflitual para sujeitar tais matérias à lei mais adequada aos interesses do DIP, como são prova os modernos sistemas de DIP europeus. Assim, não tem aplicação à nossa realidade a extensa e elaborada censura que se encontra em RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 518-539, e WILLIS L. M. REESE, "American...", p. 142.

<sup>1005</sup> De que CURRIE é um dos principais defensores. Sobre as desvantagens do seu método, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), pp. 38ss; DAVID F. CAVERS, "Contemporary...", pp. 200ss; GEORGES A. L. DROZ, "Regards...", p. 35.

<sup>1006</sup> Isto é, qualificando-se as normas de X e de Y da mesma forma (*real*), como definindo os limites materiais dos da propriedade sobre o prédio.

<sup>1007</sup> Ademais, se o conteúdo da lei X e Y se invertesse, reconhece o Professor que a *functional approach* geraria um problema grave: nesse caso, "X has an interest in permitting A to use land to the limit permitted by X law, and Y wishes to protect B and Y land" (RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, p. 547). Nessa eventualidade, o Autor retoma o método conflitual, propondo a superação do conflito de qualificações através de cooperação entre os juizes.

<sup>1008</sup> Uma análise da influência das propostas americanas no direito internacional privado europeu (mormente quanto à sua materialização, políticação e flexibilização), *vide* FRANK VISCHER, "New tendencies...", pp. 461ss. Sobre as insuficiências e impraticabilidade da proposta de CURRIE, *vide* ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 38ss; GERHARD KEGEL, "The crisis...", pp. 179ss; FRIEDRICH K. JUENGER, "Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis", *American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984, pp. 1-50, pp. 26ss.

No entanto, *apesar* de o *Second Restatement* manter a *situs rule*, a doutrina americana visou a sua superação, o que demonstra um primeiro vector de *dessacralização* da conexão. Afinal, não seria a primeira vez que as alterações no DIP europeu foram precedidas por novas abordagens ocorridas na ordem jurídica norte-americana.

## 1.2. A lei aplicável ao *trust* sobre imóveis: uma abertura à autonomia conflitual?

Tradicionalmente, no quadro do *trust sobre imóveis*, a titularidade dos direitos atribuídos a cada um dos seus intervenientes e a validade da respectiva constituição é matéria relegada à lei da situação da coisa. Na verdade, quer o DIP tradicional dos direitos anglo-saxónicos (que contém regras sobre *trust*) quer os sistemas continentais (que não admitem uma qualificação unitária do *trust*) remetem invariavelmente à *lex situs* que que concerne, pelo menos, aos aspectos jurídico-reais do instituto<sup>1009</sup>.

---

Desde logo, há que assinalar que a *governmental interest analysis* é insuficiente porque é “*an illusion to believe that for every private law rule the legislative purpose peremptorily urges the application of the rule to all multiple contact relations connecter with the enacting state by one or other peculiar connecting factor*” (WILHEM WENGLER, “The General...”, p. 358) e porque “*the lex fori will take priority over other solutions*”, sempre que se conclua que duas leis têm interesse em aplicar as suas normas (KEGEL, *cit.*, p. 126). Aliás, salienta JAN VON HEIN, “Of Older...”, pp. 467-468, que mesmo a doutrina americana (sobretudo do quadro da análise económica do direito) parece ter redescoberto o método conflitual e reconhecido, mais recentemente, os resultados insatisfatórios a que levaram as técnicas desenvolvidas no século XX para os conflitos de leis. Sobre a análise económica do direito, cfr. *supra* nota n.º 691 e PAULO DA MOTA PINTO, *Interesse...*, pp. 45ss. Quanto ao regresso desta doutrina à proposta da *lex rei sitae*, invertendo assim a tendência de repúdio desta conexão aventada no século XX, cfr. DANIEL KLIERMAN, *Jurisdiction, Choice of Law and Property*, USCGould School of Law, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2422470>, consultado em 5 de Maio de 2014, pp. 1ss.

Aliás, na jurisprudência, logo na década de oitenta se escreveu no Acórdão do *United States Court of Appeals* de 29 de Dezembro de 1987, 836 F. 2d 1055 — *Kaczmarek v. Allied Chemical Corporation*, n.º 7 que “*The new, flexible standards, such as “interest analysis” have caused pervasive uncertainty, higher cost of litigation, more forum shopping (a court has a natural inclination to apply the law it is most familiar with the forum’s law and will find it easier to go with this inclination if the conflict of laws rules are uncertain), and an uncritical drift in favor of plaintiffs*”.

<sup>1009</sup> Sobre a definição do *trust*, cfr. *supra* nota n.º 992 e bibliografia aí citada.

O direito conflitual clássico dos ordenamentos que conhecem o *equity trust* distingue três domínios do *trust*. *Em primeiro lugar*, a sua constituição subordina-se à lei indicada pelo direito internacional privado do país onde as coisas se situem (sendo esta designada a *lei do Trust*). Isto é, opera-se um reenvio ao DIP da *lex rei sitae*, demonstrando uma preocupação de efectividade próxima da que orienta o acolhimento da dimensão conflitual do princípio da maior proximidade. *Em segundo lugar*, no que tange à transferência da propriedade das coisas para o *trustee*, determina-se a aplicação da lei indicada pelas regras de conflitos da *lex fori* à alienação voluntária de coisas. Isto é, a aquisição do direito real pelo *trustee* é tida como consequência de um negócio jurídico com efeitos reais, pelo que se convocam uma *lex contractus* e uma lei reguladora dos direitos reais (porventura distintas), como em qualquer contrato translativo da propriedade de imóveis. *Por fim*, a determinação da lei aplicável à administração do *Trust* (nomeadamente, conteúdo e de poderes do *trustee* e do *beneficiary*) é, geralmente, a lei escolhida pelo *settlor*, conquanto a doutrina vá defendendo outros elementos de conexão. Para uma análise mais detalhada dos sistemas conflituais destes Estados, *vide* PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, p. 1034; MAURIZIO LUPOI, *Trusts*, 2.ª Edição, A. Giuffrè, Milano, 2001, pp. 368ss; KURT LIPSTEIN, “Chapter 23: Trusts”, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, RENÉ DAVID, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 1-42, p. 11; DAVID F. CAVERS, “Trusts *inter vivos* and the conflict of laws”, *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930, pp. 161-202, pp. 162-163, e “Contemporary...”, pp. 210ss; V. T. H. DELANY, “Charitable Trusts and the Conflict of Laws”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, pp. 385-400, pp. 386-387; ANNE WALLACE, “Choice of Law for trusts in Australia and the United Kingdom”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 454-482, pp.

Nessa medida, são evidentes as insuficiências desta solução sempre que as coisas se encontrem em Estado cuja lei não conheça o instituto: suponha-se um *trust mortis causa* sobre coisas situadas em Portugal, constituído por cidadão inglês. Centrando-nos nos direitos de natureza real atribuídos ao *beneficiário* e ao *trustee* (matérias incluídas no estatuto real) por morte do *settlor*, dever-se-á *atribuir a propriedade ao trustee*, ignorando pois as limitações que eventualmente que pudessem caber (i), ou *atribuir a propriedade ao sujeito que a virá a receber no fim do trust*, eliminando dessa forma os efeitos reais do *trust* (ii)? Como é bom de ver, nenhuma das soluções é verdadeiramente satisfatória: no primeiro caso, atribui-se ao *trustee* mais do que era pretendido pelo *settlor* (uma propriedade plena, porventura perpétua); no segundo, a aplicação da *lex rei sitae* tornou o *trust* pragmaticamente ineficaz<sup>1010</sup>.

Estes problemas encontraram eco na Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, que adoptou em 1984 a *Convenção sobre a Lei Aplicável ao Trust e ao seu Reconhecimento* plasmando justamente o *princípio da liberdade de escolha da lei aplicável*. No fundo, a disparidade

---

471-473; P. E. N. CROUCHER, "Trusts of Moveables in Private International Law", *Modern Law Review*, vol. 4, 1940, pp. 111-120, pp. 114ss; FRED S. LAFER E ALAN SIEGEL, "Trust of moveables in the Conflict of Laws", *New York University Law Review*, vol. 36, 1961, pp. 713-722, pp. 717ss; J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 286; e o nosso estudo "Reflexões...", pp. 368ss. Sublinhe-se, porém, a escassez de decisões judiciais sobre *Trusts* nos tribunais ingleses, o que, associado à origem pretoriana do DIP da *Common Law* prejudica decisivamente a construção do regime internacionalprivatístico (cfr. COLLIER, *cit.*, p. 9)

Quando certo sistema de DIP não preveja especificamente o *trust* no seu sistema conflitual (como sucede no direito pátrio), segundo cremos, as normas relativas à atribuição da titularidade e dos direitos reais sobre as coisas serão reclamadas da *lex rei sitae*, pois julgamos inequívoca a sua inclusão no estatuto real. Quanto às demais questões (validade substancial, obrigações e poderes do *trustee*, direitos do beneficiário, etc.), o problema mais complexo, pois dependerá da difícil qualificação que se fizer das normas respectivas. Não querendo abordar este problema (porquanto apenas nos interessa a lei aplicável ao domínio jurídico-real), sumariemos apenas as possibilidades da sua solução. Uma *primeira hipótese* estará na qualificação do *trust* como uma pessoa jurídica, determinando-as sujeitas à *lex societatis*. Uma *segunda tese* estará em assimilar os *trusts inter vivos* a contratos (determinando-se a *lex contractus* através das regras conflituais internas, já que o Regulamento Roma I exclui especificamente os *trusts* — alínea b) do n.º 2 do art. 1.º) e os *trusts mortis causa* a disposições testamentárias. *Vide*, entre outros, as propostas de qualificação de BENEDETTA UBERTAZZI, "El Trust...", p. 213; ADELINA CHONG, "The Common...", p. 863; UGO MATTEI, "Should Europe Codify Trust?", *Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden*, PETER BIRKS E ARIANNA PRETTO, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 235-251, p. 239; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, *El Trust y el Derecho Español*, Editorial Aranzadi — Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006, p. 39; EMMANUEL GAILLARD E DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, pp. 307-340, p. 311; MELHIM NAMEM CHALHUB, *Trust...*, p. 68; FLORENCE GUILLAUME, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, n.º 1, 2000, pp. 1-36, p. 28; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust: La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 72; GERARDO BROGGINI, "Trust e Fiducia nel Diritto Internazionale Privato", *Europa e diritto privato*, n.º 2, 1998, pp. 399-422, p. 418; BRUNO OPPETT, "Le trust dans le droit du commerce international", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 62, n.º 1, 1973, pp. 1-20, p. 7; KURT LIPSTEIN, "Trusts", p. 4; ADOLF F. SCHNITZER, "Le trust et la fondation dans les conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, 1965, pp. 479-489, p. 489.

A nossa opinião sobre o problema é dada no estudo *supra* mencionado, sendo certo que a ampla liberdade de modelação da figura e a profunda maleabilidade das suas funções geram dificuldades severas quando se pretenda elaborar uma *teoria geral* do direito aplicável ao *trust*. Os mesmos problemas subsistem se o problema for o da competência judicial, como ilustra JEAN-PAUL BÉRAUDO, "Le règlement des litiges relatifs à un trust", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 1-22, pp. 1ss.

<sup>1010</sup> Cfr., mais profundamente, o nosso estudo "Reflexões...", pp. 409ss. As mesmas consequências são indicadas por JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", pp. 897ss.

legislativa entre *trust States* e *non-trust States* parece ter encontrado na autonomia conflitual a solução. Ora, admitir que o *trust* se sujeita à lei escolhida pelo seu fundador é aceitar a submissão de uma figura com aspectos jurídico-reais ao princípio da autonomia conflitual<sup>1011</sup>.

É certo que, mesmo nos Estados onde vigora a convenção, há matérias excluídas do domínio da *lei do trust* e atribuídas à *lex rei sitae*: a natureza do direito do *trustee* e a oponibilidade a terceiros são questões cuja solução depende da *lex situs*. Da mesma forma, a Convenção tem pressuposta a transferência da titularidade dos bens para o *trustee* (necessariamente regulada pelo *estatuto real*)<sup>1012</sup> e determina a aplicação das normas designadas pela *regra de conflitos do foro* quanto à sequela do beneficiário, excluindo estas matérias do âmbito da lei escolhida pelo *settlor* quando o DIP do foro assim o estabelecer<sup>1013</sup>.

---

<sup>1011</sup> Neste sentido, PETER NORTH, "Choice in Choice of Law", *King's College Law Journal*, Vol. 3, 1992, pp. 29-48, p. 44; ROBERT STEVENS, "Party Autonomy and Property Rights", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 83-100, p. 96; BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 518.

A convenção foi ratificada por 12 Estados: Austrália, Canadá (quanto a 8 províncias), China (quanto à Região Administrativa Especial de Hong Kong), Itália, Luxemburgo, Liechtenstein, Malta, Mónaco, Holanda, São Marino, Suíça e Reino Unido (dados da Conferência da Haia disponíveis na internet via [http://www.hcch.net/index\\_en.php?act=conventions.status&cid=59](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.status&cid=59), consultados em 18 de Junho de 2015).

No que concerne ao sistema conflitual, a Convenção dispõe que o *trust* é regulado pela lei escolhida pelo *settlor*, afastando-se a aplicação dessa lei se esta não conhecer o instituto (art. 6.º). Na falta de escolha, estabelece-se uma *open-ended rule*, determinando-se a aplicação da lei com a qual o *trust* tenha uma ligação mais próxima. O legislador ofereceu, porém, os critérios em que o julgador se deve basear para a escolha da lei: o *local da administração* (i), a *situação dos bens* (ii), a *residência ou estabelecimento do trustee* (iii) e o local em que os objectivos do *trust* devem ser prosseguidos (iv). Igual opção foi seguida no Código Belga de Direito Internacional Privado (art. 124.º) (cfr. FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, pp. 695ss).

Para uma análise dos vários aspectos da convenção, vide MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao Trust...", pp. 1641ss; DAVID J. HAYTON, "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 260-282, pp. 260-282; ADAIR DYER, "Introductory...", pp. 274ss; BENEDETTA UBERTAZZI, "EL TRUST...", pp. 199ss; ANTONIO GAMBARO, ANDREA GIARDINA E GIULIO PONZANELLI, "Commentario alla Convenzione relativa alla Lege sui Trusts ed al loro Riconoscimento", *Le nuove leggi civili commentate*, Ano XVI, n.º 6, 1993, pp. 1211-1349, pp. 1211ss; ALFRED E. VON OVERBECK, "La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, vol. XLI, 1985, pp. 30-38, pp. 33ss; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust...*, pp. 101ss; DONOVAN WATERS, "The Hague Convention twenty years on", *Commercial Trusts in European Private Law*, MICHELE GRAZIADEI, UGO MATTEI E LIONEL SMITH, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 56-97, pp. 56ss; ANDREW G. PATON E ROSANNA GROSSO, "The Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition: implementation in Italy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, pp. 654-661, pp. 658ss; EMMANUEL GAILLARD E DONALD THEODORE TRAUTMAN, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 75, n.º 1, 1986, pp. 1-31, pp. 8ss; J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 288; J. H. A. VAN LOON, "The Increasing...", p. 107.

<sup>1012</sup> Cfr. art. 4.º da Convenção. Vide MAURIZIO LUPOI, *Trusts, cit.*, pp. 518ss, EMMANUEL GAILLARD E DONALD THEODORE TRAUTMAN, "Trusts...", pp. 330ss; DAVID J. HAYTON, "The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: a Common Law Perspective", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 121-134, p. 123.

<sup>1013</sup> Assim, embora a Convenção declare que o reconhecimento do *trust* à luz da lei escolhida implica "that the trust assets may be recovered when the trustee, in breach of trust, has mingled trust assets with his own property or has alienated trust assets", certo é que estabelece que "the rights and obligations of any third party holder of the assets shall remain subject to the law determined by the choice of law rules of the forum" (cfr. alínea d) do art. 11.º). Esta regra é entendida como atribuindo à *lex situs* a regulação da sequela; quando tal lei desconhecer o *trust*, o beneficiário poderá ser

Em segundo lugar, note-se a existência de limites à liberdade de escolha: não obstante não se exigir a opção por uma lei em contacto com o *trust*, a *professio iuris* só será válida se a legislação seleccionada conhecer o instituto do *trust*.

Por fim, a autonomia conflitual decai face a regras de aplicação imperativa indicadas pelo DIP do foro, nomeadamente em matéria de propriedade sobre imóveis, o que leva a doutrina a concluir estar reservada à *lex rei sitae* a aplicação das suas NANI<sup>1014</sup>.

Simplemente, não obstante a ausência de carácter absoluto, a Convenção da Haia dá um passo no sentido da dessacralização da regra da *lex rei sitae* ao submeter uma figura com aspectos jurídico-reais à lei escolhida pelo fundador. É essa a razão que leva LOUIS D'AVOUT a indicá-la como exemplo de *especialização* do DIP dos direitos reais, atribuindo a lei diferente aspectos até aqui cometidos à *lex situs* e materializando, mesmo no domínio dos imóveis, um alastramento da autonomia conflitual a figuras jurídico-reais<sup>1015</sup>.

### 1.3. A transmissão negocial dos direitos reais: a qualificação e a expansão do estatuto negocial

Outro domínio onde se duvidou da bondade de aplicação da *lex situs* é o da transmissão ou constituição negocial dos direitos reais, já que se dá por vontade das partes e que são estas quem tem o interesse relevante. Questiona-se, no fundo, a vocação da *lex rei sitae* à disciplina da transmissão do direito, sustentando-se a inadequação da *primazia do estatuto real* enquanto critério de delimitação dos estatutos real e negocial<sup>1016</sup>.

O cerne da argumentação radica, em *primeiro lugar*, na conveniência de um *estatuto único da venda imobiliária*, já que o contrato tem a transmissão do direito real como finalidade e objecto (mesmo nos sistemas que separam o contrato obrigacional e o negócio de

---

reduzido a uma pretensão de natureza creditória. Vide JONATHAN HARRIS, "The Trust in Private International Law", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 187-213, p. 197 (que sublinha o carácter fulcral, para o *trust*, da protecção do beneficiário); ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris... (2000)*, Vol. II, p. 1095; ANTONIO GAMBARO, ANDREA GIARDINA E GIULIO PONZANELLI, "Commentario...", p. 1212; CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS, *El Trust...*, p. 138.

<sup>1014</sup> Cfr. PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 498, e art. 15.º: "The Convention does not prevent the application of provisions of the law designated by the conflicts rules of the forum, in so far as those provisions cannot be derogated from by voluntary act, relating in particular to the following matters: a) the protection of minors and incapable parties; b) the personal and proprietary effects of marriage; c) succession rights, testate and intestate, especially the indefeasible shares of spouses and relatives; d) the transfer of title to property and security interests in property; e) the protection of creditors in matters of insolvency; f) the protection, in other respects, of third parties acting in good faith". Quanto aos limites à escolha de lei, cfr. PETER NORTH, "Choice...", p. 45, e o art. 6.º, explicado na nota n.º 1011.

<sup>1015</sup> Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 11. No mesmo sentido, ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 344ss; A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 375.

<sup>1016</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 123: "A competência da *lex rei sitae* em matéria de transmissão negocial da propriedade sempre suscitou dúvidas". Da mesma forma, traçando um quadro histórico da sujeição da transmissão negocial da propriedade, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 638. Vide o que dissemos *supra*, pp. 94ss.

disposição). Na verdade, a sujeição do contrato e dos efeitos reais a leis diferentes é geradora de volumosas dificuldades, seja porque o estatuto real cria limites à liberdade contratual, seja porque a legitimidade contratual para vender depende da titularidade do direito a alienar, apreciada pelo estatuto real. Tal preocupação, aliás, parece ter fundado a opção do legislador conflitual comunitário de, na falta de escolha, submeter à *lex rei sitae* os contratos com objecto em direitos reais sobre imóveis, procurando um *estatuto único da venda*<sup>1017</sup>.

*Em segundo lugar*, subjaz o argumento de que, justificando-se a *lex rei sitae* na tutela de terceiros, não subsistem razões para aplicar esta lei sempre que estes não existam ou não mereçam protecção, devendo privilegiar-se a lei escolhida pelas partes para o *negócio* também nos aspectos reais<sup>1018</sup>.

Nesta sequência, multiplicam-se as propostas de *relativização do papel da lex rei sitae* e da atribuição à *lex contractus* de uma palavra mais relevante na disciplina da transmissão ou constituição do direito real, seja no quadro da reserva de propriedade, seja através da delimitação de estatutos por atenção ao carácter interno ou interno dos efeitos (*inter partes*, vigoraria a *lex contractus*, para terceiros a *lex rei sitae*). Qualquer destas teses tem por efeito a ampliação da autonomia da vontade a domínios tradicionalmente inclusos no estatuto real, constituindo um afastamento do *Land Taboo* e a sua substituição pela liberdade de escolha da lei aplicável, respondendo objectivamente às insuficiências que a conexão clássica tem demonstrado<sup>1019</sup>. Simplesmente, não se foi suficientemente longe de modo a afastar a

---

<sup>1017</sup> Cfr. alínea c) do n.º 1 do art. 4.º do Regulamento ROMA I e, na doutrina, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 124 ("isto levou à extensão da competência da *lex rei sitae* aos contratos de venda de imóveis, como conexão subsidiária"); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 249; ANTONIO LEANDRO, "Artículo 4.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 637-671, p. 650 (que alude não apenas ao propósito de *estatuto único da venda imobiliária* como de *coincidência forum-ius*, atendendo à competência judiciária exclusiva dos tribunais da situação da coisa, potenciando assim a aplicação da lei do foro e promovendo o princípio da boa administração da justiça); PIETRO FRANZINA, "Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 593, dell'17 Giugno 2008 (ROMA I)", *Codice Civile e Leggi Collegate — Commento Giurisprudenziale Sistematico*, Tomo II, G. CIAN E ALBERTO TRABUCCHI, CEDAM, Padova, 2010, pp. 6115-6173, p. 6137, e "Artículo 4.º...", pp. 706-708 (que, além do argumento do estatuto único da venda imobiliária [i], da coincidência *forum-ius* e potenciação da aplicação da lei do foro [ii], justifica a opção conflitual no facto de, em alguns países, certos negócios imobiliários terem forçosamente de ter lugar no país da situação da coisa, pelo que se estabelece um ainda maior contacto entre o contrato e a situação da coisa). A eventual incompatibilidade de estatutos é explicada por JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1089, e MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 124.

<sup>1018</sup> Cfr. as propostas de delimitação do estatuto real explicadas *supra*, pp. 98ss. Neste sentido, RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 502; ROLF WEBER, "Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 510-530, p. 519; HENDRIK VERHAGEN E SANNE VAN DONGEN, "Cross-border assignments under Rome I", *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 1-21, pp. 17-19 (que utilizam esta tese para a cessão de créditos mas expressamente a aplicam a *coisas móveis* [p. 17]).

<sup>1019</sup> A expressão "*relativização do papel da lex rei sitae*" é de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 153. Como notam KURT SIEHR, "Internationales...", p. 153, AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 11, DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 437, ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 197, e KARL KREUZER, "La

aplicação forçosa da *lex rei sitae*: em qualquer dessas teses, como vimos, a aplicação da *lex contractus* cinge-se às relações *inter partes*, sob pena de terceiros virem a ser injustamente prejudicados<sup>1020</sup>.

Mais recentemente, porém, surgem concepções mais arrojadas, aparentemente intervindo ao nível da qualificação.

Em primeiro lugar, assume relevância a tese de KURT SIEHR, que defende a sujeição da *constituição e transmissão* dos direitos reais à lei da autonomia, deixando à *lex situs* apenas o conteúdo e exercício dos direitos reais. No fundo, reconhecendo as insuficiências da *lex rei sitae*, pesando as dificuldades de delimitação de estatutos perante o critério da *primazia relativa* e aceitando a bondade dos argumentos que contestam tal juízo (nomeadamente por tutelar os terceiros em demasia e proteger deficientemente as partes — verdadeiras interessadas), sustenta-se que os fundamentos da *situs rule* se preenchem quando se lhe atribui o conteúdo do direito — a única dimensão que interessa a terceiros. Já a transmissão diz respeito apenas às partes, não havendo razão para lhes negar a escolha do modo de atribuição dos direitos<sup>1021</sup>.

Em segundo lugar, olhe-se à tese de PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ. Aceitando, como princípio, a *primazia relativa do estatuto real* nos termos *supra* explicados, os Professores abrem uma excepção para os direitos reais que são *gerados* (e não apenas transmitidos) *por negócio jurídico* — a constituição de direitos menores subtraídos ao direito do constituinte, como a hipoteca e o usufruto. Nestes casos, sustentam ser “*impossible de soumettre à deux lois différents la question du principe de la création (ou de l’organisation) et celle de son objet. Les deux choses sont indissociables[...]. L’accord des parties — pour se limiter au contrat — a, en effet, porté sur la création ou organisation d’un certain droit, comportant des prérogatives précises qu’elles ont envisagées*”<sup>1022</sup>.

Ora, se é incindível o negócio que se dirigiu a constituir *um concreto direito* e o direito por este criado, importa saber qual a lei reguladora — a *lex contractus* ou a *lex rei sitae*. Os

---

propriété...”, p. 120, esta tendência é especialmente evidente nas normas dos arts. 104.º da LFDIP e 2.º a 5.º da Convenção da Haia de 1958 sobre lei aplicável à transferência da propriedade nas transacções internacionais de mercadorias — *vide* o que dissemos *supra*, nota 146.

Sobre a restrição da *situs rule* no domínio da reserva de propriedade, *vide* LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 129; sobre a sujeição das garantias reais à lei reguladora do crédito, *vide* o que dizemos *infra*, sobre a tese de MAYER e HEUZÉ; sobre a tese da delimitação de estatutos por referência ao carácter interno ou externo das relações, *vide* o que dissemos a propósito dessa concepção (pp. 94ss) e doutrina aí citada.

<sup>1020</sup> *Vide supra* pp. 98ss. O sublinhado é de ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 28.

<sup>1021</sup> Cfr. KURT SIEHR, “Internationales...”, p. 154: „Zumindest das Verfügungsgeschäft sollte einer Rechtswahl zugänglich sein, während Inhalt und Ausübung eines dinglichen Rechts, also die Drittwirkungen weiterhin der jeweiligen *lex rei sitae* unterstehen müssen“. No que respeita ao negócio de disposição, só se excluem da *lei escolhida* os mecanismos de tutela de terceiros de boa fé que adquiriram de quem não era proprietário (plasmando o sistema *posse vale título*, como a do art. 1153.º do *Codice Civile Italiano*), pois a susceptibilidade de uma coisa ser transaccionada diz respeito ao exercício de poderes sobre a coisa e, assim, submete-se à *lex rei sitae* (*ibidem*, p. 154). Sobre a delimitação de estatutos, *vide* o que escrevemos *supra*, pp. 94ss.

<sup>1022</sup> PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 497. Segundo os Autores, há uma incindível ligação psicológica entre o acto constitutivo e o concreto direito que as partes quiseram constituir.

Mestres não têm dúvidas: “*ces arguments en faveur de la loi d'autonomie sont plus forts que ces qui fondent la compétence de la loi réelle*”. Sustenta-se dever ser a lei escolhida pelas partes a regular cabalmente a constituição e o conteúdo do direito real — reservando-se à *lex rei sitae* o papel de *loi de police*, aplicando as suas normas apenas em 5 domínios determinados: exploração de riquezas naturais, definição dos tipos de direitos reais admissíveis (ainda que com conteúdo diferente), protecção das garantias com grau de prioridade anterior, exercício do direito de sequela e liberdade de transmissão das coisas<sup>1023</sup>. Concretizando, a aceitação desta tese implica poder constituir-se uma hipoteca sobre coisa situada em Portugal sujeita à lei alemã (que, como lei da autonomia, disciplinará o negócio e o direito *gerado* por este negócio). Assim, esta garantia podia ser *independente* (porque tal é admitido à luz da lei alemã), e só poderiam mobilizar-se as normas lusas tendentes à protecção de terceiros ou do Estado. A proposta vem estabelecer, por via da qualificação, a *autonomia conflitual* nos direitos reais *gerados* por negócio jurídico, ressaltando à *lex situs* apenas a protecção mínima dos interesses do Estado e dos terceiros<sup>1024</sup>.

Em suma, independentemente da bondade destas duas propostas doutrinárias, a verdade é que também por via da qualificação a *lex rei sitae* vem perdendo terreno, mesmo nas relações com terceiros, vislumbrando-se um alastramento da autonomia conflitual para aspectos tradicionalmente incluídos no estatuto real.

#### 1.4. Os meios de transporte e as coisas em trânsito.

Outro domínio onde são identificáveis desvios à regra da *lex rei sitae* nos ordenamentos jurídico-conflituais europeus é o dos meios de transporte (navios, aeronaves, material ferroviário, etc.), atendendo à desadequação da lei da situação da coisa, que levantaria dificuldades e inconvenientes. Como se percebe, não apenas se trata de coisas móveis (susceptíveis, portanto, de gerar problemas de sucessão de estatutos caso a situação da coisa se mantenha como conexão relevante) como a respectiva mobilidade é a sua função económica. São coisas que verão constantemente alterado o local da sua situação (podendo mesmo frequentemente encontrar-se em espaços internacionais, não sujeitos à soberania ou

---

<sup>1023</sup> PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 498. Uma das grandes vantagens da tese será, assim, a maior facilidade na delimitação dos estatutos — cfr. CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 176; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 58.

<sup>1024</sup> No fundo, o papel reservado à *lex rei sitae* na proposta de MAYER é o de “*une loi de police corrigeant le jeu de la loi d'autonomie*” (YVON LOUSSOUARN, "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1982-1983, pp. 91-120, p. 108). Esta proposta funda-se no entendimento de que a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais não é verdadeiramente uma opção conflitual mas a consideração de que muitas normas da *lex situs* são normas de aplicação necessária e imediata. Trata-se de uma tendência relevante na explicação da aplicabilidade da lei territorial aos imóveis, extensamente explicada e criticada por LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble...*, pp. 199ss.



jurisdição de qualquer Estado). Assim, não será curial fazer depender a validade dos direitos reais sobre si incidentes pela lei do local onde ocasionalmente se encontrem: a situação da coisa será muitas vezes aleatória, não cumprindo qualquer das finalidades por que foi escolhida como conexão relevante<sup>1025</sup>.

Há, então, um leque variado de critérios (o Estado da matrícula ou registo, o local do porto, o Estado do pavilhão, a sede social do proprietário, etc.) que, em comum, têm apenas duas coisas: a derrogação da *situs rule* (ou, pelo menos, a sua *ficção*) e o reconhecimento de que aplicar lei da situação aos direitos reais sobre estas coisas a não cumpriria nenhum dos objectivos que a opção conflitual visava atingir — mormente a segurança do comércio<sup>1026</sup>.

Outro foco de dificuldades reside nas *coisas em trânsito*, importando identificar a lei aplicável aos efeitos reais de um contrato que sobre elas incida. Como é evidente, a vocação da *lex situs* não cumpre qualquer das respectivas finalidades, sobretudo nos casos em que constitua o direito de um país de passagem e em que a coisa não haja tido contacto com o comércio local<sup>1027</sup>.

---

<sup>1025</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 15; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 259; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 6; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 545 (que apelidam tais bens de “*supermuebles*”); ROY GOODE, “The Cape Town... (2013)”, p. 222 (que, referindo-se à regra da *lex rei sitae*, explica que “*this works well enough as a conflicts rule for assets that typically remain in one place, but is unsuited to high value tangible movables that typically cross national borders in everyday use, in particular aircraft and railway rolling stock*”). O mesmo problema se coloca no quadro da competência judiciária, quando se utilize naquele domínio a mesma conexão (cfr. PIETRO FRANZINA, “The proposed new rule of special jurisdiction regarding rights *in rem* in moveable property: a good option for a reformed Brussels I Regulation?”, *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 25, n.º 3, 2011, pp. 789-808, p. 808; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 535).

<sup>1026</sup> Neste sentido MICHAEL BRIDGE, “English conflicts...”, p. 125; NURIA BOUZA VIDAL, “Artículo 10, apartado 2”, cap. I (quando sustenta que a *lex situs* “*resulta poco idónea cuando se trata de medios de transporte que por su propia naturaleza y función están destinados a desplazarse continuamente de un lugar a otro*”); MICHEL CABRILLAC, “La reconnaissance...”, p. 491; EDOARDO VITTA, *Diritto...*, Vol. III, p. 62; ULRICH DROBNIG, “The recognition...”, p. 295. Sobre as várias hipóteses, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3729, pp. 358ss; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, pp. 886ss; CATHERINE KESSEDIAN, “The Conflict...”, p. 166. Como sublinha ROY GOODE, “The International...”, p. 19, se a *ficção da situs pelo local de registo* resolve os problemas relativos a aviões ou automóveis, o critério não é perfeito, pois não existe, por exemplo, registo de vagões ferroviários.

De destaque é a opção dos legisladores espanhol e alemão no que respeita aos automóveis: inversamente do que estabeleceram quanto aos demais meios de transporte (submetidos à lei do local do registo, pavilhão ou matrícula), os automóveis são expressamente submetidos ao domínio da *lex rei sitae*. Tal opção dever-se-á, em Espanha, à “*configuración de España como una potencia turística que implica la entrada masiva en nuestro territorio de vehículos automóviles, y la consiguiente conveniencia, algo espuria, de controlar su régimen real a través de la aplicación de la ley española como lex rei sitae*” (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 546; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 249); na Alemanha, à consideração de que o registo dos automóveis não tem as mesmas finalidades dos outros meios de transporte (HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “La loi...”, p. 666). Sublinhe-se porém que, por força do n.º 2 do §45 EGBGB, mesmo esta regra conhece uma excepção no que tange às *garantias reais sobre meios de transporte*, que serão sujeitas à lei reguladora do crédito, admitindo aqui a autonomia conflitual. Voltaremos *infra* a esta opção legislativa.

<sup>1027</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 14, e JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 23. O conceito jurídico de “*em trânsito*” não coincide com o movimento físico da coisa mas verifica-se quando esta se encontra em curso de transporte (ainda que ocasionalmente esteja imobilizada por razões técnicas em algum armazém, porto ou estação ferroviária — cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 546).

Assim, a generalidade dos sistemas de DIP afasta a aplicação da lei de situação da coisa, escolhendo uma entre várias hipóteses — mobilização da *lei do país de expedição, lei do Estado a que pertence o meio de transporte; lei do local do país de destino; opção das partes entre a lei do país de proveniência e o país de destino*, reservando alguns sistemas as regras especiais apenas para os casos em que os bens não são localizáveis<sup>1028</sup>.

Mais do que a análise da correcta opção conflitual — porquanto o problema se não coloca no objecto do nosso estudo<sup>1029</sup> —, discute-se se o elemento de conexão para coisas em trânsito consubstancia uma *regra especial*, que afasta a aplicação da *lex rei sitae*. Segundo a maioria da doutrina, qualquer das opções consubstancia uma *excepção à lex situs*: estará em causa a procura de um elemento de conexão com que as partes contassem, uma vez que a situação *real* da coisa naquele momento não salvaguarda as expectativas das partes. Pelo contrário, certos Autores encontram aqui uma regra sobre sucessão de estatutos, escolhendo somente “*o momento relevante da conexão lei do lugar da situação da coisa*”<sup>1030</sup>.

No que aqui nos interessa, qualquer que seja a concepção adoptada, não pode negar-se existir um desvio na realização da conexão “*situação da coisa*”, já que o direito real das coisas em trânsito *não é regulado pela lei do Estado onde a coisa se situa*. Nessa medida, também este

---

<sup>1028</sup> O legislador conflitual português optou por subordinar este regime à lei do país de destino (n.º 2 do art. 46.º CC), solução também adoptada pelas leis italiana (art. 52.º da *Legge 31 maggio 1995, n.º 218*), quebequense (n.º 2 do art. 3097.º do *Code Civil de Québec*), suíça (art. 101.º LFDIP) e francesa (embora em França o critério se utilize apenas se os bens não forem localizáveis e salvo se forem transportados por avião ou navio, caso em que se opta pela lei do registo ou do pavilhão daquele) — CATHERINE KESSEDJIAN, “The Conflict...”, p. 166; FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto...*, Vol. II, p. 121; GIAN CARLO VENTURINI, “Property”, p. 12 (que analisa criticamente esta solução). Já o direito espanhol privilegia a autonomia conflitual, admitindo às partes a opção entre a lei do país de precedência e de destino; na falta de escolha, vigorará a lei do país de expedição (cfr. art. 10.1 do Código Civil Espanhol e NURIA BOUZA VIDAL, “Artículo 10, apartado 1”, cap. II, n.º 3; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 250. Para JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, cit.*, p. 548, porém, não há aqui qualquer autonomia conflitual mas apenas a inferência das partes que consideravam o bem situado em certo local). O DIP inglês, na maioria das decisões, não abandona a aplicação da *lex situs*, o que vem gerando importantes críticas — JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1083.

Outro problema que tais regras colocam é a definição de “*res in transitu*”, de que aqui não nos ocuparemos. Sobre esta questão, *vide* KURT SIEHR, “Internationales...”, p. 150.

<sup>1029</sup> Atente-se, porém, que JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 875, alerta poderem existir problemas de conflitos móveis sobre coisas imóveis. O Autor recorda os casos de transladação de túmulos egípcios para vários países ocorrida no século XX ou de frescos bizantinos retirados do Chipre.

<sup>1030</sup> No sentido de que há uma *excepção à lex rei sitae*, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, “Conflitos...”, n.º 3729, p. 361; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 260; M. HANS LEWALD, “Droit...”, p. 375; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 637; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Derechos Reales...”, p. 884 (que defende adoptar-se outro elemento de conexão embora ficcionando que neste se realiza a conexão clássica); NURIA BOUZA VIDAL, “Artículo 10, apartado 1”, cap. II, n.º 3; J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 250; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, cit.*, pp. 546ss; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, “Las cosas...”, p. 248. Defendendo apenas o carácter de *solução do conflito móvel*, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 435, e *Conjugação...*, p. 14.

Por nossa parte, julgamos não poder dizer-se que se trata aqui de uma regra de solução do conflito móvel. Na verdade, o conflito móvel ocorre quando o direito constituído ao abrigo de certa lei é posto em perigo pela deslocação da coisa, modificando-se a concretização do elemento de conexão. Ora, no que aqui se trata é de determinar, *ab initio*, a lei reguladora dos efeitos reais de dado contrato sobre coisa em trânsito.

domínio demonstra a *especialização* dos direitos reais, voltando a retirar à *lex rei sitae* a regulação de aspectos que lhe seriam atribuídos.

### 1.5. Garantias reais sobre coisas móveis e a inadequação da *lex situs*<sup>1031</sup>

Um dos primeiros domínios onde se notou a necessidade de superação da opção conflitual unitária de todos os direitos reais foi o das garantias mobiliárias (sobretudo a partir da década de setenta, quando ocorreu um incremento da concessão de crédito internacional com garantia mobiliária), principalmente pelo risco gerado em virtude de o direito do credor se poder alterar em consequência da deslocação da coisa<sup>1032</sup>.

De facto, o movimento da coisa implica a alteração da conexão relevante, gerando um problema de sucessão de estatutos no que tange ao conteúdo e efeitos do direito real<sup>1033</sup>, com resultados eventualmente desastrosos para posição jurídica do credor: caso se aplique a *nova lei* ao conteúdo da garantia e poderes do titular (a direitos reais constituídos sob a égide

---

<sup>1031</sup> Rigorosamente, as propostas de superação da *lex rei sitae* que aqui analisamos são dirigidas a *todos os direitos reais sobre coisas móveis* e não apenas aos direitos reais de garantia. Todavia, examinaremos tais teses à luz das garantias mobiliárias: *por um lado*, atente-se que é no domínio das cauções que se devem descobrir fundamentos potencialmente transponíveis para a hipoteca; *por outro*, veremos que certa doutrina sustenta ser aceitável a incerteza gerada pelo conflito móvel nos direitos reais de gozo mas não no domínio das garantias reais.

<sup>1032</sup> O conflito móvel foi, indiscutivelmente, o problema que gerou a discussão da aplicabilidade da *lex rei sitae* às garantias reais sobre móveis (LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 87) e estará na base das propostas doutrinárias de superação da *situs rule* no âmbito das garantias mobiliárias como forma de potenciar a sua circulação (ANDREA BONOMI, "La nécessité...", p. 509). Acresce que a *situs rule* gera problemas no domínio do comércio internacional quando confluem bens onerados com garantias constituídas ao abrigo de leis diferentes. Veja-se o caso relatado por ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, "Introduction", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 1-7, p. 2, quanto a bens presentes no porto de Roterdão provenientes de pontos diferentes no mundo.

Sobre o peso crescente destas garantias no fim do século passado, *vide* ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten...", p. 469, e "European Conflict...", pp. 165-166, (relatando o seu uso no crédito à exportação); GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 3 (documentando a maior utilização depois da II Guerra); ISABELLE JUVET, *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, Peter Lang, Berna, 1991, p. 7.

<sup>1033</sup> Neste conflito móvel, as dificuldades surgem quanto aos aspectos duradouros da garantia (conteúdo e efeitos do direito) e não quanto à sua faceta instantânea (validade da constituição), já que esta é pacificamente atribuída ao estatuto anterior. Cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 539; ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 789; TITO BALLARINO, *Diritto...*, p. 559; PETER NORTH, "Reform, but not Revolution — General Course on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1990-I, Tomo 220, 1990, pp. 9-288, p. 263; G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto...*, p. 217; BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, "Free...", p. 240; MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "Las cosas...", p. 263; THEODOR J. R. SCHILLING, "Some European decisions on non-possessory security rights in private international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, pp. 87-114, p. 89.

Sobre a solução do conflito móvel nos direitos reais sobre coisas móveis, *vide* ainda FRANÇOIS RIGAUX, "Le conflit mobile en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1966-I, Tomo 117, 1966, pp. 329-444, pp. 362ss; ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 197; GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 13; RENÉ VAN ROOIJ E MAURICE V. POLAK, *Private...*, p. 161; LEO RAAPE, *Internationales...*, pp. 593ss; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 8; HANS STOLL, "Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43-46 EGBGB", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 4, 2000, pp. 259-270, pp. 457ss. No sentido de que o conflito móvel é mais grave nas garantias do que nos demais direitos reais, cfr. FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 678, e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 879 (que, em consequência, propõem a adopção de diferentes soluções face às que defende para os demais direitos reais).

da lei anterior) — privilegiando os interesses de *harmonia material*, geração de um estatuto jurídico-real único e protecção de terceiros —, pode conduzir-se à invalidação da garantia (por faltar um requisito legal, como a posse ou o registo) ou ao seu enfraquecimento (quando a correspondente figura da nova lei não seja equivalente à anterior), e surgem problemas de *substituição* e de *transposição*<sup>1034</sup>. Se, pelo contrário, se determinar a aplicação da lei anterior (privilegiando a segurança do credor), a nova *lex rei sitae* será necessariamente chamada com papel de limite, pois o comércio jurídico não poderá ser surpreendido com garantias desconhecidas (sobretudo se no Estado da nova situação vigorar o princípio da taxatividade dos direitos reais). Assim, em qualquer dos modos de solução do conflito móvel, os efeitos da garantia sujeitar-se-ão a uma dupla condição, cingindo-se aos permitidos pelas duas leis<sup>1035</sup>.

---

<sup>1034</sup> A transposição, desenvolvida por M. HANS LEWALD, "Règles...", pp. 127ss (que lembra ser mais um problema de *direito comparado* do que de *direito de conflitos*) é um expediente de direito internacional privado que consiste na tradução, na lei competente, de um instituto jurídico constituído ao abrigo de outra lei. Parece ser exactamente este instituto a que alude o legislador comunitário no art. 31.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012 sob a epígrafe de "adaptação", quando determina (aliás à semelhança do n.º 2 do art. 15.º da Convenção da Haia sobre o reconhecimento dos *trusts*) que os direitos reais atribuídos pela *lex successionis* desconhecidos da *lex rei sitae* devem ser traduzidos no instituto mais próximo que a *lex situs* previr (vide ANGELO DAVÌ E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", pp. 19-20). A transposição difere da simples aplicação da *nova lei* porque só pode ser recebida uma garantia que fosse válida à luz da lei antiga, pelo que esta não deixa de ser relevante: é o estatuto antigo que determina a *constituição do direito real*.

Como lembra EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 49, o instituto da *transposição* foi usado mesmo antes do curso de LEWALD no Acórdão do *Court of Appeal of England and Wales Colorado*, de 12 de Fevereiro de 1923: na questão de saber o grau de prioridade entre uma *hypothèque maritime* constituída ao abrigo anterior *lex rei sitae* e um direito de retenção gerado na nova *lex situs*, o Tribunal transpôs a garantia francesa num instituto próximo da lei inglesa, mobilizando de seguida as regras de prioridade do direito anglo-saxónico. Na jurisprudência europeia são conhecidos outros exemplos: vide o Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 20.03.1963 (BGHZ 39, 173), que transpôs um penhor de direito francês em propriedade fiduciária de direito alemão (cfr. CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 172, e PIERRE MAYER, "Les conflits...", n.º 14); o Acórdão do *Hoge Raad der Nederlanden* de 23 de Abril de 1999, *Tanzania National Bank of Commerce c. Sisal*, publicado na *Neue Justiz*, 2000, pp. 30ss, que transformou uma *floating charge* em penhores sem desapossamento sobre cada um dos bens da sociedade devedora (sobre o Acórdão, BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, "Free...", p. 241).

Sobre a transposição aplicada às garantias reais e as dificuldades de reprodução, na nova lei, do direito constituído ao abrigo do estatuto anterior, vide LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 180; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 286; JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", pp. 41ss; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 78; ERIK JAYME, "Identité...", p. 118; EVA-MARIA KIENINGER, *cit.*, p. 48; ULRICH DROBNIG, "Mobiliarsicherheiten...", p. 478 (que propõe a elaboração de listas de equivalência que permitissem ao país de destino *transpor* a garantia para o instituto mais próximo àquele da sua constituição); ULRICH DROBNIG E ROY GOODE, "Security...", p. 347; ERIK JAYME, "Transposition...", p. 244; ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, pp. 49-53; ISABELLE JUVET, *Des sûretés...*, pp. 41ss; AKKERMANS e RAMAEKERS, *cit.*, p. 241 ("The property right cannot continue to exist as it was created, as this would mean applying foreign property law, and instead will be transformed into the national equivalent in the receiving *numerus clausus* as best as possible. 'Recognition' is therefore transformation into another right that might — or might not — have the same effect"); MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "Las cosas...", p. 266; KARL KREUZER, "Conflict-of-Laws...", p. 299.

Para ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Breves...", pp. 58-59, a *transposição* não é verdadeiramente separável da *substituição*, uma vez que o problema que coloca é o de saber se o pressuposto da aplicação do direito material estrangeiro convocado pode encontrar equivalente na lei que é chamada a reger outros efeitos.

<sup>1035</sup> Esta consequência é, aliás, assumida pelo n.º 2 do §43 EGBGB, que estabelece a manutenção dos direitos constituídos à luz da lei antiga mas limita o seu exercício aos trâmites na nova *lex situs*. Neste sentido, ANDREA BONOMI, "La necessità...", p. 508; FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, "La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 507-536, p. 508; HANS STOLL, "Zur gesetzlichen...", p. 260; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 665; BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 526; A.

Em ambas as opções, o risco em que é colocada a subsistência da garantia pela deslocação da coisa põe em causa a segurança de terceiros e a tutela do comércio, justamente os fundamentos que conduziram à aplicação da *lex rei sitae* ao estatuto real. Estes problemas são potenciados se existirem várias garantias sobre a mesma coisa constituídas ao abrigo de leis diferentes, gerando-se dificuldades no estabelecimento da prioridade. Assim, apesar de a deslocação da coisa não implicar necessariamente a invalidação da garantia, há um risco de esvaziamento dos poderes do credor, problema mais sensível nas garantias do que nos demais direitos reais. O obstáculo é sentido principalmente em figuras onde não existe regulação substantiva similar — *maxime* no penhor sem desapossamento (ou *hipoteca mobiliária*), alienação fiduciária e reserva de propriedade, sendo o culpado apenas um: o critério conflitual<sup>1036</sup>.

---

V. M. STRUYCKEN, "Les conséquences...", p. 363; KARL KREUZER, "Conflict-of-Laws...", p. 299; ULRICH DROBNIG, "The recognition...", p. 301; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance...", p. 227.

Na doutrina, só conhecemos uma arrojadíssima posição que determina a aplicação constante da *lei do país de origem da garantia*, ainda que surpreendendo o comércio jurídico no Estado da nova situação da coisa. Curiosamente, uma opinião de quase um século — ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, *Principes...*, Tomo III, p. 255 (que sustenta, com poucas exceções, a aplicação da lei do país de origem e a impossibilidade de utilização da excepção de ordem pública internacional do país da nova *lex rei sitae*). O Professor radica o seu entendimento na existência de garantias ocultas no direito francês, o que demonstra que não choca os princípios fundamentais do foro a existência de um penhor sem desapossamento constituído ao abrigo de lei estrangeira).

Tem relevância, ainda, a concepção de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 542, e de HANS VERHEUL, "La reconnaissance...", p. 128, segundo o problema se não coloca nas relações *inter partes*, ficando estas sujeitas sempre à lei do estatuto anterior. Segundo os Professores, mesmo que a lei nova não conheça a garantia, tal não constitui obstáculo porquanto o princípio do *numerus clausus* só actua no confronto com terceiros.

<sup>1036</sup> Cfr. ERIK JAYME, "Identité...", p. 117; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance...", p. 226; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 48; ULRICH DROBNIG, "German...", p. 152, e "Mobiliarsicherheiten...", p. 470; IAN F. FLETCHER E HAMISH ANDERSON, "The Insolvency...", p. 258; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 285 ("les avantages de la règle de conflit s'estompent fortement avec la catégorie des meubles. [...] La mobilité des seconds fait perdre à la localisation matérielle beaucoup des titres qu'elle présente à constituer un rattachement pratiquement indiscutable pour les premiers"); MICHEL CABRILLAC, "La reconnaissance...", p. 488; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 4; KARL KREUZER, "La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 3, 1995, pp. 465-505, pp. 470-472; RENÉ VAN ROOIJ E MAURICE V. POLAK, *Private...*, pp. 160ss; GARY WATT, "The Eurohypothecc...", p. 179; GIAN CARLO VENTURINI, "Property", p. 14, e "Diritti Reali...", p. 779; ANNA VENEZIANO, "The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 123-135, p. 126; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 517; ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 777 (reclamando regulação conflitual específica para as garantias reais sem desapossamento); NURIA BOUZA VIDAL, "La Armonización de la Publicidad Registral de las Garantías Mobiliarias: una alternativa a la *lex rei sitae*", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegria Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 255-265, pp. 255-257 (que se dedica principalmente sobre as garantias de móveis sujeitos a registo e conclui a inscrição não é admitida no novo Estado de situação da coisa); PETER NORTH, "Reform, but not...", p. 259; HORST EIDENMÜLLER, "Secured...", p. 281 ("this rule may have dramatic consequences for security rights"); GERARDO BROGGINI, "Le garanzie...", p. 355; WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 39; ANNE RÖTHEL, "Internationales...", p. 1030 (que sublinha a proliferação na Alemanha de garantias reais com problemas de reconhecimento originárias de outros Estados-Membros [Holanda, França, Luxemburgo]).

Segundo DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 124, EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 20, RÖTHEL, *cit.*, p. 1030, e BASEDOW, *cit.*, p. 226, a raiz do problema reside na disparidade de regulação e não tanto no critério conflitual: este simplesmente não resolve satisfatoriamente os conflitos entre leis tão diferentes.

Para certa doutrina, nas situações intracomunitárias, a invalidação da garantia é proibida pelas regras de direito europeu primário, que impõem ao Estado de destino (pelo menos) a transposição para a nova *lex rei sitae*, conquanto esta não atribua ao credor uma posição mais vantajosa daquela que tinha na anterior *lex situs*: a obrigação de “*transposition into a minus*”. A ineficácia da garantia pela simples deslocação do seu objecto é entendida como obstáculo às liberdades de circulação (uma *medida de efeito equivalente* a uma restrição quantitativa proibida pelo art. 34.º TFUE não justificada por qualquer razão de ordem pública) impondo por isso uma alteração do paradigma conflitual. No fundo, faz-se uma ligação à jurisprudência das liberdades fundamentais e, baseando-se no princípio do reconhecimento mútuo, determina-se que a circulação de uma coisa não pode implicar o desaparecimento de direitos sobre si constituídos no país de origem, mesmo que desconhecidos do direito do Estado de destino<sup>1037</sup>.

---

Todavia, se o juízo da *lex rei sitae* “*wäre unproblematisch, wenn das materielle Recht so große Ähnlichkeit aufweisen würde*” (RÖTHEL, *ibidem*). Também neste sentido, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “LAS GARANTÍAS...”, p. 1188: “*No es infrecuente que frente a un tipo de garantía real desconocida en el foro, los tribunales nieguen toda virtualidad a la garantía que no tiene equivalente en la lex fori. La difícil, a veces imposible, tarea de compatibilizar sistemas de Derecho material de contenidos ampliamente divergentes y que obedecen a principios inarmonizables tiene fatales consecuencias para el reconocimiento de las garantías reales constituidas en el extranjero*”.

Sobre o penhor sem desapossamento, ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO, “Derechos...”, pp. 970ss.

<sup>1037</sup> Sobre a analogia *vide* CHRISTIANE WENDEHORST, “Sachenrecht...”, pp. 220 e 271; WULF-HENNING ROTH, “Die Freiheiten...”, p. 24; ANNE RÖTHEL, “Internationales...”, p. 1028.

Esta tese é defendida por BRAM AKKERMANS, “Property law and internal...”, p. 206 (entendendo que o não reconhecimento da garantia constitui uma *restrição de efeito equivalente* à liberdade de circulação de mercadorias — “*When, because of the application of lex rei sitae, a certain national system of property law applies, and a property right created under the law is not recognised by another Member State, this will affect the way in which trade between these Member States is conducted*”); BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, “Free...”, p. 242 (considerando que uma conversão de uma *floating charge* inglesa em *penhores sem desapossamento* holandeses seria expressamente proibida pela fórmula *Dassonville*), p. 247 (frisando, depois de uma aturada análise da jurisprudência europeia, que a invalidação ou enfraquecimento de garantias são efeitos abrangidos pelo conceito de *medida de efeito equivalente a uma restrição quantitativa*) e p. 250 (afastando a abrangência da restrição pelo regime derogatório por considerar não cumprido o requisito da proporcionalidade — arguindo que haveria *outras medidas* de tutelar o comércio local, como a sujeição a superiores exigências registais); EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 7 e 53ss; AXEL FLESSNER, “Security...”, p. 342 (“*After Centros, Überseering and Inspire Art, it is no longer allowed to nullify a corporation switching its business into another member state, nor to force it into an unwanted new legal form. Why should it be different when property is moved the same way?*”); WULF-HENNING ROTH, “Secured...”, pp. 41-42 e 59ss (explicando que a invalidação de garantias pela deslocação da coisa coarcta a liberdade de os operadores económicos a transportarem, contrariando-se o desígnio da liberdade de circulação de mercadorias), e “Die Freiheiten...”, p. 25 (sublinhando que a *transposição* para o instituto mais próximo será o mecanismo mais amigo das liberdades europeias); DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. I, p. 454; CHRISTOPH SCHMID, “Options...”, p. 63, (defendendo a necessidade de se reconhecer *sempre* a garantia, ainda com uma menor extensão — “*such a transposition is mandated by the basic freedoms. Indeed, the restriction of the freedom of capital (which encompasses the right of a debtor to secure debt by mortgage) through the wholesale non-recognition of a foreign real property right is not proportional if the right could have been exercised, after the good has crossed the border, in the form of a similar national-security right*”); HORST EIDENMÜLLER, “Secured...”, p. 282 (sustentando que o Tribunal de Justiça passará rapidamente a, através do princípio do reconhecimento mútuo, criar concorrência legislativa nesta matéria, salvo se as instituições vierem a aprovar uma regra de conflitos que determine autonomia conflitual nesta área); ANNE RÖTHEL, “Internationales...”, p. 1031 (defendendo que a eventual *transposição* para a nova *lex rei sitae* não pode implicar, por analogia com a jurisprudência *Überseering*, uma limitação dos direitos dos credor, ainda que tal provoque alguma redução da tutela de terceiros [p. 1032]); JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 41; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 53; ANDREA BONOMI, “La nécessité...”, p.

Ainda que a imposição exista, e mesmo quando é possível a transposição, a operação não é inócua sob o ponto de vista da segurança do credor. Muitas vezes trata-se de conversão para um *minus*, diminuindo os poderes inicialmente atribuídos ao seu titular. A deslocação da coisa onerada pode, ainda assim, prejudicar o credor<sup>1038</sup>.

A realidade é, porém, mais grave. Mais do que o mero enfraquecimento da garantia, um pouco por toda a Europa são conhecidas decisões judiciais que conduzem à ineficácia da caução quando a coisa se desloca para país cuja lei não preveja instituto semelhante (*quer* por impossibilidade de transposição da garantia ao direito da *nova situação da coisa* [negando a *equivalência* dos institutos do Estado de destino face aos constituídos no país de origem], *quer* por aplicação dos limites da nova *lex rei sitae*), protegendo terceiros de uma garantia que não podiam conhecer. Esta jurisprudência cria um vício nefasto: permite ao devedor transportar a coisa onerada como forma de a expurgar de um penhor ou de um direito de retenção<sup>1039</sup>.

---

514, e "La riserva...", p. 778; FRIEDRICH K. JUENGER, "Private...", p. 5, e as conclusões do GEDIP — MARC FALLON, PATRICK KINSCH E CHRISTIAN KOHLER, *Le droit international privé européen en construction — Building European Private International Law*, Vingt ans de travaux du GEDIP — Twenty Years' Work by GEDIP, Intersentia, Cambridge, 2011, p. 91, e MARC FALLON, "Groupe européen de droit international privé — Quatrième réunion, Barcelone, 29septembre - 1er octobre 1994", *Revue Belge de Droit International*, vol. XXVII, n.º 2, 1994, pp. 717-721, p. 720. A aceitação desta concepção pressupõe, pois, que o *princípio do reconhecimento mútuo* se aplica às garantias reais, sendo ilícito o não reconhecimento de uma caução mobiliária constituída ao abrigo da lei do país de origem — EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 53; ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, p. 77; SERGIO NASARRE AZNAR, "The Integration...", p. 48.

Considerando esta tese com profundidade, *vide* WENDEHORST, *cit.*, p. 272 (que todavia rejeita a conclusão de que uma solução conflitual decorra das normas europeias); DIETER MARTINY, "Lex rei sitae...", p. 125 e, com especial rigor, THOMAS PFEIFFER, "Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 20, 2000, pp. 270-281, pp. 276-277 (que indaga se os interesses de protecção do comércio e de segurança jurídica dos terceiros — que sustentam a *lex rei sitae* e o *numerus clausus* — não devem ceder às liberdades fundamentais, ao abrigo do regime de salvaguarda).

Sublinhe-se que este problema já se colocou ao Tribunal de Justiça a propósito de uma *reserva de propriedade* de coisa constituída na Alemanha mais tarde transportada para a Holanda, importando saber se tal figura prevalecia sobre o privilégio creditório do Estado (como dispõe a lei alemã) ou se cedia perante aquele (como postula a lei neerlandesa) — cfr. Acórdão *Krantz* (*cit.* nota n.º 946). À data, o Juiz comunitário considerou que "a circunstância de os nacionais de outros Estados-membros hesitarem em vender a prestações bens a compradores do Estado-membro em causa porque estes bens correm o risco de ser penhorados pelo Ontvanger se os compradores não pagarem as suas dívidas fiscais neerlandesas é demasiado aleatória e indirecta para que uma disposição nacional autorizando tal penhora possa ser vista como sendo susceptível de entrar o comércio entre os Estados-membros", o que é considerado por BRAM AKKERMANS E EVELINE RAMAEKERS, "Free...", p. 238, um "surprisingly disappointing judgement". Teve no entanto o condão de confirmar a abrangência das garantias reais pelo direito europeu, ainda que neste caso se tivesse tido a ligação por "demasiado aleatória e indirecta".

<sup>1038</sup> Neste sentido, AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 24; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 493. É este facto que leva WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 37, a considerar que as garantias mobiliárias estão num mundo diferente daquele que se vive na Europa comunitária, porquanto "Security right that has been validly created with regard to a movable under the law of one Member State runs the risk of being wiped out in the very moment that the movable is exported to another Member State".

<sup>1039</sup> Em França, os dois arestos mais famosos sobre este problema são antigos. No Acórdão da *Cour de Cassation* de 8 de Julho de 1969 (*Société DLAC*) surgia uma garantia constituída sobre um automóvel na Alemanha a favor de um banco alemão (e, portanto, sujeita à lei alemã) como contrapartida do financiamento da respectiva aquisição. As feições da garantia estariam algures entre um *penhor sem desapossamento* e uma *reserva de propriedade a favor do financiador*. Sucede que o automóvel foi trazido para França, onde um credor do proprietário da viatura (uma oficina) exerceu *direito de retenção*. Ora, pretendendo o banco alemão invocar a sua garantia, o tribunal considerou que o direito em causa (ao atribuir a propriedade da coisa ao credor) constituía um *pacto comissório*,

proibido pela lei francesa enquanto *lei aplicável ao estatuto real*, e invalidou a garantia. *Vide* os comentários de HELÈNE GAUDEMÉT-TALLON, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (*Société DIAC*)", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 1970-II, 1970, n.º 16182, de JEAN DERRUPPÉ, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (*Société DIAC*)", *Journal du Droit International*, Ano 97, 1970, pp. 916-923, pp. 917ss e de PHILIPPE FOUCHARD, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (*Société DIAC*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 60, 1971, pp. 75-86, pp. 76ss.

No Acórdão de 3 de Maio de 1973, *Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV*, o caso era próximo: uma sociedade construtora holandesa (A) vendeu materiais industriais a certo banco holandês (B) que os revendeu pelo mesmo preço, à sociedade A, ficando esta obrigada a pagar o preço a prestações. Os materiais mantiveram-se sempre na posse da sociedade holandesa A que, mais tarde, os cedeu a uma terceira sociedade holandesa (C), que os introduziu em França. Ora, nesta altura uma sociedade francesa credora de C quis penhorar os bens, acto que conheceu a oposição do banco holandês, que invocava a propriedade sobre as coisas em face de uma *reserva de propriedade* operada pelo direito neerlandês. A *Cour de Cassation*, porém, viu nesta figura um *penhor sem desapossamento* que, nos termos da lei francesa (enquanto *lex rei sitae*) não era oponível a terceiros, pelo que permitiu a penhora e, na prática, invalidou o direito do banco holandês. No fundo, parece ter concluído que a *lex rei sitae* antiga é aplicável à constituição da garantia mas que a sua eficácia depende do novo estatuto, o que em concreto se revelava impossível. Sobre o Acórdão, *vide* PHILIPPE FOUCHARD, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 3 de Maio de 1973 (*Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV*)", *Journal du Droit International*, Ano 102, 1975, pp. 74-82, pp. 75ss; E. MEZGER, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 3 de Maio de 1973 (*Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 63, 1974, pp. 100-109, pp. 103ss.

Nos dois arestos ocorre o *esvaziamento das garantias por efeito da deslocação da coisa*, mas não é evidente se a *Cour de Cassation* decidiu sujeitar os direitos à *nova lex rei sitae* [i] se tentou, sem sucesso, proceder à *transposição* daqueles direitos (até porque, como bem notam EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 49; ISABELLE JUVET, *Des sûretés...*, p. 42; e WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 40, as possibilidades de transposição não são ilimitadas, resultando por vezes na invalidação da garantia [ii] ou se a aplicação da lei francesa decorreu da mobilização da excepção de ordem pública internacional [iii] (como parece ter decidido o Tribunal de Primeira Instância no caso *Société DIAC* [cfr. GAUDEMÉT-TALLON, *cit.*]). Assim, abriu-se debate na doutrina, *quer* quanto à tese seguida pelo tribunal, *quer* quanto à bondade da solução.

No fundo, e nas palavras de GAUDEMÉT-TALLON, *cit.*, n.º 16182, há aqui uma *opção impossível* entre a tutela do credor (opção pela *lei antiga*) e tutela dos terceiros (opção pela aplicação da *lei nova*), gerando-se em qualquer dos casos uma solução francamente insatisfatória, opinião partilhada por ERIK JAYME, "Transposition...", p. 242. Já JEAN DERRUPPÉ, "Comentário ao Acórdão *Société DIAC*", p. 922, considera ser simples a opção, devendo privilegiar-se sempre os terceiros, protegendo-os de um ónus que não podiam conhecer, mesmo criando injustiça para as partes. No mesmo sentido, sustenta PHILIPPE FOUCHARD, "Comentário ao Acórdão *Nederlandsche...*", p. 82, que a lei antiga poderia arrastar maiores inconvenientes do que a solução seguida.

Sobre a jurisprudência francesa, *vide* ANDREA BONOMI, "La nécessité...", p. 508; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 678; NURIA BOUZA VIDAL, "Artículo 10, apartado 1", cap. III, n.º 2; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 499; PIERRE MAYER, "Les conflits...", n.º 15; ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", p. 63; CATHERINE KESSEDJIAN, "The Conflict...", pp. 171-175 (indicando vários casos em que a transposição não é possível); MICHEL CABRILLAC, "La reconnaissance...", pp. 496ss; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 57; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, pp. 9 e sobretudo 65ss; KARL KREUZER, "La reconnaissance...", p. 472; ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, p. 54; REINHARD DAMMANN, "Fiducie-sûreté...", p. 31; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance...", p. 226.

O resultado a que chegou a *Cour de Cassation* (que redundou na aplicação da lei do país de destino) é comum noutros países da Europa: na Suíça, é esta a interpretação dada ao n.º 2 do art. 100.º LFDIP (cfr. KARL KREUZER, "La propriété...", pp. 58 e 255) e jurisprudência aí citada; no Reino Unido, veja-se a decisão da *House of Lords* que, em sede de recurso de uma decisão da *Court of Session* [tribunal superior da Escócia], determinou a ineficácia na Escócia de uma reserva de propriedade admitida pela *lei de origem* (alemã), na falta de registo [Acórdão da *House of Lords, Armour and Another v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, 1991, All E. R. 481 (H. L.) — *vide*, sobre ele, F. A. MANN, "Zur Wirkung des Eigentumsvorbehalts in England und Schottland", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 44, n.º 10, 1991, p. 608,], ou as decisões dos Tribunais Escoceses que recusam a eficácia do mesmo direito constituído no estrangeiro com fundamento na ordem pública internacional [Acórdão do Sheriff Court of Glasgow and Strathkelvin at Glasgow, *Hammer und Söhne v. H. W. T. Realisations Ltd.*, 1985, Sheriff Court Reports, 21]. Sobre esta jurisprudência, *vide* JAYME, *cit.*, pp. 241 e 248. A tónica comum é a de que se considerou aplicável à validade da garantia o estatuto da *lei de origem* embora a transposição nem sempre tenha sido possível, designadamente por mobilização da excepção de ordem pública internacional. Atente-se, todavia, que nem toda a jurisprudência escocesa seguiu este caminho, porquanto o Acórdão do Sheriff Court of Glasgow and Strathkelvin at Glasgow *Zahnrad Fabrik Passau GmbH v. Terex Ltd.* [1986] S. L. T.,



Perante este *status quo*, encontram-se três constatações. *Em primeiro lugar*, assiste-se a um absurdo contraponto entre os resultados do regime conflitual das obrigações contratuais (onde vigora a autonomia) e das garantias reais dessas mesmas obrigações, sujeitas imperativamente a uma mutável lei da situação da coisa: “*prévisibilité, stabilité et sécurité des obligations contractuelles; imprévisibilité, instabilité et insécurité des droits réels*”<sup>1040</sup>.

*Em segundo lugar*, e atendendo à natureza acessória de muitas garantias reais, observamos uma certa ilogicidade na solução do conflito de leis (porquanto a caução se rege

---

84, reconheceu eficácia à reserva de propriedade existente no direito alemão, negando ao administrador de insolvência uma aquisição por acesso a favor da massa insolvente. Sobre o modo de solução deste problema na *common law*, vide THEODOR J. R. SCHILLING, "Some...", pp. 94ss.

Já na jurisprudência alemã, pelo contrário, a solução propugnada é a da sujeição da garantia à lei do país de origem (desde a década de sessenta, segundo PHILIPPE FOUCHARD, "Comentário ao Acórdão *Nederlandsche*...", p. 82), procurando salvaguardar a validade do direito e protegendo o comércio internacional. Assim, atente-se no Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 11 de Março de 1991, *Neue Juristische Wochenschrift*, onde se reconheceu a validade de uma hipoteca sobre veículo automóvel constituída ao abrigo do direito italiano — JAYME, *cit.* pp. 242-243; KARL KREUZER, "La propriété...", p. 82, e "La reconnaissance...", (que considera, porém, que este caminho não será possível em matéria de execução, momento em que se impõe uma *transposição* para o direito alemão); ULRICH DROBNIG, "Secured Credit...", p. 64; CHRISTOPH SCHMID, "Options...", p. 64; FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, "La reconnaissance...", p. 509; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance...", p. 227.

Em 1999, essa orientação foi positivada no n.º 2 do §43 EGBGB, — HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 664 (explicando a formulação negativa da norma como forma de evitar ingerências noutros sistemas internacionalprivatísticos). Repare-se, porém, que a aplicação da lei do país de origem tem como limite as normas da nova *lex rei sitae*, proibindo-se o exercício dos direitos que forem incompatíveis com o novo estatuto. Em face desta regra, alguma doutrina defende só serem reconhecidas as garantias *transponíveis* para o direito do país de destino (cfr. SONNENBERGER, *cit.*, p. 665) enquanto que outra afasta aqui a *transposição*, referindo-se a uma *limitação material, um direito de veto*, da nova *lex situs* (cfr. THOMAS PFEIFFER, "Der Stand...", p. 273).

Há uma excepção a este mecanismo no n.º 3 do §43 EGBGB, mediante regra de conflitos unilateral que estabelece a aplicação da lei germânica para as coisas que se desloquem para a Alemanha quando esta lei faça produzir um direito real que não se havia constituído na lei do país de origem. O exemplo de escola é o de uma garantia real convencional que não se gerou porque, no país onde a coisa se encontrava no momento do negócio, aí se exigia certa publicidade. A deslocação da coisa para a Alemanha, cuja lei não estabelecia certo requisito, torna a garantia eficaz por força deste n.º 3. O legislador de 1999, quando introduziu esta regra, mais não fez que incorporar a jurisprudência do *Bundesgerichtshof*, que acautelava os direitos reais constituídos sobre coisas que iriam ser exportadas para a Alemanha e em que as partes simplesmente tivessem antecipado essa deslocação, cumprindo já a lei do país de destino (*vide*, SONNENBERGER, *cit.*, p. 666, e PFEIFFER, *cit.*, p. 273). A natureza *conflitual* deste n.º 3 é controversa, defendendo alguma doutrina tratar-se de uma regra de DIP material (cfr. CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", p. 221). O expediente não é, todavia, ilimitado, sendo vedada a sua utilização retroactiva quanto ao estatuto de uma coisa constituído ao abrigo de lei estrangeira — cfr., ANDREAS ENGEL, "Internationales Sachenrecht: Verjährung nach Statutenwechsel", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 34, n.º 6, 2014, pp. 520-524, p. 523.

Semelhante solução vigora na Holanda, por aplicação do art. 5.º da Lei de 25 de Fevereiro de 2008, sobre o DIP dos direitos reais, que estabelece a aplicação da lei do país de origem, embora restringindo-se o exercício dos direitos ao permitido pela lei do país de destino — cfr. AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 25.

<sup>1040</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 8. No mesmo sentido, KURT SIEHR, "Internationales...", p. 154, (que se refere ao carácter aleatório do estatuto real da coisa); MARC FALLON, "Les conflits...", p. 79; ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 53; PIERRE MAYER, "Les conflits...", n.º 10; YVON LOUSSOUARN, "Les conflits...", p. 91. À *variabilidade* do estatuto real da coisa móvel, acrescem os problemas de *desconhecimento da localização da coisa*, de que é paradigmático o caso relatado por KURT SIEHR, "Internationales...", p. 155, sobre um automóvel roubado na Holanda e encontrado na Alemanha, importando saber se a propriedade se tinha transmitido quando era desconhecida a sua localização no momento relevante.

Não espanta, por isso, que o comércio internacional prefira as garantias pessoais, onde a generalidade da doutrina sufraga a sua sujeição à lei reguladora do crédito ou à lei pelas partes escolhida — cfr. JACQUES MESTRE, "Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1986-1988, pp. 58-74, pp. 60ss; JÜRGEN BASEDOW, "La reconnaissance...", p. 225.

por lei diferente da do crédito de cuja existência depende) e graves dificuldades de qualificação. Pense-se no exemplo do direito de retenção ou do privilégio creditório sobre coisa vendida (previsto em algumas legislações), a implicar que “*the ultimate choice of an applicable law is dictated by a priori decisions as to the theory of characterisation in conflict of laws*”<sup>1041</sup>.

Por fim, é evidente uma *sobrevalorização* do interesse dos terceiros face ao do credor titular do direito, contraditória com o regime substantivo de muitas garantias mobiliárias. De facto, nas relações *internas* pode não ser evidente aos terceiros a existência da garantia (lembrem-se os privilégios creditórios ou as garantias sem posse), sem que isso implique qualquer dificuldade. Nessa medida, a opção conflitual nem se justificará pela publicidade, pois o próprio instituto interno não a acarreta. Ademais, a determinação da lei aplicável através da situação da coisa também pode não proteger terceiros, porquanto eles próprios são assolados pela incerteza inerente ao risco da deslocação<sup>1042</sup>.

É nesta sequência que a doutrina vem propondo a *alteração do paradigma conflitual*: advoga-se a subtracção das garantias mobiliárias do domínio genérico da *lex rei sitae*, considerando-se que aquelas não se harmonizam com o tratamento conflitual *indiferenciado* dos direitos reais, até porque a regra da *lex rei sitae* prejudica o objectivo que a fundamenta: a segurança e estabilidade do comércio jurídico<sup>1043</sup>.

As propostas são variadas, tendo em comum apenas a existência de *autonomia conflitual* no estatuto real: concepções há que postulam que *certas garantias reais*, de natureza muito próxima com a obrigação caucionada, façam uma vocação da lei reguladora do crédito, ainda que de forma não autónoma; outras teses sufragam a concessão às partes do poder de neutralização da insegurança derivada da conexão real através submissão da garantia à *lex contractus* (aceitando a autonomia conflitual no estatuto real) ou pelo menos à *lex originis*; por fim, parte substancial da doutrina defende a *autonomia conflitual* (ainda que limitada) nas garantias reais mobiliárias. Em qualquer destas propostas, parece concluir-se que o problema

---

<sup>1041</sup> É o problema detectado por M. R. CHESTERMAN, "Choice...", p. 221, a que também alude HUGH COLLINS, *The European Civil...*, p. 68.

<sup>1042</sup> BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 286. Sobre a *sobrevalorização* da segurança dos terceiros, cfr. FRITZ STURM, "Neue Vorschläge zur IPR-Reform", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 27, n.º 23, 1974, pp. 1036-1037, p. 1037.

<sup>1043</sup> *Vide*, com particular veemência, CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 1 (que não apenas chama a atenção para o facto de os clássicos fundamentos da *lex rei sitae* estarem idealizados para o gozo da coisa como para os péssimos resultados que a solução tem dado no que concerne à protecção do comércio jurídico); ISABELLE JUVET, *Des sûretés...*, p. 74 (que contesta os fundamentos e os resultados do alastramento da *situs rule* às garantias mobiliárias); YVON LOUSSOUARN, "Les conflits...", p. 107 (que alude à "*forte tendance doctrinale fondée sur la constatation de la spécificité des sûretés mobilières par rapports aux sûretés immobilières*").

reside na existência de *dois estatutos*, advogando-se o fim da conexão autónoma dos aspectos reais e fazendo alastrar a *lei da autonomia* à garantia real<sup>1044</sup>.

---

<sup>1044</sup> Mesmo na doutrina nacional se descobrem controvérsias ao domínio da *situs rule*. Veja-se a proposta de ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Parecer...", pp. 79-80, que quanto ao *direito de retenção* e ao *privilegio creditório sobre a coisa vendida*, propõe uma conexão múltipla cumulativa: "*à lex situs obligationis deverá caber a força geradora do privilegio, à lex situs competir a a força impeditiva*", ideia que tem alguma consagração em decisões jurisprudenciais canadianas (cfr. M. R. CHESTERMAN, "Choice...", p. 224, que sublinha depender sempre o *poder de execução* e as demais relações perante terceiros da *lex situs* — pp. 230 e 234). Isto é, reserva-se à *lex situs* o papel de *loi de police*, protegendo os terceiros, na terminologia de GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, pp. 18 e 36ss (que apelida a esta concepção a *teoria do cúmulo*). Esta tese redundará numa solução muito restritiva, como se percebe: a eficácia da garantia depende do acordo das duas leis chamadas. Ora, a circulação do objecto implicará muitas vezes a inutilização da caução, que era justamente o que se queria evitar (cfr. KHAIRALLAH, *cit.*, p. 60).

A aplicação da lei da autonomia às garantias reais mobiliárias é sufragada por HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Comentário...", capítulo II-C e III (que a sustenta no facto de a *lex rei sitae* não cumprir a sua *ratio* nas coisas móveis [criando maior incerteza e estabilidade do que a lei da autonomia]); STOLL (que numa primeira fase ["Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 450-467, pp. 452ss] defendia a escolha, nas transacções internacionais que pressupõem a deslocação da coisa, entre a lei do país de origem e de destino [e talvez ainda as leis do vendedor ou do comprador], desde que explícita [p. 456], e numa segunda fase ["Zur gesetzlichen...", pp. 264-265] defende a viabilidade actual de afastamento da *lex rei sitae* através de *professio iuris*, por via da cláusula de excepção do §46 EGBGB, pelo menos nas relações *inter partes*); THOMAS PFEIFFER, "Der Stand...", p. 273, que defende esta possibilidade baseada também no §46 EGBGB, embora envolta em muitas cautelas; ULRICH DROBNIG, "Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 32, 1968, pp. 450-472, p. 460, que a sustenta com as limitações de ser uma escolha *expressa* (i), apenas admitida para *coisas móveis objecto de importação ou exportação* (ii) e limitando-se a opção entre as leis dos países de importação e exportação (iii); ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 43 (que a funda no *princípio do reconhecimento mútuo*); MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 137 (embora apenas nas relações *inter partes*); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 498 (que, como vimos *supra* p. 508, mandam aplicar a *lex contractus* aos direitos reais gerados por negócio jurídico, chamando a *lex rei sitae* como limite em cinco domínios); KHAIRALLAH, *cit.*, pp. 220ss (aceitando que o problema está na dualidade de estatutos e considerando impossível subtrair as relações obrigacionais à lei da autonomia, pesquisa os fundamentos da aplicação necessária da *lex rei sitae* ao estatuto real, concluindo pela sua dispensabilidade, e defende a *professio iuris* como forma de superação do conflito móvel e da difícil delimitação de estatutos, reforçando a segurança jurídica); ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", pp. 521ss (reservando à *lex rei sitae* a aplicação de normas imperativas destinadas à tutela de terceiros — p. 523); ISABELLE JUVET, *Des sûretés...*, p. 83 (conquanto limitada às ordens jurídicas com contacto com a coisa e reservando à *lex rei sitae* um papel de *loi de police*); HORST EIDENMÜLLER, "Secured...", p. 282 (sustentando que o Tribunal de Justiça deverá criar a autonomia conflitual com base na doutrina das liberdades fundamentais ou a sua consagração através da qualificação negocial ou pessoal das garantias); AXEL FLESSNER, "Security...", p. 346 (desde que o objecto do direito esteja sujeito a um *registo europeu*); ANNE RÖTHEL, "Internationales...", p. 1034 (que, todavia, reconhece as dificuldades decorrentes da previsível *race for the bottom* e, assim, a sustenta apenas nas relações *inter partes*); ARNAUD NUYS, "Le droit de rétention en droit international privé: quelques observations sur le rôle de la loi de l'obligation, de la loi réelle, et de la loi du lieu d'exécution", *Revue générale de droit civil belge*, vol. 6, n.º 1, 1992, pp. 30-54, p. 45 (embora restrita às relações *inter partes*, mas já não no confronto com outros credores).

Todas estas teses têm em comum o desaparecimento do conflito móvel e das dificuldades de delimitação dos estatutos — o que é particularmente evidente nas palavras de ERIK JAYME, "Transposition...", p. 246: "*Der Vorteil der Parteiautonomie liegt darin, daß das Nebeneinander zweier Rechtsordnungen entfällt; eine Transposition ist nicht notwendig*". O Professor, todavia, não sufraga abertamente esta proposta, apenas reconhecendo que a tendência de extensão da autonomia conflitual com certeza encontrará aqui um novo domínio (p. 253).

Note-se, aliás, que a autonomia é considerada pelo GEDIP como solução para este problema — conquanto acompanhada de um sistema europeu de *registo* (cfr. MARC FALLON, PATRICK KINSCH E CHRISTIAN KOHLER, *Le droit...*, p. 92; MARC FALLON, "Groupe...", p. 720) e que na Holanda se discute a possibilidade de conferir às partes o poder de decidir que o direito de retenção se rege pela lei do país do destino final da mercadoria (SJEFF VAN ERP, "A Comparative...", p. 69).

Não defendendo esta abordagem, mas reconhecendo neste caminho uma solução, EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 51, e "Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 208, n.º 2/3, 2008, pp. 182-226, p. 192; e ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 794,

A sujeição das garantias à lei designada pelas partes não apenas eliminaria as dificuldades inerentes à manipulação do elemento de conexão como a arduidade de delimitação dos estatutos (já que obrigação e garantia se sujeitariam à mesma lei). Na verdade, nas garantias que não implicam desapossamento ou registo, o direito material não desenvolve a mesma preocupação na tutela da aparência, relevando o interesse das partes; ora, o mesmo raciocínio pode ser transposto para o direito de conflitos.

Longe de constituir um problema estritamente académico, a incerteza no estatuto jurídico da garantia real (quando sujeita à *lex situs*) implica um obstáculo à liberdade de circulação, porquanto a deslocação da coisa pode conduzir à ineficácia prática dos poderes do credor, sobretudo quanto às garantias sem desapossamento. Nessa medida, a Federação Bancária Europeia, logo em 1970, elaborou uma proposta de convenção internacional sobre reconhecimento de garantias mobiliárias estrangeiras, a qual deveria basear uma directiva comunitária na matéria. Igualmente, reconhecendo a insuficiência do *status quo* e da solução insatisfatória que o método conflitual tem oferecido, a via do direito privado uniforme vem procurando contornar estas insuficiências, o que é patente quer na Convenção UNIDROIT de 2001, relativa às garantias internacionais sobre equipamentos móveis (comboios, aeronaves e navios) assinada na cidade do Cabo em 16 de Novembro de 2001 (criando de um registo internacional de garantias), quer na Convenção UNIDROIT de 1988, relativa à locação financeira de equipamentos móveis. Por fim, no 10.º Congresso Internacional de Direito Comparado, defendeu-se a tese *supra* analisada quanto à delimitação de estatutos, sustentando-se uma cisão entre as relações entre as partes (colocadas sob a lei da autonomia) e as relações perante terceiros (sujeitas à *lex rei sitae*)<sup>1045</sup>.

---

Autor que explora noutra obra ("La nécessité...", p. 511) a possibilidade de opção entre as várias *leges rei sitae* por onde passar a coisa onerada.

Atente-se ainda que a alteração do paradigma conflitual é principalmente proposta em favor da *professio iuris* mas que não é este o único caminho que pode seguir-se. Veja-se a opção recentemente positivada no novo Código Civil romeno: as garantias mobiliárias que não importem a transmissão da posse para o credor ficam sujeitas à lei da residência ou sede do devedor — cfr. n.º 2 do art. 2628.º e a análise de CATALINA AVASILENCEI, "La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 2, 2012, pp. 247-275, p. 268.

<sup>1045</sup> Sobre a proposta da FHE, cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 52. No fundo, nota KURT SIEHR, "Internationales...", p. 149, que se pretende a utilização nas coisas móveis das soluções desenvolvidas para impedir conflitos móveis nos meios de transporte: "*muss noch erwähnt werden, dass die lex rei sitae nicht nur bei Transportmitteln variiert worden ist, sondern dass auch andere Objekte der Gattung «mobilia»*".

Sobre a Convenção do Cabo, *vide* IWAN DAVIES, "The New...", pp. 153ss; ROY GOODE ("The Cape Town... (2002)", p. 7; "The Cape Town... (2004)", p. 757; "The International...", pp. 18ss; "Rule...", p. 557; "The Cape Town... (2013)", pp. 221ss); JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, pp. 1135ss; EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 25; SJEF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 93. Sobre a Convenção UNIDROIT, cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 11; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 443; KURT SIEHR, "Internationales...", p. 154. Como é consabido, na locação financeira, o direito real transferido para o credor é a propriedade, mas detida com uma finalidade de garantia

São muitos os obstáculos que têm impedido a consagração genérica e generalizada da autonomia conflitual no âmbito das garantias reais, as principais no quadro da protecção de terceiros. Na verdade, são ainda importantes as objecções que se colocam quanto à tutela dos terceiros (pelo menos nas garantias que não dependem de registo) e está por provar que a lei escolhida é a mais bem colocada para obviar ao problema do conflito móvel<sup>1046</sup>.

De todo o modo, fica a marca da superação do dogma da *situs rule*, porquanto não é hoje indiscutível a aplicação da *lex situs* a garantias reais sobre coisas móveis.

## 1.6. Direitos sobre valores mobiliários, títulos de crédito, instrumentos financeiros e participações sociais.

---

patrimonial, constituindo uma forma de *propriedade fiduciária* (MARGARIDA COSTA ANDRADE, "A propriedade...", p. 65). Sobre os métodos de delimitação de estatutos, *vide supra*, pp. 98ss e 505ss.

<sup>1046</sup> Neste sentido, BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 677. Segundo WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 39, porém, o principal obstáculo será o facto de os "*Member States still deem the lex rei sitae as a mandatory conflict-of-laws rule*".

De facto, se a proposta que mereceu a nossa maior atenção é a de submissão das garantias mobiliárias à *lei da autonomia*, não pode ignorar-se que este problema tem vindo a conhecer modelos de solução que não alteram o paradigma conflitual, mantendo a vigência da *situs rule*. No fundo, porque abdicar da *lex rei sitae* comporta numerosas desvantagens (cfr. PETER NORTH, "Reform, but not...", pp. 266 e 273; ULRICH DROBNIG, "The recognition...", pp. 292-298) multiplicam-se sugestões de *melhor resolução do conflito móvel*, permitindo acautelar a posição do credor sem afastar a conexão clássica.

*Em primeiro lugar*, olhe-se à via de solução do conflito móvel que postula a manutenção da lei do estatuto anterior nos termos que decorrem da EGBGB desde a reforma de 1999: estabelece-se a manutenção da garantia gerada sobre coisa situada em certo Estado na *lex rei sitae* anterior, sempre que haja ocorrido uma alteração do local da coisa capaz de fazer perigar a eficácia da garantia, (chamando apenas a nova *lex rei sitae* com o papel de veto) o que constitui solução mais segura para o credor do que a *alteração da lei aplicável* (n.º 2 do §43 EGBGB — ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 48; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 664; HANS STOLL, "Zur gesetzlichen...", pp. 261ss); BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 677, e BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 287.

*Em segundo lugar*, atende-se no princípio de reconhecimento dos direitos adquiridos à luz do estatuto real anterior, ideia defendida por KURT SIEHR, "Internationales...", p. 157, que se descobre nos ensinamentos de PILLET e no critério de solução dos conflitos móveis avançado por ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 197-198 ("*Vale por isto dizer que a competência da actual lex rei sitae se pode considerar limitada a modificações que a condição jurídica do objecto venha a sofrer depois da deslocação*"). Esta solução acaba por carecer de uma *transposição* (pelo menos no momento da execução) para a figura mais próxima, provocando "*la reconnaissance provisoire ou conditionnelle des effets de la sûreté étrangère*" (FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, "La reconnaissance...", p. 529). Esta proposta é muito similar à posição tradicional que não tem, como vimos, possibilidades ilimitadas (cfr. EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 50; CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 175; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 67 [que além das críticas formuladas a toda a tese de PILLET, nota a sua ineficácia no domínio dos direitos reais de garantia]; KLEIN, *cit.*, p. 509)

*Em terceiro lugar*, atente-se na solução da lei suíça (art. 102.º/2 LFDIP), nos termos da qual a garantia constituída no estrangeiro ao abrigo de lei diferente sobre coisa deslocada para a Confederação Helvética mantém a sua eficácia durante um prazo de 3 meses (embora inoponível a terceiros), permitindo ao titular tomar as medidas necessárias ao cumprimento dos requisitos da *nova lex rei sitae* para continuar a beneficiar da garantia — cfr. KARL KREUZER, "La reconnaissance...", p. 477, e "Conflict-of-Laws...", p. 311 (que recorda ser esta a recomendação da UNCITRAL); ULRICH DROBNIG, "The recognition...", p. 308. No fundo, resolve-se o conflito móvel pela manutenção do estatuto anterior (apenas nas relações *inter partes*), dando um prazo ao titular para adequar a caução à nova lei (cfr. THEODOR J. R. SCHILLING, "Some...", p. 104; DROBNIG, *cit.*, p. 309).

Explora-se ainda, em correlação com a proposta de euro-hipoteca, a instituição de uma *garantia mobiliária europeia*, que acresça aos direitos nacionais e possa ser reconhecida em todos os Estados-Membros, ligada a um *registo europeu*. Sobre esta figura, cfr. KARL KREUZER, "Conflict-of-Laws...", p. 314ss.

Maior inadequação é evidente nos direitos sobre valores mobiliários, instrumentos financeiros, participações sociais e títulos de crédito) assumindo especial importância o caso das *garantias financeiras*, como o *penhor financeiro* e a *alienação fiduciária em garantia* destes activos<sup>1047</sup>. Acresce que a integração dos mercados de capitais propicia a internacionalidade, pelo que surgem frequentemente dificuldades de determinação da lei aplicável<sup>1048</sup>.

Colocam-se duas ordens de problemas, que acrescem às dificuldades inerentes à sucessão de estatutos: a *desadequação da lex rei sitae* e a *caracterização dos direitos e do seu objecto*.

*Em primeiro lugar*, é incontornável a ineficácia da regra da *lex rei sitae* no domínio dos valores mobiliários e instrumentos financeiros. Quanto a valores titulados, mesmo aceitando que se possa situar o direito através do título representativo, a localização não é facilmente cognoscível, subvertendo as razões da *lex situs* e colocando em perigo todos quantos confiam no respectivo estatuto jurídico. A crescer, é comum uma dispersão de títulos idênticos por

---

<sup>1047</sup> Sobre o seu regime substantivo, *vide*, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, pp. 217ss; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor...", pp. 351ss; DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos...*, pp. 7ss; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "A Directiva...", pp. 693ss; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LVI — Nuova serie, n.º 2 (Marzo-Aprile), 2003, pp. 177-223, p. 182. Repare-se que, tal como vimos suceder nas garantias reais que incidem sobre coisas corpóreas, há grande disparidade substantiva entre as figuras previstas nos vários ordenamentos jurídicos, apesar do esforço europeu de harmonização (DOROTHEE EINSELE, "Security Interests in Financial Instruments", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 350-363, p. 351).

No ensinamento de LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos financeiros", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 349-400, p. 350, mencionamos "*instrumentos financeiros*" (a par de "*valores mobiliários*" e "*participações sociais*") porque queremos abranger (além de acções, obrigações, unidades de participação em instituições de investimento colectivo, *warrants* autónomos e títulos de participação), "*opções, futuros e swaps relativos a valores mobiliários, a mercadorias ou a estatísticas económicas oficiais (que são entre nós considerados instrumentos financeiros derivados que não são valores mobiliários)*". Sobre a noção de *valor mobiliário* *vide* JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "O actual...", pp. 5ss; CAROLINA CUNHA, "Valores...", pp. 673ss; HUBERT DE VAUPLANE E JEAN-PIERRE BORNET, *Droit...*, pp. 35ss; CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *Valores...*, p. 44; AMADEU JOSÉ FERREIRA, *Valores...*, p. 401; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos...*, pp. 29-30; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Registo...", p. 112. Sobre a articulação do regime material interno do Código de Valores Mobiliários com os direitos estrangeiros, *cfr.* CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "O Código dos Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7 (Abril de 2000), 2000, pp. 20-47, pp. 46-47.

Trataremos apenas dos problemas de lei aplicável aos aspectos reais destes activos. Sobre as soluções conflituais para a capacidade de emissão, à forma e às obrigações, *vide* MARIA HELENA BRITO, "Sobre a Aplicação...", pp. 61ss; HANS VAN HOUTTE, "The Law Applicable to Securities Transactions: Choice of Law Issues", *The Future for the Global Securities Market*, FIDELES ODITAH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 69-82, pp. 69ss. No que concerne especificamente ao estatuto obrigacional nestes contratos, analisando extensamente o regime incluso no Regulamento Roma I, *vide* MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, "O direito...", p. 154.

<sup>1048</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 354; CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos de Leyes y Garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 238, 2000, pp. 1479-1517, p. 1480; THIERRY BONNEAU E FRANCE DRUMMOND, *Droit...*, p. 1132. Como veremos melhor *infra*, nestes activos financeiros podem identificar-se tipicamente quatro sujeitos: o emitente; o sistema centralizado de gestão dos títulos; o intermediário financeiro e o investidor ou titular. Em alguns casos, podem ser ainda mais — pense-se na situação de uma cadeia de depósitos de títulos [onde haverá vários intermediários] ou no caso de o emitente não ser o responsável pela anotação ou registo dos títulos (*cfr.* FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 178). Bastará que um destes sujeitos esteja conectado com ordenamento jurídico distinto para que se coloque o problema do direito aplicável.

vários Estados (o que significará a sua sujeição a leis diferentes). Isto é, quanto aos activos com existência física, o problema que se coloca não é tanto o da concretização da conexão tradicional (que é possível, na modalidade de *lex chartae sitae*) mas a sua inadequação<sup>1049</sup>.

Maiores dificuldades surgem nos activos desmaterializados, sendo certo que o desaparecimento do suporte físico dos valores mobiliários e sua substituição por registos informáticos é a tendência actual<sup>1050</sup>. Na verdade, a regra da *lex rei sitae* só funciona correctamente e só cumpre o objectivo subjacente quando a *coisa* tem uma localização evidente, apreensível pelas leis da física. Se a *coisa* é um bem sem existência física própria

---

<sup>1049</sup> Vide FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 179; MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos respeitantes a valores mobiliários depositados num intermediário", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 91-126, p. 101; JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi applicable aux titres intermédiaires: l'apport de la Convention de la Haye de décembre 2002", *Revue de Droit Commercial Belge*, n.º 1 (Janeiro), 2006, pp. 5-32, p. 7; ANTONIO LEANDRO, "La legge regolatrice degli effetti reali del trasferimento di strumenti finanziari tramite intermediari", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIX, n.º 2, 2006, pp. 383-404, p. 389; RANDALL D. GUYNN E NANCY J. MARCHAND, "Transfer or Pledge of Securities held through Depositories", *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, HANS VAN HOUTTE, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 47-72, pp. 47-48; RICHARD POTOK, "The Hague Securities Convention — Closer and Closer to a Reality", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 19, 2004, pp. 57-71, p. 60. Nos títulos ao portador, nenhum problema de concretização da conexão se coloca; nos títulos nominativos, poderá discutir-se se o *local relevante* é o da situação física do título ou o do registo do emitente (vide MAISIE OOI, *Shares and Securities in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 15).

A indicação das desvantagens inerentes à sujeição do seu estatuto à lei do Estado onde se encontra o título representativo pode ser lida em LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 8; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 57, e "La legge...", p. 600; JOANNA BENJAMIN, "Determining the situs of interests in immobilised securities", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, pp. 923-934, pp. 924 e 926; CHRISTOPHE BERNASCONI E RICHARD POTOK, "PRIMA Convention brings certainty to cross-border deals", *International Financial Law Review*, vol. 22, 2003, pp. 11-14, p. 11; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "La legge regolatrice dei titoli di credito", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LI — Nuova serie, n.º 4 (Luglio-Agosto), 1998, pp. 434-458, pp. 455ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 378. A defesa da concepção tradicional (embora apenas para certos efeitos) é feita por ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...* (2000), Vol. II, p. 931, e GERHARD KEGEL E KLAUS SCHURIG, *Internationales...*, p. 664.

Atente-se, como bem nota RADICATI DI BROZOLO, *cit.*, p. 435, que importantes títulos de crédito (as letras e as livranças) encontram regras uniformes constantes da Convenção de Genebra de 1930. Ainda assim, não se previnem todos os problemas conflituais: não só se mantém a diversidade interpretativa, como a Convenção admite reservas, determinando a sua não aplicação a títulos provindos de Estados não contratantes. Acresce que o número de ratificações não é impressionante.

<sup>1050</sup> Vide CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Registo...", p. 52, e MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", pp. 99. Explica a Professora (nota n.º 14), que a desmaterialização é, na lei portuguesa, uma opção do emitente (cfr. n.º 1 do art. 46.º CVM). Porém, quanto a valores admitidos à negociação em mercado regulamentado, "é obrigatória a integração em sistema centralizado (nos termos do art. 62.º), o que equivale a dizer que, nestes casos, os valores mobiliários titulados passam a ter uma representação através de registo de conta e a estar sujeitos às regras definidas para os valores mobiliários escriturais". Sobre a tendência de desmaterialização de títulos, cfr. A. V. M. STRUYCKEN, "Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary", *Netherlands International Law Review*, vol. L, n.º 1, 2003, pp. 103-113, p. 103 ("nowadays ownership of paper documents representing shares or — larger — securities, has become outdated"); MICHEL GERMAIN E CATHERINE KESSEDJIAN, "La loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. Le projet de convention de La Haye de décembre de 2002", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 1, 2004, pp. 49-81, p. 54; JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi...", p. 7; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor...", p. 352, nota n.º 2; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable et critères de localisation de titres multi-intermédiaires dans la Convention de la Haye du 13 décembre 2002", *Journal du Droit International*, Ano 132, n.º 1, 2005, pp. 3-40, p. 4; HUBERT DE VAUPLANE E JEAN-PIERRE BORNET, *Droit...*, p. 38; ANTOINE MAFFEI, "De la nature juridique des titres dématérialisés en droit français", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 237-249, p. 237; ANTONIO LEANDRO, "La legge...", p. 384.

(uma criação jurídica), as capacidades sensoriais dos interessados são fraca ajuda na determinação da sua situação. Nessa medida, os direitos sobre montantes em contas bancárias, valores mobiliários escriturais, instrumentos financeiros não fisicamente representados, títulos de créditos e participações sociais enfrentam inseguranças e incertezas quando envolvidos em situações plurilocalizadas<sup>1051</sup>.

Em contrapartida, o fenómeno de desmaterialização dos activos mobiliários trouxe uma certa *imobilização* da sua face visível junto de sistemas de gestão centralizada de valores mobiliários e intermediários financeiros (em cujas contas consta o nome dos investidores): é o *sistema de detenção indirecta* ou *multinível*. Nestes casos, o investidor *não consta* do registo do emitente dos títulos (onde figura apenas um sistema de gestão centralizada de valores mobiliários ou um intermediário financeiro) nem tem a sua posse (se titulados, estão guardados num cofre dessas entidades) e a cessão dos direitos faz-se por mera inscrição na conta do intermediário ou da instituição depositária, não implicando alterações quanto à sua localização [física ou virtual] nem a intervenção do emitente. Acresce ser comum uma *cadeia de intermediários* (correctores, instituições de crédito; instituições depositárias) e o registo a favor de sistemas de gestão centralizada (*central securities depositories [CSDs]* e *international central securities depositories [ICSDs]*), o que pode aconselhar um alternativo critério conflitual<sup>1052</sup>.

---

<sup>1051</sup> Neste sentido, FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6292; CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1482; KARL KREUZER, "Innovative Features of the Hague Securities Convention", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 271-285, p. 279; MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", pp. 126 e 139 ("*the only argument in favour of the lex situs is that it applies to other forms of property*"); J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 244; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 285 ("*les avantages de la règle de conflit [...] disparaissent pratiquement avec les biens incorporels, qui n'occupent pas de place dans l'espace*"); FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 179 ("*l'esigenza di formulare apposite regole di conflitto diviene assolutamente pressante*"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 275; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", p. 6; ROBERT STEVENS, "Party...", p. 200; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 584; ROY GOODE, HIDEKI KANDA E KARL KREUZER, *Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary*, Bureau Permanent — Conférence de la Haye de Droit International Privé, Haia, 2003, pp. 9 e 18; ALINE TENENBAUM, "Réflexions sur la Convention de la Haye du 13 décembre 2002 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire", *Revue des Sociétés*, n.º 4/2004, 2004, pp. 835-854, p. 844.

<sup>1052</sup> Cfr. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año XXII, n.º 90, 2003, pp. 163-189, p. 164; MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 100; CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law Applicable to Dispositions of Securities held through Indirect Holding Systems — Report presented to the Group of Experts*, Hague Conference on Private International Law, Hague, 2001, p. 2; MICHEL GERMAIN E CATHERINE KESSEDJIAN, "La loi...", p. 54; JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi...", p. 8; MAISIE OOI, *Shares...*, p. xxx, e "The Hague Securities Convention: a critical reading of the road map", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, n.º 4, 2005, pp. 467-490, p. 468; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 173 (que caracteriza o moderno sistema pelas suas *desmaterialização, imobilização e intermediação*); PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", p. 4; RICK VERHAGEN, "Book-entry Securities and the Conflict of Laws", *European Business Law Review*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 112-127, p. 112; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 584; A. V. M. STRUYCKEN, "Convention...", p. 103; ALINE TENENBAUM, "Réflexions...", p. 836; RANDALL D. GUYNN E NANCY J. MARCHAND, "Transfer...", pp. 49 e 53; RICHARD POTOK, "The Hague...", p. 58; FLORENCE GUILLAUME, "L'*electio iuris* comme règle de rattachement des titres



Em segundo lugar, é incontornável o problema substantivo da definição da natureza dos activos (e dos direitos sobre eles incidentes), da sua representação e da sua titularidade, que encontram soluções nacionais díspares e dificilmente compatíveis<sup>1053</sup>. Directamente deste

---

intermédiés, ses effets sur les droits des tiers et ses conséquences dans une procédure d'insolvabilité", *La loi applicable aux titres intermédiés: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 67-83, p. 67; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, "Registo...", p. 66.

No sistema de *detenção directa* há uma relação entre investidor e emissor do título, seja porque àquele são entregues certificados em papel (nos valores titulados) seja porque é ele quem figura no registo do emitente. Note-se que a expressão *detenção directa* pode ser enganadora: quando os activos são *desmaterializados* (constando de uma conta ou de um registo) pode haver intermediação entre o emitente e o investidor (o responsável da anotação). Sucede, porém, que na maioria dos sistemas isto não é suficiente para que possamos falar numa *detenção indirecta de activos* — cfr. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems", *Indret — Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2006, 2006, pp. 1-21, p. 4; CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly Held Securities: a new venture for the Hague Conference of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. III, 2001, pp. 63-100, pp. 65 e 66; LARS AFRELL E KARIN WALLIN-NORMAN, "Direct or Indirect Holdings — a Nordic Perspective", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 277-284, p. 283, e o que dizemos *infra* na nota 1059.

Este sistema é pouco adequado à vida actual, porquanto cada transacção gera dificuldades: se o valor for titulado, importará a entrega do título (que pode perder-se, destruir-se, ser furtado), por vezes por longas distâncias (assumindo custos consideráveis e não podendo ser utilizado ou transaccionado durante o tempo de viagem); se o valor for escritural, as transacções implicarão que o emitente, que nada tem a ver com o negócio, altere os seus registos dezenas de vezes diariamente, gerando despesas e reduzindo a praticabilidade (cfr. BERNASCONI, *cit.*, pp. 12ss, que relata as dificuldades sentidas nos anos sessenta do século XX e conduziram ao seu abandono; RANDALL D. GUYNN, *Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws*, Capital Markets Forum, Londres, 1996, p. 16; RANDALL D. GUYNN E NANCY J. MARCHAND, "Transfer...", p. 52).

Já num sistema de *detenção indirecta*, "os investidores deixaram de estar em relação directa com o emitente". O seu direito está anotado em contas de um intermediário financeiro e é este quem consta como titular nos livros do emitente ou detém o certificado relativo ao activo titulado. Esta *detenção* surge, as mais das vezes, em cadeia, caso em que o primeiro intermediário faz registar o seu direito junto de outro intermediário "e assim sucessivamente até que um dos intermediários esteja inscrito como proprietário dos valores mobiliários nos livros do emitente" [cfr. MARIA HELENA BRITO, *ibidem*] ou possua o valor titulado [BERNASCONI, *cit.*], gerando-se uma pirâmide de anotações. De outro modo, os intermediários financeiros ou um sistema de gestão centralizada de valores mobiliários (por exemplo um ICSD [*International Central Securities Depository*] — como o *Euroclear* ou o *Cedelbank*) surgem no registo do emitente, devendo consultar-se as respectivas contas para averiguar o verdadeiro titular; este pode ser outro intermediário financeiro (um banco), sendo as suas as contas a indicar o verdadeiro titular; que, por sua vez, pode ser *corretor*, que mantém contas próprias para determinação do investidor. É esta estrutura piramidal que funda as designações de "sistema multinível" e "multi-tier holding system" (CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1480). Como se vê, neste sistema as transacções ocorrem através de anotações nas contas dos intermediários sem qualquer forma de entrega ou registo junto do emitente. Ao invés, cria-se um modelo de *registos descentralizados*, privados e informais. Há, assim, uma *imobilização dos títulos*, porquanto a sua transmissão não envolve nem uma circulação física nem movimentos nos registos do emissor.

Para uma clara explicação do funcionamento do sistema de *detenção indirecta* e da multiplicação de intermediários, vide RICK VERHAGEN, "Book-entry...", p. 113; PAZ-ARES E GARCIMARTÍN ALFERES, *cit.*, pp. 1483ss (com especial atenção aos esquemas e exemplos das páginas 1485ss) e ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 593 ("la detenzione indiretta può essere raffigurata come una piramide a gradoni al cui vertice sta l'emittente e subito sotto il depositario o gestore centralizzato, dal quale si diramano gli intermediari in vari livelli discendenti fino a giungere alla base della struttura costituita dagli investitori finali"); ANTONIO LEANDRO, "La legge...", p. 385. Sobre a transmissão de direitos neste sistema, vide DOROTHEE EINSELE, "The Book-Entry in a Securities Account: Linchpin of a Harmonised Legal Framework of Securities Held with an Intermediary", *Uniform Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2004, pp. 41-50, pp. 43ss; ANTOINE MAFFEI, "De la nature...", p. 241 (que indaga a existência de um afastamento no direito francês do princípio da consensualidade na sua transmissão); ROY GOODE, "The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities", *The Future for the Global Securities Market*, FIDELES ODITAH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 107-130, pp. 108-109; STEVEN L. SCHWARCZ, "Indirectly Held Securities and Intermediary Risk", *Uniform Law Review*, vol. 6, n.º 2, 2001, pp. 283-300, p. 285.

Sobre a designação de *intermediários financeiros*, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, p. 115.

<sup>1053</sup> Sobre os diferentes sistemas nacionais de *detenção* destes activos, de determinação da sua natureza, respectivo regime jurídico e titularidade, cfr. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "The UNIDROIT...", pp.

dependente, surge o *problema conflitual* de mobilização dos critérios de conexão a este tipo de activos — a operação de qualificação dos instrumentos financeiros desmaterializados e da natureza dos direitos que eles incorporam: a sua consideração como *coisas móveis* pode implicar a vocação da *lex situs* à disciplina dos efeitos reais, atendendo ao carácter genérico da formulação das regras conflituais que prescrevem a sua aplicação a todos os direitos reais; a respectiva avaliação como *direito de crédito* importará a desconsideração da *lex chartae sitae* (mesmo que exista representação física) e o chamamento da *lex tituli*, da *lex ciationis*, da *lex contractus* da obrigação subjacente e/ou da lei pessoal do emitente. Ademais, mesmo o entendimento do título como *coisa móvel* costuma acarretar diferente delimitação de estatutos, porquanto caberá à *lex tituli* a sua transmissibilidade e porque os vários sistemas jurídicos utilizam critérios distintos na determinação do *proprietário* (o intermediário que os administra, o intermediário que consta no registo do emitente ou o investidor?)<sup>1054</sup>. Ou seja, o problema

---

3ss, e bibliografia aí indicada; LARS AFRELL E KARIN WALLIN-NORMAN, "Direct...", pp. 278ss; MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 99; MAISIE OOI, *Shares...*, pp. 43ss; A. JOHNSON, "The Law Applicable to Shares", *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, HANS VAN HOUTTE, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 3-27, p. 4. Na verdade, há sistemas onde a desmaterialização é obrigatória e outros onde a regra é a representação física dos títulos; em certos ordenamentos o intermediário onde os activos estão depositados é tido como seu *titular* (tendo o investidor um direito de crédito) e noutros o investidor é verdadeiro titular dos direitos; neste último grupo, encontramos ainda diferença entre os sistemas que determinam a existência de um *direito real* sobre os activos e outros que prescrevem a natureza creditícia dos direitos sobre estes activos. Ora, como bem nota ANNA GARDELLA, "Conflitti di leggi e ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980 nei trasferimenti di pacchetti azionari", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Parte Seconda, Vol. LIV, n.º 6 (Novembro-Dezembro), 2001, pp. 689-698, p. 697, a posição conflitual depende em grande parte da consideração dada pelo direito substantivo. Terão sido estas diferenças a motivar a Convenção UNIDROIT de Genebra, de 2009, para unificação de regras sobre este problema (MARIA CHIARA MALAGUTI, "Brevi riflessioni sui moderni criteri di unificazione del diritto alla luce della disciplina sui titoli detenuti presso intermediari", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 627-642, pp. 631ss).

Por outro lado, muitos dos problemas jurídico-materiais suscitados não encontram solução em alguns ordenamentos jurídicos nacionais, o que cria problemas à eficácia da Convenção da Haia de 2006 (que analisaremos *infra*), por se tratar de instrumento conflitual que remetendo as soluções para a lei nacional (cfr. AFRELL e WALLIN-NORMAN, *cit.*, pp. 277 e 280).

<sup>1054</sup> Este problema não tem solução geral, dependendo a resposta do ordenamento jurídico: há sistemas que reconhecem ao titular um direito de natureza real (considerando "coisas" todos estes activos) e outros que apenas vislumbram relações creditícias — cfr. FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio...", p. 167; CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law...*, pp. 20ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 376 (que não apenas ilustra a profunda diversidade entre os direitos nacionais como sufraga, face à lei portuguesa, a *inexistência de carácter real* nos direitos de gozo ou de garantia sobre estes activos); LARS AFRELL E KARIN WALLIN-NORMAN, "Direct...", p. 278; MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 126; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 289; YVON LOUSSOUARN E JEAN-DENIS BREDIN, *Droit du Commerce...*, p. 407; ANTOINE MAFFEI, "De la nature...", pp. 242ss; DOROTHEE EINSELE, "Security...", p. 351. No fundo, e como bem nota FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 178, "*ancora più che in altre situazioni, questioni tipiche del diritto internazionale privato si intrecciano con questione sostanziali, anche di qualificazione delle fattispecie, la soluzione delle quali affronta le proprie basi del tessuto generale del diritto civile e commerciale dei singoli ordinamenti*". Segundo o Autor (p. 179, nota n.º 7) serão quatro as hipóteses de qualificação — a consideração da *conta onde estão anotados os títulos* como coisa, susceptível de ser objecto de direitos reais (i); a consideração dos direitos que os valores atribuem como *créditos de natureza contratual* (ii); o entendimento de que o titular destes activos é seu *comproprietário* em parceria com a instituição financeira que os detém (iii); a aceitação de um direito *in rem especial*, próprio destas relações jurídicas (iv). Como é evidente, a diferente qualificação dos instrumentos pode conduzir a critérios

não reside somente no funcionamento da regra de conflitos mas da própria leitura material operada por cada ordenamento jurídico<sup>1055</sup>.

Face a estas duas classes de dificuldades, surgiram propostas de solução que passam não apenas por uma harmonização destas figuras (especialmente das garantias financeiras) como também pela previsão de critérios conflituais específicos para os direitos sobre estes activos, pretendendo alguma abstracção da questão substantiva da sua classificação<sup>1056</sup>. Surgem, então, algumas vias de solução.

---

conflituais distintos, problema agravado nos sistemas que postulam um qualificação *lege fori*. A mesma análise é operada por BERNASCONI, *cit.*.

O problema não parece colocar-se com a mesma intensidade nos valores titulados, onde há algum consenso na aceitação da natureza de *coisa*, porquanto não apenas são fisicamente representados como são dotados de valor venal, susceptíveis de transacção e objecto de direitos reais (cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 77) — são uma *criação jurídica* que é localizável como se fosse coisa tangível (J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 251. Nestes casos, na falta de disposição especial, parece que será mobilizável a regra conflitual geral dos direitos reais aos valores mobiliários — que neste domínio adquire também o título de *lex cartae sitae*. Para uma análise da sua operacionalidade e desvantagens, *vide* a bibliografia indicada *supra*, na nota n.º 1049. Defendendo a qualificação creditícia dos direitos em causa, de LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "La legge regolatrice dei titoli...", pp. 444ss, que sugere, *de iure condendo*, a aplicação exclusiva da *lex tituli*.

Na doutrina portuguesa, CAROLINA CUNHA, "Valores...", p. 678, classifica como *coisas* os valores mobiliários, ideia que parte do consenso em torno da natureza de *bens* das participações sociais (JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Vol. II, pp. 316ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 389ss) e que é condicente com as opções do direito pátrio de admitir usufruto e penhor sobre eles. Sobre a qualificação destes activos como coisas incorpóreas, cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. III, Parte Geral — Coisas, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 162.

<sup>1055</sup> Neste sentido, FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 180; ANNA VENEZIANO, *Le garanzje...*, p. 6; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 866; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 377; MAISIE OOI, *Shares...*, pp. 61ss.

<sup>1056</sup> Sobre as experiências de harmonização, o exemplo mais evidente é o da Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, (alterada pela Directiva n.º 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio de 2009) que visa alguma harmonização no domínio das garantias financeiras, designadamente pela introdução de regras uniformes nos contratos de garantias financeiras. Sobre o respectivo regime material, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, pp. 217ss; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor...", pp. 351ss; DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos...*, pp. 7ss; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "A Directiva...", pp. 693ss; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 182; ALESSANDRO GUCCIONE, "I Contratti di Garanzia Finanziaria", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXI, n.º 4, 2008, pp. 799-841, pp. 799ss; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 611; ANTÓNIO VIEIRA CURA, "A «fiducia» romana...", pp. 204ss.

Os esforços de harmonização das normas materiais sobre as garantias financeiras não se cingem todavia ao espaço europeu, porquanto a UNIDROIT criou, em 2002, o *Study Group on Securities held with an Intermediary*, que culminou com a elaboração da Convenção de Genebra — *UNIDROIT Convention on Substantive Rules for Intermediated Securities* (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", pp. 376-378). Esta convenção, todavia, só foi assinada pelo Bangladesh, pelo que ainda não entrou em vigor. Na verdade, numa matéria tão complexa onde os problemas de índole jurídico-material implicam soluções conflituais díspares, é evidente a necessidade de aproximação dos regimes jurídicos (cfr. HERBERT KRONKE, "Capital...", p. 322; HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies between the Hague Securities Convention and German Law", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 2/06, 2006, pp. 98-106, p. 99; SECRETARIAT UNIDROIT, "Explanatory Notes to the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on Harmonised Substantive Rules regarding Securities Held with an Intermediary", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 36-115, p. 36; MIGUEL GALVÃO TELES, "UNIDROIT Preliminary Draft Convention on substantive rules regarding securities held with an intermediary", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 427-474, pp. 435ss).

A *look-through approach* consiste na desconsideração do intermediário financeiro e do sistema de gestão centralizada (quando existam), fixando a análise na relação jurídica entre emitente e investidor. Esta visão pode conduzir a vários elementos de conexão: a sede ou residência do emitente, o local do registo ou o local onde estão fisicamente guardados os valores (se titulados) — sugerindo alguma doutrina a sua cumulação [local da sede do emitente para os valores escriturais; local de situação do certificado para os activos titulados]<sup>1057</sup>. A opção tem algumas vantagens, sobretudo quando o critério utilizado seja o *registo do emissor*: previne riscos de custódia, pois os operadores económicos que pretenderem adquirir direitos sobre os títulos se submeterão necessariamente à lei do emitente, gerando-se perfeita concordância entre as anotações e a verdadeira situação material<sup>1058</sup>.

No entanto, qualquer das conexões conjecturáveis no quadro da tradicional *look-through approach* enfrenta grandes objecções.

---

Quanto à inadequação dos critérios conflituais genéricos (designadamente o da *lex situs*) à realidade actual, vide CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law...*, pp. 3 e 5 (quanto à necessidade de adoptar critérios conflituais específicos que sejam independentes da *questão substantiva*), e ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 600.

<sup>1057</sup> A *look-through approach* está firmada entre nós para os activos não depositados em sistema centralizado nem em intermediário financeiro, caso em que a alínea c) do art. 41.º CVM estabelece a aplicação da lei da *sede pessoal do emitente* para o estatuto real (cfr. MARIA HELENA BRITO, "Sobre a Aplicação...", p. 65; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 278, e "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 394); na lei belga (cfr. art. 91.º do Código de Direito Internacional Privado, que utiliza como critério o *local do registo* [para os títulos a ele sujeitos] ou a *sua localização física* para os títulos materializados em papel [FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 687]); no direito italiano (cfr. n.º 3 do art. 59.º da Legge 31 maggio 1995, n.º 2018 [riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato], que elege, em primeira linha a "*legge dello Stato in cui il titolo è stato emesso*", solução que vem criando dúvidas de concretização da conexão quando se trate de títulos desmaterializados, discutindo a doutrina o que deverá entender-se por "*emissão do título*" [cfr. MARIO STELLA RICHTER, "I Titoli di Credito nel Nuovo Sistema di Diritto Internazionale Privato", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Anno LIX, Nuova Serie — vol. XLIX, Fasc. VI, 1996, pp. 767-791, pp. 767 e 785ss]); no Código Civil Romeno (cfr. art. 2628.º, que escolhe o critério da sede do emitente, embora a solução ceda nos títulos negociáveis em mercado organizado [caso em que é aplicável a lei do Estado onde o dito mercado funciona — CATALINA AVASILENCEI, "La codification...", p. 268]).

É o sistema propugnado por ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. II, 14.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2006, pp. 1181ss (embora sugiram a adopção do critério PRIMA para os títulos detidos por um intermediário) e defendido por HUBERT DE VAUPLANE, "De la détention nationale à la détention internationale de titres: où sont les titres?", *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Vol. II — Annexes, Conseil National du Crédit et du Titre, Paris, 1997, pp. 147-155, p. 153 (para os valores desmaterializados). Vide a descrição do modelo de JAMES STEVEN ROGERS, "Of Normalcy and Anomaly: thoughts on choice of law for the indirect holding system", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Special Supplement — 13, 1998, pp. 47-51, pp. 47-48. Quanto à multiplicação de critérios *look-through*, vide RICHARD POTOK, "The Hague...", p. 60.

Quanto ao modelo de aplicação cumulativa de vários critérios no seio da *look-through approach*, vide J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 251; SERGIO MARIA CARBONE, "Conflitti di Leggi e tra Giurisdizioni nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXV, n.º 4, 1989, pp. 777-790, pp. 783-784 (que depois de concluir que só a *lex rei sitae* é competente para determinar os efeitos reais dos negócios sobre acções, trata da definição do seu *situs*, concluindo pela pertinência da cumulação das condições impostas por duas leis: a do lugar da sede da sociedade e a do local físico dos títulos); CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1497; ROBERT STEVENS, "The English...", p. 216 (que defende ser a *lei pessoal do emitente* a determinar que os títulos são *coisa tangível*, sempre que sejam titulados; e, nessa medida, ser a *lex chartae sitae* a determinar o respectivo estatuto real).

<sup>1058</sup> A vantagem é apontada por CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1498, que todavia a entendem insuficiente para suplantar os inconvenientes que veremos *infra*.

Por um lado, a vocação da lei da sede do emitente (ou do local do registo ou da situação física dos títulos) ao mercado de capitais é potencialmente violadora da confiança do subscritor, já que este gozará as mais das vezes de um intermediário no seu país (havendo *detenção indirecta* dos títulos). Nestes casos, ao titular e aos terceiros é absolutamente indiferente a sede do emitente (que poderá ter relevância apenas no momento da liquidação), o local do registo ou a situação física dos títulos: todas as relações se estabelecem com o intermediário financeiro<sup>1059</sup>.

---

<sup>1059</sup> Nas palavras de CHRISTOPHE BERNASCONI E RICHARD POTOK, "PRIMA...", pp. 11-12, este critério "does not fit well with an indirect holding pattern (that is, where securities are held through one or more intermediaries)" sendo por isso "considered by many not to provide the necessary certainty, nor to be practicable in the modern context". Também neste sentido, JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, ("formulation of choice of law rules concerning the nature and transfer of shares and other securities was premised upon the existence of a direct relationship between the issuer and the investor"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 276, e "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 381 ("esta regra é insuficiente perante a frequente interposição de mais do que um intermediário"); RANDALL D. GUYNN, *Modernizing...*, pp. 10 e 27; CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law...*, p. 28; MAISIE OOI, *Shares...*, pp. 24ss (que analisa, com profundidade, as várias hipóteses de concretização daquele critério) e "The Hague...", p. 470 ("how would a financier, or any other person who is about to deal with some securities in the system, actually be ascertain the location of the vault where the operation of the system has kept the certificates?"); ROY GOODE, HIDEKI KANDA E KARL KREUZER, *Explanatory...*, p. 18; FLORENCE GUILLAUME, "L'electio iuris...", p. 70.

Na verdade duas alterações dos últimos 50 anos tornaram obsoleta a tradicional perspectiva conflitual: *por um lado*, a desmaterialização dos valores mobiliários; *por outro*, a cada vez maior raridade de *detenção directa de títulos* e correspondente proliferação de intermediários financeiros (MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 93). Efectivamente, quando exista *detenção directa*, a *lex tituli* coincide com a *lei do Estado onde estão anotados os valores*; o mesmo não sucede na *detenção indirecta*, porquanto o titular adquire uma *posição mediata* ou *derivada* (FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6294). Ainda assim, mesmo na *detenção directa*, há uma atenuação da lógica cartular, porquanto a anotação em conta imobiliza ou desincorpora os activos; simplesmente, nos registos originais de cada emissão consta o nome do titular, pelo que o estabelecimento de centrais de depósito não altera necessariamente o modelo. Por isso mesmo, quanto a activos directamente detidos, não haveria obstáculo intransponível em manter a *look-through approach* (neste sentido, FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio...", p. 165). Simplesmente, esta situação é hoje de enorme raridade: as necessidades do comércio conduziram a uma proliferação do sistema de *detenção indirecta*, nos termos que melhor explicámos *supra*: ao invés de se anotar o titular dos activos no registo original do emitente, estes são anotados em contas de valores fungíveis junto de intermediários financeiros. Estes (bancos, por exemplo) surgem no registo do emitente como titulares, sendo esta titularidade por conta própria ou de terceiros. Isto é, serão as contas do intermediário a determinar o verdadeiro titular. A isto acresce que o titular da conta junto do referido banco pode ser um outro intermediário financeiro, devendo consultar-se os respectivos registos para averiguar o verdadeiro titular; que, por sua vez, pode ser *outro corretor*, que mantém contas próprias para determinação do investidor. Aliás, o primeiro inscrito pode ser um sistema de gestão centralizada nacional (*Central Securities Depository* [CSD]) ou internacional (*International Central Securities Depository* [ICSD]), como o *Euroclear* ou o *Cedelbank*). É esta estrutura piramidal que funda as designações de "sistema multinível" e "multi-tier holding system" (PAZ-ARES e GARCIMARTÍN ALFERES, *cit.* p. 1480; CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", p. 68). Assim, é manifestamente desadequada a *look-through approach*: não há qualquer relação entre investidor e emitente, pelo que utilizar uma relação inexistente como critério conflitual é claramente negativo. Neste sentido, CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (Hague Securities Convention)", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 117-140, pp. 119-120; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio...", p. 166; CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", p. 66. Sobre a *look-through approach* e uma exposição mais desenvolvida das críticas, *vide* ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 111ss; JOANNA BENJAMIN, "Determining...", p. 931; BERNASCONI e SIGMAN, *cit.*, p. 121.

*Em segundo lugar*, recorde-se que são oferecidos aos investidores pacotes de valores mobiliários de diversos emitentes, caso em que a *look-through approach* obrigaria a indagar a lei aplicável a *cada um dos títulos*, o que nem sempre será sequer possível<sup>1060</sup>.

*Por fim*, perante detenção indirecta ou multinível de activos, não só a *look through* é critério artificial como é com ela incompatível, porquanto suprime a eficácia da estrutura de registos descentralizados desenvolvida no mercado de capitais se os efeitos reais se determinarem pela lei do emitente. Se assim for, os investidores que visarem tutela real serão necessariamente reconduzidos aos requisitos determinados pela respectiva lei, nomeadamente a sua inscrição no Registo Comercial desse Estado. De outro modo, ao optar-se pela lei do emitente, o modelo de detenção multinível desprotege os investidores, já que a mera anotação em conta dos intermediários não lhes conferirá tutela real. Os subscritores que pretenderem adquirir direitos de natureza real submeter-se-ão à lei do emitente, o que equivale a dizer que *não utilizarão o sistema de detenção indirecta*<sup>1061</sup>.

A mais conhecida alternativa conflitual é a *Place of the Relevant Intermediary Approach* (PRIMA), juízo que leva justamente em consideração o intermediário financeiro. Legatário da tradição localizadora da *situs rule* e buscando um critério objectivo e determinável por terceiros, estabelece como *res* relevante o intermediário financeiro que organiza a conta de referência, solucionando os inconvenientes apontados perante um *sistema de detenção indirecta* ou um pacote de vários títulos de diferentes emitentes. No fundo, *localiza* os valores mobiliários atendendo à sua face mais visível — a conta que identifica *o direito* e *o titular*. Além destas vantagens, a conexão apresenta maiores estabilidade, conveniência comercial e adequação ao tempo actual (pois a informática veio implicar superior relevo da conta de depósito dos títulos em detrimento da sua situação física). Por fim, permite a sujeição à

---

<sup>1060</sup> CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law...*, p. 29, e "Indirectly...", p. 78; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", p. 18; CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1500; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 602; MAISIE OOI, "The Hague...", p. 470; RICHARD POTOK, "Legal certainty for securities held as collateral", *International Financial Law Review*, vol. 18, n.º 12 (Dezembro), 1999, pp. 12-16, p. 12, e "The Hague...", p. 61. Ademais, no quadro dos *pacotes de ações*, atente-se no problema identificado por SERGIO MARIA CARBONE, "Conflitti...", p. 779: os vários ordenamentos em contacto com os vários títulos (da sede, do registo, da localização dos títulos, etc.) podem prever NANI quanto ao seu estatuto, prejudicando ainda mais a segurança destas transacções.

<sup>1061</sup> Assim, concluem CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1498, que "*su aplicación estricta resulta incompatible con los sistemas multinível*", já que a opção conflitual esvaziaria o sistema de detenção indirecta e as vantagens que lhe são inerentes (redução de custos e possibilidade de negociação de *pacotes de valores mobiliários* emitidos em Estados diferentes). Também neste sentido, ALINE TENENBAUM, "Réflexions...", p. 845 (concluindo que a *look-through approach* só vinga perante uma detenção directa, quando o investidor é o titular inscrito junto do emitente); JAMES STEVEN ROGERS, "Of Normalcy...", pp. 48-51.

mesma lei de todos os valores mobiliários do titular da conta, quaisquer que sejam os emitentes, os locais de registo ou os intermediários de nível mais elevado<sup>1062</sup>.

Como é sabido, este foi o juízo adoptado pelo legislador comunitário nas garantias financeiras (elegendo a lei do Estado onde se situa a conta de referência) e nos valores mobiliários dados em garantia no quadro do sistema de pagamentos (apontando-se a lei do Estado onde o registo seja efectuado ou onde se situe o sistema de depósito)<sup>1063</sup>.

---

<sup>1062</sup> As vantagens do critério *place of relevant intermediary approach* que *supra* citámos são mais detalhadamente explicadas por CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", p. 69; ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, pp. 116ss, e "La legge...", p. 602; JOANNA BENJAMIN, "Determining...", pp. 926 e 933; RANDALL D. GUYNN, *Modernizing...*, p. 36; CATHERINE KESSEDIAN, "The Conflict...", p. 169; MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 97; KARL KREUZER, "Innovative...", p. 281; JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi...", p. 12; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 276, e "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 381; RICHARD POTOK, "Legal...", p. 13; CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", p. 1501 (sublinhando haver, no fundo, um *novo produto financeiro* por cada intermediário; para o investidor, importa apenas saber *onde está a conta que determina o seu direito* e essa lei indicará quem é o titular e como se constituem ou transmitem direitos reais sobre os títulos. Este intermediário, por sua vez, fará derivar o seu direito da *lei do Estado onde está a conta em que surge como titular*, que pode ter requisitos diferentes para produção dos efeitos reais). Trata-se de uma consagração da *situs rule* ficionando a situação da coisa no local onde se encontra o intermediário, já que é este quem representa a face mais visível dos activos — MAISIE OOI, *Shares...*, p. xxxi; CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague...", p. 122; CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Law...*, p. 30, e "Indirectly...", p. 79; ROY GOODE, "Rule...", p. 543; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", pp. 182-183 ("*si tratta, allora, di una pura convenzione, ma che offre una soluzione tutto sommato accettabile e non eccessivamente complessa*"); ANNA GARDELLA, "Artículo 4.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 713-717, p. 717 (que fala num "*adattamento della lex rei sitae alle problematiche specifiche sollevate dai titoli dematerializzati o comunque detenuti attraverso un intermediario*"); ALESSANDRO GUCCIONE, "I Contratti...", p. 835; ALINE TENENBAUM, "Réflexions...", p. 838; HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 98; DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos...*, p. 108 (que considera o elemento de conexão escolhido um "*corolário do princípio da lex rei sitae*", porquanto atende à localização dos valores); MARIA CHIARA MALAGUTI, "Brevi...", p. 630; MARIA DEL M. OÑA, "La directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera: ley aplicable a los acuerdos de garantía sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, n.º 2, 2002, pp. 1058-1060, p. 1059. Assim, não há uma aplicação da *situs rule* mas uma sua *redefinição*, porquanto a norma de conflitos se desinteressa do local de situação dos valores ou do numerário, atendendo a um outro elemento de facto, funcionalmente idêntico. A *localização* não é já inerente à coisa (cfr. ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, pp. 120, 215 e 329; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", pp. 6295-6296; FILIPPO ANNUNZIATA, *cit.*, p. 18).

Não versaremos sobre todas as alternativas conflituais que vão sendo propostas neste domínio, porquanto o propósito deste capítulo é apenas demonstrar que a regra de *lex rei sitae* não é inquestionável. Uma análise das várias opções possíveis, com ponderação das respectivas vantagens e inconvenientes, consta do estudo de MAISIE OOI, *Shares...*, pp. 101ss.

<sup>1063</sup> Cfr. art. 9.º da Directiva n.º 2002/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Junho de 2002, (alterada pela Directiva n.º 2009/44/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Maio de 2009) relativa aos acordos de garantia financeira e o n.º 2 do art. 9.º da Directiva n.º 98/26/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de Maio 1998, (*relativa ao carácter definitivo da liquidação nos sistemas de pagamentos e de liquidação de valores mobiliários*). Vide a análise conflitual destas disposições de MAISIE OOI, *Shares...*, pp. 226ss; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", pp. 7ss; CÁNDIDO PAZ-ARES E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Conflictos...", pp. 1505ss; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 603; ANTONIO LEANDRO, "La legge...", p. 392; KLAUS LÖBER, "The Changing Legal Landscape for Clearing and Settlement in the European Union", *Uniform Law Review*, vol. 19, n.º 1-2, 2005, pp. 155-188, pp. 165 e 168; DOROTHEE EINSELE, "Security...", p. 357; RICHARD POTOK, "Legal...", p. 13, e "The Hague...", p. 63; MARIA DEL M. OÑA, "La directiva...", p. 1059. Entre nós, esta tese tem consagração no CVM, determinando o art. 41.º a aplicação da lei do local de estabelecimento da entidade gestora do sistema centralizado [para os valores aí

O critério não é todavia perfeito.

*Por um lado*, é discutível a solução para o problema de identificação do intermediário relevante sempre que uma operação sobre instrumentos financeiros envolva uma cadeia de intermediários que, para cada nível de intermediação, impliquem contas diferentes relativas aos mesmos valores mobiliários<sup>1064</sup>.

*Por outro*, de forma mais grave, colocam-se dificuldades quando o intermediário seja instituição multinacional, com várias sucursais em Estados diferentes, e onde as contas estão firmadas em sistemas informáticos. Na verdade, este juízo apenas nos indica a relevância do *intermediário financeiro* através do qual são detidos os títulos ou valores mas não consubstancia uma regra conflitual sempre que o intermediário tenha várias dependências. No fundo, deixa um problema sem solução: como determinar o *lugar de situação da conta relevante*?

Vejamos o exemplo de BERNASCONI e POTOK: uma instituição financeira de Nova Iorque contratou com o investidor a abertura de uma conta de referência sediada no seu escritório de Tóquio; o investidor dirige as suas ordens à dependência de Dublin mas recebe os dividendos na conta de Hong-Kong e é aconselhado por um *call-centre* que funciona em Singapura; as operações financeiras e o conteúdo das contas estão registados em servidores informáticos situados, respectivamente, em Nova Deli e São Francisco. Perante isto, *qual é o local de referência do intermediário financeiro*? Ao pretender criar uma ligação a um *local* (na tradição da *situs rule*) mas sem determinar fáctica ou sensorialmente a situação, fica em falta a formulação de um qualquer critério que, ficticiamente, associe os valores a um local<sup>1065</sup>.

---

integrados] e, para os activos não depositados em tais sistemas, a lei do local de estabelecimento do intermediário financeiro onde estejam depositados.

<sup>1064</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 381; HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 103, CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", pp. 82ss; JAMES STEVEN ROGERS, "Of Normalcy...", p. 48 ("*one would have to address the choice of law question separately at each level in the chain of intermediaries*"). Este problema não é insolúvel, podendo, designadamente atribuir-se relevância à conta do adquirente. Todavia, a solução terá necessariamente de ser universal, sob pena de falhanço deste critério.

Para a respectiva solução, na Conferência da Haia foi discutido o critério *Super-PRIMA*, relevando a lei do intermediário do último investidor (MAISIE OOI, *Shares...*, p. 297, que analisa outras alternativas no trabalho "The Hague...", p. 487). Sobre o *Super-PRIMA*, vide ainda CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", p. 90.

<sup>1065</sup> CHRISTOPHE BERNASCONI E RICHARD POTOK, "PRIMA...", p. 13. No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 276, e "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 382; CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague...", p. 122-123 (apontando os obstáculos de cada um dos critérios possíveis); CHRISTOPHE BERNASCONI, *The Lam...*, pp. 32ss (desenhando outros casos de extrema dificuldade em encontrar o local relevante); FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6299; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 183 (sublinhando a necessidade de encontrar um cânone de localização dos activos); KARL KREUZER, "Innovative...", p. 282; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 183; A. V. M. STRUYCKEN, "Convention...", p. 104; ANTONIO LEANDRO, "La legge...", p. 391 (analisando vários critérios de identificação do local de situação de contas informatizadas [sede do intermediário, local do servidor, local de emissão dos extractos] mas notando ausência de juízo de identificação do estabelecimento relevante daquele intermediário); ROY GOODE, HIDEKI KANDA E KARL KREUZER, *Explanatory...*, p. 20. Os defensores desta concepção (a que chamaremos por ora *PRIMA* objectivo, para distinção do juízo que *infra* explicaremos) entendem que este obstáculo apenas pode ser ultrapassado pela fixação de um *critério objectivo de localização da coisa*, que deve ser firmado rapidamente. Nestes termos, propõe



Terá sido na sequência destes problemas que surgiu uma variante do critério PRIMA, aditando-lhe *autonomia conflitual*: a sujeição dos direitos sobre os valores *à lei escolhida* pelo investidor e seu intermediário, *de entre os locais onde o intermediário tenha estabelecimento*. Repare-se que não se rejeita a relevância do intermediário mas, ao invés do que se passa com a *look-through approach* ou com a PRIMA, há lugar à autonomia conflitual enquanto conexão principal: abandona-se um critério objectivo e sujeitam-se os efeitos reais à lei escolhida por acordo entre intermediário e investidor. No fundo, de entre as várias dependências onde é possível localizar a conta de referência, cabe às partes a sua eleição, numa fórmula de *escolha + teste de efectividade* (a existência de estabelecimento do intermediário capaz de participar na actividade de gestão de contas de activos, prevenindo assim localizações puramente fictícias).

Esta opção encontrou consagração na Convenção da Haia de 5 de Julho de 2006, sobre lei aplicável a certos direitos respeitantes a valores mobiliários depositados num intermediário, o que foi apelidado como uma revolução, apesar dos limites que temperam a liberdade de escolha. Na verdade, a Convenção admite a opção expressa da lei aplicável *aos aspectos reais* da titularidade dos valores mobiliários, assumindo a autonomia conflitual no domínio da propriedade e evitando uma pesquisa vã da localização dos activos. Nas palavras de KREUZER, a substituição da *situs rule* pela autonomia conflitual no estatuto real consubstancia a *necessária revolução no mundo do direito internacional privado*<sup>1066</sup>.

---

RANDALL D. GUYNN, *Modernizing...*, p. 11, a relevância da sede do intermediário financeiro; sugere HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 106, o local designado por um código na conta do intermediário (similar ao IBAN). A Comissão, na sua proposta inicial de Directiva, postulava um conjunto de critérios subsidiários (cfr. STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 865).

<sup>1066</sup> Art. 4.º da *Hague Convention of 5 July 2006 on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary*, que alude à escolha de duas leis (uma aplicável aos aspectos reais e outra aos obrigacionais).

Sobre o PRIMA subjectivo e suas vantagens, vide FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "La Directiva...", p. 6299, e "El Convenio...", p. 169; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 186 (explicando a progressiva desilusão ocorrida nos trabalhos preparatórios da Convenção da Haia quanto ao critério PRIMA); MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 115 ("*a disposição admite a relevância da autonomia privada na determinação da lei competente*"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 387; CHRISTOPHE BERNASCONI, "Indirectly...", p. 86; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 874, e "The Hague Securities Convention: Introductory Remarks", *La loi applicable aux titres intermédies: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 17-23, p. 19 (vendo no critério uma *combinação* entre o PRIMA e a autonomia conflitual); NURIA BOUZA VIDAL, "Los Efectos del Procedimiento de Insolvencia Transfronterizo en los Derechos sobre Valores Anotados en Cuenta: Distintos Modelos de Regulación", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 79-101, p. 80 (vendo a autonomia da vontade como *critério de concretização* do lugar do intermediário); PAUL LAGARDE, "Retour...", p. 427. Quanto ao âmbito e requisitos do *reality test* previsto na Convenção, vide ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 618; ALINE TENENBAUM, "Réflexions...", p. 846; ANTONIO LEANDRO, "La legge...", p. 396; DOROTHEE EINSELE, "Security...", p. 358.

Esta variante tem sido designada "critério PRIMA subjectivo" (ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, p. 120; HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 98), pois constitui uma "*versão modificada desta solução [PRIMA] que confere um certo relevo à autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável*" (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 277; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 184). Não se exige, assim, que aquela sucursal seja efectivamente responsável pela gestão da conta — até porque, num mundo informatizado, tal certeza estaria votada ao insucesso. Basta que exista uma sucursal com competências para

Não sendo o objecto do nosso estudo, não é nosso propósito analisar a bondade de cada um dos critérios. Cabe-nos, todavia, inferir desta discussão uma importante conclusão: os montantes em contas bancárias, valores mobiliários, títulos de crédito e participações sociais não estão hoje necessariamente sujeitos à *lex rei sitae* por se ter concluído que esta conexão *não cumpre* as finalidades do DIP, pelo que, nos moldes definidos na Convenção da Haia de 2006, a autonomia conflitual foi a única conexão que se entendeu capaz de, simultaneamente, garantir segurança jurídica e estabilidade de regulação nos negócios com objecto em vários títulos<sup>1067</sup>. De forma mais arrojada, aliás, começam a surgir propostas

---

participar na actividade. Nessa sequência, a Convenção da Haia de 2006 estabelece uma lista de critérios capaz de conduzir a essa conclusão.

Defendendo a natureza revolucionária da Convenção da Haia, cfr. KARL KREUZER, "Innovative...", p. 277; CHRISTOPHE BERNASCONI, "La Convention de La Haye, une chance pour l'Europe", *L'Agefi*, 9 de Dezembro, 2004, p. 2, p. 2; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 313ss, e "La legge...", p. 623; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El Convenio...", p. 172; MICHEL GERMAIN E CATHERINE KESSEDJIAN, "La loi...", p. 63 (que se referem à autonomia como o "*Cœur de la Convention*") e p. 67 (onde atribuem à *professio iuris* o papel de eliminação de uma pesquisa artificial da localização das coisas); PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", p. 12 (que sublinham o desaparecimento previsível dos problemas de delimitação entre estatuto real e obrigacional) e p. 18 (realçando a unidade de critério conflitual para garantias reais e pessoais); GIESELA RÜHL, "Choice of Law by the Parties in European Private International Law", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/paper=1989512>, consultado em 28 de Outubro de 2014, pp. 1-8, p. 4; MARIA CHIARA MALAGUTI, "Brevi...", p. 629; SECRETARIAT UNIDROIT, "Explanatory...", p. 60; A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 376; ROY GOODE, HIDEKI KANDA E KARL KREUZER, *Explanatory...*, p. 20; FLORENCE GUILLAUME, "*L'electio iuris...*", p. 72. Para uma análise e comentário de cada uma das disposições convencionais, vide CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague...", pp. 124ss.

O facto de constituir uma variante ao juízo PRIMA não obsta a que esta Convenção seja conhecida como *PRIMA Convention*, apesar de não utilizar tal critério na sua formulação tradicional (cfr. CHRISTOPHE BERNASCONI E RICHARD POTOK, "PRIMA...", pp. 11ss; STEFANIA BARIATTI, "Le Garanzie...", p. 843, nota n.º 7. Tal explicará que, com alguma falta de rigor, PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", p. 8, se refiram a este juízo conflitual como o critério PRIMA. Quanto ao título da Convenção, utilizamos a tradução proposta por MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 92, que é próxima da utilizada por FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", pp. 177ss.

Três notas se impõem.

*Por um lado*, a Convenção não estabelece autonomia conflitual ilimitada, porquanto se exige que o intermediário tenha estabelecimento no Estado da lei escolhida, limitando-se a *professio iuris* a conexões relevantes. Segundo CHRISTOPHE BERNASCONI E RICHARD POTOK, "PRIMA...", p. 13, esta limitação deveu-se ao facto de a "*suggestion that the law governing proprietary aspects of a disposition (and therefore binding third parties) should depend on a private agreement (albeit normally not an agreement between the parties to the disposition itself) was a novelty that some other were reluctant to accept*". Vide a análise das limitações à autonomia conflitual feita por BERNASCONI e POTOK, *ibidem* e por PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", pp. 13-15. Um maior grau de autonomia conflitual chegou a ser defendido na Conferência, tendo sido impedido por pressão dos países de tradição jurídica romanista, por atenção à tutela de terceiros (cfr. DANIEL GIRSBERGER, "The Hague...", p. 147).

*Em segundo lugar*, a Conferência da Haia actua unicamente ao nível do direito internacional privado sem harmonizar ou influenciar normas materiais, o que constitui uma clara diferença face à intervenção da comunitária na Directiva das garantias financeiras e que não permitiu ultrapassar totalmente o *problema substantivo* a que aludimos *supra* (cfr. MARIA HELENA BRITO, "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos...", p. 99; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", p. 184; LARS AFRELL E KARIN WALLIN-NORMAN, "Direct...", pp. 277 e 280; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 620).

*Por fim*, a Convenção não está ainda em vigor, porquanto apenas a Suíça e a República da Maurícia a ratificaram.<sup>1067</sup> KARL KREUZER, "Innovative...", pp. 282-283; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 388 ("*na falta de uma conexão mais adequada, é uma solução que pode proporcionar a certeza e a previsibilidade sobre o Direito aplicável, contanto que seja assegurada a publicidade da escolha ou, pelo menos, o acesso de terceiros à convenção de conta*"). Este elemento de conexão tem, obviamente, muitas limitações, escarpadas por PASCALE

doutriniais de sujeição dos valores mobiliários à autonomia conflitual plena, sufragando ser a conexão mais eficaz<sup>1068</sup>.

Ademais, cabe daqui inferir que a Conferência da Haia propugna da extensão da autonomia conflitual a aspectos reais, procurando sujeitar direitos sobre valores mobiliários à lei escolhida por investidor e intermediário. No fundo, tal como tinha sucedido no quadro dos *trusts*, é pela mão da Conferência da Haia que surge mais uma vez a autonomia conflitual associada aos direitos reais. E o fundamento radica no facto de a *professio iuris* “*reduces risk, promotes capital formation and investment, reflects existing and foreseeable market practice, is practical and efficient, and permits market participants to determine in advance which law governs all the issues falling within the scope of the Convention, providing ex ante legal certainty and predictability for the largest number of transactions*”; “*the Hague Securities Convention is the result of a highly focused, inclusive and representative effort to provide legal certainty and predictability as to the law governing issues*”<sup>1069</sup>.

Reconhecemos serem numerosas as críticas apontadas à opção da autonomia conflitual nos direitos sobre estes valores, mormente quanto à tutela dos terceiros e ao agravamento dos riscos sistémicos; como bem explica ANNA GARDELLA, a autonomia conflitual é neste domínio um critério aceitável porque a conexão clássica também não cumpria adequadamente a segurança do tráfico<sup>1070</sup>. Nessa medida, uma nossa proposta de alargamento da autonomia conflitual a matérias onde a *lex situs* cumpre a sua função é onerada com um dever adicional de fundamentação. Mas deve concluir-se ser cada vez menos *sagrada* a regra da *lex rei sitae* nos direitos reais.

---

BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", pp. 25-40; ANTONIO LEANDRO, "La legge...", pp. 399ss (sobretudo no que concerne à afectação de terceiros, dada a falta de publicidade); HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 104 (que condena a falta de transparência do acordo de escolha de lei); MAISIE OOI, "The Hague...", p. 471 (igualmente frisando a falta de cognoscibilidade da lei aplicável), sobre as quais não nos deteremos. Uma análise da doutrina crítica da solução é feita por JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi...", p. 24, assentando os argumentos principais na tutela de terceiros e na previsível opção dos interessados por legislações menos exigentes.

Repare-se que só nos debruçámos sobre os aspectos jurídico-reais (porque são estes que relevam para o nosso estudo) mas o problema alastra a muitos outros domínios dos valores mobiliários. Por exemplo, no que concerne à responsabilidade delitual por ilícitos financeiros, a regra do art. 4.º do Regulamento Roma II chama a lei do local da ocorrência dos danos, o que redundará muitas vezes na lei da residência do investidor ou das suas contas bancárias. Nessa medida, o lesante (muitas vezes o emissor do título ou o intermediário financeiro) ver-se-á sujeito a uma multiplicidade de leis (tantas quantas as residências dos investidores) que não pôde prever. As hipóteses de alteração do paradigma conflitual neste domínio (designadamente a extensão da autonomia conflitual) são exploradas por MATHIAS LEHMANN, "Vorschlag...", pp. 399ss.

<sup>1068</sup> STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", pp. 921-950. Mesmo KARL KREUZER, "Innovative...", p. 283, considera inadequado o *teste de efectividade* previsto na Convenção da Haia, entendendo que ele não limita verdadeiramente a opção e que teria sido preferível a autonomia conflitual plena.

<sup>1069</sup> CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague...", pp. 126 e 140; MICHEL GERMAIN E CATHERINE KESSÉDJIAN, "La loi...", p. 53. Segundo HERBERT KRONKE, "Transnational...", p. 55, a progressão da autonomia conflitual para os direitos reais constituirá uma tendência actual.

<sup>1070</sup> ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, pp. 330ss. Sobre os riscos da autonomia conflitual nesta área, cfr. CHRISTOPHE BERNASCONI E HARRY C. SIGMAN, "The Hague...", pp. 126ss, que os rejeita.

## 1.7. A protecção do património cultural

Na década de 90 — encabeçada internacionalmente por FERRER CORREIA — surge uma proposta de modificação do sistema conflitual atendendo a finalidades inerentes à liberdade de circulação.

A ideia subjacente reside no facto de o interesse fundamental de *limitação da circulação de bens culturais* (que fazem parte do património histórico dos Estados e dos povos) poder ser perseguido não apenas através de regras materiais mas também pelo direito de conflitos, designadamente afastando a *lex rei sitae*. De facto, quando um bem de interesse histórico de certo país é ilícitamente transportado para outro Estado, o seu estatuto passa a ser regulado pela nova *lex rei sitae* e esta pode não o considerar tal objecto um bem sujeito a regime especial ou consagrar um regime de protecção de adquirentes de boa-fé, atribuindo-lhes a respectiva propriedade. Assim, a conexão tradicional mostra-se desadequada aos interesses em jogo nos bens culturais, sobretudo quando o novo estatuto real protege *terceiros adquirentes de boa fé*. Perante o *interesse material de protecção do património*, debate-se a alteração da regra de conflitos, nomeadamente determinando a sujeição do estatuto real à *lex rei originis*<sup>1071</sup>.

---

<sup>1071</sup> Vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3823, pp. 289ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 439; LUIGI CANNADA-BARTOLI, "Sul trasferimento di beni fuori commercio nel diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXII, n.º 3, 1989, pp. 618-631, p. 619; KURT SIEHR, "The *Lex Originis* for Cultural Objects in European Private International Law", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 879-891, p. 879; HORATIA MUIR WATT, "La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine *Eglise Autocephale*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 1, 1992, pp. 1-34, p. 25; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 535 e 550; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La loi applicable au transfert de la propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 187-208, pp. 187ss (que qualifica a proposta de alteração conflitual como *mais uma especialização* no domínio jurídico-real, retirando à *lex rei sitae* parte da sua influência); LUIGI CANNADA-BARTOLI, "Sul trasferimento...", p. 622; CHRISTIAN ARMBRUSTER, "La revendication...", pp. 732ss; SYMEON SYMEONIDES, "On the Side of the Angels: Choice of Law and Stolen Cultural Property", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, JÜRGEN BASEDOW, et al., T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 747-761, p. 751; SYMEON SYMEONIDES, "On the Side...", p. 749, que explica o problema do caso *Autocephalous*: um agente económico retirou um conjunto de mosaicos (classificados como de interesse cultural) de certa igreja cipriota, tendo mais tarde alienado esse património, na Suíça, a um adquirente norte-americano. Os mosaicos vieram a ser reclamados pela República do Chipre, com fundamento no facto de constituírem uma *res extra commercium*; a lei suíça, porém, conferia protecção ao adquirente de boa fé e considerava os mosaicos como *coisa*, sujeita por isso a transacções, solução a que chegaria igualmente a aplicação da lei do Estado do Indiana.

No espaço europeu, o problema agravou-se depois do desaparecimento das barreiras físicas à circulação, o que levou à intervenção do legislador comunitário, como veremos na nota n.º 1072 (cfr. ANNA GARDELLA, "La circolazione dei beni culturali: la disciplina comunitaria e il progetto di legge di attuazione della Direttiva CEE 93/7", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 10, n.º 2-3, 1996, pp. 327-359, p. 327).

Alterar a regra de conflitos constituiria uma *materialização do DIP*, pois a escolha da conexão visaria um determinado resultado material — a protecção do património cultural e a limitação da sua circulação (JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 351, e "La loi...", pp. 200ss), ideia repudiada por KARL KREUZER, "La propriété...", p. 302: "*le droit international privé n'a pas pour vocation de protéger le propriétaire*". No que concerne ao interesse público da protecção do património, inerente ao carácter único e insubstituível das respectivas peças, cfr. KREUZER, cit., pp. 135ss.

Claro que, diferentemente do que sucede no nosso problema, o objectivo é *limitar a liberdade de circulação* e não potenciá-la; ademais, a proposta radica não propriamente na substituição do elemento de conexão mas na sua *imobilização*. Concretizando, defende-se que o propósito de *limitação da circulação internacional dos objectos de arte*, inerente à protecção do património cultural, pode ser perseguido pelo “*sistema clássico das regras de conflitos de leis*”, abandonando a tradicional *situs rule* nos objectos de arte e chamando ao estatuto real (ou a algumas das matérias aí incluídas) a *lex rei originis*: a sua convocação é capaz de proteger eficazmente o seu património, invalidando os negócios de alienação que conduzam à sua exportação indesejada (pois a transmissão da propriedade é por tal lei determinada) e mesmo à sua classificação como obra de arte. A proposta dirige-se à instituição de “*restrictions à la libre circulation des objets d’art*”, reconhecendo ser papel do direito internacional privado reger tal matéria “*en vue d’assurer une protection adéquate au patrimoine culturel*”<sup>1072</sup>.

Sobre tal proposta, entende FERRER CORREIA que “*não se trataria, por conseguinte, de mudar o elemento de conexão, mas tão-só de o tornar invariável. A ligação decisiva ficará sendo para sempre – ne variatur – a que o objecto de arte apresenta com o Estado a cujo património cultural pertence*”; para outros Autores, constituiria uma *correção* à aplicação da *lex situs* atendendo à necessidade de proteger o património, através da escolha de conexão diferente (a lei do país de onde os bens são originários, uma espécie de *nacionalidade* do património cultural). Ora, pela mão do Professor de Coimbra, isto ficaria materializado em Resolução do Instituto de Direito Internacional, que determina que a transferência da propriedade de objectos de arte se deve submeter à lei do Estado a cujo património cultural pertence<sup>1073</sup>.

---

<sup>1072</sup> Cfr., respectivamente, ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3829 e 3830, pp. 99ss, e Resolução do Instituto de Direito Internacional adoptada na sessão de Basileia, de 1991, sendo relator FERRER CORREIA, disponível na internet, no portal do Instituto de Direito Internacional, via [http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1991\\_bal\\_04\\_en.PDF](http://www.idi-iil.org/idiE/resolutionsE/1991_bal_04_en.PDF), consultado em 19 de Junho de 2015. A expressão *nacionalidade do património cultural* é utilizada por CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "La revendication...", p. 739.

Na verdade, concluiu-se que as simples obrigações diplomáticas de proibição do tráfico, e de restituição e de cooperação Estadual, previstas pela Convenção UNESCO de Paris de 17 de Novembro de 1970 *on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property* (e, no quadro comunitário, pela Directiva 93/7/CEE, do Conselho, de 15 de Março de 1993, *relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilícitamente do território de um Estado-membro*), não são suficientes para prevenir eficazmente o tráfico de objectos de arte (cfr. PIERRE LALIVE, "Sur le retour des biens culturels illicitement exportés", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelas, 1993, pp. 283-298, pp. 286ss; JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 133; KURT SIEHR, "The *Lex Originis*...", p. 880). Uma sistemática análise da directiva é feita por ANNA GARDELLA, "La circolazione...", pp. 329ss (*vide* especialmente p. 353, sobre a legitimidade exclusiva do Estado para o pedido de restituição). Repare-se que a directiva contém uma regra de conflitos, determinando que a transferência de propriedade será regulada pela lei do Estado requisitante; todavia, tal é eficaz apenas *depois da devolução*, o que significa que enquanto a coisa roubada não for devolvida, vigorará a *lex rei sitae* — cfr. KURT SIEHR, *cit.*, p. 883.

<sup>1073</sup> Cfr. art. 3.º da Resolução do Instituto de Direito Internacional (*cit.* nota anterior). Estabelece-se, ainda, a aplicabilidade do direito público desse Estado (art. 4.º), regulando-se expressamente algo que é debatido, como vimos *supra* (a aplicabilidade do direito público da *lex causae*). Sobre esta abordagem, *vide* ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3829 e 3830, p. 99; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 440;

A concretização desta solução (que, no fundo, enfraquece a regra da *lex rei sitae* e cria, em sua substituição, uma *lei pessoal do património*) pode operacionalizar-se igualmente por outros mecanismos: pode operar-se uma *ficção jurídica* nos termos da qual os bens culturais são considerados *imóveis*, mantendo-os sob os auspícios da *lex rei originis* (i); pode ter-se a *lex rei originis* como conjunto de normas internacionalmente imperativas mobilizável por força da teoria da conexão especial (ii); e pode transpor-se para a nova *lex rei sitae* o estatuto de inalienabilidade (*res extra commercium*) adquirido ao abrigo do estatuto anterior (iii). Todas estas vias têm, no fundo, o efeito de assegurar que a susceptibilidade de transacções destes bens continua a ser regida, na prática, pela *lex rei originis*<sup>1074</sup>.

A proposta de FERRER CORREIA permite inferir duas conclusões que confortam o nosso pensamento: por um lado, é possível e sustentável a utilização do DIP conflitual como mecanismo capaz de *influenciar* as liberdades comunitárias; por outro, os fundamentos que conduzem à aplicação da *lex rei sitae* não são sagrados, porquanto se subjugam a um interesse mais relevante de limitação da circulação internacional dos objectos de arte.

---

KURT SIEHR, "Internationales...", pp. 151ss, e "The *Lex Originis*...", p. 881; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 891 (que defende ser a *lex originis* uma correcção da *lex rei sitae*); ERIK JAYME, "Identité...", pp. 195ss; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "La loi...", pp. 200ss; LUIGI CANNADA-BARTOLI, "Sul trasferimento...", p. 627.

A opção não se tornou uma *regra de conflitos especial generalizada*, segundo KARL KREUZER, "La propriété...", p. 187. De facto, apenas conhecemos uma aproximação no direito belga, que estabeleceu uma regra conflitual especial no Código de DIP determinando, à escolha do proprietário originário, a opção entre a *lex rei sitae* e a *lex originis*: "*la revendication d'un bien volé est régie, au choix du propriétaire originaire, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa disparition, soit par le droit de l'État sur le territoire duquel le bien était situé au moment de sa revendication*" (art. 92.º). Esta solução (de aplicação *alternativa* entre a *lex rei sitae* e a *lex originis*), colhe o apoio de KURT SIEHR, *cit.*, p. 888, que a advoga para uma unificação conflitual europeia.

A via conflitual não é o único caminho para a persecução do objectivo. No fundo, como bem sublinha PIERRE LALIVE, "Nouveaux...", p. 16, a *limitação da circulação* dos bens pode ser alcançada *quer* por via do direito de conflitos (mudando o elemento de conexão) *quer* mediante regulação directa. Aliás, alguma doutrina duvida da adequação do *próprio método conflitual* (cfr. HORATIA MUIR WATT, "La revendication...", p. 25, e MANLIO FRIGO, "Ethical rules and codes of honour related to museum activities: a complementary support to the private international law approach concerning the circulation of cultural property", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 371-389, p. 387). Em conformidade, a Convenção UNIDROIT de Roma de 24 de Junho de 1995 *on stolen or illegally exported cultural objects*, estabelece um conjunto alargado de regras materiais unificadas (não obstante prever também uma cláusula de excepção material a favor de qualquer lei mais favorável à limitação do tráfico de objectos de arte [cfr. art. 9.º]. Face à Convenção UNESCO de 1970 e à Directiva 93/7/CE, a que nos referimos na nota anterior, adita a possibilidade de a recuperação do património poder ser reclamada *pelos privados* e não apenas pelos Estados — cfr. JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, p. 135; ANNA GARDELLA, "Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: La Convenzione dell'Unidroit del 24 Giugno 1995", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 997-1030, pp. 997ss. Sobre as tentativas de solução do problema mediante regras de direito internacional privado material ou de direito privado uniforme, *vide* a profunda análise de KREUZER, *cit.* pp. 150ss.

<sup>1074</sup> Os três mecanismos são analisados por CHRISTIAN ARMBRÜSTER, "La revendication...", pp. 732-737. O segundo modelo (manutenção do juízo conflitual geral e atribuição de imperatividade internacional às regras de protecção do património cultural) é extensamente ponderado HORATIA MUIR WATT, "La revendication...", p. 33, e LUIGI CANNADA-BARTOLI, "Sul trasferimento...", p. 623, relevância a tais disposições estrangeiras. Foi aliás esta a via seguida no direito pátrio — arts. 64.º a 66.º e 69.º da Lei de Bases do Património Cultural (Lei n.º 107/2001, de 8 de Setembro).

Claro que, como FERRER CORREIA parece reconhecer, o abandono da conexão tradicional implica fragilidade à certeza e segurança do comércio jurídico, designadamente em quem confiou na aplicação da lei do Estado da situação da coisa<sup>1075</sup>; por outro lado, está em causa limitar a circulação de coisas que, para o Estado da origem, estão fora do comércio jurídico, o que legitimaria um desvio à conexão tradicional, *ainda* que o Estado da situação actual do objecto as considere bens transaccionáveis.

Todavia, quer no caso dos objectos de arte, quer no quadro da hipoteca, não cremos que os problemas sejam inultrapassáveis, como melhor veremos *infra*.

### 1.8. As novas propostas doutrinárias de evicção da *situs rule*

A dessacralização do juízo da *lex rei sitae* culmina com a existência de propostas doutrinárias de regulação do estatuto real, as mais das quais redundando na sua sujeição à autonomia conflitual, mormente no domínio das garantias imobiliárias. Isto é, na literatura jurídica não se tem já por assente que os direitos reais se submetem todos, sempre e necessariamente, à *lex rei sitae*, avultando um sentimento de iminente superação da opção conflitual tradicional, seja pela submissão do estatuto real à lei escolhida pelas partes, seja através da flexibilização da *lex rei sitae*, como propõe JANEEN CARRUTHERS<sup>1076</sup>.

Alguma doutrina, porém, foi já além da mera *consideração de outra conexão*, propondo a *professio iuris* nos direitos reais, que sumariamente analisaremos.

---

<sup>1075</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3831, p. 162; ANNA GARDELLA, "Nuove...", p. 1007; SYMEON SYMEONIDES, "On the Side...", p. 752 (que, por esta razão, propõe que o estabelecimento da regra da *lex rei originis* seja derogado quando cumulativamente se verifique uma maior conexão com a *lex rei sitae* e que o adquirente esteja de boa fé). Aliás, outros problemas se colocam na jurisprudência internacional, nomeadamente a questão da *fixação do lugar de origem* (cfr. GARDELLA, *ibidem*) e o problema do *desconhecimento da origem do objecto de arte*. Atente-se nos problemas colocados a propósito do "Hot Pot" (objecto de arte cuja *lex originis* é desconhecida, gerando enormes dificuldades no litígio sobre a legalidade da importação para o *Metropolitan Museum of Art of New York* com as autoridades italianas) ou do saco de prata com a inscrição SEVSO. Sobre estes casos, KURT SIEHR, "Internationales...", pp. 154-156.

<sup>1076</sup> A Autora, depois de apresentar os vários inconvenientes da *situs rule*, considera dois modelos de substituição do paradigma clássico através da maior flexibilização da norma (cfr. JANEEN M. CARRUTHERS, *The Transfer...*, pp. 233ss). Uma primeira hipótese radica na geração de uma regra de conflitos a apontar para a situação da coisa *temperada por uma excepção de proper law*, permitindo indicar em cada caso a lei mais adequada. O segundo modelo consistirá na estatuição do princípio da proximidade (determinando a aplicação da *lei mais próxima do caso*), temperada com a presunção de que esta seria a do Estado onde a coisa se situe (p. 246).

Um exemplo do sentimento de iminente superação da *lex situs* encontra-se na exposição de MIGUEL VIRGÓS SORIANO E FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Comentario...*, p. 93, nota 133, que sublinham referir-se à *lex rei sitae* por ser a conexão tradicional; "*no obstante, los argumentos son válidos igualmente incluso si la norma de conflicto aplicable es otra distinta*", demonstrando a aceitação de outras opções. Também DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 49, declaram que "*une solution plus conforme aux besoins du crédit pourrait consister à accueillir en principe la sûreté constituée selon la loi étrangère, sous réserve des dispositions sécuritaires de la loi de la situation, destinées essentiellement à informer les tiers et à trancher les conflits d'ordres*".

Em sentido oposto, ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 619-636, p. 635, que defende uma extensão arrojada da liberdade de escolha da lei (designadamente para o estabelecimento da filiação), não coloca sequer a hipótese de abranger os direitos reais pela autonomia conflitual.

### 1.8.1. LOUIS D'AVOUT e a autonomia no modo de transmissão e constituição dos direitos reais.

O Professor parisiense propôs em 2006 a introdução da autonomia conflitual no estatuto real. Depois de indagar os fundamentos da *lex rei sitae* e de concluir que a conexão tradicional se justifica quanto ao conteúdo e exercício dos direitos reais, recomenda que *os modos de aquisição derivada dos direitos reais* (mas não o respectivo conteúdo, natureza transaccionável ou classificação) sejam atribuídos, como conexão subsidiária, à lei do acto jurídico de disposição patrimonial — o que, no caso dos negócios jurídicos *inter vivos*, será escolhida pelas partes.

Trata-se, como se percebe, de destacar uma das mais importantes matérias do estatuto real (a constituição e transmissão de direitos reais) e admitir a sua regulação por *lei diferente*: no fundo, o estatuto real seria dividido entre o *uso da coisa* (a utilização das suas características físicas), que se mantém sob o domínio da *lex rei sitae* por atenção ao interesse local em regular o exercício de poderes sobre ela; e a *criação e transferência* de direitos sobre a coisa, que não tem de estar submetida àquela lei, porquanto constitui uma operação de ordem intelectual<sup>1077</sup>.

São várias as razões avançadas por LOUIS D'AVOUT para sustentar a sua tese.

Em *primeiro lugar*, sublinha que a aquisição derivada se baseia na vontade do titular, pelo que a tutela da vontade deve alastrar ao domínio conflitual. É a possibilidade de livre

---

<sup>1077</sup> Na proposta do Professor, o princípio da autonomia na aquisição de direitos reais enfrenta 3 excepções. Em *primeiro lugar*, na aquisição originária, propõe a manutenção da conexão tradicional, já que tais modos "*ont vocation naturelle à être en principe appréhendés par la loi du lieu de survenance du fait matériel acquisitif (lorsqu'elle existe); il sont naturellement corrélés au principe universel de territorialité*" (LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 589). A exclusão da aquisição originária da sua proposta justifica-se, por um lado, porque nestas vias de aquisição imperam prerrogativas que, muitas vezes, constam de NANI do Estado territorial (*cit.* p. 589). Por outro, porque a aquisição originária depende de factos jurídicos regidos, as mais das vezes, pela lei local (nomeadamente do ponto de vista delitual), pelo que será de toda a conveniência chamar o princípio do tratamento unitário internacional do facto jurídico (*cit.* p. 593). Em terceiro lugar, porque na aquisição originária é determinante o *facto aquisitivo* e não tanto o direito adquirido, razão por que importa submeter aquele à lei territorial — já que é aí que assumem relevância as razões que conduzem à *situs rule* nos direitos reais (*cit.*, pp. 595ss). Por fim, porque nos casos em que se adquire um direito até aí inexistente, só a situação da coisa reveste a objectividade necessária para a determinação da lei aplicável (p. 600).

A *segunda excepção* à *professio iuris* reside na aquisição sucessória, sugerindo-se a aplicação da *lex successionis* (que, à data da tese do Autor, não permitia a escolha), pois só assim se espelhará o princípio da sua sujeição à *lei do facto gerador da aquisição* (*cit.*, pp. 614ss).

Por fim, defende o Professor dever a transmissão negocial de certas universalidades de bens (como estabelecimentos comerciais) apartar-se do princípio da autonomia e sujeitar-se à clássica *lex rei sitae*, já que a abundância de NANI da *lex situs* colocaria em cheque a eficácia de qualquer outra conexão (*cit.* pp. 620ss). Sobre esta tese, *vide* AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 13.



disposição do direito que permite ao seu titular explorá-lo economicamente, sendo essa a razão da *professio iuris* na transmissão de todos os outros direitos patrimoniais<sup>1078</sup>.

Em *segundo lugar*, simplificar-se-ia a delimitação de estatutos na transmissão negocial de direitos reais: apenas o conteúdo do direito se atribuiria à *lex situs* passando tudo o resto para a *lei escolhida*. Segundo o Autor, a determinação da lei aplicável à *transmissão dos direitos reais* é difícil (o que explica que as sucessivas convenções internacionais aplicáveis à compra e venda de móveis evitem o problema) e o critério dominante (primazia relativa do estatuto real) conduz à ilógica dissociação dos aspectos obrigacionais e reais do negócio translativo<sup>1079</sup>.

*Por fim*, advoga que as razões justificativas da territorialidade (efectividade, tutela do comércio e soberania territorial) se satisfariam pela aplicação da *lex situs* apenas ao conteúdo do direito (desde que se operasse uma ligeira correcção na publicidade da transmissão)<sup>1080</sup>.

A sua proposta, porém, é menos arrojada do que poderia antever-se — não obstante expressar o seu desejo de os *créditos* e os *direitos reais* virem a submeter-se à mesma lei<sup>1081</sup>. Apesar de se defender a autonomia na *aquisição e transmissão* de direitos reais menores (mantendo-se o respectivo conteúdo sob a alçada da *lex situs*) este efeito decairia em muitos casos. Efectivamente, em muitos sistemas, a constituição ou transmissão de direitos *in rem* (sobretudo sobre imóveis, mas também sobre meios de transporte) carece de formalidades e de controlo público, de que o Registo Predial é o exemplo paradigmático. Ora, se a *lex situs* estabelecer como *modo* a inscrição registal, o Professor é forçado a defender uma inibição do âmbito da lei da autonomia: segundo o Autor, as regras que subordinam a constituição de direitos reais a um registo público são de aplicação territorial (parecendo considerá-las normas de direito público que determinam a sua própria aplicação a todos os imóveis nesse Estado), pelo que “*l'autonomie de la volonté n'est que résiduelle*”<sup>1082</sup>.

Assim, a *aquisição dos direitos reais* só é verdadeiramente cometida à lei escolhida quanto aos bens situados em Estado que não preveja registo constitutivo (o que demonstra a inadequação desta tese ao nosso problema) e é denunciado pelos exemplos que o Autor invoca para a operacionalização da sua tese: transmissão convencional de propriedade sobre móveis, a aquisição de direitos reais desconhecidos da *lex rei sitae* (como o *trust*) e as garantias reais mobiliárias convencionais. Por outro lado, a operatividade da proposta do Autor, como o próprio reconhece, acaba por depender de uma modificação das normas materiais do direito das coisas que pudessem configurar NANI da *lex situs*, defendendo-se,

---

<sup>1078</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 612.

<sup>1079</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 638 e 640.

<sup>1080</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 590ss.

<sup>1081</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 772.

<sup>1082</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 629 e 689.

designadamente, a superação do princípio da taxatividade dos direitos reais através de mecanismos publicitários<sup>1083</sup>.

### 1.8.2. BELL e PARCHOMOVSKY: a escolha da lei aplicável aos direitos reais.

Em 2005, os Professores norte-americanos propuseram a sujeição dos direitos reais à lei escolhida pelo seu titular, nos mesmos precisos termos que das obrigações contratuais (embora o façam no quadro *interlocal*, quanto aos conflitos de leis dos Estados federados dos EUA). O seu principal argumento radica na satisfação das necessidades dos interessados, que deve poder realizar-se através de um leque alargado de conformações possíveis para o seu direito (até porque, no quadro dos bens móveis, é visível a deslocação das coisas com o propósito de almejar a aplicação de uma lei que preveja determinada figura jurídico-real). Assim, o titular deve ser livre de escolher a lei reguladora do conteúdo e do modo de constituição dos direitos reais<sup>1084</sup>.

Esta proposta surge temperada por três limitações.

*Em primeiro lugar*, a escolha só é permitida *mediante inscrição registal*. A limitação dirige-se sobretudo à tutela de terceiros, já que só assim se avisam todos aqueles a quem o direito é oponível de que a lei aplicável não é a *lex situs*. No fundo, a escolha de lei provoca uma “*relaxation of the numerus clausus principle*” (com correspondente diminuição da tutela de terceiros) que é mitigada pela publicidade registal, capaz de os informar dos contornos do direito real constituído<sup>1085</sup>.

*Em segundo lugar*, propõe-se o afastamento a *professio iuris* quando constitua um *offensive use*, isto é, quando a escolha de lei diferente envolva a erosão ou diminuição dos direitos de outrem sobre a mesma coisa. Nestes casos, aquela não é admitida, devendo a lei aplicável determinar-se pelos métodos tradicionais<sup>1086</sup>.

*Por fim*, porque o direito das coisas expressa opções próprias de um certo modelo económico-social, certo é que a autonomia conflitual poderia implicar formas de direitos reais tidos como *inaceitáveis* nos Estados onde as coisas se situam (pense-se em servidões

<sup>1083</sup> LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 667ss.

<sup>1084</sup> ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 101: "Thus, for example, when a landowner in Massachusetts transfers realty to her children in anticipation of her death, she may select not only from the available real property estate forms in Massachusetts, but also from those of New York, California and all the other states of the Union".

<sup>1085</sup> ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 108 ("once a right is registered there is no need for guesswork at all about the nature of property protection that attaches to a given object and the numerus clausus rule is thus of limited utility". Na base desta tese estará a conclusão de que o princípio de *numerus clausus* tem a sua *ratio* na protecção de terceiros, já que os direitos reais gozam de eficácia absoluta (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 15).

<sup>1086</sup> ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 110.

personais ou direitos reais sobre fetos ou órgãos humanos). Nessa medida, admite-se o afastamento da lei escolhida com fundamento na ordem pública internacional<sup>1087</sup>.

Não analisaremos a bondade desta tese no que toca aos direitos reais de gozo (campo onde, decididamente, a sua efectivação poderia gerar a maior parte dos obstáculos, em razão da afectação intensa de terceiros), remetendo a sua utilidade quanto à hipoteca para as páginas subsequentes. Deve no entanto sublinhar-se que constitui uma ousada proposta, denunciando que o domínio da *lex rei sitae* nos direitos reais vem começa a ceder no pensamento jurídico.

### ***1.8.3. A absorção dos direitos reais acessórios pela relação jurídica principal.***

Também na doutrina belga surgem propostas de modificação do juízo conflitual para certos direitos reais. Segundo FRANÇOIS RIGAUX e MARC FALLON, há que notar que certos direitos reais (designados *direitos reais acessórios*) são constituídos "*non pour assurer un droit en soi sur la chose, mais pour garantir un droit distinct*". Nestes casos, coloca-se a questão de saber se é pertinente a regulação do direito real *acessório* por uma conexão própria (o lugar da situação da coisa) ou se a acessoriedade não deveria ser recebida pelo direito conflitual, sujeitando o direito *in rem* à lei reguladora *do direito a que se associa*, o que é expressamente aventado<sup>1088</sup>.

O caso onde se tornou mais evidente a inadequação da aplicação da *lex situs* a uma garantia real foi o do direito de retenção. Neste caso, o funcionamento tradicional do sistema conflitual leva a que uma obrigação tutelada por direito de retenção *nos termos da lex contractus* possa não ver a garantia validada no pela *lex rei sitae*, o que conduzirá à sua ineficácia total. Esta situação é tida por profundamente injusta, porquanto a lei reguladora da relação jurídica pressupôs a garantia especial na respectiva conformação. Assim, sufraga-se a atribuição da regulação da garantia real à *lei reguladora do crédito*<sup>1089</sup>.

---

<sup>1087</sup> ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", pp. 113-114.

<sup>1088</sup> FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 669. Sobre o conceito de *direito real acessório* (que se opõe aos direitos reais principais — a propriedade e os seus desmembramentos) cfr. GABRIEL MARTY E PIERRE RAYNAUD, *Droit...*, Tomo III, Vol. 1, p. 92.

<sup>1089</sup> Neste sentido, FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 676. Suponha-se que A, português residente em Portugal, celebra com B, português residente em Portugal, um contrato nos termos do qual este realizará reparações no imóvel de A situado no país Y, seleccionando a lei portuguesa como *lex contractus*. Nas condições contratuais, B confia na aplicação da norma da lei portuguesa nos termos da qual poderá reter o imóvel até que lhe sejam pagas as despesas feitas na coisa (art. 754.º CC). Simplesmente, a *existência e conteúdo da garantia* são cometidos ao estatuto real, pelo que pode suceder que B seja surpreendido pela inexistência da caução. A aplicação da *lex rei sitae* é visível, ainda que com alguma hesitação, no Acórdão da *Cour de Cassation* de 2 de Março de 1999, *Land Service c. FMT production*, publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 2 pp. 305-308. Este problema é reconhecido por C. G. J. MORSE, "Retention of title in English

Independentemente da bondade da proposta, trata-se, mais uma vez, de uma proposta de *superação da lex rei sitae* em aspectos centrais do estatuto real.

### 1.9. Soluções positivadas de autonomia conflitual no estatuto real

A tendência de superação da *situs rule* que vimos demonstrando encontra expressão positiva, designadamente nas codificações recentes de direito internacional privado.

Atente-se no novo Código Civil Romeno que, entre outras medidas, estabelece a possibilidade de escolha da lei aplicável à *fidúcia* (figura jurídico-real) e, nas acções de reivindicação, estabelece que o proprietário pode optar entre submeter a reivindicação à lei do Estado onde o bem se encontrava quando a posse lhe foi retirada ou à lei do local da situação actual do bem<sup>1090</sup>.

Igualmente, a lei suíça, que estabelece a escolha de lei para o estatuto real das coisas móveis entre as leis do Estado de origem, do país de destino ou a lei reguladora das obrigações contratuais. Esta autonomia conflitual não é levada às últimas consequências, porquanto apenas tem efeitos *inter partes*, não derogando a regra da *lex rei sitae* nas relações com terceiros<sup>1091</sup>.

Também o DIP holandês conhece, desde 2008, alguma autonomia conflitual no estatuto real. Admite-se a escolha da lei do *país de destino* para a reserva de propriedade de coisas móveis e a escolha de lei aplicável aos efeitos reais dos contratos translativos da propriedade quando a sua execução envolva um transporte internacional<sup>1092</sup>.

Recorde-se ainda a lei chinesa (continental), que estabeleceu a *autonomia conflitual* para os direitos reais sobre móveis, quer nas relações *inter partes*, quer nas relações para com terceiros, com o único limite da ressalva da ordem pública — o que vem sendo entendido

---

private international law", *Journal of Business Law*, Março, 1993, pp. 168-184, p. 175, (embora o Autor admita a necessidade pragmática da opção conflitual [p. 172]).

<sup>1090</sup> Cfr., respectivamente, arts. 2659.º e 2615.º do Código Civil Romeno e a análise de CATALINA AVASILENCEI, "La codification...", pp. 265 e 267. Ademais, a lei romena subtrai ao domínio da *lex rei sitae* as garantias mobiliárias que não estejam em posse do credor (aplicando-lhes a lei da residência do devedor), os direitos sobre títulos de crédito e valores imobiliários (submetendo-os à lei do Estado da sede do emitente) e os direitos sobre títulos negociáveis em mercados organizados (aplicando-lhes a lei do local onde o mercado funciona) — arts. 2627.º e 2628.º do Código Civil Romeno.

<sup>1091</sup> Cfr. art. 104.º LFDIP *Vide*, ainda, AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 11; JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy...", p. 55; DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 437; ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 234; ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 197.

<sup>1092</sup> Cfr. arts. 3.º e 8.º da Lei de 25 de Fevereiro sobre conflitos de leis sobre coisas (*Wet conflictenrecht goederenrecht*). Sobre as soluções desta lei, *vide* AXEL FLESSNER, "Choice...", pp. 16ss. Como ensina JEROEN VAN DER WEIDE, "Party Autonomy...", p. 45, o DIP holandês tem codificações parcelares, por domínios jurídicos, tendo os direitos reais sido a última matéria a conhecer positivação.

como impedindo a oponibilidade a terceiros de um direito real cujo conteúdo não podiam conhecer<sup>1093</sup>.

**1.10. Conclusão: a *situs rule* não é hoje uma regra sagrada, enfrenta várias e importantes exceções e vem perdendo terreno para a *lei da autonomia*.**

No fundo, o périplo pelas exceções e reservas à aplicação da *lex situs* ao estatuto real permitiu-nos retirar três grandes conclusões. *Em primeiro lugar*, estão evidenciados, em vários domínios, inconvenientes da aplicação da *lex rei sitae* ao estatuto real: inibe as transacções internacionais, gera incerteza sobre a lei aplicável em certos direitos e cria difíceis problemas de delimitação de estatutos quando haja uma relação negocial (sujeita à lei da autonomia) a si ligada. *Em segundo lugar*, parece hoje cristalino que, diferentemente do que sucedia há não muito tempo, a opção pela *lex rei sitae* não é inquestionável<sup>1094</sup>.

*Por fim*, reconheça-se que muitas das propostas de solução dos problemas evidenciados implicam, na prática, uma restrição da conexão *situação da coisa* e maior importância à autonomia. Assim sucede nas propostas de KHAIRALLAH, GAUDEMET-TALLON e WEBER no que concerne às garantias reais mobiliárias; nas soluções de KURT SIEHR, PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ no que tange aos direitos reais gerados por negócio jurídico; no critério PRIMA subjectivo quanto aos valores mobiliários; na proposta de *flexibilização* da regra de conflitos apresentada por JANEEN CARRUTHERS; e nas propostas que directamente sufragam a autonomia conflitual nos direitos reais<sup>1095</sup>.

De outro modo: está a formar-se, paulatinamente e sempre com a cautela da tutela de terceiros, uma tendência firme de superação da regra da *lex rei sitae*.

---

<sup>1093</sup> WENWEN LIANG, "The applicable law to rights *in rem* under the act on the law applicable to foreign-related civil relations of the People's Republic of China", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 353-368, p. 360.

<sup>1094</sup> Estas duas conclusões, aliás, são afirmadas por MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 123 ("Autonomy, however, is not present in the case of property matters where the *lex situs* plays a dominant but not altogether unchallenged role. The absence of autonomy in property matters inhibits transactions in that it limits the prospects of avoiding legal risk. There is also a degree of uncertainty surrounding the applicable choice of law rule in respect of some types of property which affect the quantification of legal risk"); DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 435ss; TEEMU JUUTILAINEN, "Coherence...", p. 112. Veja-se igualmente a análise, feita por AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 19, da abundante doutrina que vai notando as deficiências da *lex rei sitae* e sugerindo conexões alternativas; ANDREAS BUCHER e ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 229 (que frisam a perda de importância da *lex rei sitae* nas situações em que o estatuto real não está ligado a quaisquer exigências de publicidade ou nos bens de situação dificilmente apreensível).

<sup>1095</sup> Neste sentido, KARL KREUZER, "La propriété...", pp. 122-123. A autonomia conflitual no estatuto real, em maior ou menor medida, é defendida por GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés..., passim*; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Comentário...", n.º 16182; KURT SIEHR, "Internationales...", p. 154; PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 497; ASTRID STADLER, *Gestaltungsfreiheit...*, pp. 673-680; LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 589ss; ABRAHAM BELL e GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 108; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", pp. 521ss; JAN VON HEIN, "Party...", pp. 103ss.

## 2. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA CONFLITUAL.

Assentando a nossa tese na *autonomia conflitual* da hipoteca, importará, antes de mais, fazer um breve excuro sobre o âmbito, fundamento e propósitos deste princípio. Tal passo revela-se essencial para que venhamos a sufragar a sua valia no domínio hipotecário.

### 2.1. Os clássicos fundamentos e propósitos

A autonomia conflitual (entendida como viabilidade de escolha da lei reguladora da relação jurídica)<sup>1096</sup> é atribuída a DUMOULIN, jurista da escola estatutária francesa no século

---

<sup>1096</sup> É nesta acepção que nos referimos a *autonomia conflitual*, noção que constitui “o aspecto central da autonomia da vontade em Direito Internacional Privado” (LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 463). Neste sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 40; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 379-429, p. 386; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, p. 101; HELENA MOTA, *Os Efeitos...*, p. 398; MARIA ISABEL JALLES, "A plurilocalização e a deslocalização espacial das situações jurídicas internacionais", *Revista de Direito e Economia*, Ano I, n.º 1, 1975, pp. 65-95, p. 81; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 274; JOÃO REIS, "Contrato de trabalho plurilocalizado e Ordem pública internacional", *Questões Laborais*, Ano III, 1996, pp. 157-187, p. 169; JEAN-MICHEL JACQUET, "Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats", *Journal du Droit International*, Ano 118, n.º 3, 1991, pp. 679-689, p. 680; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 543; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 70; HAROLDO VALLADÃO, *Direito...*, Vol. I, p. 360; PAUL HEINRICH NEUHAUS, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Walter de Gruyter & Co., Berlim, 1962, p. 169; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 14; ANNA GARDELLA, "Artículo 3.º — Commentario al Reglamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 611-629, p. 611; OLE LANDO, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Common Market Law Review*, vol. 24, n.º 2, 1987, pp. 159-214, p. 169; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 38; RODOLFO DE NOVA, *L'Estinzione delle Obbligazioni Convenzionali nel Diritto Internazionale Privato*, Libreria Treves, Pavia, 1930, p. 10; CARLOS EDUARDO DE ABREU BOUCAULT e FABRÍCIO POLIDO, "Amílcar de Castro e as lições do Direito Internacional Privado e Comparado: memória dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 40, 2012, pp. 103-130, p. 121; PETER NYGH, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999, p. 1. Nem sempre foi clara a distinção entre a autonomia material em DIP e a autonomia conflitual. Cfr., *v. g.*, JÜRGEN SAMTLEBEN, "Teixeira...", p. 344, que se refere à autonomia privada em DIP como a questão de saber “em que medida podem as partes derrogar as normas de conflito e definir elas mesmas o direito aplicável às suas relações mútuas”. Para uma crítica sustentada a esta sobreposição, *vide* JEAN-MICHEL JACQUET, "Retour...", p. 685ss.

Deixaremos de fora do nosso estudo a concepção pela qual a possibilidade de escolha da lei aplicável é conferida às partes de modo indirecto, pela escolha do local de execução da obrigação negocialmente assumida — *vide* LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 537; SAMTLEBEN, *cit.*, p. 348; e (mais extensamente) PETER NORTH, "Choice...", pp. 30-35, que analisa os vários mecanismos de operar uma *indirect choice*, seja por via da opção do foro, seja pela manipulação dos elementos de conexão móveis) bem como a tese pela qual às partes é lícito escolher o *sistema de direito internacional privado* aplicável (PETER NORTH, *cit.* pp. 38-41). Trata-se de uma *autonomia conflitual encubierta*, nas palavras de BLANCO-MORALES LIMONES, *ibidem*, mas que não tem aplicação no nosso estudo: no estatuto real, esta autonomia indirecta será concedida às coisas móveis (que podem atravessar fronteiras) mas não a prédios, que constituem o objecto do nosso problema. *Vide* os casos de *autonomia conflitual indirecta* no estatuto real descritos por DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 441.

Também não consideramos neste particular a manipulação da lei aplicável originada pelos sistemas onde vigora a teoria das regras de conflitos facultativas. Sobre este tema, *vide* PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue Critique de Droit International Privé*,

XVI, que a enunciou em 1525 a propósito da lei aplicável aos efeitos patrimoniais do casamento<sup>1097</sup>. Todavia, mesmo no domínio contratual, a tendência territorialista era visível no princípio *locus regit actum*, que vigorou sem grande contestação até ao século XX<sup>1098</sup>.

Foram muitas as objecções à utilização de tal conexão. A principal radicava no facto de a aceitação da autonomia conflitual operar uma subjugação da lei à vontade das partes, o

---

vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454, p. 430 (que lembra que, antes do alastramento da autonomia conflitual às relações de família, a possibilidade de escolha da lei aplicável existia nesses sistemas); EINSELE, *cit.*, p. 419; ELLEN MOSTERMANS, "Party Autonomy: Why and When?", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 123-141, p. 131; ALFRED E. VON OVERBECK, "La théorie des «règles de conflit facultatives» et l'autonomie de la volonté", *Festschrift für Frank Vischer*, PETER BÖCKLI, et al., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1983, pp. 257-262, p. 258; FRANK VISCHER, "New tendencies...", p. 461; AXEL FLESSNER, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 34, 1970, pp. 547-584, pp. 566ss (analisando os respectivos efeitos em diversos domínios, sufragando a sua consagração como possibilidade de as partes evitarem a previsível redução de qualidade judicativa quando o tribunal julgue de acordo com lei estrangeira); EVA-MARIA KIENINGER, "Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 479-501, p. 484.

<sup>1097</sup> Neste sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 110ss; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Aplicável aos Contratos...", p. 166, e *Direito Internacional Privado (2001)*, Vol. I, p. 87; ERNST RABEL, *The Conflict...*, Vol. I, pp. 85ss; MAX GUTZWILLER, "Le développement...", pp. 321ss; ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado...*, Livro I, p. 490; FRIEDRICH K. JUENGER, "A Historical...", p. 13, e "Contract Choice of Law in the Americas", *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 195-208, p. 199; G.-R. DELAUME, "L'autonomie de la volonté en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 39, 1950, pp. 321-340, p. 323; ERNEST G. LORENZEN, "Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, vol. 30, n.º 6 e 7, 1921, pp. 565-580 e 655-673, p. 573; JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, "The Proper Law of a Contract: A Reply", *The International Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, pp. 197-207, p. 198; A. CURTI GIALDINO, "La volonté des parties en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972-III, Tomo 137, 1972, pp. 743-938, pp. 810-812; ANTOINE PILLET, *Traité Pratique de Droit International Privé*, Vol. II, Recueil Sirey, Paris, 1924, pp. 151ss, e *Principes...*, p. 142; GEORGES KHAIRALLAH, "La volonté dans le droit international commun des régimes matrimoniaux", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 197-208, p. 199; STEFAN LEIBLE, "La importancia...", p. 216; GIESELA RÜHL, "Choice...", p. 2; JEAN-YVES CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelas, 1992, p. 56; KURT SIEHR, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, PETER FORSTMOSER, et al., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1989, pp. 485-510, p. 485; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 472. DUMOULIN baseou-se no facto de os regimes matrimoniais constituírem pactos tácitos que encontram a sua autoridade na vontade dos nubentes e não na soberania estadual, pelo que aquela seria conexão mais válida do que o lugar da celebração. Sobre a contribuição de DUMOULIN para a escola francesa, sobretudo sobre a qualificação, cfr. HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Traité...*, Tomo I, p. 378; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 48.

Esta leitura não é, todavia, unânime. Por um lado, pode questionar-se (como faz ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 60, nota n.º 130), se DUMOULIN não terá visto a vontade das partes apenas como argumento de suporte da conexão objectiva *local de celebração* (e não como elemento de conexão). Por outro lado, alerta FRIEDRICH K. JUENGER, "Two European Conflicts Conventions", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 28, n.º 3, 1998, pp. 527-542, p. 538, que o princípio da autonomia conflitual "*probably predates Dumoulin, to whom it is customarily attributed*", remontando porventura ao direito egípcio no período helenístico — vigorando uma regra que permitia sujeitar o contrato ao direito egípcio ou grego consoante a língua em que fosse redigido (cfr. FRIEDRICH K. JUENGER, *Choice...*, p. 9, e SYMEON SYMEONIDES, "Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective", *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, et al., Schulthess, Zurique, 2010, pp. 513-550, p. 514). Para uma análise da penetração do princípio da autonomia da vontade enquanto critério autónomo de determinação da lei aplicável ao longo nos últimos dois séculos, *vide* FRADA DE SOUSA, *cit.*, pp. 60-73.

<sup>1098</sup> BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 156; JÜRGEN SAMTLEBEN, "Teixeira...", pp. 345ss e 351ss; HENRI BATIFFOL, "Form...", p. 103. Assim, lembra GIESELA RÜHL, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts", *Conflict of Laws in a Globalized World*, ECKART GOTTSCHALK, et al., Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 153-183, p. 155, que o debate sobre a adopção da autonomia nos contratos terminou há menos de 30 anos.

que constituiria uma inversão inaceitável dos termos (AUDINET e NIBOYET): o valor obrigatório dos contratos provém da lei, pelo que submeter a sua aplicabilidade a uma opção contratual é insanavelmente contraditório. Como facilmente se entende, a objecção não procede, já que não deixa de ser a lei (a regra de conflitos) a determinar a sua relevância.

Em segundo lugar, argumentava-se que a autonomia conflitual gerava um círculo vicioso impossível de resolver, porquanto a *validade da cláusula contratual que designa a lei competente* depende da aplicação de uma determinada lei, que não foi ainda indicada. A este argumento, pode opor-se que a norma que admite a escolha não é qualquer regra substantiva mas a própria regra de conflitos do foro<sup>1099</sup>.

Por fim, sustentava-se que a vontade nunca poderia justificar a escolha de uma lei que invalidasse a relação jurídica ou não permitisse a opção. Como se percebe, este argumento não justificaria a exclusão da *autonomia* mas apenas a conclusão de que a validade da *professio iuris* dependeria da validade da relação jurídica ao abrigo da lei escolhida<sup>1100</sup>.

---

<sup>1099</sup> A regra de conflitos, aliás, não apenas determina a viabilidade da *professio iuris* como a sua concreta medida, designadamente quanto ao leque de leis passíveis de opção, a viabilidade de alteração ou escolha parcial, bem como a lei aplicável à validade da própria escolha de lei (cfr. A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 65).

<sup>1100</sup> Para uma análise mais profunda sobre as teses anti-autonomistas, vide ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 33ss, e *Direito...*, Vol. III, pp. 204ss; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 109ss; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pp. 105ss; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 158ss; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Algumas...", p. 291; ERNST RABEL, *The Conflict...*, Vol. II, pp. 360ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 653ss; HENRI BATIFFOL, "Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 250-263, p. 252, e *Les Conflits de Lois en Matière de Contrats*, Sirey, Paris, 1938, pp. 9ss; HAROLDO VALLADÃO, *Direito...*, Vol. I, p. 363; MARIO GIULIANO, "La Loi d'Autonomie: le Principe et sa Justification Théorique", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XV, 1979, pp. 217-235, pp. 228ss; M. ALBÉRIE ROLIN, "Des conflits de lois en matière d'obligations et des deliberations de l'Institut de Droit International sur cette question — projet", *Revue de Droit International et de Legislation Comparé*, 40ème Année, 1908, pp. 573-615, pp. 592ss; F. A. MANN, "The Proper Law of the Contract", *The International Law Quarterly*, vol. 3, 1950, pp. 60-73, pp. 62ss; JEAN-PAUL BÉRAUDO, "Faut-il avoir peur du contrat sans loi?", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 93-112, p. 94; MARTIN WOLFF, "The Choice of Law by the Parties in International Contracts", *Juridical Review*, vol. 49, 1937, pp. 110-132, p. 115ss; A. CURTI GIALDINO, "La volonté...", p. 765 (que sublinha a posição mais agreste da doutrina francesa); HENDRIK VERHAGEN, "Party Autonomy and Assignment", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 189-205, p. 189; PROSPERO FEDOZZI, *Trattato...*, Vol. IV, pp. 693ss; STEFAN LEIBLE, "La importancia...", pp. 216ss; ELLEN MOSTERMANS, "Party...", p. 123; GIESELA RÜHL, "Party...", p. 156; RUSSEL J. WEINTRAUB, "Functional...", p. 272; DAVID G. PIERCE, "Post-Formation Choice of Law in Contract", *Modern Law Review*, vol. 50, 1987, pp. 176-201, p. 193; HESSEL YNTEMA, "«Autonomy»...", p. 344; JÜRGEN BASEDOW, "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 75, n.º 1, 2011, pp. 32-59, pp. 41ss.

Entre os anti-autonomistas mais célebres (espelhando o raciocínio que expusemos no texto) cfr. EUGÈNE AUDINET, "Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux", *Mélanges Antoine Pillet*, Sirey, Paris, 1929, pp. 57-87, pp. 65ss; J.-P. NIBOYET, "La Théorie de l'Autonomie de la Volonté", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1927-I, Tomo 16, 1927, pp. 16-116, pp. 53-58 (não concebendo um sistema onde as normas imperativas perderiam a sua obrigatoriedade face a situações internacionais, assim comparando a opção conflitual ao gesto de Pilatos e considerando uma inversão intolerável da ordem das coisas); ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado...*, Livro I, p. 491, (que se lhe referia como o "período do exagero"); JOSEPH H. BEALE, "What law governs the validity of a contract", *Harvard Law Review*, vol. XXIII, n.º 1-4, 1909, pp. 1-11, 79-103, 194-205, 260-272, p. 7 (que recordava o carácter antinatural da escolha da lei); EMILIO BETTI, "Autonomia privata e competenza della «lex loci actus» nelle obbligazioni



Não trataremos das teses anti-autonomistas, porquanto é hoje claro que a liberdade de escolha do direito aplicável constitui um princípio geral de direito internacional privado (mesmo fora de espaços economicamente integrados) no domínio das obrigações contratuais<sup>1101</sup>. Pelo contrário, veremos as razões que conduziram à aceitação generalizada

---

civili e commerciali", *Rivista di Diritto Internazionale*, Anno XXII, Serie III, Vol. IX, 1930, pp. 3-44, pp. 12 e 15 (que além da inversão lógica, lembrava a potencial violação do princípio da não transactividade e a eliminação do sentido prático do DIP enquanto ramo jurídico de *resolução* de problemas indicando a lei mais próxima e a insustentável *delegação legislativa* que corresponderia à autonomia); G.-R. DELAUME, "L'autonomie...", p. 322 (que aditava a inexistência de *soberania* nos indivíduos, capaz de provocar a aplicação da lei à inversão lógica [p. 325]); GEORGES DREYFUS, *L'Acte Juridique en Droit Privé International — Étude sur les Conflits de Lois*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1904, pp. 13ss (considerava um erro jurídico a valoração da vontade das partes em detrimento do acto jurídico; sustentava a ser ilógica a perda de imperatividade das normas quando conectadas com situações internacionais; e defendia que a inversão ocorrida entre a lei e a vontade das partes desvirtua a função da lei — p. 31); ANTOINE PILLET, *Principes...*, p. 143, *Traité...*, Vol. II, pp. 163ss, e "Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois", *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé*, vol. 21, 22 e 23, 1894-1895-1896, pp. 417-435 e 711-754 (vol. XXI), pp. 241-259, 500-517 e 929-952 (vol. XXII), pp. 415-430 (vol. XXIII) vol. 21, pp. 942ss (defendendo ser absurda a submissão da lei à vontade das partes); RODOLFO DE NOVA, *L'Estinzione...*, p. 13 (frisando a violação do princípio da proximidade [ao desinteressar-se o DIP pela lei com conexão mais forte] e a inexistência nos privados do poder de decidir a lei que os rege [p. 14])

<sup>1101</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 644; *Direito Comercial...*, p. 99; "O novo...", p. 846 ("A autonomia da vontade na determinação do Direito aplicável aos contratos obrigacionais constitui hoje um princípio de Direito Internacional Privado comum à esmagadora maioria dos sistemas nacionais"); M. DE BOER, "Party Autonomy and its limitations in the Rome II Regulation", *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007, pp. 19-29, p. 19 ("Long gone are the days when conflict scholars still argued that the applicable law could not be displaced by party agreement") e "Living...", p. 198; ERIK JAYME ("L'autonomie de la volonté des parties — Rapport définitif", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 64, Tomo I, pp. 62-79, p. 63 ["ce principe est aujourd'hui universellement reconnu par les législateurs et la pratique"]); "Identité...", p. 55; "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10, p. 1 ["party autonomy is recognized today as one of the fundamental principles of the conflict of laws"]); MARIO GIULIANO, "La Loi...", pp. 219 e 224 (aludindo a uma "solution spontanément uniforme" e sublinhando que "la quasi totalité des systèmes juridiques du continent européen admettent, d'une façon ou de l'autre, la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat"); MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 123 ("it is now established beyond recall in developed legal systems that contracting parties are free to choose the law applicable to their contract"); MARIA ISABEL JALLES, "A plurilocalização...", p. 84 ("o princípio da autonomia da vontade em matéria de contratos internacionais encontra-se hoje universalmente aceite"); JANEEN M. CARRUTHERS, "Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 881-913, p. 881 ("the device of party autonomy is firmly embedded in private international law rules pertaining to contractual obligations and commercial matters generally"); OLE LANDO, "The EEC...", p. 169 ("The parties' right to choose the law which governs an international contract is so widely accepted by the countries of the world that it belongs to the common core of the legal systems"); "The Conflict of Laws of Contracts — General Principles", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-VI, Tomo 189, 1984, pp. 225-447, p. 237 e pp. 257ss, quanto à origem histórica da autonomia nos sistemas de DIP nacionais; "The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 299-310, p. 301; "Chapter 24: Contracts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1976, pp. 3-159, pp. 3ss; HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 241-292, p. 245 (que considera a autonomia conflitual nas obrigações contratuais o "Basisprinzip des internationalen Privatrechts"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Algumas...", p. 291; RUI MOURA RAMOS, "Previsão...", p. 104; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, *Direito Internacional Privado (2001)*, Vol. I, p. 89; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pp. 102ss; NUNO CASTELLO-BRANCO BASTOS, "Das obrigações...", p. 652; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, "Sobre o conceito de contrato internacional", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 161-192, p. 183; FRANK VISCHER, "General...", p. 126; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 70; AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, "Los contratos internacionales de construcción

«Llave en mano», *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1743-1811, p. 1805; PETER NORTH, "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Its History and Main Features", *Essays in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 23-50, p. 38, e "Choice...", pp. 35-36; ULRICH DROBNIG, "Conflict...", p. 212; FRIEDRICH K. JUENGER, "The *lex mercatoria*...", p. 179; BERNARD AUDIT, "Le caractère...", p. 290; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 111; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 146; MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign Law in National Courts — A Comparative Perspective", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 304, 2003, pp. 181-385, p. 337; ANNA GARDELLA, "Artículo 3.º...", p. 611; HENDRIK VERHAGEN, "Party...", p. 189; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, p. 37; PAOLO MICHELE PATOCCHI, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg — Librairie de l'Université, Genebra, 1985, p. 54; ALFRED E. VON OVERBECK, "La contribution...", p. 82; KURT SIEHR, "Die Parteiautonomie...", p. 487; MICHEL DESCHAMPS, "Conflict-of-Laws Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules?", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 284-296, p. 286; HELMUT HEISS, "Party Autonomy", *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, FRANCO FERRARI E STEFAN LEIBL, Sellier. European Law Pub, Munique, 2009, pp. 1-16, p. 1; HESSEL YNTEMA, "«Autonomy»...", pp. 349ss; MICHAEL WILDERSPIN, "Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs)", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, vol. 11/12, n.º 4, 2001-2002, pp. 424-439, p. 429; SERGIO MARIA CARBONE, "Autonomia privata del diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 3, 2013, pp. 569-592, p. 570. Aliás, o Instituto de Direito Internacional, na Resolução relativa à vontade das partes nos contratos internacionais entre privados, adoptada na Sessão de Basileia de 1991, declara que "*l'autonomie de la volonté des parties est l'un des principes de base du droit international privé*". Entre nós, mesmo antes do Código de 1966 se defendia a autonomia conflitual no domínio das obrigações contratuais, generalizando a regra do art. 4.º do Código Comercial — cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 203. Não obstante esta conclusão ser frequentemente lida (de que a autonomia conflitual é aceite universalmente no domínio das obrigações contratuais), são identificáveis pontos do globo onde ela não existe: cfr. art. 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, que manda aplicar a lei do local da celebração, pelo que a *professio iuris* é apenas admitida no quadro da arbitragem (Lei 9307/1996) ou aceitando o reenvio quando a lei local admita a escolha da lei aplicável; a lei do Uruguai determina a observância da lei local para alguns contratos; o DIP do Irão estabelece a submissão dos contratos à lei local, salvo nos contratos entre estrangeiros (onde admite a escolha da lei aplicável). Uma análise destas disposições é efectuada com profundidade por BASEDOW, *cit.*, pp. 166-170). Ademais, a amplitude da autonomia não é idêntica em todos os sistemas, designadamente quanto à possibilidade de escolha de leis sem contactos com o caso ou quanto à admissibilidade de escolha de normas sem vigência estadual (*lex mercatoria*, princípios UNIDROIT) (voltaremos *infra* a este assunto, a propósito da amplitude de autonomia conflitual que propomos para a hipoteca). Por fim, não pode dizer-se que haja uma plena unanimidade nesta matéria, porquanto subsistem posições que duvidam da bondade da autonomia mesmo no âmbito dos contratos (cfr. RONALD BRAND, "The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U. S. Perspective", *University of Pittsburgh Legal Studies Research Papers*, n.º 2011-29, 2011, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1973162>, consultado em 11 de Junho de 2012, p. 5). Assim, pode dizer-se que a aceitação da autonomia conflitual foi mais tardia nos países sul-americanos — cfr. RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 455; JÜRGEN SAMTLEBEN, "Teixeira...", pp. 357ss; ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", pp. 619ss (especialmente p. 622), e "La contribution...", p. 90; MARÍA MERCEDES ALBORNOZ, "El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLII nueva serie, n.º 125 (Maio — Agosto), 2009, pp. 631-666, p. 632; FRIEDRICH K. JUENGER, "Contract...", p. 195; JÜRGEN BASEDOW, "Theorie...", pp. 34ss; NÁDIA ARAÚJO, *Contratos Internacionais*, 3.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2004, pp. 77ss — e goza de amplitude variável consoante o ponto do globo onde nos coloquemos (cfr. GIESELA RÜHL, "Party...", p. 160). Segundo HENRI BATIFFOL, "Le profit qu'on peut tirer en France des règles américaines des conflits de lois sur les contrats", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1937-1938, pp. 48-74, p. 51, a generalização desta opção conflitual ter-se-á iniciado pelos países europeus, consagrada pela primeira vez na lei polaca de 1926 (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 212; OLE LANDO, "The Conflict...", pp. 257ss). Uma análise da discussão em torno da amplitude óptima da autonomia conflitual, ocorrida na primeira metade do século XX, foi feita por MARTIN WOLFF, "Some observations on the Autonomy of Contracting Parties in the Conflict of Laws", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 35 — Problems of Public and Private International Law, 1949, pp. 143-155, pp. 144ss.

desta regra conflitual<sup>1102</sup>, procurando saber se o mesmo elemento de conexão pode ser transposto para outros domínios — *maxime* à relação jurídica hipotecária.

A primeira nota a inferir é o contraste entre o acolhimento global da autonomia conflitual no âmbito das obrigações contratuais e a inexistência de consenso quanto aos seus fundamentos. São muitas as explicações avançadas para a sua consagração, sem que nenhuma recolha indubitável apoio dogmático. Assim, a aceitação do princípio dever-se-á mais aos seus resultados práticos do que a uma incontestável perfeição do critério conflitual<sup>1103</sup>. De todo o modo, importa fazer uma súmula dos diversos raciocínios oferecidos pela Doutrina procurando explicar a conveniência da *professio iuris*<sup>1104</sup>.

O ponto de partida parece ser o *princípio da autonomia da vontade* enquanto estruturante do direito privado. Este tem como raízes a dignidade da pessoa humana (na sua dimensão de autodeterminação e responsabilização) a que se associa a liberdade económica. Ademais, justifica-se numa perspectiva de segurança do tráfico jurídico, quer pela função ordenadora do Direito, quer pela determinabilidade certa e fácil das normas aplicáveis a uma relação jurídica livremente conformada<sup>1105</sup>.

A sua vertente conflitual (enquanto liberdade de escolha da lei aplicável) pode explicar-se com razões próximas. A autonomia conflitual é a projecção da *autodeterminação das partes* nas relações privadas internacionais, escolhendo o direito que reputam mais adequado às suas pretensões — seja por razões de *táctica conflitual* (pense-se numa empresa que sujeita todas as relações jurídicas que constitui à mesma lei ou numa opção das partes por *lei neutra*),

---

<sup>1102</sup> É muito curioso que a generalização desta opção conflitual tenha ocorrido quase de forma espontânea, como sublinha HENRI BATIFFOL, "Public...", p. 68.

<sup>1103</sup> Neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 164, e "Theorie...", p. 50; MARTIN WOLFF, "The Choice...", p. 117; A. CURTI GIALDINO, "La volontà...", p. 754; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, p. 38.

<sup>1104</sup> Analisaremos apenas os cinco fundamentos principais que vêm justificando a autonomia conflitual, não ignorando que a doutrina vem aditando razões de menor valia. Por exemplo, o argumento de que a viabilidade de escolha de lei aplicável diminui a complexidade do sistema conflitual, de que é utilizável em domínios onde é difícil encontrar critérios de conexão adequados ou que fomenta a aplicação da *lex fori* — cfr. PAULIUS JURCY, *Party...*, p. 6; STEFAN LEIBLE, "Parteiautonomie...", p. 486; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 479. Sublinhe-se ainda que, além das razões sobre que nos debruçaremos por ora, surge ainda um decisivo argumento sustentador da autonomia conflitual no quadro europeu: o favor à integração. Sobre este pronunciar-nos-emos autonomamente *infra*, pp. 591ss. Atente-se que elencaremos os vários fundamentos concorrentes para o princípio da autonomia conflitual sem ignorar, como frisa LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Conjugação...*, p. 16, ser controvertida a questão de saber qual o fundamento decisivo.

<sup>1105</sup> Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2007, p. 33-37; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, pp. 646ss e a extensa bibliografia aí aduzida; FRANK VISCHER, "General...", pp. 126. No quadro da União Europeia, este fundamento adquire superior valia, porquanto a autonomia privada não apenas é fundamento comum dos ordenamentos nacionais como é "*también una conditio sine qua non para el ejercicio de las libertades básicas y, en consecuencia, del mercado interior europeo*" — STEFAN LEIBLE, "Vías para...", p. 1593. Sobre o seu fundamento filosófico, *vide* o interessante estudo de LUIS MARIA DE LA HIGUERA GONZÁLEZ, "Fundamento Filosófico de la Autonomía de la Voluntad", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1 — Derecho patrimonial 1, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 109-184, pp. 109ss.

seja atendendo ao *conteúdo material* (admitindo que as partes designem uma lei especialmente adaptada aos seus propósitos ou que conheçam mais profundamente). A regra de conflitos desliga-se de um propósito *localizador* (de procura da sede da relação jurídica) e atende a propósitos de tutela dos interesses *das partes*<sup>1106</sup>.

Aceitando este argumento, nas áreas onde o direito material do foro atribui às partes o poder de modelar a sua relação jurídica (porque faz relevar o interesse das partes face à

---

<sup>1106</sup> FRANK VISCHER, "General...", p. 126 ("The basic idea of freedom in private law should extend to conflict of laws. The parties' right to choose the applicable law emanates from his principle and seems justified as long as both parties have an equal bargaining power and there is no interest of third parties or the State"); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 60 ("a afirmação deste princípio da autonomia da vontade constitui uma nova abordagem da regulamentação das situações privadas internacionais – especificamente das obrigações contratuais – centrada nos interesses das partes e no respeito pela sua vontade"); PETER NORTH, "Choice...", p. 36 ("if they voluntarily enter into a contract, then they should be allowed also to choose the applicable law"); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 11 ("Hoy reconocemos la posibilidad de que los sujetos de una relación jurídica puedan acceder a regularla por cualquier ley"); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 258 (que sublinha haver aqui, em consequência, uma *materialização do DIP conflitual*, já que o elemento de conexão não atende à localização da relação jurídica mas ao resultado material); MICHAEL J. WHINCOP, "Conflicts...", p. 46 ("Party autonomy in choice of law enables parties to choose procedures that maximize their joint wealth"); WILLIS L. M. REESE, "The Influence of Substantive Policies on Choice of Law", *Festschrift für Frank Vischer*, PETER BÖCKLI, et al., Schulthess Polygraphischer Verlag, Zúrique, 1983, pp. 287-292, p. 288 ("Such a rule is found in nearly all legal systems and is clearly designed to further the basic policy of contract law that the justified expectations of the parties should in general be protected"); MIGUEL VIRGÓS SORIANO, "Obligaciones...", p. 147 ("esta libertad de que gozan las partes es una prolongación natural del principio del principio de autonomía privada"); HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 245; STEFAN LEIBLE, "Parteiautonomie...", pp. 485 e 487, e "La importancia...", pp. 215 e 217; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "La legge regolatrice delle operazioni bancarie secondo la Convenzione comunitaria dl 19 giugno 1980", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, 1983, pp. 83-114, p. 85 (que lembra ser comum, nas operações bancárias internacionais, a escolha de uma lei-tipo, tenha ou não ligação ao caso); BERNARD AUDIT, "Le droit international privé à la fin...", p. 425, e "Le caractère...", p. 291; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 358 e 360; GUILLERMO PALAO MORENO, "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012", *Diario La ley*, Año XXXIII, N.º 7847 — 27 de Abril de 2012, 2012, pp. 10-12, p. 10; ERIK JAYME ("L'autonomie...", p. 66; "Identité...", p. 147; "Party...", p. 1); M. DE BOER, "Party...", p. 20; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", p. 155; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 73; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La autonomía de la voluntad conflictual...", n.º 6, e "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 680; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "El Reglamento...", p. 60; MARIO GIULIANO, "La Loi...", p. 234; FRIEDRICH K. JUENGER, "The *lex mercatoria*...", p. 179; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131, p. 125; PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 5; PAOLO MICHELE PATOCCHI, *Règles...*, p. 114; JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, "El juego...", p. 22; ANTOINE KASSIS, *Le nouveau droit international européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993, p. 190; OLE LANDO ("The Conflict...", p. 285; "Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larquier, Bruxelles, 1981, pp. 191-208, p. 193; "Contracts", p. 33); PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict...", p. 237; SIMON WHITTAKER, "The Optional...", p. 380; F. A. MANN, "The Proper Law in the Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n.º 3, 1987, pp. 437-453, p. 447; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Da arbitragem comercial internacional", *Revista de Direito e Economia*, Anos X/XI, 1984-1985, pp. 3-51, p. 33; ANA LUÍSA BALMORI PADESCA, "Elección...", p. 377; SERGIO MARIA CARBONE, "Autonomía...", p. 572; PETER NYGH, *Autonomy...*, p. 2. Repare-se, porém, que HENRI BATIFFOL, "Public...", p. 71, duvidava se "the best way of protecting the liberty of the parties is to allow them the possibility of choosing any law they wish. Extreme positions are seldom the best, and it may be asked if an unreasonable liberty is really an advantage for the contracting parties".

protecção de terceiros ou do interesse público) estenderá internacionalmente tal autonomia internacionalmente concedendo-lhes liberdade de escolha da lei aplicável<sup>1107</sup>.

Em segundo lugar, convoca-se a *certeza, previsibilidade e facilidade* de determinação do regime jurídico aplicável, protegendo-se a *confiança* que as partes nele depositaram: uma *segurança jurídica preventiva* ou *profilaxia de conflitos*. Ao admitir que as partes escolham a lei reguladora da relação jurídica que constituem, desaparecem dúvidas quanto ao direito aplicável, permitindo-lhes pautar o seu comportamento pelo ordenamento jurídico eleito e eliminando conflitos sobre as normas aplicáveis (reduzindo necessariamente custos de transacção). Ademais, nas obrigações voluntárias, realiza-se plenamente o propósito savigniano de *localização da relação jurídica* por atenção ao seu aspecto mais relevante<sup>1108</sup>.

---

<sup>1107</sup> É a ideia de *liberdade inofensiva*, inaugurada por P. S. MANCINI, "De l'utilité...", pp. 298 e 302, e que não perdeu actualidade. Neste sentido M. DE BOER, "The EEC...", p. 37 ("The rationale of party autonomy is not explained any more by considerations of (choice-of-law) certainty, as it use to be in contracts – where freedom of choice scored one of its first victories – but rather by substantive law factors. I submit that, today, the principle of party autonomy can be justified entirely by reference to the freedom of this position the parties enjoy in the corresponding substantive forum law"); ERIK JAYME, "Identité...", p. 149; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 512; JAVIER MASEDA RODRÍGUEZ, "El juego...", p. 23; MAX PLANCK, "Comments on the European Commission's Proposal...", p. 608 (que alude à autonomia conflitual exercida no testamento um reflexo da *liberdade de testar*, do ponto de vista material). No fundo, como bem explica HENDRIK VERHAGEN, "Party...", p. 192, haverá um *reflexo conflitual* dos valores existentes no domínio substantivo: quando se permite a modelação da relação jurídica por vontade das partes no direito material, esta posição axiológica tem reflexos na regra de conflitos; em matérias perpetradas por normas imperativas, por seu turno, a opção conflitual é imposta pelo legislador.

<sup>1108</sup> A expressão *profilaxia de conflitos* é de OTTO KAHN-FREUND, "General...", pp. 341 e 346 ("this seems to me the principal function in private international law if the doctrine known as *autonomie de la volonté*"); RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, p. 461 ("a escolha pelas partes da lei aplicável constitui o mais seguro e decisivo meio de garantir aqui a *certeza jurídica*"); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 649; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, p. 109; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 211; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "A responsabilidade civil extracontratual em direito internacional privado — breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) n.º 864/2007", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, 2012, pp. 357-390, p. 377; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 475, e "Algumas...", p. 149; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 512; FRIEDRICH K. JUENGER, "Private...", p. 58; FRANK VISCHER, "The antagonism...", p. 37 ("No other instrument can more efficiently secure the parties' interest for certainty in the result than the *autonomy principle*"); JÜRGEN BASEDOW, "Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 3, 2010, pp. 427-456, p. 444 ("le but poursuivi par le choix de la loi applicable, c'est-à-dire l'augmentation de la *sécurité juridique*"); ERNST RABEL, *The Conflict...*, Vol. II, p. 359; PAUL HEINRICH NEUHAUS, *Die Grundbegriffe...*, pp. 171-172; PAUL LAGARDE, "Eléments pour un droit international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 149-164, p. 160 ("*Vimmense avantage de la professio iuris est la sécurité juridique*"); MARIO GIULIANO, "La Loi...", p. 234; M. DE BOER, "Party...", p. 20, e "The EEC...", p. 36; JAN KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3.<sup>a</sup> Edição, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1997, pp. 271-272; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 73; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La autonomía de la voluntad conflictual...", n.º 6, e "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 679; ERIK JAYME, "L'autonomie...", p. 66, e "Identité...", p. 151 (que as toma como *as razões práticas da autonomia*); MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 57; GUILLERMO PALAO MORENO, "Autonomía...", p. 10; F. A. MANN, "The Proper... (1950)", p. 69; DAVID E. CAVERS, *The Choice-of-Law...*, p. 196 (justificando a sua utilização do *princípio de preferência* relativo aos contratos); PAULIUS JURCYNS, *Party...*, p. 6 ("*the possibility of designating the law of a particular state provides the parties with more legal certainty and predictability*"); OLE LANDO ("Contracts", p. 33; "The Conflict...", p. 284, e "Party...", p. 193); ANDREAS BUCHER E ANDREA BONOMI, *Droit...*, p. 107; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía...", p. 125; STEFAN LEIBLE, "La importancia...", p. 218; PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", p. 4; ELLEN MOSTERMANS, "Party...", pp. 124-125; JAVIER MASEDA

*Em terceiro lugar*, alude-se a uma razão de coerência: sempre que é permitido às partes manipular os factos localizadores da relação jurídica (lugar de celebração, local de execução da obrigação, local de propositura de uma acção judicial) e, assim, operar uma *escolha indirecta da lei aplicável*, não deve vedar-se a *directa professio iuris*<sup>1109</sup>.

*Por fim*, defende-se que a autonomia conflitual desempenha uma função política relativa à eficiência da regulação. Este papel pode ser visto sob dois prismas: *por um lado*, para quem aceite a validade da análise económica do direito e a aplique ao direito internacional privado<sup>1110</sup> (a *economia positiva do Direito Internacional Privado*) — ou para quem, repudiando-a, considere a *eficiência* como princípio de matriz constitucional que vincula o legislador conflitual —, a autonomia conflitual surge como a mais eficiente opção legislativa; *por outro*, concluindo-se hoje ser preferível um modelo de *concorrência legislativa* face à *unificação normativa*, cabe à regra de conflitos concretizá-lo, permitindo aos operadores económicos escolher a lei.

Na verdade, prestando as regras de conflitos um papel de promoção económica (já que a estabilidade que oferecem aumenta a eficiência do comércio internacional e estimula a distribuição dos recursos em proveito de toda a comunidade), a autonomia é decisivamente a conexão mais competente: ao permitir a escolha das regras que disciplinarão uma dada relação jurídica, reduzem-se os custos das transacções internacionais (porquanto pode ser eleita a lei que as partes melhor conhecem) e podem neutralizar-se normas imperativas de que as partes quisessem evadir-se, fomentando a criação de negócios que de outra forma não surgiriam. Ademais, cria-se verdadeira *concorrência legislativa*, permitindo testar várias soluções normativas para os mesmos problemas e propiciando a difusão das melhores. Em suma, a

---

RODRÍGUEZ, "El juego...", p. 22; PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict...", p. 237; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El régimen...", p. 27; MAARJA TORGA, "Party autonomy of the spouses under the Rome III Regulation in Estonia — can private international law change substantive law?", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012/4, n.º 4, 2012, pp. 547-554, p. 547; ORNELLA FERACI, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n.º 2, 2013, pp. 424-491, p. 431; ANDREA BONOMI, "La Convention de la Haye sur les titres, une nouvelle avancée de l'autonomie des parties en droit international privé", *La loi applicable aux titres intermédiaires: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 9-13, p. 12; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Lex Mercatoria...", p. 35; PETER NYGH, *Autonomy...*, p. 2. Repare-se que este é um fundamento apontado nos considerandos n.º 31 do Regulamento Roma II (sobre lei aplicável às obrigações não contratuais) e n.º 37 do Regulamento 650/2012 (sobre lei aplicável às sucessões).

<sup>1109</sup> Este argumento é menos robusto que os anteriores. Ainda assim, é invocado por PETER NORTH, "Choice...", p. 37; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 512; F. A. MANN, "The Proper... (1950)", p. 68 e ANDREA BONOMI, "La Convention...", p. 12, estando subjacente ao pensamento de JANEEN M. CARRUTHERS, "Party...", p. 887. Criticando-o, cfr. JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, "The Proper...", p. 200.

<sup>1110</sup> A aplicação ao DIP da análise económica do direito (*vide supra* nota n.º 691) será "*un moyen d'expliquer comment cette discipline doit se construire pour qu'elle puisse effectuer une distribution efficace des ressources rares dans les situations privées internationales*" (JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle de conflit et théorie économique", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 3, 2012, pp. 521-538, p. 522). O Professor, não aceitando a concepção, reconhece que os princípios da eficiência e da eficácia vinculam de forma estruturante os legisladores conflituais, pelo que a autonomia se imporá quando não contenda com outros princípios (p. 525).

autonomia conflitual constitui o critério mais eficaz para a promoção da integração económica, ajustando-se perfeitamente aos objectivos da União Europeia<sup>1111</sup>.

Duas sublinhados se impõem quanto a este argumento. *Por um lado*, e como bem nota BASEDOW, esta *eficiência* é apreciada por referência a todas as demais vantagens da autonomia conflitual — a sua segurança, a sua adequação às partes e a profilaxia de conflitos. É, assim, um argumento *consequencial* e não *originário*<sup>1112</sup>. *Por outro*, é por força deste raciocínio que se defende ser a escolha das partes a conexão mais condicente com a actual tendência de política legislativa em favor de *desregulação* em detrimento de dirigismo estatal e de *privatização do direito*. De facto, favorecer a autonomia conflitual contribui para deixar aos interessados a regulação da ordem económica em detrimento do Estado<sup>1113</sup>.

## 2.2. A extensão da autonomia para além das obrigações negociais.

As razões ora expostas conduzem necessariamente à conclusão de que a autonomia conflitual não deve ficar restrita ao domínio negocial, sendo possível e desejável a utilização da conexão em áreas distintas. Assim, uma vez estabilizada a viabilidade de escolha de lei aplicável às obrigações provenientes de negócio jurídico, rapidamente se concluiu que “*there are no fundamental reasons to limit the autonomy strictly to that branch*”, assistindo-se a uma “*irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé*”<sup>1114</sup>. Ademais, aceitando-se que a concorrência

---

<sup>1111</sup> Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, "Ofertas...", p. 473; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 261; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "El régimen...", pp. 27-29; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle...", pp. 534-535, e "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 609; HORATIA MUIR WATT, "Choice...", pp. 389 e 391; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 538 FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 534; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 193, e "Lex Mercatoria...", p. 67; PAULIUS JURCYS, *Party...*, p. 6; HERBERT KRONKE, "Capital...", p. 287; STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", pp. 914ss; YVES-ÉDOUARD LE BOS, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010, p. 322; PAUL LAGARDE, "Recensão a «JÜRGEN BASEDOW / TOSHIYUKI KONO, *An Economic Analysis of Private International Law*»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96, n.º 3, 2007, pp. 665-669, p. 667; JAN SMITS, "Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live With Legal Diversity?", *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2011/14, 2011, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1802350>, consultado em 17 de Outubro de 2014, p. 16; ERIN ANN O'HARA, "Economics, Public Choice, and the Perennial Conflict of Laws", *The Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2001-2002, pp. 883-940, p. 943; ERIN ANN O'HARA E LARRY E. RIBSTEIN, "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, pp. 1151-1232, p. 1152; ANDREW T. GUZMAN, "Choice of Law: New Foundations", *The Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2001-2002, pp. 883-940, pp. 914 e 939; GIESELA RÜHL, "Party...", p. 176. É esta a razão, aliás, que leva HORST EIDENMÜLLER, "The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 2011, pp. 707-749, p. 710, a sustentar que há plena concorrência legislativa nas áreas cobertas por autonomia conflitual.

<sup>1112</sup> JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 193, e GIESELA RÜHL, "Party...", p. 176.

<sup>1113</sup> ERIK JAYME, "L'autonomie...", p. 67, e "Identité...", p. 151; MARIO GIULIANO, "La Loi...", p. 233; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle...", pp. 523-524; HORATIA MUIR WATT, "Concurrence...", p. 625ss.

<sup>1114</sup> As expressões são, respectivamente, de FRANK VISCHER, "General...", p. 126, e ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", pp. 619ss. No mesmo sentido, ERIK JAYME, "Identité...", pp. 55 e 148 (“*L'autonomie ne concerne pas seulement les contrats*”); RUI MOURA RAMOS, "Perspectiva...", p. 142 (aludindo ao “*crescente relevo reconhecido à autonomia das partes*”); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 266, e "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization. A first assessment of

legislativa é um modelo positivo de integração económica (assistindo-se à substituição da *uniformização legislativa* pela *regulatory competition*) é a expansão da autonomia conflitual que a realiza<sup>1115</sup>. Vejamos.

A primeira razão invocada (são as partes quem melhor pode escolher o sistema de direitos e obrigações para às relações jurídicas que constituem) conduziu à tese da distinção de litígios sobre direitos indisponíveis (que reclamaria uma opção do legislador face à lei aplicável) ou disponíveis. Nestes (e em todos os domínios onde exista forte autonomia material), não haverá razões para impedir as partes de escolher a lei aplicável, já que podem transigir nos termos que entenderem. Ora, à medida que o direito substantivo vai conferindo maior liberdade pessoal em novos domínios (divórcio; regime patrimonial do casamento; sucessões; etc.) o movimento tem reflexos óbvios na autonomia conflitual, admitindo-se aí a escolha da lei aplicável<sup>1116</sup>.

---

EC Regulation Rome II", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIV, n.º 1, 2008, pp. 5-42, p. 13; FRIEDRICH K. JUENGER, "Private...", p. 58 ("there is no reason why the same pragmatism that prevails in contractual dealings should not also inform, e. g., succession and family law"); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 316; MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign...", p. 350; JANEEN M. CARRUTHERS, "Party...", p. 882; PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration...", pp. 425ss; GIACOMO BIAGIONI, "Technique...", p. 18; KURT SIEHR, "Die Parteiautonomie...", pp. 488ss; ORNELLA FERACI, "L'autonomia...", p. 429; PETER NORTH, "Choice...", p. 37, sublinhando que o primeiro fundamento da autonomia conflitual (adequação à vontade das partes) é transponível para a responsabilidade extracontratual e que a segunda razão (*certeza da lei aplicável*) seria desejável num conjunto alargado de matérias, como a validade substancial do casamento, dos testamentos e dos trusts.

<sup>1115</sup> Neste sentido, HORATIA MUIR WATT, "Concurrence...", pp. 627ss, e "La fonction économique du droit international privé", *Revue Internationale de Droit Économique*, Tomo XXIV, n.º 1, 2010, pp. 103-121, p. 110; FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", p. 252 ("the market of legal products calls for a uniform rule of PIL which guarantees the autonomy of the parties in a private transaction and the procedural enforcement of that autonomy"); FRANCESCO SBORDONE, "Potere di scelta della legge applicabile al contratto e funzione delle norme di diritto internazionale privato", *Il diritto civile oggi — Atti del 1.º Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 211-219, p. 213; GERHARD WAGNER, "The Economics...", p. 1006 (que embora contestando a bondade desta tese, conclui que "the economics of federalism strongly counsel against harmonization of European contract law. Such an effort would destroy competition for the best legal rule, remove the beneficial constraints generated by such competition for local lawmakers"). Para operacionalizar a concorrência legislativa, não obstante tal seja insuficiente [atendendo à falta de informação dos operadores económicos, à disparidade legislativa e às diferenças linguísticas], é essencial estender a autonomia conflitual [p. 1010]; JOEL TRACHTMAN, "International...", p. 59 ("regulatory competition implies, but does not require, that private firms have some choice as to what regulatory law will govern their activities"); HANS-BERND SCHÄFER E KATRIN LANTERMANN, "Choice...", p. 95; TONI MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation...", p. 156. É justamente este o modelo preconizado pela doutrina Americana para o direito da falência, direito bancário, valores mobiliários e protecção do ambiente (cfr. bibliografia indicada por HORATIA MUIR WATT, "Concurrence...", *ibidem*, nota n.º 60). *Vide* ainda, da Professora, "Choice...", pp. 389ss.

Como vimos *supra*, porém, em espaços economicamente integrados a autonomia conflitual não é o único modo de criação da *regulatory competition*, podendo ser "ligado a um princípio de reconhecimento mútuo, por força do qual cada Estado aceita os padrões de regulação instituídos pelos demais" (cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Ofertas...", p. 473).

<sup>1116</sup> Esta concepção, aliás, remonta a P. S. MANCINI, "De l'utilité...", pp. 298 e 302, que sustenta a escolha das partes quando esta é inofensiva. Assim o defende FRANK VISCHER, "General...", p. 127 ("If parties are free to settle a dispute, if at any time a claimant can renounce and a defendant acknowledge the claim and thereby terminate proceedings, it is hard to see why the parties should not have a certain freedom in the designation of the applicable law, provided that no other interests than their own are involved"), que demonstra existir esta autonomia, na prática, em todos os sistemas de invocação facultativa da regra de conflitos, já que as partes sempre optam entre o regime da *lex fori* e aquele que seria indicado pela norma de conexão, ideia aliás reforçada por MARTIN WOLFF, "Some...", p. 149; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 278 ("O princípio da autonomia da vontade pode actuar com maior alcance em



Quanto ao segundo fundamento analisado (certeza e continuidade da lei aplicável) aproxima-se de uma das razões que justificam a *situs rule* para os direitos reais: *segurança, certeza e previsibilidade* do regime jurídico aplicável. Simplesmente, enquanto que no quadro contratual se apela tão-somente à protecção das expectativas das *partes* (o que aconselha inequivocamente à viabilidade de escolha de lei) no domínio real a preocupação estende-se a terceiros, pois são afectados pela relação jurídica. Ainda assim, é inequívoco que a *professio iuris* vem sendo tida como factor de estabilidade e segurança da lei aplicável, mesmo quando o sujeito que escolhe a lei atinge a posição jurídica de terceiros (sendo o exemplo das sucessões o mais evidente). Isto é, vem sendo entendido que os terceiros, embora afectados pela escolha de lei, beneficiam por outro lado de maior segurança jurídica (contando com certa lei e evitando-se situações claudicantes), o que aconselha a autonomia conflitual<sup>1117</sup>.

---

*matéria de relações disponíveis, fundamentando uma faculdade de escolha pelas partes do direito aplicável. Já no que toca a relações indisponíveis, a autonomia da vontade sobre os elementos de conexão não pode dispensar uma certa localização objectiva destas relações*”), e *Contrato de Empreendimento...*, p. 650 (“A partir do momento em que se estabelece, entre pessoas determinadas, uma relação que, no plano jurídico-material, entra no seu espaço de actuação com eficácia jurídica, por que razão, no plano jurídico-conflitual, não hão-se as partes poder convencionar o Direito aplicável? [...] O princípio da autonomia é o único que permite harmonizar duas preocupações fundamentais: a justiça do caso e a previsibilidade da solução, i. e., obtenção da solução mais adequada no caso concreto e susceptibilidade de se determinar antecipadamente, com segurança e facilidade, qual o Direito aplicável”); M. DE BOER, “The EEC...”, p. 37 (“This implies freedom of choice in all areas in which, in principle, the parties are deemed to be equal partners to legal relationship, or where they are allowed, by and large, to be their own master. Generally, these are the areas of substantive law where mandatory rules are scarce, as in contracts, torts, matrimonial property or succession”). No fundo, é o *princípio da autonomia da vontade* a sustentar, nas áreas onde vigore no direito material, a *autonomia conflitual* (contratos; disposições por morte; convenções antenupciais; *trust*, etc.) — PAULIUS JURCY, *Party...*, pp. 5-6; RUI MOURA RAMOS, “A evolução...”, p. 79; HILDA AGUILAR GRIEDER, “Alcance...”, p. 47; ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 613; SERGIO MARIA CARBONE, “Autonomia...”, p. 588; ANATOL DUTTA, “Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation”, *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606, p. 573; HORST EIDENMÜLLER, “Recht...”, p. 642; ANDREA BONOMI, “Successions...”, p. 214; HERBERT KRONKE, “Connecting...”, p. 59 (“legal systems recognising the supremacy of party autonomy or operational and technical factors in specific areas of property law [v. g. interests such as title reservation in export-import transactions, proprietary aspects of securities] may concede that it is for the parties to the transaction to choose the governing law”) — ou onde haja disponibilidade dos direitos, como na responsabilidade extracontratual (ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 293).

Com esta justificação, à medida que o direito da família vai conferindo um maior espaço à autonomia conflitual, essa liberdade alastra à *escolha de lei* (cfr. PIETRO FRANZINA, “The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) n.º 1259/2010 of 20 December 2010”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 85-129, p. 109; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía...”, p. 127; ELLEN MOSTERMANS, “Party...”, p. 129; JEAN-YVES CARLIER, *Autonomie...*, p. 256). Assim, será o facto de se ter generalizado a *liberdade de divórcio* por todos os Estados-Membros que autorizou a autonomia conflitual neste domínio (CHRISTIAN KOHLER, “Le choix de la loi applicable au divorce — Interrogations sur le règlement «Rome III» de l’Union européenne”, *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseke, Bielefeld, 2011, pp. 208-217, p. 211; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation”, *Latest Developments in EU Private International Law*, BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, et al., Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 23-48, p. 41; PEDRO MIGUEL ASENSIO, “El Derecho Internacional...”, p. 77).

A isto acresce que a *maior adequação* a cada relação jurídica é uma das vantagens normalmente apontadas ao modelo de *regulatory competition* (CATHERINE BARNARD E SIMON DEAKIN, “Market...”, p. 6).

<sup>1117</sup> Sobre a extensão da autonomia com base no argumento da certeza jurídica, cfr. ANDREA BONOMI, “Il diritto...”, p. 43, e “Successions...”, p. 210. Foi o factor que, decididamente, levou à utilização do cânone na *responsabilidade extracontratual* (PETER NORTH, “Choice...”, p. 43; ELSA DIAS OLIVEIRA, “Algumas...”, p. 143; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 293; SYMEON SYMEONIDES, “The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons”, *Tulane Law Review*,

Já a *coerência do sistema* (permitir a opção de lei aplicável sempre que seja possível uma escolha indirecta pela manipulação dos aspectos da relação jurídica ou da escolha de foro) conduz à autonomia nas relações familiares, nas sucessões, na responsabilidade extracontratual e nos valores mobiliários, sobretudo num mundo de fronteiras abertas onde a concretização das conexões clássicas enfrenta sérias dificuldades<sup>1118</sup>.

---

vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1741-1799, p. 1769; JAN VON HEIN, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution", *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1663-1707, p. 1691; HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 256) e que, contra a expectativa de ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", p. 627, admitiu a opção *antes* da ocorrência do acto lesivo. Ademais, sublinha ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "A responsabilidade civil...", p. 377, que a autonomia em relações privadas que suscitam simultaneamente problemas contratuais e de outra natureza traz a vantagem do seu tratamento unitário.

Também no âmbito das *sucessões*, defende JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Reglamento...", pp. 21-22, ser este um argumento decisivo para a autonomia conflitual, pois desaparece a discussão sobre a lei competente e a escolha da lei pelo testador atribui aos interessados um grau de certeza que permite a planificação hereditária. Esta convicção é partilhada por ANGELO DAVÌ E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", p. 38; PLANCK, "Comments on the European Commission's Proposal...", p. 608; ANDREA BONOMI, "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 243-271, p. 252, e "Successions...", p. 198 (sublinhando ainda o desaparecimento de incertezas quanto à lei aplicável quando existam várias residências ou nacionalidades e realçando o desaparecimento de conflitos móveis); RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ, "Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 350-370, p. 360; HELENA MOTA, "A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 10 e 13 ("[a autonomia conflitual] surge como forma de assegurar uma antecipação da vontade e, com isso, uma maior previsibilidade para todas as partes envolvidas e uma maior segurança jurídica"); ANATOL DUTTA, "Succession...", p. 572; FRANCESCA TROMBETTA-PANIGADI, "Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 951-966, p. 960.

A mesma razão subjaz à autonomia conflitual no *divórcio*, proporcionando aos cônjuges e aos terceiros uma muito desejável segurança jurídica. Cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71, p. 53; PIETRO FRANZINA, "The Law...", p. 109; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía...", p. 128; GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 5.º — Commentario al Reglamento (UE) n. 1259/2010 del Consejo del 20 diciembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1470-1484, p. 1471; TONI MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation...", p. 185 (sobre a autonomia conflitual no direito da família em geral).

No domínio do *nome*, é MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "Nuevos...", p. 364, a lembrar que o problema subjacente ao Acórdão *Grunkin e Paul* (*cit. nota n.º 635*), seria evitado caso os sistemas jurídicos europeus permitissem a escolha (ainda que limitada) da lei aplicável à formação do nome, evitando a geração de situações jurídicas claudicantes. Por outro lado, parece evidente que o resultado a que se chega é muito próximo daquele que haveria caso a *professio iuris* fosse admitida, porquanto a desuniformidade do nome é resolvida no sentido pretendido pelos interessados; o mesmo sucedeu no Acórdão *Garcia Avello* (*cit. nota n.º 737*), resolvendo-se o conflito de nacionalidades no sentido pretendido pelas partes. Neste sentido, *vide* também YETANO, *cit.*, pp. 159 a 162, e CHRISTIAN KOHLER, "La reconnaissance de situations...", p. 83.

Atente-se, todavia, que na opinião de A. CURTI GIALDINO, "La volontà...", p. 832, o fundamento não colhe quando se discute a aplicação da autonomia a áreas onde exista *unanimidade do juízo conflitual* (como os direitos reais sobre imóveis) porquanto nesses domínios a certeza jurídica já era prestada pela conexão tradicional.

<sup>1118</sup> Neste sentido, PETER NORTH, "Choice...", p. 37; ANDREA BONOMI, "La Convention...", p. 12; JAN SMITS, "Beyond Euroscepticism: on the choice of legal regimes as empowerment of citizens", *Utrecht Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 68-74, p. 71, e "Problems...", p. 350 (concluindo que a autonomia conflitual em matéria de casamento poderá eliminar o *wedding tourism*, onde pessoas do mesmo sexo são levadas a viajar para conseguir a aplicação de uma lei que admita o casamento); HORATIA MUIR WATT, "Aspects...", p. 53 ("*si les parties peuvent se déplacer matériellement pour échapper à l'emprise d'une loi donnée, il ne semble y avoir aucune raison de ne pas leur donner le même*

Da mesma forma, os fundamentos relativos à opção económica de integração reclamam a expansão da autonomia conflitual a todos os domínios. A aceitação do modelo da *regulatory competition* como mais eficaz figurino de regulação implicará, para o conflito de leis, uma nova missão: a de concretizar a concorrência legislativa pela atribuição aos operadores económicos do poder de escolher a lei. Isto é, se o objectivo do DIP passa pela redução dos riscos (e custos) das transacções internacionais e se a autonomia conflitual é a mais eficiente das conexões (ao permitir a opção livre por uma das legislações em concorrência), a *professio iuris* realiza uma função de política legislativa<sup>1119</sup>.

---

*pouvoir par d'autres biais*"); BÉATRICE BOURDELOIS, "Relations familiales internationales et *professio iuris*", *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 137-154, p. 145; HORST EIDENMÜLLER, "Recht...", p. 642 (que justifica o *wedding tourism* e a fuga para legislações mais atractivas no direito de sociedades pela necessidade de opção pelo direito mais competitivo, prevendo o desaparecimento destes fenómenos à medida que alastra a autonomia conflitual). Será a concepção subjacente às palavras de JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 108, que constata este novo modelo de competição legislativa. Sobre o *wedding tourism* e, de forma mais lata, o *civil status shopping* associado a uma eventual regra de reconhecimento mútuo, vide MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", pp. 128-131.

<sup>1119</sup> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle...", p. 524; HORATIA MUIR WATT, "Concurrence...", p. 628 (aludindo à "*perception nouvelle de la fonction de la loi de l'autonomie*"); FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", p. 255 ("*The main economic function of PIL rules is to overcome the transaction costs caused by the territorial division of the world in different legal systems [...]. The most efficient rule is party autonomy: i. e. the party or the parties have the option to select the legal system applicable to a transaction*") e p. 261 ("*for the market of legal products to function well, a PIL system which ensures the parties' free choice-of-law is required*"); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "La Autonomía...", pp. 294ss; STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", p. 921; MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, "El DIPr...", p. 106 ("*esta forma de presentar las cosas lleva a considerar la autonomía de la voluntad como regla general de solución*"); JAN SMITS, "Plurality...", p. 16; ERIN ANN O'HARA E LARRY E. RIBSTEIN, "From Politics...", pp. 1153 e 1186; ANDREW T. GUZMAN, "Choice...", pp. 914 e 939; GERHARD WAGNER, "The Virtues...", pp. 4-5; ANTHONY OGUS, "Competition between National Legal Systems: a Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 405-418, p. 408; TONI MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation...", p. 186. Sobre o modelo de *regulatory competition* como nova tendência da regulação internacional e sobre o seu alastramento ao direito privado, vide a bibliografia indicada na nota n.º 715.

Em sentido ligeiramente divergente, cfr. GIESELA RUHL, "Allgemeiner Teil und Effizienz. Zur Bedeutung des ökonomischen Effizienzkriteriums im europäischen Kollisionsrecht", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 161-180, p. 180, que conclui não ser necessariamente a autonomia conflitual o critério mais eficiente, sendo uma coincidência o facto de se ter revelado uma conexão eficaz nas matérias cobertas pelos Regulamentos.

Repare-se que analisamos apenas, neste ponto, a vantagem económica da *concorrência legislativa*, embora os Autores que adoptam esta perspectiva reconduzam aqui duas vantagens que analisámos *supra*, isoladamente: a virtude de as partes estarem em melhor posição do que o legislador para indicar a lei mais adequada ao seu caso e a certeza da lei aplicável (neste sentido, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *ibidem*).

Três notas se impõem quanto ao que acabámos de expor.

*Por um lado*, este não é o único modelo de *regulatory competition*, porquanto é possível encontrar vários graus de concorrência legislativa — JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 111; SIMON DEAKIN, "Legal...", p. 444 ("*there is more than one way of understanding regulatory competition*"). Designadamente, há um estágio inferior sempre que o sistema conflitual admita que os interessados procedam a uma *escolha indirecta* da lei aplicável (mudando a sua residência; escolhendo o local da sede estatutária de uma sociedade; etc.) e, no pólo oposto, há *conexões inimigas da concorrência legislativa*, de que o maior exemplo é a *nacionalidade* (porquanto a aquisição de nova nacionalidade é normalmente morosa e não provoca em regra a perda do anterior. Todavia, porque nem todos os Estados utilizam a conexão *nacionalidade*, a concorrência legislativa pode ser alcançada pela mudança de residência para país que utilize tal critério conflitual — BASEDOW, *cit.*, p. 113). A *regulatory competition* pode igualmente ser categorizada quanto ao seu alcance, falando-se num modelo menos ambicioso ("*reflexive harmonisation*") — quando a concorrência legislativa é temperada pela *harmonização do direito material* e, assim, impede a *race for the bottom* (cfr. o que dizemos *infra*, p. 606) — ou mais abrangente ("*competitive federalism*") — onde as legislações entram numa verdadeira concorrência (DEAKIN, *cit.*, pp. 444ss).

A este arrazoado (a conclusão de que os fundamentos da autonomia conflitual não prestam apenas no estrito domínio das obrigações provenientes de negócio jurídico e são transponíveis para outras matérias) acresce a convicção de que as conexões clássicas não oferecem soluções satisfatórias em matéria familiar, sucessória, real e delitual, entretendo o crescimento de situações absolutamente internacionais e falhando, por vezes, na identificação da lei mais próxima<sup>1120</sup>.

Nessa medida, assistiu-se no Direito Internacional Privado (de fonte interna ou supranacional) a um alargamento da liberdade de escolha de lei aplicável a novos domínios:

---

*Em segundo lugar*, repare-se que a transposição da tese da *regulatory competition* (originária dos conflitos de leis inter-locais) para as situações absolutamente internacionais deve revestir alguma cautela (BASEDOW, *cit.*, p. 110), porquanto não existe igualdade noutros factores da equação: o aparelho judiciário não funciona da mesma forma; a Constituição não é a mesma; a língua e a cultura divergem. Assim, a maximização da eficiência económica que constitui o fundamento deste modelo deve ser calculada tendo em conta tais factores de diferenciação. Parece ser o motivo que leva GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *cit.*, p. 256, a sustentar o alastramento da autonomia conflitual apenas nos casos em que se proceda a uma *unificação das regras de conflitos*.

Por fim, nem toda a doutrina entende ser este modelo de regulação mais eficiente do que unificação legislativa: “*is also a means to the end of more efficient law making within the quasi-federal order*” (DEAKIN, *cit.*, p. 442), já que se multiplicam distorções de informação ou limites à circulação que, do ponto de vista económico, são mais prejudiciais do que a unificação (ROGER VAN DEN BERGH, “The Subsidiarity Principle...”, p. 344, e “Economic Criteria for Applying the Subsidiarity Principle in the European Community: The Case of Competition Policy”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 16, n.º 3, 1996, pp. 363-383, pp. 372 e 382).

<sup>1120</sup> Neste sentido, cfr. ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 279.

No que concerne às *situações jurídico-reais*, veja-se o que dissemos *supra* quanto à aplicabilidade da *lex rei sitae* a garantias mobiliárias, valores mobiliários e património cultural (respectivamente pp. 511ss, 522ss e 536ss).

No que tange às *relações de família e nas sucessões*, cfr. a narração de PIERRE GANNAGÉ, “La pénétration...”, p. 427, sobre as consequências conflituais da migração de pessoas oriundas de países ocidentais para Estados do médio oriente e de pessoas muçulmanas para a Europa, cujos institutos familiares são profundamente distintos em matéria de divórcio, poligamia e filiação. De facto, a aplicação da lei da *nacionalidade* introduz estraneidade substancial no funcionamento da Justiça e conduz à mobilização da excepção de ordem pública internacional; a aplicação da lei do *domicílio* (frequentemente coincidente com a lei do foro) pode violar expectativas das partes. Assim, perfila-se a solução, nos domínios familiar e sucessório, da atribuição às partes do poder de escolha da lei entre a nacionalidade e a residência, o que constitui a forma de determinar de modo certo a conexão mais próxima no estatuto pessoal (neste sentido, cfr. RUI MOURA RAMOS, “A evolução...”, p. 79; HELENA MOTA, “A autonomia...”, p. 7; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 19; ALFRED E. VON OVERBECK, “La *Professio Juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé”, *Liber Amicorum Louis Frédéricq*, Vol. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, Gent, 1965, p. 1085-1112, pp. 1099; ALBERTO MALATESTA, “Cultural diversity and Private International Law”, *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 643-657, p. 651; FRANK VISCHER, “New tendencies...”, p. 469; NADINE WATTÉ, “L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye”, *Revue Belge de Droit International*, vol. XXIV, n.º 2, 1991, pp. 413-437, p. 436; ORNELLA FERACI, “L'autonomia...”, p. 432; FRANCESCA TROMBETTA-PANIGADI, “Osservazioni...”, pp. 959-960; ANDREA BONOMI, “Successions...”, p. 146 [que nota poder a autonomia conflitual superar a opção da *lex formalis fori* quanto à abordagem monista ou dualista na determinação da lei aplicável à sucessão]). É, no fundo, o pensamento que subjaz às palavras de FRANÇOIS RIGAUX, “Le pluralisme en droit international privé”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, MANUEL PÉREZ GONZÁLES, et al., Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1419-1436, p. 1430, quando nota que o alastramento da autonomia conflitual vem mitigando as diferenças entre os sistemas conflituais nacionais.

A crescer, lembra GEORGES A. L. DROZ, “Regards...”, pp. 240ss, que a inexistência de autonomia nas sucessões leva muitas vezes a problemas de delimitação dos estatutos familiar e sucessório, recordando que a autonomia conflitual no estatuto sucessório permite ao *de cuius* privilegiar a lei que regula o regime patrimonial da família, evitando conflitos de qualificações. No mesmo sentido, GANNAGÉ, *cit.*, p. 441; PATRIZIA DE CESARI, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, CEDAM, Milão, 2001, p. 35; BONOMI, *cit.*, p. 214.

responsabilidade extracontratual, relações patrimoniais do casamento, divórcio, sucessões ou outras matérias do estatuto pessoal, sendo esta a principal tendência actual. Isto é, como nota DE BOER, o alargamento da autonomia conflitual apenas está constringido pelo interesse público e pela necessidade de protecção de terceiros, duas únicas razões que traçam o limite da liberdade de escolha de lei. É o fenómeno da *irresistível ascensão e expansão* da autonomia da vontade no DIP, sendo os direitos reais domínio onde esta extensão ainda se não verificou de forma preponderante<sup>1121</sup>.

---

<sup>1121</sup> A expressão é de ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", p. 619, e adoptada por RUI MOURA RAMOS, "Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia", *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXII, n.º 332, 2013, pp. 413-461, p. 440. Cfr. M. DE BOER, "Party...", p. 20 ("Where party autonomy is given free reign in the forum's domestic law, its national conflicts rule is likely to allow a choice of law by the parties. Conversely, freedom of choice is likely to be denied in areas in which the corresponding substantive law is meant to protect third parties or public interests and therefore couched in mandatory language. That is why the law governing marriage, parentage, adoption, parental responsibility or rights in rem can generally not be chosen by the parties"); JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle...", p. 524 ("l'expansion sans précédent de l'autonomie des parties est le véhicule juridique qui permet aux individus de choisir, presque sans limite, le tribunal judiciaire ou arbitrale compétent et la loi régulatrice gouvernant leurs relations juridiques internationales") e "La autonomía de la voluntad conflictual...", n.º 13 ("el criterio «autonomía de la voluntad conflictual» triunfa y se expande en todas las áreas del Derecho internacional privado"); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 86; JAN KROPHOLLER, *Internationales...*, p. 273; DÁRIO MOURA VICENTE, "A comunitarização...", p. 73 (indicando a aplicação da *lex originis* como limitação à autonomia conflitual com fundamento na protecção da parte mais fraca); HELENA MOTA, *Os Efeitos...*, p. 419; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto...", p. 59; PETER NORTH, "Choice...", pp. 41ss; GUILLERMO PALAO MORENO, "Autonomía...", p. 10; PAUL LAGARDE, "Développements...", p. 236; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", pp. 40ss (que nos fala da "marcia trionfale dell'autonomia della volontà"); BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, "Uniform...", p. 40; HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 245 ("Die Rechtswahl hat in allen Verordnungen und entsprechenden Entwürfen ihren Platz"); CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Droit International Privé Holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 330, 2007, pp. 9-474, p. 99.

Quanto ao facto de ainda não ter existido expansão para os *direitos reais*, cfr. GIESELA RÜHL, "Choice...", p. 4: "the only field where it does not claim widespread application is international property law. determined with the help of the *lex rei sitae*. A noteworthy exception to this rule is to be found in the Hague Convention on securities issued by the Hague conference of Private International Law".

Na *responsabilidade extracontratual*, o DIP europeu aceita a escolha da lei aplicável (art. 14.º do Regulamento (CE) n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, relativo à lei aplicável às obrigações extracontratuais [Roma II]), solução que era já aceite na Alemanha (§42 EGBGB), Áustria (§35 da Lei de Direito Internacional Privado), Dinamarca, Holanda (art. 6.º da lei de direito internacional privado em matéria de responsabilidade extracontratual) e Bélgica (art. 101.º do Código de Direito Internacional Privado) e na Suíça (art. 132.º LFDIP) — cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Choice...", p. 13; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, p. 129; MARC FALLON, "Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", *European Review of Private Law*, vol. 7, n.º 1, 1999, pp. 45-68, pp. 59-60; ILARIA PRETELLI, "La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaría in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Vol. XIV, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 409-475, p. 433 (que critica alguns vectores da formulação do Regulamento Roma II); ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 472; GEORGINA GARRIGA SUAU, "La autonomía de la voluntad conflictual y los accidentes de circulación por carretera transfronterizos", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 463-473, p. 465; BERNARD DUTOIT, "Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne: le Règlement Rome II", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 309-329, p. 313; CLAUDIA HAHN, "La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II; L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 187-204, p. 191; LUCIANO GAROFALO, "Diritto...", p. 418; ÉRIC LOQUIN, "La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11

juillet 2007 (Rome II)", *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, SABINE CORNELOUP E NATALIE JOUBERT, Litec, Paris, 2008, pp. 35-53, p. 49; ELLEN MOSTERMANS, "Party...", pp. 132-133; JAN KROPHOLLER E JAN VON HEIN, "From approach to rule-orientation in American tort conflicts?", *Law and Justice in a Multistate World — Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER E SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 317-340, p. 337; KARL KREUZER, "La comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 421-447, p. 446 (vincando os resultados satisfatórios); PETER NORTH, "Choice...", p. 41.

No domínio das *relações entre os cônjuges*, a lei suíça admite a opção entre a lei do domicílio comum dos cônjuges, primeiro domicílio conjugal ou nacionalidade de qualquer dos cônjuges (art. 52.º LFDIP); a lei alemã permite a escolha entre as leis da nacionalidade ou residência de qualquer dos cônjuges (n.ºs 2 e 3 do §14 EGBGB); a lei espanhola admite a opção entre a lei da residência ou da nacionalidade de qualquer dos cônjuges quando não exista nacionalidade comum (n.º 2 do art. 9.º do Código Civil Espanhol); a Convenção da Haia de 14 de Março de 1978 sobre regimes de bens permite a escolha entre as leis da nacionalidade ou residência de qualquer dos cônjuges e da primeira residência conjugal (art. 3.º); solução idêntica à que é consagrada pelo art. 49.º do Código belga de DIP. Ainda em matéria de *estatuto pessoal*, o §10 EGBGB admite alguma autonomia conflitual quanto ao *nome*; a lei suíça admite a opção entre lei nacional ou do domicílio em matéria de *nome* (art. 37.º LFDIP). Sobre autonomia conflitual no estatuto pessoal e nas relações conjugais, *vide* BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 145ss; RUI MOURA RAMOS, "A Reforma...", pp. 217-218; NUNO ASCENSÃO SILVA, "Do estatuto...", pp. 566ss; HELENA MOTA, *Os Efeitos...*, pp. 418ss; KROPHOLLER, *cit.* p. 269; LAGARDE, *cit.*, p. 227; ERIK JAYME, "Identité...", p. 150; ALEGRÍA BORRÁS, "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 80, n.º 3, 1991, pp. 626-634, p. 629; FRITZ STURM, "Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet portant réforme du droit international privé allemand", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 76, n.º 1, 1987, pp. 33-76, p. 53. É interessante verificar que a penetração da autonomia conflitual no domínio das relações familiares começou por se realizar como *conexão subsidiária*, realizando o papel de uma cláusula de excepção mas oferecendo maior certeza e previsibilidade (cfr. PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration...", p. 430; BORRÁS, *cit.*). Hoje, "*Party autonomy has reached most of the areas of family law*" (PAULIUS JURCYS, *Party...*, p. 3). Deve ainda sublinhar-se o regresso da autonomia conflitual às relações de família, domínio onde DUMOULIN enunciou o princípio (neste sentido, JANEEN M. CARRUTHERS, "Party...", p. 882).

Em matéria de *obrigações alimentares*, o Regulamento (CE) n.º 4/2009 estabelece a autonomia (ainda que limitada) como critério conflitual para os Estados vinculados pelo Protocolo da Haia de 2007 (art. 8.º do Protocolo da Haia, aplicável *ex vi* art. 15.º do Regulamento). Sobre a solução, cfr. RUI MOURA RAMOS, "As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 144, n.º 3989, 2014, pp. 82-103, p. 91; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Règle...", p. 535; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía...", p. 124. Veja-se ainda a viabilidade de opção pela *lex fori* em certos processos especiais, analisada por GERALDO RIBEIRO, "A obrigação de alimentos devidos a menores nas relações transfronteiriças. Uma primeira abordagem ao Regulamento (CE) n.º 4/2009 e ao Protocolo da Haia de 2007", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 20, 2013, pp. 83-114, pp. 107-108.

No âmbito das *sucessões*, o exemplo mais célebre de admissibilidade de escolha de lei pelo *de cuius* é o da lei suíça (art. 90.º LFDIP), mas importa olhar ainda às leis belga (art. 79.º do *Code Belge de Droit International Privé*), italiana (n.º 2 do art. 46.º da *Legge 31 maggio 1995, n. 218 — Riforma del sistema italiano del diritto internazionale privato* [imunizando da escolha, todavia, os direitos conferidos pela lei italiana a herdeiros legitimários residentes em Itália de nacional italiano]), polaca (art. 64.º, que introduz a autonomia de forma subsidiária) e à Convenção da Haia de 1989 sobre sucessões por morte [incorporada pela legislação holandesa], (arts. 5.º e 6.º da Convenção) — cfr. HELENA MOTA, "A autonomia...", p. 7; ULRICH ERNST, "Das polnische...", pp. 627; TOMASZ PAJOR, "La nouvelle...", p. 9; EVANGELOS VASSILAKAKIS, "La *professio iuris* dans les successions internationales", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 803-816, p. 808; ANGELO DAVÌ E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", p. 37; ANDREA BONOMI, "Le choix...", p. 245; PAOLO PICONE, "La legge applicabile alle successioni", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 55-100, pp. 62ss; J. H. A. VAN LOON, "The Increasing...", p. 109; PATRIZIA DE CESARI, *Autonomia...*, pp. 6 e 159ss; ISABEL RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, "La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012", *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-58, p. 11; DONOVAN WATERS, *Explanatory Report — Hague Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons*, Hague Conference on private international law, disponível na internet via <http://hccn-net/upload/exp132e.pdf>, consultado em 11 de Março de 2015, p. 41, n.º 60; ANATOL DUTTA, "Succession...", p. 569; ANDREA BONOMI, "Successions...", pp. 200ss). Ademais, o art. 22.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu admite a opção entre a lei da residência e de qualquer das nacionalidades do *de cuius* (cfr. PAUL LAGARDE, "Les

princípios de base du nouveau règlement européen sur les successions", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 4, 2012, pp. 691-732, pp. 719ss; RUI MOURA RAMOS, "O Direito Internacional Privado das Sucessões...", p. 90; ANDREA BONOMI, "Il Regolamento...", pp. 308-309; KURT LECHNER, "EU Regulation...", p. 119). Aliás, lembra ANDREA BONOMI, "Le choix...", p. 245, que a autonomia conflitual no testamento foi admitida no século XIX nos sistemas de DIP da Bolívia, Peru, Itália (não obstante a doutrina interpretar a norma do Código de 1865 como aplicável apenas a contratos), México e Guatemala; e que a lei suíça de 1891 já reconhecia autonomia conflitual ao testador (atribuía-se-lhe o poder de afastar a *lex domicilii*, optando pela *lex patriae* — cfr. ainda ALFRED E. VON OVERBECK, "La Profissão...", p. 1088). Abunda suporte doutrinário para extensão da autonomia conflitual a este domínio: vide GEORGES A. L. DROZ, "Regards...", pp. 240ss, sublinha as vantagens da autonomia conflitual neste campo, sobretudo porque nos sistemas que a conhecem a tendência tem sido a de o testador privilegiar o ordenamento jurídico que regula o regime patrimonial da família, pelo que a opção evita conflitos de qualificações e dificuldades de delimitação de estatutos; VASSILAKAKIS, *cit.*, p. 813, frisa as vantagens inerentes ao aumento da liberdade de testar e de atenuação da protecção da legítima, mais condicente com os tempos actuais (atendendo à diminuição da importância económica da família enquanto unidade e ao aumento da esperança de vida que reduz a importância da devolução sucessória para os mais próximos); BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 789, criticam a solução do direito interno francês (impedindo a *professio iuris* no negócio testamentário em ordem a certas concepções sociais), sugerindo a possibilidade de escolha de lei aplicável à sucessão, limitada a uma das leis com forte conexão.

No quadro do *divórcio*, o Regulamento UE n.º 1259/2010, que cria uma cooperação reforçada em matéria de divórcio e separação judicial, admite a opção dos cônjuges entre as leis da residência, da nacionalidade de qualquer um deles ou a lei do foro. Neste domínio, a autonomia conflitual inspira-se-á na preocupação de *boa administração da justiça* (ao admitir a evicção da lei reguladora das relações entre os cônjuges em favor da *lex fori*), de *efectividade da decisão* e numa influência do regime material, favorecendo o divórcio (*favor divortii*: se os cônjuges concordam no propósito de se divorciar, é expectável que escolham a lei menos exigente nos respectivos pressupostos) e a *liberdade de circulação de pessoas*. Sobre a *ratio* da autonomia conflitual em matéria de divórcio, cfr. RUI MOURA RAMOS, "Um novo...", p. 442; GANNAGÉ, *cit.*, pp. 445ss; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 23-24; CHRISTIAN KOHLER, "Le choix...", pp. 211 e 217; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, "La Autonomía...", pp. 228ss; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", p. 4; PIETRO FRANZINA, "The Law...", p. 99, e "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, n.º 2, 2011, pp. 488-496, pp. 489ss; ANA PALOMA ABARCA JUNCO, "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 45-57, p. 47; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía...", p. 120; PETER WINKLER VON MOHRENFELS, "Die Rom III-VO und die Parteiautonomie", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 527-542, pp. 527ss; XAVIER PONS RAFOLS, "Unificación, Armonización y Flexibilidad: algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 749-766, p. 759; MAARJA TORGA, "Party...", p. 554; ANNE RÖTHEL, "Il Regolamento Roma III: Spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 4, 2013, pp. 883-898, p. 887; ORNELLA FERACI, "L'autonomia...", p. 452; BÉATRICE BOURDELOIS, "Relations...", p. 141; HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 263. Sobre a previsível influência destas opções do DIP europeu no direito material (potenciando também aí o *favor divortii*), cfr. ROBERTO BARATTA, "Verso...", p. 584.

Mesmo antes da unificação conflitual europeia, a autonomia conflitual no divórcio era consagrada na Alemanha (§14 e §17 EGBGB), Holanda (art. 2.º da Lei de 25 de Março de 1981) e Bélgica (art. 55.º do Código de Direito Internacional Privado (cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Ley...", p. 52; ELLEN MOSTERMANS, "Party...", pp. 136-138; ALFRED E. VON OVERBECK, "La théorie...", p. 260; M. DE BOER, "The EEC...", p. 1990), mas a sua consagração no Regulamento é tida como "*un passaggio fortemente innovativo*" (GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 5.º...", p. 1471) e constitui "*le premier exemple de la reconnaissance au niveau international de l'autonomie de la volonté des particuliers dans ce domaine* (KOHLER, *cit.*, p. 209; ELISABETTA BERGAMINI, "Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla lege applicabile al divorzio e alla separazione personale", *Studi sull'integrazione europea*, vol. VII, 2012, pp. 181-201, p. 192; MARIEL REVILLARD, "L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les récents instruments internationaux", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 487-502, p. 492).

O que dizemos não equivale a negar a autonomia conflitual sempre que terceiros sejam afectados pela opção das partes. Ao invés, em áreas onde a escolha de lei influencia terceiros, a autonomia mas não deixa de ser admitida (ainda que envolva em cautelas). Veja-se a matéria dos regimes de bens no casamento (que pode ter efeitos na posição dos credores), da lei aplicável à sucessão (onde o testador, pela sua escolha, pode afectar directa e totalmente as aspirações de presuntivos herdeiros legitimários) ou da responsabilidade extracontratual (cujo acordo pode afectar a posição de uma seguradora)<sup>1122</sup>.

Assim, no que ao nosso problema diz respeito, é inequívoco que a eficácia absoluta da hipoteca sempre afectará terceiros: ponto é saber se, mediante as devidas cautelas, não pode admitir-se a opção pela lei reguladora da garantia, protegendo os terceiros envolvidos.

### 3. CONTESTANDO A APLICAÇÃO NECESSÁRIA DA *LEX REI SITAE* À HIPOTECA CONVENCIONAL

É crível que a proposta que aqui trazemos enfrente críticas tão veementes quanto aquelas que surgiram, no século XX, aquando do surgimento do princípio da autonomia conflitual no direito das obrigações. No fundo, a vertente conflitual do princípio da

---

Fora destes domínios, deve ainda sublinhar-se a autonomia conflitual permitida na Convenção da Haia de 2000 relativa à protecção de incapazes adultos — *vide* GERALDO RIBEIRO, "A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos Incapazes Adultos", *Revista do Ministério Público*, 2011, pp. 11-85, pp. 15, 54-55 e 58ss, que a justifica em preocupações atinentes à autonomia individual; A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 373.

Repare-se que, ao invés do que sucede no domínio das obrigações contratuais, não há no DIP europeu destes domínios uma autonomia *irrestrita*, limitando-se a escolha a algumas opções dadas (neste sentido, JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 112. Porventura, tal dever-se-á aos limites que indicámos ao alargamento da autonomia conflitual, já que são matérias perpetradas por normas imperativas e revestidas de interesses de ordem pública (FERNANDA MURARO BONATTO, "O Regulamento n.º 1259/2010...", p. 20; ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 478).

<sup>1122</sup> Assim, a lei suíça neutraliza a escolha dos cônjuges quanto ao regime patrimonial, estabelecendo que nas relações com terceiros (v. g., credores) vigora a lei do Estado do domicílio do casal no momento do nascimento da relação jurídica, salvo se o terceiro conhecer a opção dos cônjuges — cfr. art. 57.º LFDIP. Sobre os efeitos da escolha da lei aplicável à responsabilidade extracontratual quanto a terceiros, EMMANUEL GUINCHARD E SIMONE LAMONT-BLACK, "Environmental Law — the Black Sheep in Rome II's Drive for legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context", *Environmental Law Review*, vol. 11, 2009, pp. 161-172, p. 167; a afectação de terceiros no domínio sucessório é explorada por PAOLO PICONE, "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi dei coordinamento tra ordinamenti", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 515-559, p. 519, e ANGELO DAVI, "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XL, n.º 2, 2004, pp. 473-498, p. 475 (que reconhece que a autonomia conflitual pode ser utilizada pelo *de cuius* para a opção por uma lei que lhe atribua maior poder dispositivo, em detrimento dos herdeiros legitimários).

Reconheça-se, porém, que como bem sublinha ERIK JAYME, "Transposition...", p. 246, e "Identité...", p. 55, respectivamente, que "*Schwierigkeiten bereiten — wie stets bei der Durchsetzung der Parteiautonomie — die Interessen Dritter, insbesondere wenn über die Sache im Importland verführt wurde*" e que "*il est indéniable que la situation des tiers est toujours plus ou moins touchée par l'exercice par les contractants de leur autonomie de volonté. Ce compromis entre les deux forces idéologiques, qui aboutit à une limitation aux règles d'autonomie de la volonté, est également une caractéristique de l'état actuel du droit international privé*". O Professor ilustra esta tentativa de equilíbrio com o §25 EGBGB, na versão introduzida em 1986: admite a escolha da lei aplicável à sucessão com ressalva da sucessão dos imóveis situados na Alemanha, forçosamente sujeitos à lei alemã.



autonomia privada só pode ser considerada na hipoteca se previamente afastados os fundamentos que conduzem à aplicação necessária da *situs rule*, o que nunca foi feito<sup>1123</sup>.

Para esta empresa, não parece necessário ou sequer adequado demonstrar que o comando conflitual tradicional é em si mesmo um obstáculo à liberdade de circulação de capitais<sup>1124</sup>. Pretendemos apenas indagar, do ponto de vista do direito internacional privado, é verdadeiramente obrigatória a aplicação da *lex rei sitae* ou se, por via da introdução de outro elemento de conexão, é possível fomentar o mercado europeu de garantias imobiliárias sem pôr em causa os preponderantes fundamentos que alicerçam a *situs rule* nos direitos reais.

A doutrina vem notando que a empresa é menos difícil do que podia antever-se: não apenas é discutível que os fundamentos analisados no início do nosso estudo obriguem à sujeição dos direitos reais à *lex situs* como as razões só fazem pleno sentido para o direito de propriedade, não sendo inatacáveis a propósito das garantias reais. Na verdade, a aplicação da *lex rei sitae* às garantias surgiu como consequência de uma opção (anterior ao movimento de especialização) de criação um *princípio conflitual genérico* para todos os direitos reais, implicando a submissão das cauções à conexão mais adequada *aos direitos reais de gozo*<sup>1125</sup>.

### 3.1. A *lex rei sitae* como decorrência da soberania territorial.

Como vimos, a soberania territorial é um dos fundamentos de aplicação da *lex situs* aos direitos reais, ideia que se sustenta em três linhas de argumentação.

#### 3.1.1. A imposição do direito internacional público.

Vimos *supra* que uma das ideias a sustentar a aplicação necessária da *lex rei sitae* radica nas teses internacionalistas do final do século XIX, nos termos das quais as regras de conflitos são expressões nacionais de comandos gerais, provenientes do direito internacional público ou da própria ideia de direito. Segundo estas correntes, a prescrição da lei da situação da coisa radica em norma imperativa de direito internacional geral, divergindo os Autores quanto ao seu fundamento — *obrigação* de garantir segurança (MANCINI), existência de *conexão verdadeira* (FRANKENSTEIN) ou fim social das normas (PILLET).

<sup>1123</sup> Ensinava J.-P. NIBOYET, *Des conflits...*, p. 14: “*A vrai dire, la compétence de la lex rei sitae n’a jamais été sérieusement mise en doute et tous les systèmes de droit international, quelles que soient les différences et leur point de départ, aboutissent à la compétence de cette loi*”. Sobre as críticas à autonomia no estatuto negocial, *vide supra*, pp. 546ss.

<sup>1124</sup> No mesmo sentido, cfr. WULF-HENNING ROTH, “Secured...”, p. 48.

<sup>1125</sup> Sobre o carácter discutível da *situs rule*, cfr. DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, p. 38 (“*le fondement historique du rattachement du statut réel à la lex rei sitae, du moins dans sa configuration contemporaine, est largement discutable*”); ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, “Introduction...”, p. 6 (“*It is doubtful whether traditional objections to the idea of party autonomy in (international) property law still hold*”). Sobre a aplicação da *lex rei sitae* às garantias reais por força da adopção, no início do século XX, de um *princípio genérico para todos os direitos reais*, cfr. GIULIO DIÉNA, “Les conflits...”, p. 562; ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 20ss.

Se estas concepções foram perdendo seguidores, no que aqui nos interessa, parece ter havido uma superação total das teses, não havendo mais quem sustente a vigência de uma obrigação internacional daquela opção conflitual e correspondente *responsabilidade internacional* de certo Estado se adoptar elemento de conexão diferente daquele que a doutrina universalista desvelou. Na verdade, o direito internacional privado não visa repartir a soberania entre os Estados (fundamento em que assentam aquelas concepções) mas garantir interesses privados, o que vem sendo confirmado pelo próprio direito internacional, quando algumas convenções internacionais restringem o âmbito de aplicação da *lex rei sitae*. Ademais, a pretensa existência de regras costumeiras de direito das gentes que determinassem completos sistemas conflituais é desmentida, de forma evidente, pela divergência dos vários ordenamentos jurídicos em matéria internacionalprivatística<sup>1126</sup>.

Também sucumbe o raciocínio subjacente à mais moderna sustentação da imposição internacional da regra da *lex rei sitae*: a tese da convolução da *situs rule* em norma consuetudinária ou em princípio geral de direito, enquanto fonte de direito internacional. Efectivamente, “do simples facto de determinados princípios serem de aplicação muito geral não pode concluir-se que eles correspondam a autênticos preceitos de direito internacional público”, defendendo-se hoje não existirem “normas de conflitos decorrentes de preceitos do direito internacional público geral”. A multiplicação de elementos de conexão similares nos vários sistemas de DIP é produto da escolha dos legisladores conflituais (nacional, convencional ou comunitário) e não uma imposição costumeira. Faltará, pelo menos, o elemento subjectivo do *costume* para a formação de tal norma internacional. Tal demonstra-se, designadamente, no facto de a amplitude do estatuto real variar consideravelmente sem que qualquer responsabilidade internacional seja

---

<sup>1126</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 201; OTTO KAHN-FREUND, "General...", p. 170; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 108; ROBERTO BARSOTTI, "Diritti...", p. 416. Pense-se, por exemplo, na Convenção da Haia de 2006 sobre a lei aplicável a valores mobiliários detidos por intermediários, que analisámos *supra*. As teses universalistas começaram a ser postas em causa logo no início do século XX. Veja-se a obra de FRANZ KAHN, *Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1904, pp. 11ss (quando sufraga que a negociação internacional da Haia comprova ser o legislador estadual, diplomaticamente, quem exerce as opções conflituais) e, mais desenvolvidamente, "Gesetzeskollisionen...", pp. 15ss; o trabalho de ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, *Principes de Droit International Privé*, Tomo I, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1930, pp. 24ss; e a tese de ROBERTO AGO, *Lezioni...*, pp. 39ss.

Recorde-se que defende alguma doutrina existir, porém, a obrigação internacional de os Estados não se recusarem a aplicar direito estrangeiro (ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 24; MARTIN WOLFF, *Das Internationales...*, p. 10), ideia que remonta ao século XVII — BASEDOW, *cit.*, p. 107. Tal não contende com o que aqui tratamos: apenas damos conta da falência das concepções que desenvolviam, como vimos, um sistema universal de conflitos de leis, de fonte costumeira, que determinasse as regras adoptadas ao nível interno.

assacada aos Estados que abdicaram desse juízo quanto a direitos de natureza real (como o *trust* ou as *garantias financeiras*)<sup>1127</sup>.

Mas ainda que se aceitasse a validade dos argumentos universalistas na formulação de ZITELMANN (que conhece algum apoio no Acórdão *Lotus* do TPJI), o argumento não parece justificar a aplicação forçosa da *lex rei sitae*. Lembre-se que, para o Professor, a aplicação da *lex situs* aos direitos reais sobre imóveis seria a única conexão compatível com o princípio jusinternacional da soberania estadual: este conceito admite que os Estados imponham *regras de conduta* quer com fundamento real quer com base em critérios pessoais; como as normas jurídico-reais pressupõem um poder de exclusão de *todos não titulares* de uma coisa, só a territorialidade satisfaz o princípio da soberania<sup>1128</sup>.

Em primeiro lugar, a tese considera exclusivamente as regras imperativas de exclusão dos não titulares. Ora, como é sabido, os direitos reais vão bem além desta concepção, pois a sua dimensão principal e o seu *sentido* radicam na satisfação de um interesse através de coisa

---

<sup>1127</sup> Neste sentido, A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 180 ("There is not such a rule saying that international contracts are governed by the law designated by the parties nor a rule saying that property issues are governed by the *lex rei sitae* nor a rule saying that issues of procedure are governed by the *lex fori*. Such rules are widely adhered to but nobody will pretend that a rule of public international law is infringed upon by a State that departs from such rules or restricts their scope"); ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 23; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. I, pp. 211 e 216; HENRI BATIFFOL E PH. FRANCESCAKIS, "L'arrêt Boll...", p. 260 (restringindo ao direito internacional as regras de conflitos que constem de costume ou de convenções internacionais); MARC FALLON, "Les conflits...", p. 25 ("le droit international public n'impose aux États une limitation de leur compétence en matière de droit privé"); J.-P. NIBOYET, *Traité...*, Tomo IV, p. 199; ROBERTO AGO, "Règles...", pp. 276 e 291, nota n.º 1 ("Il ne s'agirait donc jamais de l'existence de cette norme coutumière internationale concernant directement le droit international privé"); ULRICH DROBNIG E ALEXANDER MAKAROV, "Sources", p. 34; ROBERTO BARSOTTI, "Diritti...", p. 416. No fundo, interrogando se "a consensus covering many law districts and extending over a considerable time" não constitui "general principles of law recognised by civilised nations" and that international law requires the members of international community to comply with these principles?" (OTTO KAHN-FREUND, "General...", p. 169), chega-se à conclusão de que tal consenso nem sequer existe num número suficiente de matérias (p. 170).

Uma cuidadosa análise da pretensa existência de imposições do direito das gentes para o direito internacional privado foi elaborada por KURT LIPSTEIN, *Principles of the Conflict of Laws National and International*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981, pp. 64. O Professor encontrou, na doutrina e jurisprudência, oito putativas imposições do direito internacional: a obrigação de cada Estado ter um sistema de direito internacional privado (i); a proibição dos Estados se recusarem a aplicar direito estrangeiro em todas as situações [obrigação internacional reconhecida por FERRER CORREIA, *cit.*, p. 24, e por MARTIN WOLFF, *Das Internationales...*, p. 10, que, segundo JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 107, remontará a HUBER, no século XVII] (ii); a possibilidade de excluir o direito estrangeiro por razões de *ordem pública* (iii); a impossibilidade de aplicação da *lex fori* a pessoas que estejam ocasionalmente no Estado do foro (iv); a sujeição dos imóveis à *lex rei sitae* (v), da forma dos negócios à *lex loci actus* (vi) do processo à *lex fori* (vii) e das obrigações contratuais à lei escolhida pelas partes (viii).

Nota LIPSTEIN que os quatro primeiros se ligam à posição da ordem jurídica quanto às relações plurilocalizadas: não discutiremos a sua vigência por não se ligar ao objecto do nosso estudo. Já os quatro últimos impõem regras de conflitos e a sua eventual existência constrixe directamente o legislador conflitual. Ora, conclui-se não constituírem comandos de direito das gentes, já que *por um lado*, não são universalmente aceites com o mesmo âmbito (basta pensar que a noção de direito processual não é unívoca e que o chamamento da *lex rei sitae* aos imóveis não é uniforme, sobretudo no que concerne à sucessão de imóveis, capacidade para a sua transmissão e forma dos negócios reais) e *por outro*, nunca surgiu responsabilidade internacional do Estado quando os não siga — LIPSTEIN, *cit.*, p. 65; KAHN-FREUND, *cit.*, p. 170. Similar estudo, com foco na análise na doutrina alemã sobre este problema, foi desenvolvido por ROBERTO AGO, "I principi...", pp. 197ss.

<sup>1128</sup> Vide o que dissemos *supra*, pp. 82. Uma profunda análise do Acórdão *Lotus* (*cit. supra* nota n.º 124) é feita por PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence...*, pp. 199ss.

certa e determinada (independentemente de qualquer relação jurídica intersubjectiva) e abarcam deveres de conteúdo positivo cometidos aos titulares (as obrigações reais)<sup>1129</sup>.

Em segundo lugar, o argumento da *coercibilidade territorial* das regras aplicáveis (que decorre, como vimos *supra*, do Acórdão *Lotus*) não implica que tais normas hajam forçosamente sido emanadas pelo Estado territorial. Mesmo aceitando que a soberania importa o dever de cada Estado exercer poder sobre as coisas, este apreciar-se-ia na *competência judiciária* das autoridades territoriais. Não subsistem razões que impedissem que um Estado, querendo, usasse a sua autoridade forçando e garantindo a aplicação de lei estrangeira. A aceitar-se o argumento, nunca a lei estrangeira poderia ser aplicada em qualquer domínio<sup>1130</sup>.

Por fim, atente-se que no estatuto real se incluem normas sobre o estatuto jurídico das coisas e ainda sobre o sistema de constituição, transmissão e extinção dos direitos reais, que não podem ser entendidas como imperativos de conduta forçosamente cometidos ao Estado territorial<sup>1131</sup>.

No caso da hipoteca, a insuficiência da tese é mais evidente, porquanto não se trata de garantir a exclusão física dos interessados: as regras hipotecárias limitam-se a regular os poderes que o titular exerce sobre a coisa no momento da execução e a permitir a sua oponibilidade aos demais sujeitos que adquiram de direitos sobre a coisa. Nessa medida, não há necessidade *da territorialidade*, já que os direitos conferidos pela garantia não supõem contacto físico com a coisa e, por isso, não implicam o afastamento material dos terceiros.

Assim, não parece que a *situs rule* constitua uma imposição do direito das gentes, concepção que aliás parece ter desaparecido do panorama doutrinal<sup>1132</sup>.

---

<sup>1129</sup> Neste sentido, entre outros, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, pp. 110-112; M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, pp. 55-56; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 31; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, pp. 128-129 e 183-184.

<sup>1130</sup> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 871; PIETRO FRANZINA, "The proposed...", p. 271; ROBBY ALDEN, "Modernizing...", p. 594 (que, aliás, consideram não existir qualquer necessidade de jurisdição exclusiva das autoridades territoriais, opinião partilhada por JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 560); ROBERTO BARSOTTI, "Diritti...", p. 416 (que considera que esta ideia, sem fundação teórica, se baseia numa infeliz confusão entre *soberania* e *propriedade*). Isto é, na análise de PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence...*, pp. 254ss, decorrem do Acórdão *Lotus* (*cit.* nota n.º 124) consequências menos importantes do que alguma doutrina conclui, havendo uma influência muito indirecta do direito das gentes nas opções conflituais jurídico-privadas.

<sup>1131</sup> Neste sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 111.

<sup>1132</sup> Na doutrina contemporânea, conhecemos uma única posição sufragando a natureza costumeira da *lex rei sitae*: LOUIS PERREAU-SAUSSINE, *L'immeuble...*, pp. 123ss. Para o Autor, a aplicação generalizada da regra conflitual gerou uma regra costumeira de direito internacional. Aos problemas que indicámos *supra* a esta concepção (nomeadamente a inexistência de *convicção de obrigatoriedade*, enquanto elemento constitutivo do costume — *cit.* nota n.º 1127), sufraga o Autor existir tal *opinio iuris* no interior de cada Estado; ainda que não exista essa convicção no plano do direito internacional, no quadro interno, entre os particulares, não é questionada a regra da *lex rei sitae* nos imóveis, pelo que esta convicção *interna* será suficiente para a existência do elemento psicológico (p. 124). *Em segundo lugar*, argumenta que as organizações internacionais se sujeitam

### 3.1.2. A efectividade.

O segundo fundamento decorrente da *soberania territorial* radica no princípio da efectividade: optar por outra lei pode implicar o não reconhecimento de uma relação jurídica ou de uma decisão jurisdicional no Estado onde a respectiva eficácia se pretende. No fundo, a *lex rei sitae* é aquela em melhores condições para determinar a solução a dar a litígios que envolvam coisas ali situadas — a *melhor competência* caberá à lei do Estado que estiver em melhores condições para impor o acatamento dos seus preceitos<sup>1133</sup>. O argumento é determinante: ao admitir a escolha de lei, não se estará a fazer perigar o reconhecimento de *qualquer hipoteca* no Estado territorial?

Julgamos que a nossa tese não coloca em cheque a efectividade das decisões. *Em primeiro lugar*, atente-se que em matéria de direitos reais no seio da União Europeia, a lei aplicável não influencia o reconhecimento de decisões, pois existe competência exclusiva dos tribunais territoriais que nunca reconhecerão decisões estrangeiras, independentemente da lei que haja sido aplicada. De facto, a efectividade está mais relacionada com a competência jurisdicional (importando que a causa seja julgada por tribunal com todos os meios necessários à efectivação da sentença) do que com a lei aplicada, que pode ser livremente escolhida. Nessa medida, tem razão LIMA PINHEIRO quando sustenta que “*sob o manto da efectividade, o que se esconde é a tendência para maximizar o âmbito de aplicação da lei do foro*”<sup>1134</sup>.

---

exclusivamente ao direito internacional e que respeitam, quando adquirem imóveis, os comandos da *lex rei sitae*, demonstrando a existência de uma convicção de obrigatoriedade daquela norma de conflitos (p. 126).

Por nossa parte, e alinhando com a doutrina maioritária, não ficamos convencidos. O primeiro arrazoado não colhe, porque a convicção da obrigatoriedade tem de ser assumida pelos *sujeitos de direito internacional* e não por privados submetidos à autoridade normativa estadual (cfr. JORGE MIRANDA, *Curso...*, p. 46 [*“A convicção de obrigatoriedade reporta-se, claro está, não a qualquer psicologia colectiva mas à interpretação funcional e normativa da vontade manifestada por sujeitos de direito internacional ou pelos seus órgãos”*]; FRANCISCO FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito...*, p. 168; JÓNATAS MACHADO, *Direito Internacional...*, pp. 114-115; ANDRÉ GONÇALVES PEREIRA E FAUSTO DE QUADROS, *Manual...*, p. 167), o que é expressamente declarado pela jurisprudência internacional — *vide* Acórdão TPJI *Lotus* (*cit.* nota n.º 124) e Acórdão TIJ de 20 de Novembro de 1950, *Droit d’Asile, Colombie c. Pérou*, *Recueil C. I. J.*, pp. 266ss, p. 276 (*“Le Gouvernement de la Colombie doit prouver que la règle dont il se prévaut est conforme à un usage constant et uniforme, pratiqué par les États en question, et que cet usage traduit un droit appartenant à l’État octroyant l’asile et un devoir incombant à l’État territorial”*). O segundo argumento também nada prova, porquanto o cumprimento da *lex rei sitae* no quadro imobiliário pelas organizações internacionais não demonstra a obediência a um *costume de direito internacional*, mas ao respeito do *acordo de sede*, que habitualmente relega os actos privados da Organização Internacional à *regra de conflitos* do Estado hospedeiro (cfr. JÓNATAS MACHADO, *cit.*, p. 271). Na verdade, a actuação privada das organizações internacionais a que seja reconhecida personalidade jurídica interna é submetida ao geral direito de conflitos, como justifica a existência de normas conflituais específicas (como o art. 34.º CC) — cfr. JORGE MIRANDA, *cit.*, p. 247. Parece ser igualmente o raciocínio que subjaz às palavras de FERREIRA DE ALMEIDA, *cit.*, p. 279.

<sup>1133</sup> *Vide* a explicação mais desenvolvida *supra*, pp. 85ss. Note-se que é esta ideia que estará na base da aceitação, em alguns sistemas, do princípio da maior proximidade.

<sup>1134</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 113; RUSSEL J. WEINTRAUB, “An inquiry...”, p. 4 (*“If the situs courts believed that a more rational result would be reached in such a case by applying the law of some other state, they would be free to*

*Por outro lado*, não cremos que nossa proposta coloque em cheque a efectividade de qualquer decisão (judicial ou registal). Se bem atentarmos, não sustentamos plena liberdade conflitual para todo o estatuto real: propomos *liberdade conflitual limitada para um único direito real* que não confere domínio da coisa, admitindo a escolha da lei de *outro Estado-Membro*. Com esta medida, não subsiste qualquer argumento de efectividade: a regra seria adoptada de forma centralizada em toda a UE (por acto jurídico europeu), pelo que em todos os Estados-Membros estaria admitida a liberdade conflitual no domínio hipotecário (sendo a hipoteca reconhecida em conformidade com a lei designada); todos os demais aspectos do estatuto real (natureza da coisa; limites físicos, poderes do proprietário) manter-se-iam sujeitos à *lex rei sitae* — simultaneamente *lei do foro*.

### 3.1.3. *A soberania económica e as razões de política legislativa*

O último dos fundamentos publicistas da regra da *lex rei sitae* reside nos interesses político-legislativos do Estado territorial: a aplicação da *lex situs* fundar-se-á no interesse do Estado territorial de organização político-económica e de escolha do sistema económico vigente, necessariamente ligado à organização da propriedade e a institutos marcadamente nacionais próprios de uma história e de uma cultura; concretamente no que ao direito hipotecário diz respeito, estão em causa opções políticas em matéria de crédito e endividamento. Ademais, o exercício dos direitos reais conecta-se de forma fundamental com ramos de direito público de aplicação territorial (urbanismo, organização do território, protecção do património cultural, direito fiscal) pelo que qualquer outra conexão colocaria em cheque a eficácia do direito público e dos interesses públicos em causa, implicando a perda de controlo do Estado sobre o seu próprio território<sup>1135</sup>.

A validade destes argumentos vem sendo questionada. Sustenta LOUIS D'AVOUT que a soberania não se expressa propriamente na aplicação da lei territorial aos imóveis mas "*en choisissant librement la règle de rattachement*": não obstante a hipótese ser meramente teórica, a verdadeira soberania radica no facto de o Estado territorial poder, querendo, subordinar os direitos reais, por exemplo, à lei pessoal do proprietário. Similarmente, lembra DANIELA CARUSO que poucos aspectos do direito das coisas se ligam a esta dimensão jurídico-constitucional (a definição das coisas que podem ser objecto de relações jurídicas; a definição

---

*apply that other law*"); PIERRE LALIVE, *The Transfer*, p. 105. Sobre os fundamentos e âmbito da competência judiciária exclusiva do Estado territorial em matéria jurídico-real, *vide supra*, nota n.º 597 e bibliografia aí citada.

<sup>1135</sup> *Vide supra* pp. 87ss, e bibliografia aí citada.

da propriedade privada e da propriedade pública; os requisitos de exercício dos direitos) ao passo que os demais seriam *regras técnicas* sujeitas ao arbítrio do legislador conflitual<sup>1136</sup>.

De todo o modo, mesmo sem pôr em causa à validade daqueles fundamentos da *situs rule*, a nossa proposta não é infirmada. Na verdade, a única conclusão que deles decorre é que não pode subtrair-se à lei territorial a *disciplina dos direitos reais*. Ora, não é essa a nossa proposta: a tese que aqui trazemos é a da autonomia conflitual limitada para o *estrito domínio da hipoteca*. Assim entendida, perde força o argumento de que outra lei colocaria óbices na organização político-económica da propriedade ou na interacção com o direito público.

De facto, a inexistência de poderes de gozo sobre a coisa tornam a hipoteca indiferente às limitações impostas pelo direito público em sede de urbanismo, organização do território, ou protecção do património cultural. Ainda que o exercício de prerrogativas públicas exercidas em qualquer ramo do direito afecte o valor da coisa hipotecada, a verdade é que o regime jurídico da hipoteca (escolhido pelas partes) preverá a hipótese de redução do valor do objecto da garantia. Por outro lado, ainda que o direito fiscal de certo Estado europeu fizesse incidir tributação sobre a hipoteca, não parece que a sujeição do seu regime a uma lei estrangeira crie qualquer obstáculo adicional. Deve lembrar-se que a hipoteca é um instituto jurídico conhecido por todos os Estados-Membros, pelo que não vislumbramos dificuldades geradas pela autonomia conflitual na relação com o direito público<sup>1137</sup>.

No que tange à política legislativa, o interesse estadual é aqui um pouco diferente daquele que vigora nos direitos reais de gozo. Efectivamente, no que concerne às garantias reais, a territorialidade da lei dirige-se não tanto à organização político-económica das coisas (que, reconhecemos, implicará necessariamente a territorialidade do direito das coisas no domínio dos direitos reais de gozo), mas pelo contrário a tutela do sistema de crédito, que dependerá das características que revestir o sistema de garantias<sup>1138</sup>.

Ora, porque a nossa proposta radicará na opção por *uma das leis dos Estados-Membros*, parece que o problema se não colocará: em primeiro lugar, como vimos, em todas elas a hipoteca é um direito real de garantia que depende de registo no Estado territorial, assegurando a necessária publicidade do direito e, correspondentemente, uma tutela do sistema de crédito. Em segundo lugar, ao estabelecer a liberdade de circulação de capitais, os Estados-Membros reconheceram a bondade das legislações dos outros Estados quanto à disciplina do crédito, tal como sucede nas outras liberdades; *por fim*, a intervenção conflitual

---

<sup>1136</sup> Cfr., respectivamente, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 143, e DANIELA CARUSO, "Private...", p. 759.

<sup>1137</sup> No fundo, e como bem ilustra CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 1, estes argumentos estão pensados para sustentar a *lex rei sitae* no que concerne ao *gozo da coisa*, não prestando necessariamente para justificar a mesma regra no domínio das garantias. Sobre a existência da hipoteca em todos os Estados-Membros, *vide supra* p. 204.

<sup>1138</sup> Neste sentido, ANNA GARDELLA, *Le garanzie...*, pp. 20ss, MICHEL GRIMALDI, "Le garanzie...", p. 391.

que propomos apenas admite a derrogação da *lex rei sitae* em relações creditórias *internacionais*, mantendo o domínio absoluto do legislador interno nas relações jurídicas que se colocam totalmente sob a sua alçada<sup>1139</sup>. Assim, o abandono da territorialidade na hipoteca apenas concitará problemas no quadro da sua relação com as normas substantivas e processuais do direito falimentar, problema sobre que nos pronunciaremos *infra*<sup>1140</sup>.

É evidente que uma eventual subtracção das hipotecas à lei do Estado onde a coisa se situa implica uma redução da influência do legislador no modelo de regulação do crédito. Simplesmente, essa redução não parece ser obstáculo decisivo à mudança da opção conflitual: *por um lado*, porque no domínio das garantias pessoais (hoje mais importantes no comércio internacional) esse controlo já não existe, porquanto vigoram garantias sujeitas a lei estrangeira; *por outro*, porque, a aceitação da bondade das leis dos outros Estados-Membros é uma decorrência transversal das liberdades comunitárias.

### 3.2. A natureza das coisas.

Outro fundamento que é normalmente mobilizado assenta na argumentação de que os direitos reais são independentes de qualquer relação intersubjectiva (estando apenas ligados à coisa sobre que incidem), raciocínio que decorre das concepções objectivistas dos direitos reais. No fundo este ramo jurídico dirige-se a disciplinar o estatuto das coisas, o que será patente nas normas que excluem do comércio jurídico alguns objectos ou que regulam a existência de vários direitos sobre o mesmo objecto.

Como é evidente, para quem não siga a concepção objectivista de direito real (e o perfilhe, ainda que apenas na sua face externa, como a regulação de relações entre o titular e a demais comunidade jurídica, onerada com um dever geral de abstenção) esta tese perde sentido e, por esta via, o argumento conflitual cai por terra. Na verdade, reconhece-se no direito real a disciplina de relações intersubjectivas que não estarão “naturalmente” sujeitas à coisa, pois esta não é particularmente relevante na face externa do direito<sup>1141</sup>.

---

<sup>1139</sup> Este último argumento é, no fundo, a principal distinção entre a nossa proposta e as que analisamos *supra*: aquelas, de uma forma ou outra, acabam por amputar liberdade reguladora ao legislador nacional na disciplina do crédito interno. No que concerne ao *reconhecimento mútuo* enquanto dimensão de aceitação da bondade das leis dos outros Estados-Membros, *vide supra* pp. 442ss. Quanto ao papel do registo como mecanismo de tutela do crédito, remetemos as necessárias considerações para momento ulterior do nosso estudo (*infra*, pp. 577ss).

<sup>1140</sup> É o exemplo dado por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 114. Veremos este problema *infra*, a propósito das dificuldades geradas pela nossa proposta.

<sup>1141</sup> Usando esta via de refutação da *situs rule*, cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 69ss. Sobre o conceito (polémico) de direito real *vide*, entre outros, M. HENRIQUE MESQUITA, *Direitos...*, pp. 7ss, e *Obrigações...*, pp. 41ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil — Reais, cit.*, pp. 38ss e 597ss; ORLANDO DE CARVALHO, *Direito...*, pp. 95ss; CARLOS A. DA MOTA PINTO, *Direitos...*, pp. 27ss; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos...*, pp. 188ss; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, pp. 39ss; ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Direitos*



No entanto, cremos ser possível afastar a tese da *territorialidade natural* do direito das coisas, mesmo no quadro da doutrina objectivista dos direitos reais. Segundo o fundamento que visamos refutar, uma vez que os poderes compreendidos no conteúdo do direito real apenas podem ser exercidos no Estado da sua situação e que a coisa (objecto das normas) está fisicamente localizada, deve ser o direito deste a definir a sua extensão e alcance. Haverá uma *territorialidade natural* do Direito das Coisas porque o seu objecto “*ocupa um determinado lugar no espaço*” e aquelas normas dirigem-se à sua ordenação patrimonial, abstraindo-se das pessoas dos seus titulares. As *coisas* estariam, por natureza, sujeitas à soberania do Estado territorial, pois é este quem de forma evidente e inelutável pode ordenar as coisas situadas no seu território e o local onde o titular do direito real actua materialmente<sup>1142</sup>.

O argumento não procede.

*Em primeiro lugar*, (e mesmo perante a concepção objectiva de *direito real*), o Direito das Coisas encerra sempre relações intersubjectivas, determinando a conduta das pessoas. Com efeito, a atribuição de poderes sobre coisas dirige-se à *convivência social* e as regras sobre o respectivo estatuto jurídico constituem pressupostos de direitos subjectivos, pelo que a ligação a coisas corpóreas não excluiria, por natureza, outro elemento de conexão. No fundo, o que se pretende neste ramo jurídico é disciplinar o acesso das pessoas às coisas, pelo que se não pode ignorar uma dimensão subjectiva das suas normas. Em consequência, como ensina LIMA PINHEIRO, “*o Direito das Coisas não é «naturalmente» territorial. Se ele tem um domínio de aplicação territorial, tal deve-se a uma norma de conflitos que emprega um elemento de conexão que aponta para um dado lugar no espaço*”. Do pressuposto de que os poderes de soberania só se exercem sobre coisas situadas no território do Estado não pode pois inferir-se a *territorialidade natural* de normas jurídico-reais<sup>1143</sup>.

*Em segundo lugar*, o argumento prova demais: dizer que os direitos reais se buscam à lei do Estado onde as coisas se encontram *porque as coisas são situadas em certo Estado*, redundaria, levando ao absurdo, que ao estatuto pessoal se aplicasse a lei do Estado onde as pessoas se encontram, pois também estas se situam em certo espaço. Ora, não é o local onde se encontra o destinatário de uma norma jurídica a determinar a sua aplicabilidade: o DIP pauta-se por interesses próprios que fundam a escolha da lei aplicável, que não são “naturalmente” indicados pelo local onde o objecto da relação jurídica se situa.

---

*Reais, cit.*, pp. 14ss; RUI PINTO DUARTE, *Curso...*, pp. 17ss; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, pp. 29ss, e "Os direitos...", pp. 47ss.

<sup>1142</sup> Cfr. doutrina elencada *supra*, na nota n.º 131.

<sup>1143</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 109, e ANTÓNIO FERRER CORREIA, "A venda...", n.º 3827, p. 36.

*Em terceiro lugar*, não são inatacáveis os fundamentos da tese, que pressupõe que o Direito das Coisas exclusivamente disciplina o estatuto jurídico dos objectos. *Por um lado*, a disciplina de vários direitos sobre a mesma coisa desinteressa-se globalmente do seu objecto (coisa), regulando relações entre *direitos subjectivos*, não exclusivamente de natureza real (o mesmo sucedendo no quadro de dois arrendatários ou comodatários). *Por um lado*, as normas que excluem a susceptibilidade de apropriação individual de certos bens (*res extra commercium*) podem ser tidas não como *impossibilidade de incidência de quaisquer direitos sobre as coisas* mas como estabelecimento legal de propriedade pública — caso em que constituirão normas de *direito público da propriedade* que, em concreto, determina o seu próprio âmbito de aplicação, o que não permite usá-las como argumento para sustentar que este ramo jurídico apenas disciplina o estatuto das coisas. *Por fim*, mesmo no quadro da teoria realista, ninguém nega que o poder directo e imediato sobre uma coisa que constitui o direito real tem como efeito a imposição de um *dever geral de abstenção*, relação intersubjectiva que, ainda que consequential, é decisivamente ordenada por normas jurídico-reais<sup>1144</sup>.

*Em quarto lugar*, a tese da *natureza das coisas* deixa por resolver um conjunto de problemas: perante certo bem situado em espaço internacional subtraído à soberania de qualquer Estado (Alto Mar, Zona ou espaço extra atmosférico) qual é a lei *naturalmente* adequada? Na verdade, se a opção da *lex rei sitae* fosse fisicamente determinada (sem ponderação jurídica capaz de considerar qualquer outra opção), não seria admissível o estabelecimento dos critérios subsidiários hoje vigentes nessa matéria<sup>1145</sup>. Estes elementos de conexão, desde sempre admitidos, demonstram que há nesta área, como em todas as outras, tão-somente uma ponderação da lei com uma conexão mais forte e não uma inevitabilidade.

A natureza da hipoteca torna ainda mais evidente a insuficiência dos argumentos *supra* explorados: nem as normas hipotecárias se dirigem à ordenação física das coisas, nem o titular carece de qualquer relação física com a coisa para exercer os respectivos poderes. Aliás, olhando ao escopo da hipoteca, seria até mais *natural* submetê-la à lei reguladora da obrigação garantida, face à acessoriedade que caracteriza a garantia na maioria dos direitos nacionais<sup>1146</sup>.

### 3.3. Interesses gerais do comércio – a segurança das transacções

---

<sup>1144</sup> Neste sentido, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 56 e 58. Sobre a consequência intersubjectiva do poder de soberania atribuído ao titular, *vide*, entre outros, M. HENRIQUE MESQUITA, *Obrigações...*, pp. 57ss; MÓNICA JARDIM, *Efeitos substantivos...*, p. 31; LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, p. 47.

<sup>1145</sup> O argumento é de LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 85. Os critérios são variados, indo desde a bandeira do navio (art. 92.º da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar; Montego Bay, 1982), ao local d o registo da aeronave (art. 17.º da Convenção de Chicago de 1944 Relativa à Aviação Civil Internacional).

<sup>1146</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 116, quando analisa este fundamento, indica como pressuposto que “a conduta do titular do direito real, a sua actuação material, tem lugar no território da sua situação”.

Como vimos *supra*, o argumento mais impressivo na eleição da *lex situs* radica nos interesses *gerais* de uma pluralidade de pessoas. A protecção dos interesses gerais do comércio (concretamente, de todas as pessoas que se relacionarem com os titulares, cujos poderes de ingerência são afastados pelo direito real ou que pretendam adquirir direitos sobre a coisa) implicará a escolha de uma conexão de natureza puramente objectiva, facilmente apreendida: “*é conforme às necessidades do comércio jurídico que qualquer terceiro possa informar-se rápida e seguramente acerca do estatuto da coisa que deseja adquirir ou sobre a qual pretende constituir um direito diferente da propriedade*”. A escolha da *lex rei sitae* é a expressão conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais (sendo a única que permite a qualquer terceiro saber o estatuto jurídico da coisa) e funda-se nos mesmos argumentos que justificam a aceitação do *numerus clausus* dos direitos reais no direito interno.

Perante a necessidade apontada, parece que só a *situação da coisa* cumpre o objectivo no domínio dos bens imóveis<sup>1147</sup>: a localização de um prédio é facilmente cognoscível e determinável, apresentando ainda a vantagem da *imutabilidade*. Qualquer outra conexão provocaria um entorpecimento do comércio jurídico, porquanto o interessado “*teria de suportar o ónus de se informar acerca da espécie e características peculiares do regime legal*”<sup>1148</sup>.

Nesta sequência, ao admitir a aplicação de uma lei estrangeira à hipoteca, como garantir aos terceiros que a garantia existe (*na lei estrangeira admitir-se-á a hipoteca constituída por mero efeito do contrato?*) e quais as obrigações por que o prédio responde? Como pode um interessado apreciar o concreto significado de uma garantia constituída à luz de lei estrangeira? Caber-lhe-á o ónus de se informar sobre o respectivo conteúdo<sup>1149</sup>?

---

<sup>1147</sup> Já quanto aos móveis, como vimos *supra* (pp. 511ss), são muitas as críticas avançadas a este argumento, pois neste quadro não existe uma óbvia cognoscibilidade da lei aplicável e surge o problema do conflito móvel.

<sup>1148</sup> Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Conflitos...", n.º 3727, p. 300, e *Lições de Direito Internacional...*, pp. 42 e 197; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 115; EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 63 ("*Private International Law thus mirrors the principles of domestic property law of each jurisdiction*"); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 347 (que sublinha a substituição dos fundamentos mais antigos [de soberania nacional] para as razões materiais que hoje justificam a conexão). *Vide supra*, mais detalhadamente, pp. 91ss.

É por este motivo, como sublinha KARL KREUZER, "La propriété...", p. 123, que a maioria das propostas de autonomia conflitual no estatuto real que analisámos *supra* (veja-se o elenco na p. 545) restringe a aplicação da lei aplicável às relações *inter partes* ou mantém a vocação da *lex rei sitae* como *limite*, protegendo os terceiros de uma lei que não podiam conhecer. Esta razão leva, aliás, alguma doutrina a afastar por completo a hipótese da autonomia conflitual das garantias reais — cfr. A. CURTI GIALDINO, "La volontà...", p. 840, excluindo dos direitos reais o *sentido da autonomia conflitual*; MICHEL DESCHAMPS, "Conflict-of-Laws...", pp. 285-286.

<sup>1149</sup> São estes, no fundo, os argumentos compilados por BERND VON HOFFMANN e KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 515, contra a autonomia conflitual nos direitos reais: "*Gegen die Zulassung einer solchen unbeschränkten Rechtswahl spricht aber, wie auch die Befürworter der Parteiautonomie einräumen im Internationalen Sachenrecht das Verkehrsinteresse. Publizitätserfordernisse (Traditionsprinzip, Registereintragung) der jeweiligen lex rei sitae sollen bestehende Rechte an einer Sache auch für Dritte insbesondere Gläubiger (Zwangsvollstreckung, Insolvenz), offenlegen. Dies gebietet die zwingende Anknüpfung sachenrechtlicher Fragen an die lex rei sitae; Für die Parteiautonomie bleibt kein Raum*".

### 3.3.1. *A crítica à tutela de terceiros na escolha da lex rei sitae.*

Este argumento (que julgamos ser o mais forte na justificação da *situs rule*) vem sendo questionado, sustentando-se que a tutela de terceiros não justifica a aplicação da *lex rei sitae* aos direitos reais.

*Por um lado*, defende-se que escolher a conexão em atenção a interesses de terceiros faz relevar as pretensões dos que se não concatenam com a relação jurídica, impondo às partes uma lei inconveniente. Esta realidade é mais óbvia nos casos que não envolvam terceiros, sem que tal implique a viabilidade de as partes conformarem a relação jurídica à sua vontade. No fundo, há uma *sobrevalorização* de hipotéticos interesses de eventuais terceiros que prejudica os verdadeiros importados no negócio<sup>1150</sup>.

*Em segundo lugar*, argumenta-se que nem sempre a conexão cumpre o objetivo de protecção de terceiros: se a constituição dos direitos reais se submeter a uma lei (como a francesa, portuguesa, polaca, italiana) que consagre o princípio da consensualidade, o facto de os direitos reais se transmitirem e constituírem de modo oculto (não carecendo de qualquer registo ou entrega) deixa os terceiros mais desprotegidos do que se fosse aplicada uma lei que exigisse publicidade como condição da produção do efeito real. Isto é, a *lex situs* não cumpre o pretensu objectivo de tutela do comércio jurídico<sup>1151</sup>.

Por nossa parte, não aderimos a estas críticas. Julgamos que, na generalidade dos direitos reais, o fundamento ora apreciado implica necessariamente a aplicação da lei da situação da coisa: só esta conexão garante a cognoscibilidade do conteúdo dos poderes do titular, da natureza da coisa e dos seus limites materiais, acautelando a segurança das transacções e os interesses gerais do comércio. A eficácia absoluta dos direitos reais (ainda que se aceite não ser uma sua *característica* mas apenas um *efeito*) e a correspondente geração da

---

<sup>1150</sup> Neste sentido, LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 191ss; ROBBY ALDEN, "Modernizing...", p. 592; LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Acción Pauliana e Integración Europea: Una propuesta de ley aplicable", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.º 1, 2012, pp. 43-72, p. 60 (referindo-se à aplicação da *lex rei sitae* à impugnação pauliana, que é a solução adoptada pelos tribunais americanos [cfr. ILARIA PRETELLI, "Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets — *Actio Pauliana* in the Conflict of Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 589-640, p. 624]); JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1091; AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 22.

<sup>1151</sup> Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 191ss. No mesmo sentido, EVA-MARIA KIENINGER, "Securities...", p. 64 (embora fundando-se na existência de direitos reais não publicitados em certas ordens jurídicas, procurando sustentar a desnecessidade da publicidade e, assim, da *lex rei sitae*); GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 20 (que sublinha o facto de o direito internacional privado pretender proteger os terceiros mais do que o direito interno quando este consagre a regra da consensualidade); AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 26 (que sublinha que sempre que o proprietário de coisa móvel dela dispõe, está a afectar todos os credores, sem que nunca tal viesse a ser encarado como um problema).

A quebra de publicidade não é, todavia, exclusiva dos sistemas consensuais. No direito alemão, por exemplo, há casos onde se dispensa a entrega física da coisa enquanto modo aquisitivo — vide §§930 e 931, e a conclusão de DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 440.

Sobre as relações entre os princípios da consensualidade e da publicidade dos direitos reais, vide ORLANDO DE CARVALHO, "Princípios...", p. 10.

obrigação passiva universal sempre importará que todos os terceiros possam conhecer os poderes que lhes são opostos.

De facto, não colhe o argumento de que, não existindo terceiros, se prejudicam as partes. Como é sabido, a relação jurídico-real (qualquer que seja a concepção de direito real que se perfilhe) implica o exercício de poderes sobre uma coisa e, em consequência, a faculdade de afastar qualquer outra pessoa do objecto do direito. Nessa medida, é ilusório sustentar que existem relações jurídico-reais sem terceiros a tutelar, impondo-se uma conexão que espelhe o princípio da publicidade dos regimes internos.

Esta conclusão não é posta em causa pelo facto de, em certos Estados, vigorar um sistema de *título* na constituição e transmissão desses direitos, admitindo transacções ocultas: é precisamente o facto de nem sempre se exigir um *modo* para o tráfico dos direitos reais que impõe uma conexão que permita a *qualquer interessado* indagar o estatuto jurídico da coisa e o sistema de atribuição dos direitos reais. Na verdade, o facto de os terceiros conhecerem facilmente o *sistema de transmissão de direitos reais* confere-lhes as ferramentas necessárias para não serem surpreendidos, ainda que dada lei admita transmissões ocultas<sup>1152</sup>.

### *3.3.2. A tutela dos terceiros no caso da hipoteca: a publicidade registal mais do que a lex rei sitae.*

O que dissemos conduz, portanto, a que continuemos a considerar necessária a sujeição dos direitos reais sobre imóveis (e estatuto jurídico da coisa) à *lex situs*, já que assim o impõe a tutela de terceiros, a quem são oponíveis os direitos reais<sup>1153</sup>.

Todavia, *no estrito domínio da hipoteca*<sup>1154</sup>, e com o duplo limite da restrição da escolha à *lei de um Estado-Membro* e apenas para *prédios situados no espaço de integração europeu*, julgamos não surgirem os óbices que afastam a viabilidade de outras conexões. Efectivamente, a

---

<sup>1152</sup> Divergimos assim de ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", pp. 521ss, que sufraga a autonomia conflitual nas garantias mobiliárias com fundamento no facto de muitos ordenamentos jurídicos se não preocuparem com a publicidade do direito — como é o caso do penhor sem desapossamento ou dos sistemas jurídicos de *título*, que constituem a garantia real por mero efeito do contrato. Por nossa parte, justamente pelo facto de esses ordenamentos não publicitarem as garantias, os terceiros têm de estar totalmente seguros da lei aplicável ao estatuto real, podendo assim estar precavidos de direitos reais ocultos.

Reconhecendo a procedência deste raciocínio, apesar de ver na regra da *lex rei sitae* uma sobrevalorização dos interesses de terceiros, *vide* AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 23. Para o Autor, a autonomia conflitual não quebraria a confiança de terceiros porquanto a situação da coisa sempre se manteria conexão subsidiária. Ora, a maioria das transacções não procederá a uma *professio iuris*, pelo que a lei territorial manteria a sua eficácia.

<sup>1153</sup> Ensina ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 520, ser este o mais sério argumento contra a autonomia conflitual no domínio dos direitos reais.

<sup>1154</sup> No fundo, as garantias das obrigações não são todas iguais e, por isso, reclamam tratamento conflitual diferenciado. Neste sentido, GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 5.

autonomia conflitual permite aos terceiros conhecer de forma eficaz os poderes que lhes são oponíveis, porquanto no quadro hipotecário há razões que autorizam o abandono da *situs rule*.

Como ponto prévio, deve reconhecer-se que os interesses do comércio são, na hipoteca, diferentes dos que avultam nos direitos reais de gozo. De facto, os terceiros (adquirentes ou credores) visam saber se o prédio responde por certa obrigação, tendo menor relevância o regime de constituição da hipoteca, sua transmissibilidade ou reforço. No fundo, o terceiro basta-se com a cognoscibilidade da *existência do gravame* e dos aspectos do regime hipotecário *que possam influir na capacidade de a coisa assegurar pagamentos*<sup>1155</sup>.

Mas não é esta conclusão que suporta a admissibilidade da autonomia. O que verdadeiramente torna viável a nossa proposta é o sistema da *publicidade da hipoteca*. Isto é, vimos *supra* que em todas as leis elegíveis para a escolha (as leis dos Estados-Membros), a hipoteca é obrigatoriamente sujeita a Registo sob pena de não produzir efeitos<sup>1156</sup>. Assim, a cognoscibilidade dos aspectos da hipoteca que conduzem à segurança dos terceiros não é assegurada pela *posse* ou pela *lei aplicável* mas sim *pela função própria do Registo Predial — que publicita a situação jurídica dos prédios*. No fundo, o princípio da publicidade dos direitos reais (que tem no critério da *lex rei sitae* a sua expressão conflitual) não se realiza pelo meio tradicional (a posse) mas pelo Registo<sup>1157</sup>.

Esta característica torna *dispositiva* a conexão “situação da coisa”: o registo tutelará *melhor e mais eficientemente* os terceiros do que a sujeição da hipoteca à *lex rei sitae*, tornando a sua aplicação desnecessária.

---

<sup>1155</sup> Aos terceiros da relação creditória, pouco importa o regime legal de admissibilidade do pacto comissório, da cláusula de inalienabilidade dos bens hipotecados ou do direito a exigir o reforço ou substituição da garantia, satisfazendo a necessidade de segurança pela certeza da *existência da garantia* e da *natureza acessória ou independente da garantia*. Na verdade, os *interessados* (a quem importa saber o estatuto jurídico da hipoteca) são os potenciais adquirentes ou credores (do proprietário ou credores de outrem com direito real de garantia sobre a mesma coisa). Ora, a estes é absolutamente indiferente conhecer a obrigação de inalienabilidade que o devedor terá assumido ou se o titular hipotecário pode exigir nova garantia ao devedor. O seu interesse realiza-se, *em primeiro lugar*, no conhecimento seguro do compromisso a que a coisa está afectada; *em segundo lugar* (com especial interesse aos titulares de outras hipotecas sobre a coisa) se a extinção da primeira hipoteca importa o avanço do grau das seguintes (carácter acessório ou independente da garantia); *em terceiro lugar*, na existência da convenção comissória, porquanto credores comuns têm interesse em saber se a coisa responde pelas demais dívidas do proprietário no caso de incumprimento da dívida hipotecada; porventura, *em quarto lugar*, interessará o regime de expurgação e redução da garantia, caso o terceiro venha a decidir adquirir prédio hipotecado.

Em sentido convergente, *vide* ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 597 (que se debruça sobre as garantias financeiras), e ANNA VENEZIANO, "Attachment...", p. 130.

<sup>1156</sup> Mesmo em França, paradigma do registo meramente consolidativo, a hipoteca é uma excepção, porquanto só cumpre a sua função (prioridade face aos terceiros credores) quando registada: "*De même, en droit français, alors que le système de publicité foncière n'est pas généralement constitutif des droits réels mais seulement confortatif, il semblerait pourtant que les hypothèques sont préférentiellement soumises à un régime d'enregistrement constitutif*". Cfr. LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 628, e o que dissemos *supra*, pp. 143ss e bibliografia aí citada.

<sup>1157</sup> Sobre a contraposição da função publicitária da posse com a do registo, *vide* as considerações de MARGARIDA COSTA ANDRADE, "(Alguns) Aspectos Polémicos da Posse de Bens Imóveis no Direito Português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 83-120, p. 111.

Entendamo-nos. No plano interno, o registo constitutivo assegura a segurança das transacções porquanto não existe hipoteca oculta (apesar da inexistência de posse) e porque (mesmo nos sistemas tabulares de mera oponibilidade) se garante ao interessado que um direito incompatível ou conflituante que não beneficie de registo prioritário não lhe é oponível. O registo é instrumento essencial à segurança do tráfico porquanto qualquer interessado pode, com rapidez, conhecer o ónus que sobre o prédio incide.

Se assim é no plano interno, o mesmo se passa nas relações internacionais: a capacidade da coisa para responder por dívidas e o regime jurídico dos ónus que sobre a coisa incidem são publicitados pela informação registal, muito mais do que pelo direito aplicável. Em suma, se a opção pela *lex situs* constitui “*uma projecção conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais*”<sup>1158</sup>, tal necessidade não existe no caso da hipoteca: o facto de em todos os Estados-Membros se exigir um *modo* para a sua constituição (a produção de efeitos da garantia depende da inscrição registal), implica que sujeição da sua constituição a uma lei estrangeira não gere insegurança. Na verdade, não apenas a solução material é similar em cada Estado-Membro o registo consubstancia o *modo*, assegurando a sua plena cognoscibilidade de forma particularmente eficaz<sup>1159</sup>.

---

<sup>1158</sup> LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *A venda...*, p. 115. Neste sentido, DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 436; JÜRGEN BASEDOW, "Spécificité...", p. 279; BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 515, sustentando ser a publicidade um dos principais obstáculos à autonomia conflitual nos direitos reais.

<sup>1159</sup> Neste sentido, LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 245; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 108; DORA MARTINS DE CARVALHO, "A comercialização...", p. 46; AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 37 (que encontra aqui uma razão *adicional* para a autonomia conflitual da hipoteca, uma vez que o Autor propugna a autonomia conflitual em todos os direitos reais). Sobre a desnecessidade de *numerus clausus* quando a publicidade seja assegurada pelo registo, *vide*, p. todos, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, pp. 81ss. Assim, parece que no domínio da hipoteca a autonomia conflitual pode ser adoptada sem que isso coloque em causa o *equilíbrio* entre os respectivos fundamentos e a protecção de terceiros a que alude ERIK JAYME, "Identité...", p. 55.

É esta a razão pela qual, no domínio das garantias mobiliárias, se sufragar a instituição de um sistema de registo — cfr. ANNA VENEZIANO, "The DCFR...", p. 130; CHRISTIAN MOULY, "La publicité des sûretés réelles mobilières", *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º 1, 1998, pp. 51-70, p. 55 — o que tem vindo a acontecer em várias ordens jurídicas, como em França (cfr. EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 10). Sobre a contraposição da posse ao registo na função de publicidade, *vide* J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, "A Publicidade Registral...", pp. 593ss; SABINE CORNELOUP, *La publicité...*, p. 44. Sobre a protecção conferida pelos sistemas registais de mera oponibilidade *vide supra*, pp. 206ss.

Assim, divergindo da doutrina que vem propondo a autonomia conflitual para as *garantias mobiliárias*, como o penhor (GAUDEMET-TALLON; ANNA GARDELLA; MICHAEL BRIDGE; PIERRE MAYER e VINCENT HEUZÉ; GEORGES KHAIRALLAH — *vide supra* pp. 511ss), julgamos que a aplicação da lei da autonomia só não coloca em causa interesses de terceiros quando o mecanismo de publicidade inerente àquela garantia real possa ilustrar a lei aplicável. Ora, tal só sucede na hipoteca, porquanto escolhe o *registo* e não a *posse*. Assim, no caso do penhor ou no direito de retenção (onde a publicidade é tão importante como na hipoteca, assumindo a tradição da coisa carácter constitutivo mesmo em sistemas onde vigora geralmente o princípio da consensualidade — ADRIANO VAZ SERRA, "Penhor", pp. 62ss; GABRIEL ÓRFÃO GONÇALVES, "Temas...", p. 265), não parece que se possa abdicar da *lex rei sitae* enquanto mecanismo apto a demonstrar o estatuto jurídico-real da coisa (ARNAUD NUYTS, "Le droit...", p. 41).

Nos sistemas de *título e modo*, “*o negócio causal e o acto de transferência são actos diferentes e separados, exigindo-se, no entanto, uma perfeita sincronia entre aquele e este para a validade da transmissão da propriedade*”; já nos sistemas de *modo*, “*a*

Por outro lado, a publicidade oferecida pelo registo (face às outras formas de publicidade — como a posse) não apenas é mais eficaz como é dotada de uma maior funcionalidade<sup>1160</sup>. Além de identificar o titular de um direito, o registo permite o acesso a mais informação (características físicas do prédio, história dos direitos que sobre ele incidiram, etc.), pelo que pode suprir eventuais desvantagens da sujeição da hipoteca a um direito estrangeiro. Assim, os aspectos do regime da hipoteca *estrangeira* cuja cognoscibilidade for necessária à segurança das transacções podem ser publicitados tabularmente (natureza acessória ou independente da hipoteca; consequências da extinção da primeira hipoteca para o grau de preferência das restantes; regime de redução ou expurgação; existência de pacto comissório e seus termos). Sendo certo que a informação dos interessados quanto à lei aplicável é menos intuitiva do que a via tradicional (a aplicação da *lex situs*), o Registo compensa-o oferecendo superior clareza, qualidade e profundidade da informação<sup>1161</sup>.

O que aqui dizemos não é novidade, sendo abundante a doutrina que, em vários domínios, aceita o abandono da *situs rule* quando tal seja compensado por um mecanismo eficaz de publicidade. Deste modo, VON BAR defendia a imposição necessária da *lex rei sitae* “*unless each particular article is accurately registered by authority*”; a proposta de BELL e PARCHOMOVSKY de autonomia conflitual nos direitos reais surge associada ao registo necessário dos direitos sujeitos a lei estrangeira; LIMA PINHEIRO aplaude a autonomia conflitual da Convenção da Haia de 2006 sobre direitos sobre instrumentos financeiros, “*contanto que seja assegurada a publicidade da escolba*”, associando a viabilidade de autonomia conflitual em aspectos reais à informação, por outras vias, do estatuto jurídico do direito; BONOMI aplaude a *professio iuris* nos aspectos reais dos valores mobiliários atendendo à publicidade conferida pelo intermediário financeiro; ROTH explica que a tutela de terceiros através da obrigação de registo satisfaz a preocupação de ordem pública inerente à publicidade; ANA GARDELLA declara ser a publicidade (mais do que a aplicação da *lex rei sitae*) que protege os terceiros no

---

*transmissão da propriedade é um acto diverso e independente do negócio causal*” (cfr. ANTÓNIO VIEIRA CURA, “Compra...”, p. 69 e 72). No fundo, nos primeiros vigorará o princípio da causalidade, ao passo que nos sistemas de modo o acto abstracto de transmissão não vê a sua validade e eficácia comprometida pelo negócio que lhe deu causa.

<sup>1160</sup> Cfr. JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, p. 81 (defendendo que, por ser uma publicidade “*especialmente eficiente*”, permitiria que “*pelo registo se desse publicidade a direitos reais que não sejam típicos — é o que se passa, por exemplo, no sistema espanhol. Desde que a um futuro adquirente não possam opor-se nenhuma limitação, para além das que constam do registo, a função de protecção de terceiros é cabalmente satisfeita*”); LAURENT AYNÈS E PIERRE CROCQ, *Les sûretés...*, p. 246; J. A. MOUTEIRA GUERREIRO, “A usucapião e o registo: devemos repensar o tema?”, *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via [www.cije.up.pt/revistared](http://www.cije.up.pt/revistared), consultado em 15 de Abril de 2014, p. 9; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, (sublinhando que a publicidade do registo reveste natureza diferente, mais completa e detalhada, por constituir “*forma de publicidade racionalizada*”); LUÍS CARVALHO FERNANDES, *Direitos...*, p. 100; ANDRÉ DIAS PEREIRA, “A característica...”, p. 482.

<sup>1161</sup> Neste sentido, ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, “Of Property...”, p. 108. É este o argumento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, p. 81, para propor o *numerus apertus* dos direitos reais: o registo informará os terceiros de tudo quanto precisarem de conhecer.



domínio das garantias reais; LURGER defende ser a transparência dos direitos reais assegurada pelo registo e não pelas regras do estatuto real; o GEDIP vê na autonomia conflitual a solução para o problema nas garantias mobiliárias, desde que associada a um *registo europeu*<sup>1162</sup>.

*Ademais*, é justamente este o raciocínio que subjaz ao abandono da *lex rei sitae* nos direitos reais sobre meios de transporte: havendo outra conexão capaz de publicitar eficazmente ao comércio jurídico o estatuto jurídico-real da coisa (a matrícula, o pavilhão, etc.), a opção conflitual deixa de ser necessariamente *lex situs*<sup>1163</sup>. Ora, no caso da hipoteca é indiscutível que a publicidade é assegurada pelo registo predial e não pela situação da coisa, sendo pois possível afastar a conexão tradicional.

*Por fim*, vimos *supra* que os críticos da Convenção da Haia de 2006 (que estabeleceu autonomia conflitual nos direitos reais sobre valores mobiliários detidos por um intermediário), sustentam os perigos da *professio iuris* justamente na ausência de publicidade da escolha<sup>1164</sup>. *A contrario*, parece que um mecanismo eficaz de publicidade (como o Registo Predial enquanto condição absoluta de eficácia) elimina os problemas de tutela dos terceiros.

### 3.4. A harmonia jurídica internacional

Em momento anterior do nosso estudo, concluímos que a generalizada opção pela *lex rei sitae* gera um novo fundamento à conexão: se em todos os países vigora a *situs rule*, não restará verdadeiramente outra hipótese ao legislador conflitual que não seja a consagração da mesma regra, atendendo aos fins de estabilidade das relações jurídicas plurilocalizadas. A utilização de qualquer outro elemento de conexão, porque dissonante dos demais Estados, geraria *desarmonia jurídica internacional*, provocando disparidades conflituais capazes de perigar a estabilidade das relações jurídicas plurilocalizadas e contrariando um dos mais importantes princípios de direito internacional privado (especialmente no domínio do crédito), em área onde se já almejou a uniformidade de lei aplicável<sup>1165</sup>. Em concreto, o problema que se

---

<sup>1162</sup> Cfr., respectivamente, LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, p. 485; ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 108 e o que dissemos *supra*, pp. 542ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações sobre instrumentos...", p. 388; ANDREA BONOMI, "La Convention...", p. 12; WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 52; ANNA GARDELLA, "La legge...", p. 597; BRIGITTA LURGER, "The Unification...", p. 186; MARC FALLON, PATRICK KINSCH E CHRISTIAN KOHLER, *Le droit...*, p. 92, e MARC FALLON, "Groupe...", p. 720. Em sentido próximo, veja-se a análise de HANS-JÜRGEN LWOWSKI, "«Quiet» Creation of Security Interests or Filing", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 174-179, pp. 174ss

<sup>1163</sup> Neste sentido, MICHEL CABRILLAC, "La reconnaissance...", p. 491. *Vide* o que dissemos *supra*, pp. 509ss.

<sup>1164</sup> Cfr. ANTONIO LEANDRO, "La legge...", pp. 403ss; HERBERT RÖGNER, "Inconsistencies...", p. 104; MAISIE OOI, "The Hague...", p. 471; PASCALE BLOCH E HUBERT DE VAUPLANE, "Loi applicable...", pp. 25-40. *Vide* a análise de JEAN-PIERRE DEGUÉE E DIEGO DEVOS, "La loi...", p. 24.

<sup>1165</sup> No fundo, como ilustra WILHEM WENGLER, "The General...", p. 365, "*if a single car driver saw that most other car drivers keep to the left hand side of the street, it would certainly be unwise for him to keep to the right*". Pensamos ser este o pensamento subjacente a ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 181, ao sustentar que

coloca é este: admitir a liberdade de escolha de lei pode gerar resultados desastrosos se o credor, no momento em que quer fazer valer a hipoteca constituída ao abrigo da lei X, vir recusada a respectiva aceitação no Estado territorial (em sede de registo ou execução) porque nesse país se estabelece imperativamente a aplicação da *lex rei sitae*.

Antes de mais, deve relativizar-se o argumento: a harmonia jurídica internacional, embora objectivo estruturante dos sistemas conflituais, “*não resume em si toda a axiologia do DIP*”, subsistindo áreas onde outros interesses são valorizados<sup>1166</sup>. Com efeito, no caso em apreço, a valoração uniforme das relações jurídicas plurilocalizadas através da *lex rei sitae* está a redundar justamente num obstáculo à criação dessas mesmas relações jurídicas. Assim, de nada vale estabelecer uma conexão universal se, por culpa desta, desaparece a *hipoteca internacional*. O interesse dos sujeitos das relações jurídico-privadas reclama “*um sistema que facilite tanto quanto possível o desenvolvimento da sua vida jurídica e lhes conceda inclusive o direito de escolher, em certos domínios, a lei aplicável às relações que constituem*”<sup>1167</sup>.

Todavia, mesmo sem aceitar este raciocínio (que é muito questionável) a verdade é que a nossa proposta *não põe em causa a harmonia jurídica internacional* (estabilidade de relações jurídicas e a uniformidade de lei aplicável). Na verdade, face às regras de competência internacional vigentes no espaço europeu (que plasmam competência judiciária exclusiva dos tribunais da situação da coisa para os direitos reais) o modelo da nossa proposta (actuação ao nível europeu e limitada aos imóveis situados nos Estados-Membros), reúne as duas condições que previnem o risco de *desarmonia*<sup>1168</sup>.

---

“*não se contestará que, numa análise conforme à teologia específica do direito internacional privado, a competência legislativa em matéria de direitos sobre as coisas corpóreas se há-de determinar exclusivamente em função da situação da coisa*”. Sobre a harmonia jurídica internacional enquanto razão da *situs rule*, *vide supra* pp. 93ss.

Sobre a harmonia jurídica internacional e sua ligação à uniformidade de lei aplicável, cfr., entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 111; PAOLO PICONE, "Caratteri...", p. 28; WILHEM WENGLER, "The General...", pp. 364ss (apontando-o como o mais importante princípio do direito internacional privado e apelidando-o o cânone de “*minimum of conflicting decisions*”). A importância deste princípio no domínio das garantias das obrigações é ilustrada por MICHEL DESCHAMPS, "Conflict-of-Laws...", p. 288.

<sup>1166</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 34 e *Direito Internacional...* (1997), p. 112. Neste sentido, sufragando a autonomia conflitual no direito da família ainda que isso implique alguma desarmonia de decisões, PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration...", pp. 450ss.

A isto acresce que a diferença de conexões não gera necessariamente *desarmonia jurídica internacional*, porquanto a disciplina desenvolveu mecanismos adequados de solução do conflito de sistemas (*maxime*, o reenvio o reconhecimento de direitos adquiridos).

<sup>1167</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 41. No mesmo sentido, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 354. Sobre a *lex rei sitae* enquanto obstáculo à criação de hipotecas internacionais, *vide supra* pp. 69ss.

<sup>1168</sup> Isto é, deve sublinhar-se que a nossa proposta só procede porque estamos num quadro de *unificação conflitual*, o que, como veremos melhor *infra*, é um pressuposto necessário ao alastramento da autonomia conflitual para novos domínios. É também este o pensamento de FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", p. 256: “*The benefits derived from parties’ autonomy (choice-of-law rule) [...] can only be ensured if the rules are uniform for all the states connected with a transaction*”. O Autor propõe ainda o estabelecimento de plena liberdade de escolha da jurisdição competente, como forma de garantir que o foro reconhecerá a validade da escolha de lei (p. 257). Este raciocínio subjaz às palavras de A. V. M. STRUYCKEN, "Co-ordination...", p. 65, quando explica que a

Vejamos. A nossa tese analisa-se no estabelecimento de autonomia conflitual *para os imóveis situados num Estado-Membro* (onde há *certeza absoluta* do tribunal competente para apreciar causas sobre a validade da hipoteca ou a execução da coisa — o tribunal do Estado de situação do prédio). Neste caso, e atendendo a que a *professio iuris* seria consagrada em instrumento europeu, não se criaria diversidade conflitual, porquanto todos Estados-Membros admitiriam uniformemente a liberdade de escolha: no Estado onde o imóvel se situa (onde se pretende a produção dos efeitos da garantia, no registo ou em execução), seria admitida escolha da lei aplicável, não se gerando desuniformidade do direito aplicável<sup>1169</sup>. No fundo, a criação da autonomia conflitual *nos vários Estados-Membros* e restringindo aos imóveis aí situados a respectiva admissibilidade previne os problemas concitados<sup>1170</sup>.

#### 4. A PROPOSTA

Uma vez rejeitado o dogma da *situs rule* (e, em certa medida, demonstrada a maior aptidão da lei escolhida pelas partes para os fins que subjazem à opção conflitual), importa agora modelar a proposta no que tange ao direito aplicável. Antevendo futuras conclusões, propomos a instauração de *autonomia conflitual limitada*, baseada na consagração no espaço europeu da possibilidade de escolha (por credor e proprietário do prédio) da lei aplicável à *hipoteca voluntária de origem contratual*, nas situações absolutamente internacionais, limitando a opção a uma das leis dos Estados-Membros e apenas no caso de o imóvel onerado se situar no espaço comunitário<sup>1171</sup>.

---

possibilidade de escolha de lei não realiza só por si a harmonia jurídica internacional, carecendo sempre da generalização desta opção conflitual. Como veremos melhor *infra*, tal não parece ser necessário caso se adopte um critério unificado de competência jurisdicional e se limite a autonomia conflitual aos casos que serão julgados nos tribunais que se regem por aquela regra de conflitos.

<sup>1169</sup> Com efeito, como bem ilustram PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict...", p. 163, o grande problema quanto à estabilidade das relações jurídicas radica no facto de as partes não conhecerem o local onde uma eventual causa será apreciada, caso onde as opções conflituais não são previstas. Ora, nada disto sucede no domínio da nossa proposta, porquanto há *competência judiciária exclusiva* dos tribunais do país da situação da coisa. Sobre os fundamentos e âmbito da competência judiciária exclusiva do Estado territorial em matéria jurídico-real, *vide supra*, nota n.º 597 e bibliografia aí citada.

<sup>1170</sup> Explicaremos *infra*, com maior profundidade, todos os contornos do nosso pensamento: a limitação da autonomia conflitual aos imóveis situados na UE previne qualquer desarmonia internacional — *vide pp.* 596ss,

<sup>1171</sup> Não trataremos de todos os contornos da proposta de estatuição de autonomia conflitual na hipoteca mas apenas do seu aspecto central: a escolha da lei aplicável ao estatuto real na hipoteca. Deixamos de fora, assim, as feições de natureza obrigacional relativas à convenção de *professio iuris*, designadamente a questão de saber se a *validade e eficácia da escolha de lei aplicável* deve ser apreciada à luz da lei putativamente indicada pelas partes (como sucede no Regulamento Roma I [n.º 5 do art. 3.º], no Regulamento n.º 1259/2010 [art. 6.º] e no Regulamento das Sucessões [n.º 3 do art. 22.º] (cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 243; ADRIAN BRIGGS, *Agreements...*, p. 38; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. III, p. 234; GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 6.º — Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1484-1487, p. 1484; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Consideraciones sobre el ámbito de la ley

A nossa proposta não é tão arrojada ou inovadora quanto poderia pensar-se. De facto, não apenas se questiona hoje, em vários domínios, a aplicação cabal da *situs rule*, como a doutrina vem identificando os direitos reais como matéria perfilada para a autonomia conflitual: em 1921, MACHADO VILLELA admitia escolha de lei nas regras supletivas das garantias reais e FERRER CORREIA, em 1958, defendia a vocação da *lex obligationis* para certas garantias reais (ainda que de modo não autónomo); GAUDEMET-TALLON, DROBNIG e STOLL (entre outros), vêm sustentando a autonomia conflitual nas garantias mobiliárias. Simplesmente, todos estes Autores sugerem a mudança do paradigma conflitual para solucionar um problema que não existe na hipoteca imobiliária: a sucessão de estatutos<sup>1172</sup>.

---

aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA e GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 413-431, p. 429) ou se tal pacto é uma convenção autónoma cuja lei aplicável é determinada pelo Regulamento Roma I (como parece suceder na escolha de lei operada nos termos do art. 14.º do Regulamento Roma II (cfr. ANDREW DICKINSON, *The Rome II regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 550), solução que DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, p. 112 defende para a validade da *electio iuris* na arbitragem internacional.

Na falta de indicação em contrário, a doutrina maioritária parece preferir a orientação primeiramente indicada, sujeitando à lei escolhida a validade da *electio iuris* (cfr. NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves...", p. 25; ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 251), em consonância com a teoria do *estatuto contratual unitário* que postula ser a lei hipoteticamente reguladora da relação jurídica a determinar a valia dos pressupostos da sua existência (ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999, p. 234).

Por não ser objecto do nosso estudo, não cuidaremos tão pouco das questões de DIP que se podem colocar pelo elemento de conexão adoptado. Designadamente, a natureza da escolha da lei ou a questão de saber se a sucessão de leis no tempo no seio da *lex causae* reclama solução diversa pelo facto de a lei ter sido designada por vontade das partes. Sobre estes problemas, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 196ss e *Direito...*, Vol. III, pp. 226ss; HENRI BATIFFOL, "Chronique de Jurisprudence Française en matière de Conflits de Lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 30, 1935, pp. 614-632, pp. 629ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA e JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 78; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS e SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado, cit.*, p. 457.

Como é evidente, a escolha operará uma referência material à lei designada, com excepção das respectivas regras de conflito, por todas as razões habitualmente identificadas sobre este problema (cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 190ss). Repare-se, no entanto, que a solução inversa (referência global à lei designada) conduziria, na nossa proposta, ao mesmo exacto resultado; na verdade, porque limitámos o leque de leis elegíveis às legislações dos Estados-Membros e porque a nossa proposta implica uma regulação comunitária uniforme, a regra de conflitos da lei designada plasmaria a mesma autonomia conflitual, não reenviando nunca para terceira lei.

<sup>1172</sup> Como vimos *supra* (pp. 511ss), o conflito móvel foi o impulsionador da ofensiva à regra da *lex rei sitae*. A *mobilidade* das coisas (e consequente sucessão de estatutos em face da regra de conflitos tradicional) continua a ser afirmada como o *primeiro argumento* a favor da autonomia conflitual (cfr. DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 437), ideia que não é transponível para o nosso estudo (razão por que a Autora., p. 444, não alastra a sua proposta de autonomia conflitual aos imóveis).

Quanto às propostas mencionadas no texto, cfr. ÁLVARO MACHADO VILLELA, *Tratado...*, Livro I, pp. 501; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Parecer...", pp. 79-80. Olhe-se às propostas de *autonomia conflitual* nos direitos reais de LOUIS D'AVOUT, GEORGES KHAIRALLAH e ANNA GARDELLA, que analisamos *supra*; atente-se na posição de KURT SIEHR, "Internationales...", p. 162, que sublinha que "*Die Parteiautonomie ist im Internationalen Sachenrecht noch nicht anerkannt. Das dürfte sich jedoch in Zukunft ändern*"; sublinhe-se a arrojada tese de ABRAHAM BELL e GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", pp. 74ss, de autonomia conflitual para *todos* os direitos reais sobre *todas* as coisas entre as leis dos Estados dos EUA, conquanto a opção seja sujeita a registo e se garanta uma certa harmonização dos direitos envolvidos. Curiosamente, a Comissão Europeia escrevia em 2005

#### 4.1. A autonomia conflitual como mecanismo de política legislativa europeia — o favor à integração.

Além de procurar a lei *mais bem colocada* para solucionar certa situação privada internacional, é consabido que o direito internacional privado (mesmo no método conflitual) exerce um conjunto de outras funções, algumas das quais trazidas ao longo do século XX. Esta faceta é normalmente categorizada em *materialização* do DIP conflitual (quando se determina a lei aplicável em função do resultado material a que conduzem) e em *politização* (quando se releva a política legislativa das normas legais potencialmente aplicáveis das várias leis conectadas)<sup>1173</sup>.

No fundo, a regra de conflitos obedece a objectivos de política legislativa, porquanto *busca da solução material mais justa* e tem atenção aos *interesses jurídico-políticos dos Estados*. Por isso é que, quando o legislador conflitual escolhe um *critério de conexão*, desde que respeitados os princípios que devem orientar o legislador de DIP na escolha da lei aplicável<sup>1174</sup>, olha necessariamente a *interesses de política legislativa* comuns aos vários Estados (não forçosamente coincidentes com os correspondentes objectivos de direito material): “*é o único método adequado à criação de normas susceptíveis de se tornarem universais, únicas ajustadas ao verdadeiro espírito do direito internacional privado*”, e assim conseguindo a harmonia de decisões; deverá ter-se em conta, por um lado, “*os objectivos fundamentais que a instituição em causa tende a realizar na generalidade dos Estados [...] na medida em que o fim da lei seja elemento capaz de conduzir à escolha do elemento de*

---

que não antevia “*a priori, qualquer razão para não aplicar o princípio consagrado, segundo o qual o direito aplicável é o do país em que se situa o imóvel*”. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 12

Isto é, como concluem BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 514, se o direito positivo não permite *ainda* a autonomia conflitual nos direitos reais, a doutrina vem propondo, em grande número, uma *autonomia conflitual limitada no domínio dos direitos reais*.

<sup>1173</sup> Pense-se no papel que o DIP desempenha na protecção da parte mais fraca, escolhendo a lei aplicável mediante o *standard* de protecção conferido ao consumidor, ao trabalhador ou ao lesado. Assim, repare-se que o Regulamento Roma I determina a lei aplicável ao contrato de trabalho e aos contratos celebrados por consumidores através de critérios protectores; o art. 45.º CC escolhia a lei aplicável à responsabilidade extracontratual através do grau de tutela atribuído ao lesado. Sobre a tendência substancialista de protecção da parte mais fraca, *vide* RUI MOURA RAMOS, "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 197-241, pp. 197ss; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270, p. 5267.

Estas novas funções surgiram, sobretudo, por influência da doutrina norte-americana. Cfr., entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), pp. 25ss; HENRI BATIFFOL, "De l'usage des principes en Droit International Privé", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 103-119, pp. 112ss; ERIK JAYME, "Identité...", pp. 45ss.

<sup>1174</sup> Referimo-nos aos cânones da harmonia jurídica internacional, da harmonia material, da efectividade, da maior proximidade, da boa administração da justiça e da paridade de tratamento entre as ordens jurídicas.

conexão” e, por outro, à conexão mais apta a “*facilitar la cooperación internacional, abriendo ella los horizontes de una acción privada, civil, humana*”<sup>1175</sup>.

Tais fins não se ligam exclusivamente ao princípio da proximidade: pense-se na autonomia da vontade, que se abstrai da localização da situação internacional e considera os interesses das partes e do comércio internacional. Por outro lado, dentro dos limites que se ligam à prossecução dos objectivos do DIP, os legisladores conflituais exercem muitas vezes políticas próprias, não relevando exclusivamente juízos de proximidade: olhe-se à opção pela *nacionalidade* em matéria de estatuto pessoal, que não atende exclusivamente à ponderação da conexão mais forte mas a um objectivo político de manutenção de uma ligação do Estado ao cidadão emigrante; olhe-se à preocupação de maximização da aplicação da *lex fori*, o que justificará a conexão *nacionalidade* nos países de emigração, a conexão *residência* nos países de imigração e a conexão *situação da coisa* nos direitos reais (pois é nesse Estado que a maioria das acções serão julgadas)<sup>1176</sup>. Ademais, emergem normas substantivas de *direito semipúblico*, frequentemente dotadas de imperatividade internacional, determinando unilateralmente o

---

<sup>1175</sup> Cfr., respectivamente ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 121, e M. AGUILAR NAVARRO, "Algunos supuestos políticos del Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIII, n.º 1-2-3, 1960, pp. 45-82, p. 63. No mesmo sentido, HENRI BATIFFOL, "L'état...", p. 29, e *Aspects...*, pp. 228ss.

A consideração de interesses de política legislativa não implica uma colagem à jurisprudência dos interesses (ainda que o postulasse FERRER CORREIA, *cit.*, p. 20), já que esta se baseia, ainda, num certo normativismo (não distingue o *critério de valoração do fundamento da valoração*, não considerando suficientemente a justiça do caso concreto — cfr. ANTÓNIO SANTOS JUSTO, *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 310) e redundava numa *teoria de interpretação da lei*, através da qual o decidente investigava os interesses inerentes à norma, sem aceitar princípios *supra-positivos* (A. CASTANHEIRA NEVES, "As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vols. LI e LII, 1975-1976, pp. 115-204 (vol. LI) e 195-240 (Vol. LII), vol. LII, p. 226; FERNANDO JOSÉ PINTO BRONZE, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pp. 809-810). Importa apenas que o legislador conflitual leve em consideração os princípios e interesses que conformam a concepção de *justiça formal* inerente ao DIP.

<sup>1176</sup> Os exemplos são de BERNARD AUDIT, "Le droit international privé à la fin...", p. 425; JÜRGEN BASEDOW, "The Communitarisation of Private...", p. 458, e "15 Years...", p. 181; PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration...", pp. 428-429; HERBERT KRONKE, "Connecting...", p. 59 ("While a legal system that favours integration of migrant populations into the local society may opt for domicile, a system that attaches greater importance to maintaining a person's ties to his or her country of origin will, in general and subject to the law of citizenship, hold on to nationality as the principal connecting factor"); J.-P. NIBOYET, "Le Code...", p. 30 (que por isso defendia ser o DIP "*une branche du droit politique d'un État*"). No mesmo sentido, especificamente quanto à natureza da autonomia da vontade, cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 289 ("*a autonomia da vontade constitui, assim, no Direito Internacional Privado, um princípio distinto do da proximidade [...] prevalecendo sobre este no seu domínio próprio de aplicação*"); FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations...", p. 175.

Sobre as intenções políticas subjacentes ao sistema de DIP, cfr. M. AGUILAR NAVARRO, "Algunos...", pp. 46ss, que ilustra vários exemplos, mormente atinentes às opções conflituais em matéria de casamento; NUNO ASCENSÃO SILVA, "Do estatuto...", pp. 559 e 594 (sobre as razões de natureza política na opção da conexão para o estatuto pessoal); ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "Las normas...", p. 430; MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, "El DIPr...", pp. 87ss (sobre as razões da opção pela *nacionalidade* enquanto conexão para o estatuto pessoal); GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 268 (que alude à *residência habitual* no estatuto pessoal como mecanismo de promoção da integração europeia); ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202, pp. 188ss (sobre as motivações inerentes à escolha da conexão no estatuto pessoal).

domínio da sua aplicação e modificando o sistema conflitual com vista a executar particulares interesses políticos dos legisladores envolvidos<sup>1177</sup>.

Impõe-se a conclusão que o DIP não é *puramente localizador*, sendo uma das suas tendências modernas a adopção de elementos de conexão que se não ligam apenas ao princípio da proximidade. Os exemplos demonstram que, uma vez satisfeitas as preocupações formais do direito internacional privado (*maxime*, a estabilidade das relações jurídicas) também neste ramo do direito se descobre uma *ratio* de política legislativa. No fundo, assistimos hoje a uma *função reguladora* do DIP: “*private international law is now losing the «innocence» which served traditionally to keep it sheltered from the intrusion of state interests*”. Nesta sequência, ensinou-nos MIAJA DE LA MUELA que as opções tradicionais no DIP não devem ser absolutizadas: as regras conflituais devem orientar-se a “*soluciones sanas*” e não obedecer a critérios rígidos. Assim, ainda que a conexão situação da coisa continue a fazer sentido na generalidade dos direitos reais, pode ceder perante interesses pragmáticos que, em concreto, se revele adequado perseguir<sup>1178</sup>.

É com estes pressupostos que joga a *comunitarização do DIP*. Quando as regras de conflito tinham apenas fonte nacional, “*private international rules have been conceived by competing players in the field of substantive legislation, a field without referee*”; uma vez que a União não adopta direito privado material, não só não participa no jogo (assumindo um papel mais isento na distribuição das competências legislativas) como fará intervir *interesses de política legislativa próprios, maxime* a realização das liberdades comunitárias. Isto é, o DIP assume-se cada vez mais como *ferramenta de promoção da integração europeia*, até porque, quando a UE intervém em matéria de DIP, uma das principais preocupações (a generalização da opção conflitual) está por natureza alcançada no espaço comunitário<sup>1179</sup>.

---

<sup>1177</sup> HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 195. Sobre o *direito semi-público*, vide *supra*, pp. 102ss.

<sup>1178</sup> ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, "Soluciones «sanas» a los conflictos de leyes: «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVII, 1964, pp. 16-38, p. 19 e 32. A citação que transcrevemos é de HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 192, que denota ser este fenómeno uma aproximação às propostas norte-americanas do século XX. No mesmo sentido, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), pp. 45ss; VEERLE VAN DEN ECKHOUT, *The Instrumentalisation of Private International Law: quo vadis? — Rethinking the «Neutrality» of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, University of Leiden, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2338275>, consultado em 19 de Fevereiro de 2015, p. 3. A perspectiva anterior, negando interesses públicos na escolha da lei aplicável no âmbito do direito privado é patente em GERHARD KEGEL, "The crisis...", pp. 181-182.

<sup>1179</sup> Cfr. BASEDOW ("The Communitarisation of Private...", p. 459; "15 Years...", p. 181; "Spécificité...", p. 280); MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", p. 103 ("*Die Auswahl des nunmehr EU-weit einheitlichen Anknüpfungspunkts ist freilich seinerseits wieder Gegenstand einer genuin politischen Entscheidung*"); ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 328; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", pp. 425 e 442; RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", p. 52 ("*parece indiscutido que o direito internacional privado irá ocupar um lugar de crescente relevância na construção comunitária*"); ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 32; JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 287 ("*Today, private international law is to a large degree European private international law*") e 304 (onde sustenta ser a unificação conflitual a via de promoção da circulação); JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 120 ("*ce qui implique, en somme, un processus qui conduit à la*

Concretizemos. A consideração *dos interesses de política legislativa* inerentes à hipoteca pode conduzir à clássica conexão real: aqueles reportam-se ao estímulo do crédito, tutela do tráfico e protecção de quem se relaciona com a coisa onerada, já que o instituto atribui ao credor a possibilidade de promover a venda do prédio hipotecado. Nessa medida, a sua eficácia absoluta envolve preocupações de publicidade, procurando gerar a transparência necessária a fomentar o tráfico jurídico, pelo que se aconselha “*o recurso a elementos de conexão de natureza objectiva, tais como o lugar da situação da coisa*”<sup>180</sup>. A vocação da *lex situs* satisfaz todas estas preocupações.

Todavia, não é o único elemento de conexão capaz de tutelar os interesses do comércio e o fomento do crédito, nem é o que persegue tais intuítos de forma mais eficaz. Pelo contrário, como vimos *supra*, a aplicação forçosa da *lex rei sitae* constitui por vezes obstáculo à constituição do crédito internacional e não tem o monopólio da defesa eficaz dos demais propósitos. De facto, de nada serve proteger a *segurança* do crédito internacional se a conexão escolhida conduzir à *inexistência de crédito internacional*: a confiança nas transacções hipotecárias internacionais resulta mais da *autonomia conflitual limitada* que propomos do que da aplicação forçosa da *lex situs*. Neste domínio (tal como noutros), a autonomia conflitual joga um papel importante no *fomento* das transacções internacionais, e salvaguarda eficazmente a segurança do tráfico jurídico (missão atribuída ao DIP).

Se a este arrazoado aditarmos a consideração dos interesses de política legislativa da União, pretendendo promover a criação de um mercado europeu de crédito hipotecário, o objectivo de promoção da liberdade de circulação alastra à regulação comunitária do direito conflitual. Há que ponderar o objectivo da *integração europeia*, associado ao intuito clássico de harmonia decisional, superando os obstáculos inerentes a uma estrutura pluri-legislativa economicamente integrada.

De outro modo: se o fomento das transacções económicas internacionais é objectivo genético do DIP e constitui simultaneamente o propósito da construção europeia; se

---

«*communautarisation*» des systèmes de droit international privé de ceux-ci, au service des objectifs de l'Union européenne"); DAVID LEFRANC, "La spécificité...", p. 418; VEERLE VAN DEN EECKHOUT, *The Instrumentalisation...*, p. 3.

É talvez esta a razão que motivou “*a integração de diversas áreas do direito internacional privado no âmbito material do direito comunitário, assim se manifestando àquela primeira disciplina a força expansiva que sempre tem vindo a ser reconhecida a esta última*” (MOURA RAMOS, *cit.*, p. 39). Lembre-se que, no início da unificação europeia do DIP, a capacidade da UE de harmonizar o direito de conflitos dos Estados-Membros era vista com reserva, pelo que alguma doutrina confiava apenas no papel da Conferência da Haia (cfr. PETER NORTH, "Is European...", p. 48).

Claro que, como nota BROUSSE, *cit.*, p. 33, o favor à integração choca por vezes com as concepções dominantes nos objectivos de ordem substancial que proliferam na Europa: por exemplo, os instrumentos europeus favorecem o divórcio (cfr. Regulamento Bruxelas II-bis, que derroga as regras de competência quando a jurisdição indicada por aquelas não conhecer o divórcio). O que dizemos tem, obviamente, a ressalva dos Estados-Membros que não participam forçosamente nos actos emanados em matéria de cooperação judiciária civil.

<sup>180</sup> ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 125.



nenhum dos clássicos fundamentos da *situs rule* é intransponível; não cremos haver razões que afastem a viabilidade da nossa proposta. No fundo, se o direito comunitário vem influenciando o direito internacional privado, também é certo que este, mesmo com a abordagem conflitual clássica, é um poderoso aliado da construção europeia, porquanto a estabilidade das relações jurídicas internacionais no espaço intracomunitário potencia a circulação. É neste contexto que se fala na *instrumentalização do DIP* pela União Europeia<sup>1181</sup>.

Neste contexto, rapidamente se concluiu que a autonomia conflitual constitui solução a trazer para novos domínios, já que será sempre a conexão que satisfará melhor os principais interessados na relação jurídica. A União Europeia apercebeu-se deste fenómeno e usa a autonomia conflitual *como mecanismo de integração* nos instrumentos comunitários de unificação do DIP. Nessa medida, parece hoje claro que a liberdade de escolha da lei aplicável é um *“princípio geral do direito internacional privado de fonte europeia”* capaz de eliminar obstáculos à construção do mercado comum: trata-se do critério conflitual eleito pela União Europeia para potenciar a realização do mercado único, alastrando a todos os domínios da

---

<sup>1181</sup> No que concerne ao papel do DIP na integração, cfr. ERIK JAYME, "Il diritto...", p. 355 (*"Il diritto internazionale privato serve — sempre secondo le intenzioni del legislatore comunitario — all'integrazione europea"*); LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 423; VINCENT HEUZÉ, "De la compétence...", p. 395 (que se refere ao *"asservissement du droit international privé aux objectifs du Traité CE"*); JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 288 (*"the resulting transformation of the former could be labelled as instrumentalisation"*); MARC FALLON, "Les conflits...", p. 199 (*"Les règles communautaires de droit international privé méritent un aperçu de leur contenu sous l'angle de leur contribution à la réalisation du marché intérieur"*); JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", p. 3 (*"eine so internationale Materie wie das IPR aus der Natur der Sache eine Beitrag zur Integration leisten könne"*) e "Spécificité...", p. 292; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Derecho...", p. 185 (*"el DIPr cobra un cierto protagonismo como alternativa a la armonización"*); HERBERT KRONKE, "Connecting...", p. 59 (*vide citação da nota anterior*); ALEX MILLS, *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2025616>, consultado em 14 de Novembro de 2014, p. 9 (*"Private International Law is part of the process of defining the European legal order and facilitating the efficient functioning of the internal market"*); HERBERT KRONKE, "Connecting...", p. 59 (*"A regional economic integration organisation such as the European Union may push for a change from nationality to habitual residence with a view to facilitating greater mobility of persons within its economically integrated area"*); GIORGIO BADIALI, "Le droit...", p. 22. O que dizemos não é novo: olhe-se à opção pela *lex originis* no domínio do património cultural como mecanismo de restrição da circulação daquele tipo de bens (cfr. JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 350 e o que dissemos *supra* pp. 536ss).

Quanto à influência do direito comunitário no DIP, os exemplos são variados: pense-se no que dissemos *supra* sobre o princípio do país de origem e os desvios nos sistemas conflituais; lembrem-se os vários actos jurídicos de unificação do direito internacional privado que vão estabelecendo princípios genéricos (RUI MOURA RAMOS, "Previsão...", pp. 104ss); atente-se nas regras do Tratado que estabelecem uma definição de *sociedade* e as suas influências no DIP dos Estados (GIORGIO BADIALI, "Le droit...", pp. 107ss); recorde-se a progressiva substituição da *nacionalidade* pela *residência* no estatuto pessoal, com propósitos de facilitação da integração à nova comunidade (GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 268; ANA LUÍSA BALMORI PADESCA, "Elección...", p. 364; ANATOL DUTTA, "Succession...", p. 563); e repare-se que mesmo a adopção de instrumentos unificados opcionais (como o 29.º regime jurídico da compra e venda ou a regulação de um *certificado sucessório europeu* no Regulamento das Sucessões) acabam por influir sempre no direito de conflitos de fonte interna — cfr. JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 177; MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, "Les relations...", p. 37. A isto acresce que, para além da estatuição da autonomia conflitual como elemento de conexão do DIP de fonte europeia (que veremos de seguida), o *exercício das liberdades comunitárias* vem permitindo uma *escolha indirecta de lei*, como extensamente explora ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 127ss.

sua intervenção<sup>1182</sup>. A isto acresce ter o Tribunal de Justiça declarado ser a autonomia conflitual a conexão capaz de eliminar os entraves à circulação causados pela disparidade legislativa, postulando assim a sua adopção para realização do mercado único<sup>1183</sup>.

---

<sup>1182</sup> A expressão “*princípio geral de DIP europeu*” é usada por JAN VON HEIN, “Of Older...”, pp. 465 e 486; JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, “Variations...”, p. 82; JANEEN M. CARRUTHERS, “Party...”, p. 888; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Règle...”, p. 535, e “Reglamento...”, p. 22; ANDREA BONOMI, “Le choix...”, p. 251; GIACOMO BIAGIONI, “Techniche...”, pp. 16 (“*Il principio dell’autonomia della volontà è ben noto agli ordinamenti nazionali ma il diritto dell’Unione europea sembra utilizzarlo in termini più ampi di quanto normalmente accade sulla base delle norme di conflitto statali*”) e 18 (indagando “*se l’autonomia della volontà possa costituire un principio di portata generale*”); PAUL LAGARDE, “Les principes...”, p. 719; RICCARDO LUZZATTO, “Riflessioni...”, p. 625; MAARJA TORGA, “Party...”, p. 547; ORNELLA FERACI, “L’autonomia...”, pp. 424 e 430; TITO BALLARINO, “Il nuovo regolamento europeo sulle successioni”, *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, n.º 4, 2013, pp. 1116-1145, p. 1123. Para PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 10, GERALD GOLDSTEIN E HORATIA MUIR WATT, “La méthode de la reconnaissance à l’ueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés”, *Journal du Droit International*, vol. 137, n.º 4, 2010, pp. 1085-1125, p. 1111, e ANDREA BONOMI, “La Convention...”, p. 11, será aliás uma tendência do DIP ao nível global.

Sobre a escolha da lei aplicável enquanto promoção da realização do mercado único, vide JÜRGEN BASEDOW, “Der kollisionsrechtliche...”, p. 27 (“*Die Zulassung der Rechtswahl bedeutet nichts anderes, als daß das nationale Kollisionsrechts, gleich ob vereinheitlich oder autonom, gerade keine staatlichen Beschränkungen für den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr innerhalb der Gemeinschaft errichtet, die am Maßstab der Art. 30 und 59 EGV gemessen werden könnten*”); ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 844 (“*A intervenção do legislador europeu no domínio dos conflitos de leis em matéria civil e comercial, após a entrada em vigor do Tratado de Amesterdão, levou à adopção de instrumentos de DIP derivado europeu onde pontifica o princípio da autonomia da vontade como critério base de determinação da lei aplicável*”); ERIK JAYME, “Party...”, p. 3 (“*in Europe, introducing party autonomy un international family law is motivated by the needs of integration in the European Union, rather than by ideas of self-determination of the person*”); ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 614 (“*la volontà private è spesso considerate come il criterio di collegamento più adatto a realizzare pienamente le libertà fondamentali sancite dal Tratt. CE*”); CARRUTHERS, *cit.*, p. 889 (que alude ao Regulamento n.º 1259/2010, justificando a autonomia conflitual em matéria de divórcio com a promoção da circulação de pessoas no espaço europeu, o que é aliás confirmado no considerando n.º 15); AXEL FLESSNER, “Security...”, p. 346 (“*For the Community, where it is making conflict of law rules for the internal market, party autonomy is mandatory under the basic freedoms*”); PAUL LAGARDE, “Les principes...”, p. 697 (“*La combinaison des principes d’unité et d’autonomie devrait donc contribuer à l’objectif de suppression des entraves à la libre circulation des personnes*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 74 (“*al permitir la elección de la ley más conveniente a los contratantes, se potencia la contratación internacional, y en última instancia, el intercambio económico y la circulación internacional de la riqueza. Dicha promoción de la contratación internacional llevada a cabo por el DIPr. Se basa en una idea de libre competencia entre las leyes estatales*”); DÁRIO MOURA VICENTE, “Perspectivas...”, p. 1669; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 293; MARC FALLON, “Les conflits...”, pp. 77 e 145; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, p. 411; OLIVER REMIEN, “European...”, p. 83; HORATIA MUIR WATT, “The Challenge...”, p. 198; FERNANDA MURARO BONATTO, “O Regulamento n.º 1259/2010...”, p. 20; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “La ley nacional...”, pp. 305-306; PIETRO FRANZINA, “L’autonomia...”, p. 490; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, “La autonomía...”, p. 126; BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, “Uniform...”, p. 41; STEFAN LEIBLE, “Parteiautonomie...”, p. 501; ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, “El criterio...”, p. 202; HEINZ-PETER MANSEL, “Parteiautonomie...”, p. 263.

Repare-se, todavia, que este *novo papel das regras de conflitos* (o favor à integração económica) não é apenas visível na conexão sob análise (a escolha das partes) mas noutros expedientes: por exemplo, lembra ERIK JAYME, “Identité...”, p. 35, que uma das vias é a determinação de aplicação necessária da legislação harmonizada, como sucede em muitos dos actos europeus de protecção do consumidor. Atente-se ainda que a autonomia conflitual pode também ser tida como *influência da UE no direito material*, como parece ser o caso quando aplicada ao divórcio (cfr. ANDREA BONOMI, “Il diritto...”, p. 4, e o que dissemos na nota 1121). Segundo o Professor (p. 42) nesta conexão haverá ainda uma motivação conciliadora, porquanto permite às instituições evitar a opção entre sistemas de DIP tradicionais que, com razões diversas, estabelecem critérios conflituais distintos.

<sup>1183</sup> Recorde-se o Acórdão *Alstom Atlantique* (*cit.* nota n.º 693), n.º 15. Neste sentido, ANNA GARDELLA, “Artículo 3.º...”, p. 614; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 6; HORATIA MUIR WATT, “Aspects...”, p. 213, e “L’entrave...”, p. 562; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, “La Cour...”, p. 268; BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, “Harmonization...”, p. 777; WALTER VAN GERVEN E JAN WOUTERS, “Free...”, p. 67; MATTEO ORTINO, “The role...”, p. 321; ORNELLA FERACI, “L’autonomia...”, p. 431.

O facto de a *situs rule* estar enraizada em todos os Estados-Membros não deve constituir motivo de recusa da nossa proposta: uma das características apontadas ao DIP é justamente a sua *versatilidade*, no sentido em que os métodos por si utilizados e as conexões classicamente indicadas acompanham a conjuntura política e económica internacional, seguindo as finalidades do momento presente. A circunstância de tradicionalmente se optar pela sujeição de certo instituto a uma determinada lei não impede que novos valores e preocupações conduzam a uma modificação da opção conflitual. Lembre-se que conexões até há pouco tempo *universais* foram sendo substituídas ou derogadas por outras consideradas mais adequadas, tendo as regras de conflitos europeias desempenhado um importante papel nesse movimento<sup>1184</sup>.

#### **4.2. Fundamentos e efeitos da autonomia conflitual nas hipotecas intracomunitárias**

Afastada a imperatividade da *situs rule*, cabe-nos o ónus de demonstrar que a aceitação da escolha de lei configura uma conexão *adequada*, realizando não apenas as finalidades inerentes ao direito internacional privado como influenciando simultaneamente na realização do mercado europeu de garantias imobiliárias. No fundo, importa explicar por que razão a autonomia conflitual pode ser aliada da construção europeia sem descurar a estabilidade e segurança das transacções.

Chegados aqui, é muito difícil evitar tornar-nos repetitivos, porquanto tivemos ocasião de demonstrar por que razão, em geral, a autonomia conflitual constitui ferramenta de promoção da integração europeia (*supra*, pp. 596ss), não coloca em causa a segurança do comércio e os interesses de todos os terceiros (conquanto se limite a escolha à lei de um Estado-Membro — *supra*, pp. 582ss) e pode produzir, também no domínio hipotecário, as vantagens inerentes à autonomia conflitual (certeza da lei aplicável; adequação aos interesses das partes; promoção da concorrência legislativa; eficiência na determinação da conexão mais próxima — *supra* pp. 551ss). Desta forma, procurando não ser maçadores, concretizaremos apenas as reputadas vantagens ao domínio hipotecário, abstendo-nos de reiterar nesta sede a fundamentação dogmática dos efeitos que mencionamos.

---

<sup>1184</sup> YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 276. Atente-se na responsabilidade extracontratual, que foi universalmente sujeita à *lex loci delicti* e encontra hoje numerosas e profundas excepções (*cit.*, p. 340); na *forma dos negócios jurídicos*, onde o princípio *locus regit actum* chegou a ser firmado universalmente (LUDWIG VON BAR, *The Theory...*, pp. 262-265) e que foi substituído por conexões múltiplas alternativas. Sobre o DIP comunitário e a substituição das conexões clássicas, cfr. JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", p. 169 ("*le droit international privé d'origine communautaire tend à élargir sa place et à constituer un champ d'expérimentation et d'accélération des solutions classiques qui prévalaient jusqu'à son essor*").

*Em primeiro lugar*, e como melhor explicámos *supra*, a autonomia conflitual não prejudica as razões que justificam actualmente a *situs rule*: o facto de a hipoteca depender, em todos os Estados-Membros, de uma forma *racional* de publicidade (o registo) permitirá informar todos os terceiros, de modo mais eficaz, completo e adequado, a *lei aplicável à hipoteca* e os vectores fundamentais da respectiva modelação<sup>1185</sup>.

*Em segundo lugar*, tal conexão permite um *estatuto único do crédito hipotecário* nas transacções internacionais, porquanto a lei aplicável à hipoteca pode ser tão escolhida quanto a lei reguladora da obrigação. Esta viabilidade evitaria problemas de delimitação de estatutos e de qualificação das normas reguladoras do crédito hipotecário, porquanto crédito e caução real se sujeitariam à mesma lei<sup>1186</sup>.

*Em terceiro lugar*, é a *autonomia conflitual* a conexão que melhor serve os *objectivos da construção europeia* (constituindo mecanismo de eleição para combater os obstáculos gerados pela disparidade legislativa) e *os interesses dos envolvidos* (permitindo-lhes modelar a relação hipotecária de acordo com a lei que melhor conhecem)<sup>1187</sup>. A regra da *lex rei sitae* está a provocar o isolamento dos mercados hipotecários nacionais: na prática, os credores apenas aceitam hipotecas sobre prédios situados no Estado onde exercem actividade porque não confiam na hipoteca regulada por lei estrangeira, radicalmente diversa da do seu país<sup>1188</sup>. Ora, o problema da disparidade legislativa, em toda a intervenção conflitual comunitária, vem sendo solucionado pela atribuição às partes da possibilidade de escolha da lei aplicável, tornando mesmo desnecessário o *princípio do reconhecimento mútuo*: ao conferir ao operador económico a possibilidade de *não enfrentar lei desconhecida*, o Tribunal de Justiça declarou que a

---

<sup>1185</sup> Como vimos *supra*, não colheria nunca o argumento de que a autonomia conflitual se restringe aos domínios em que em jogo estão apenas direitos das partes: é conhecido o alastramento da autonomia conflitual ao direito das sucessões (desde o século XIX e agora pela mão da UE) cuja *professio iuris* altera a posição dos presuntivos herdeiros (cfr. ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", p. 631; ANDREA BONOMI, "Le choix...", p. 245). Este efeito jurídico-material é no entanto compensado, para os terceiros, pela certeza da lei aplicável, o que vem permitindo planificação e segurança nos domínios em que a escolha de lei de outrem os afecta. *Vide*, mais profundamente, o que dissemos *supra*, p. 558 e bibliografia aí citada.

<sup>1186</sup> Neste sentido, cfr. HENDRIK VERHAGEN E SANNE VAN DONGEN, "Cross-border...", p. 19; DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 438; RUSSEL J. WEINTRAUB, *Commentary...*, pp. 502; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", p. 519 (estes últimos referindo-se a um *estatuto único da venda* quando sufragam autonomia conflitual para todos os direitos reais).

<sup>1187</sup> Na verdade, o exercício da autonomia conflitual não se deve, normalmente, a um censurável intuito fraudatório ou sequer à validade de uma relação jurídica, tendendo-se para a escolha da lei que as partes melhor conhecem e cujas regras antecipem (cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 152).

<sup>1188</sup> Neste sentido, ESTHER MUÑIZ ESPADA, *Bases...*, p. 66; THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 178 (que considera, todavia, não ser a *situs rule* responsável pela violação do regime da liberdade e circulação de capitais mas a disparidade de regimes hipotecários, concluindo por isso que a mudança da conexão não solucionaria o problema por resultar na aplicação de leis dissemelhantes). *Vide*, mais profundamente, *supra*, pp. 69ss.

disparidade legislativa não constitui obstáculo às liberdades fundamentais *nos domínios perpetrados pela autonomia conflitual*<sup>1189</sup>.

Aplicando este arrazoado à hipoteca, ressalta desde logo que a *professio iuris* se adequa melhor à hipoteca do que a *lex rei sitae* (conexão pensada, como vimos, para os direitos reais de gozo): tratando-se de um direito dirigido à *satisfação de uma obrigação pelo credor* (sem ligação física à coisa), e podendo os terceiros conhecer os moldes de afectação da coisa ao crédito, preponderam os interesses das partes. Esta realidade torna a autonomia a *melhor* conexão, pois autoriza credor e devedor a escolher o modelo de garantia do crédito que lhes convém. Num domínio onde a disparidade legislativa é substancial, tal constitui franco impulso à segurança da transacção, porventura determinante no seu nascimento: o credor dissipará dúvidas quanto aos poderes que lhe são conferidos, o que se repercutirá no custo do crédito; o proprietário defrontará maior confiança por conhecer de forma avisada a compressão operada à sua propriedade; o devedor é colocado em melhor posição porquanto acede a financiadores estrangeiros que, de outro modo, não concederiam crédito hipotecário.

No fundo, vale aqui o fundamento tradicional da *professio iuris*: as relações privadas internacionais de génese contratual só germinam se submetidas a uma lei em que as partes confiam; a autonomia conflitual salvaguarda a vontade negocial das partes, já que escolherão a lei que melhor corresponde às suas aspirações<sup>1190</sup>. Esta inferição é confirmada pela

---

<sup>1189</sup> Cfr. Acórdão *Alsthom Atlantique* (cit. nota n.º 693) n.º 15, que concluiu que a norma nacional não restringia a circulação (ainda que diferente da do país de origem) porque “*as partes num contrato de compra e venda internacional são geralmente livres de fixar o direito aplicável às suas relações contratuais e desse modo evitar que fiquem sujeitas ao direito francês*”. Neste sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, “Perspectivas...”, p. 1669, e “Um Código...”, p. 10; STEFAN GRUNDMANN, “The Structure...”, p. 514; HORATIA MUIR WATT, “The Challenge...”, p. 199, e “L’entrave...”, p. 562; LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, “L’influence...”, pp. 411-413; MARC FALLON, “Les conflits...”, pp. 77 e 145; PETER VON WILMOWSKY, “EG-Vertrag...”, p. 6; OLIVER REMIEN, “European...”, p. 83; BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, “Harmonization...”, p. 777; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La autonomía de la voluntad conflictual...”, que frisa, na introdução, que a *professio iuris* propicia a geração de relações jurídicas internacionais; HENDRIK VERHAGEN E SANNE VAN DONGEN, “Cross-border...”, p. 18 e toda a bibliografia citada na nota n.º 1182. Semelhante conclusão retira ARTHUR HARTKAMP, “Modernisation...”, p. 82, sobre o mercado norte-americano, onde conclui que é a autonomia conflitual que torna a disparidade legislativa entre os Estados federados um *não obstáculo*.

Note-se, porém, que a conclusão do TJUE não é unanimemente aceite. Por um lado, MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, “Private...”, p. 56, lembram que o Acórdão *Alsthom Atlantique* é a única pronúncia que aponta a autonomia conflitual como solução à disparidade legislativa e que não há razões para inferir da aplicação da *mesma lei substantiva* um eventual obstáculo à realização do mercado comum “*only because the parties failed to reach an agreement on a choice-of-law clause*”. Por outro, a Comissão Europeia discorda deste entendimento porquanto, mesmo no quadro da autonomia, subsistem obstáculos originados pela disparidade legislativa: ainda que possam escolher a lei, o facto de não agirem sempre sob a égide da mesma legislação implicará custos de transacção e de informação, o que é potenciado pelo facto de as legislações nacionais susceptíveis de opção se encontrarem elaboradas em línguas diferentes — COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde sobre as opções...*, p. 1.

Por nossa parte, julgamos que a razão estará do lado do Juiz comunitário. A liberdade de escolha da lei aplicável determina que as normas reguladoras da relação jurídica não mais sejam impostas. Se assim é, nada obsta a que as partes escolham a mais familiar, escrita em língua que dominam, evitando os óbices indicados pela Comissão. <sup>1190</sup> Esta é uma das razões usadas na sustentação da autonomia conflitual do campo das obrigações. Cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 50 e o que dissemos *supra*, pp. 546ss. Em sentido próximo, sobre a autonomia conflitual nos direitos reais, cfr. DOROTHEE EINSELE, “Rechtswahlfreiheit...”, p. 439.

intervenção europeia, que o demonstra pela consagração da *professio iuris* como princípio geral do DIP de fonte europeia: os regulamentos europeus espelham a tendência de “*progressiva admissibilidade da designação do direito aplicável noutras matérias*”<sup>1191</sup>.

*Em quarto lugar*, é desejável a concorrência legislativa propiciada por tal critério conflitual, porquanto expande o leque de figuras ao dispor dos operadores económicos (sem afastar por completo a taxatividade dos direitos reais) e tem efeitos de aperfeiçoamento da qualidade da legislação. Como é sabido, as figuras da *hypothèque rechargeable* e da *hipoteca flotante* vêm sendo atribuídas à comparação dos institutos jurídico-hipotecários e à sentida necessidade de melhorar a competitividade do sistema de crédito<sup>1192</sup>.

*Por fim*, se compararmos a proposta com as impossíveis ou inadequadas sugestões *supra* analisadas (uniformização do direito hipotecário, euro-hipoteca, titularização do crédito hipotecário, aplicação do princípio do país de origem), conclui-se esta que permite alcançar as vantagens que, alegadamente, só a *euro-hipoteca* e a *uniformização legislativa* atingiriam: constituição de garantias *iguais* sobre prédios em vários Estados-Membros; fácil

---

<sup>1191</sup> Cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 646; RAYMOND VANDER ELST, "Liberté, Respect et Protection de la Volonté en Droit International Privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelas, 1993, pp. 507-516, pp. 508ss; FRANK VISCHER, "General...", p. 139 (sublinhando que a liberdade de escolha da lei aplicável “*may even be part of the internationally acknowledged general principles of law*”); M. DE BOER, "Party...", p. 19; GUILLERMO PALAO MORENO, "Autonomía...", p. 10 (aludindo a “*una tozuda penetración del principio autonomista en los instrumentos europeos elaborados en el marco de la Cooperación judicial en materia civil*”); PAUL LAGARDE, "Eléments...", p. 151; ANGELO DAVI E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", pp. 39 e 41.

Já em 1999 RUI MOURA RAMOS, "Previsão...", pp. 104ss, sublinhava que uma das características do direito internacional privado comunitário é justamente o relevo princípio da autonomia da vontade; no entanto, como bem ensina o Professor, a autonomia conflitual não constitui propriamente uma originalidade ou uma pressão do sistema europeu de DIP mas “*ideias-força que percorrem hoje os sistemas de direito internacional privado dos Estados membros*” (*ibidem*, p. 124). Esta *ideia-força*, todavia assumiu mais relevo no DIP de fonte europeia, constituindo um cânone geral da intervenção comunitária, segundo JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 486. Na verdade, o Regulamento CE n.º 593/2008, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) consagra a possibilidade de escolha da lei aplicável com muito poucas restrições; o Regulamento CE n.º 864/2007, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Julho de 2007, sobre lei aplicável às obrigações extracontratuais (Roma II) permite a opção das partes antes ou depois do facto danoso; o Regulamento UE n.º 1259/2010, do Conselho, de 20 de Dezembro de 2010 que cria uma cooperação reforçada no domínio da lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial, admite a opção dos cônjuges entre a lei da residência, da nacionalidade ou do foro; a Regulamento UE n.º 460/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões e dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu admite a opção entre a lei da residência e da nacionalidade; em matéria de *obrigações alimentares*, o Regulamento (CE) n.º 4/2009 estabelece a autonomia (ainda que limitada) como critério conflitual para os Estados vinculados pelo Protocolo da Haia de 2007 (art. 8.º do Protocolo da Haia, aplicável *ex vi* art. 15.º do Regulamento). Sobre estes instrumentos, *vide* o que dissemos *supra*, nota n.º 1121

<sup>1192</sup> No sentido de que a autonomia conflitual é especialmente apta a melhorar a qualidade da legislação por via da concorrência entre sistemas, JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La autonomía de la voluntad conflictual...", p. 17; JENS C. DAMMAN, "Freedom...", p. 520, e, mais profundamente, o que dissemos *supra*, p. 363. É aliás esta, como vimos *supra*, uma das vantagens normalmente apontadas ao modelo de *regulatory competition* em vez da unificação material (cfr. CATHERINE BARNARD E SIMON DEAKIN, "Market...", p. 6).

Por razões de rigor de raciocínio, não trataremos nesta sede da compatibilidade da autonomia conflitual com o princípio da taxatividade dos direitos reais, remetendo as necessárias considerações para momento ulterior do nosso estudo (*infra* pp. 602ss).

transmissibilidade; criação de lotes de créditos para securitização. Bastará às partes sujeitar as *várias garantias* à mesma lei (porventura a que tenha uma regulação mais flexível quanto à sua transmissibilidade) e teremos igual resultado sem intervenção jurídico-material da UE<sup>1193</sup>.

#### 4.3. O âmbito da autonomia conflitual

Propomos autonomia conflitual para o *conteúdo da hipoteca*. Isto é, o domínio mais importante do estatuto real (poderes do credor; viabilidade de modelação negocial do direito real; limitações aos direitos do proprietário) passaria a ser regulado *não pela lex rei sitae* mas pela *lei escolhida por proprietário e adquirente da garantia*. A nossa proposta não acolhe, assim, uma plena liberdade conflitual, limitando a *professio iuris* ao estrito ponto em que esta se revela *necessária e suficiente* ao fomento do crédito hipotecário transnacional intracomunitário.

*Por um lado*, nem todo o estatuto real ficaria sujeito à *professio iuris*. Não se alteraria a lei aplicável ao modo de constituição dos direitos reais, ao conteúdo dos demais direitos reais, à natureza hipotecável da coisa ou sua classificação como imóvel, à relação da garantia com os demais direitos reais ou mesmo os efeitos substantivos do registo predial, domínios onde as razões fundamentantes da *lex rei sitae* continuam a suportar a sua aplicação cabal. Apenas o *conteúdo da hipoteca* e suas *causas de extinção* ficariam submetidas à lei escolhida pelas partes.

*Por outro lado*, no que concerne à amplitude da liberdade de escolha, o modelo que sustentamos afasta a autonomia conflitual sempre que tal coloque em perigo os fins do DIP ou introduza insegurança nas transacções não compensada pela potenciação da hipoteca internacional. Ademais, excluímos do nosso estudo as relações jurídicas com consumidores, onde (à semelhança do que concluiu o legislador comunitário no Regulamento Roma II) pode haver necessidade de restrição da autonomia para protecção daqueles<sup>1194</sup>.

---

<sup>1193</sup> Divergimos, assim, SERGIO NASARRE AZNAR, "The Eurohypothech: a common...", p. 36, que sustenta que só a *euro-hipoteca* seria capaz de tal resultado.

<sup>1194</sup> Sobre as restrições da autonomia conflitual no Regulamento Roma II e a sua intenção de tutela da parte mais fraca, cfr. M. DE BOER, "The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules: The Rome II Regulation", *Netherlands International Law Review*, vol. LVI, 2009, pp. 295-332, pp. 325-326, e "Party...", pp. 19ss. Esta limitação, aliás, parece ser uma tónica geral de todas as áreas onde se admite a autonomia conflitual, como sublinham JANEEN M. CARRUTHERS, "Party...", p. 909; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", p. 695; ADRIAN BRIGGS, *Agreements...*, p. 12; OLE LANDO, "The EEC...", p. 184; SYMEON SYMEONIDES, "Party Autonomy in Rome...", p. 528; ÉLSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002, p. 180; PETER NYGH, *Autonomy...*, pp. 143ss. Tal contenção pode ocorrer não apenas intervindo no próprio método conflitual como, igualmente, através da sua combinação com *normas de aplicação necessária e imediata*, restringindo assim o âmbito da liberdade de escolha das partes (cfr. RUI MOURA RAMOS, "Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, et al., Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 235-251, p. 238). Uma análise das legítimas restrições à liberdade de escolha de lei é feita por PETER VON WILMOWSKY, "EG-Vertrag...", pp. 21ss. No domínio contratual, a sua necessidade é explicada por PAUL LAGARDE, "Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne", *Études offertes à Jacques Ghestin — Le contrat au debut du XXIe siècle*,

O exercício da liberdade de opção das regras disciplinadoras de uma relação jurídica internacional pode ser estruturado de forma mais ou menos ampla — dependendo do grau de aceitação do chamado *efeito expansão* da autonomia conflitual<sup>1195</sup>: pode admitir-se ou não a escolha de uma lei sem contacto relevante; pode aceitar-se a modelação de regras que não correspondam à legislação de qualquer Estado (submetendo a relação a um corpo de normas sem fonte estadual ou admitindo que as partes redijam as normas aplicáveis) ou limitar-se a opção à escolha de uma ordem jurídica nacional; pode admitir-se a escolha implícita da lei aplicável; pode possibilitar-se ou não o *dépeçage* da relação jurídica, submetendo-a parcelarmente a várias ordens jurídicas; pode admitir-se a alteração da lei escolhida antes, durante ou posteriormente à extinção da relação jurídica.

Atendendo à necessidade de tutela de terceiros inerente à natureza real da hipoteca, a autonomia conflitual não poderá ir tão longe quanto no quadro contratual<sup>1196</sup>. De facto, a transposição da plena *professio iuris* para um direito dotado de eficácia absoluta geraria insegurança, pois podia não acautelar a cognoscibilidade do regime por qualquer pessoa que se relacionasse com as partes ou pretendesse exercer direitos sobre a coisa. Ora, a redução da incerteza na hipoteca internacional é precisamente o escopo da nossa proposta.

Vejamos os limites e as faculdades que, cremos, devem envolver a autonomia conflitual da hipoteca internacional.

---

LGDJ, Paris, 2001, pp. 511-525, p. 513, e por DÁRIO MOURA VICENTE, "Lei reguladora dos contratos de consumo", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 187-212, p. 190.

<sup>1195</sup> A expressão é de JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Contrato Internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992, p. 90.

<sup>1196</sup> Esta conclusão é partilhada com a doutrina que advoga autonomia conflitual nas garantias mobiliárias: algumas propostas limitam a escolha a *certas leis*, outras prescrevem requisitos para o *modo de opção* e outras estabelecem um direito de veto à *lex rei sitae*. Vide as propostas de autonomia conflitual no estatuto real de HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Comentário...", capítulo II-C e III; HANS STOLL, "Zur gesetzlichen...", pp. 264-265, e "Rechtskollisionen...", pp. 452ss; ANNA GARDELLA, *Le garanzje...*, p. 43; MICHAEL BRIDGE, "English conflicts...", p. 137; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 498; GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, pp. 220ss; ROLF WEBER, "Parteiautonomie...", pp. 521ss; THOMAS PFEIFFER, "Der Stand...", p. 273; ULRICH DROBNIG, "Eigentumsvorbehalte...", p. 460; PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé, cit.*, p. 498; ISABELLE JUVET, *Des sûretés...*, p. 83; HORST EIDENMÜLLER, "Secured...", p. 282; AXEL FLESSNER, "Security...", p. 346; ANNE RÖTHEL, "Internationales...", p. 1034; ARNAUD NUYS, "Le droit...", p. 45. Vide a análise destas propostas *supra*, pp. 511ss (especialmente na nota n.º 1044), e ANDREA BONOMI, "La riserva...", p. 786.



### 4.3.1. Os limites de natureza objectiva

#### 4.3.1.1. Limitação às hipotecas voluntárias de origem contratual sobre imóveis situados em Estados-Membros.

Quando GARCIMARTÍN ALFÉREZ sustenta que a vontade das partes é o mais eficiente elemento de conexão e que, idealmente, deve ser utilizado em muitos novos domínios (direito societário; valores mobiliários; responsabilidade extracontratual; etc.), exige duas condições para que o critério conflitual seja eficaz e, por isso, recomendável.

*Em primeiro lugar*, defende que este movimento só faz sentido se integrado no quadro de uma *unificação das regras de conflitos*: a não ser assim (isto é, se for adoptado em certo sistema de DIP interno mas não dos Estados vizinhos), não apenas se abre espaço a comportamentos fraudulentos como se coloca em cheque a tutela das partes pelo risco de desarmonia jurídica internacional. Isto é, se a autonomia não for aceite nos vários sistemas conectados com o caso, gera-se o perigo de a escolha de lei não ser reconhecida em certo ordenamento jurídico, porventura frustrando as expectativas dos interessados<sup>1197</sup>.

Como dissemos *supra*, estamos em absoluto acordo com esta ideia. A modificação de um elemento de conexão hoje consensual só é útil se a nova conexão for igualmente generalizada, sob pena de colocar em risco a estabilidade e certeza que se tinha conseguido pelo juízo tradicional. Por isso sustentámos que a valia desta proposta só existe se adoptada em acto jurídico comunitário que a concretize em todos os Estados-Membros, através de comando conflitual que substitua as regras de conflitos internas em todas as situações<sup>1198</sup>.

Ademais, a situação da coisa deve manter-se como conexão subsidiária, a mobilizar na falta de escolha das partes. A conexão tradicional mantém-se a mais adequada sempre que

---

<sup>1197</sup> FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", p. 256.

<sup>1198</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 581ss. Quando referimos *todos os Estados-Membros*, não ignoramos que alguns actos de DIP europeu não conhecem aplicação total na UE, por via dos regimes especiais da Dinamarca, Reino Unido e Irlanda no que concerne à cooperação judiciária civil (cfr. HENRI LABAYLE, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 105-173, pp. 131ss). Esta vicissitude não impede a unificação conflitual europeia (ainda que não total), como vêm demonstrando as experiências que não conhecem aplicação nesses países, pelo que a nossa proposta seria realizável mesmo que tais Estados não participassem em instrumento europeu que estabelecesse autonomia conflitual à hipoteca.

A substituição da regra de conflitos interna é normalmente associada à *universalidade* dos regulamentos europeus em DIP — na sua dimensão de aplicabilidade da regra conflitual comunitária *mesmo que indique* lei de um Estado terceiro à União Europeia. Como veremos, este problema não se colocará na nossa proposta, porquanto propomos a limitação da escolha das partes *às leis dos Estados-Membros*. Todavia, queremos sublinhar que a regra comunitária deve prevalecer sobre quaisquer convenções internacionais que hajam sido celebradas por alguns Estados-Membros, mesmo que com Estados terceiros, obviando assim ao problema que vem sendo colocado no quadro do Regulamento Roma II e sua eventual preterição face à Convenção da Haia de 4 de Maio de 1971 sobre lei aplicável a acidentes rodoviários. Sobre este problema, *vide* EMMANUEL GUINCHARD, "Unfinished Business: Rome II in Practice and the Need for a Hague Convention on Non-Contractual Obligations", *European Law Review*, vol. 40, 2015, pp. 100-109, pp. 102ss.

não haja constituído um obstáculo à constituição da relação jurídica e tenderá a uma maior homogeneidade do estatuto jurídico da coisa, porquanto é a essa lei que se sujeitarão os demais direitos reais que sobre ela incidam<sup>1199</sup>.

*Em segundo lugar*, defende o Professor que a extensão da *autonomia conflitual* depende do alastramento da *autonomia jurisdicional*: que em simultâneo com a escolha da lei aplicável se permita a opção pelo tribunal competente. Seguindo o seu raciocínio, a viabilidade de celebração de pactos de eleição do foro é a única forma de garantir a validade da *professio iuris*; se assim não for, há o risco de um litígio sobre a relação jurídica se submeter a tribunal cujo DIP não admita a escolha de lei, comprometendo todas as razões que levaram à sua consagração. No fundo, ressaltam aqui preocupações de *efectividade*, pois a adopção do novo critério conflitual pode ter por efeito o *não reconhecimento* de actos jurídicos adoptados ou sentenças proferidas de acordo com a lei escolhida perante órgãos jurisdicionais que não plasmem o mesmo juízo<sup>1200</sup>.

Não cremos que tal seja necessário no nosso domínio<sup>1201</sup>. Na verdade, GARCIMARTÍN ALFÉREZ defende este caminho orientado pelo interesse (de indiscutível essencialidade) de a escolha da lei não ser posta em causa por um tribunal que a não admita. Ora, este *mesmo exacto objectivo* pode ser conseguido sem alterar o estabilizado critério jurisdicional vigente, por via da *limitação objectiva* da liberdade de escolha da lei associada à *unificação do critério de competência jurisdicional* que já hoje existe.

Entendamo-nos. Por força do Regulamento Bruxelas I, a execução de coisas imóveis e as causas sobre direitos reais imobiliários a constituem competência exclusiva dos tribunais da situação da coisa, havendo um critério jurisdicional unificado (pelo menos) no espaço europeu. Nessa medida, na falta de alteração daquele juízo, os tribunais dos Estados-Membros serão os únicos que conhecerão de litígios relativos a hipotecas sobre imóveis situados no território europeu.

É fácil perceber a conclusão a que somos conduzidos: o risco a que se refere GARCIMARTÍN ALFÉREZ não se verifica caso a liberdade de escolha seja conferida apenas

---

<sup>1199</sup> Lembre-se que, na proposta de autonomia de LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, p. 592, (dirigida a *todos os direitos reais* mas apenas aos *modos de aquisição derivada*) a mesma conexão subsidiária é indicada, com fundamento na sujeição à *lex rei sitae* dos meios de aquisição originária e no conteúdo dos direitos adquiridos.

<sup>1200</sup> FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", pp. 257 e 262 (frisando dever haver total liberdade na escolha de foro). Esta ideia é recuperada por ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 215, quando alude dever ser a autonomia conflitual nas sucessões associada à liberdade de escolha de foro para assegurar coincidência *forum-ius*. No fundo, é também este o risco que leva KARL KREUZER, "La propriété...", p. 278, a repudiar a autonomia como critério conflitual para as garantias mobiliárias.

<sup>1201</sup> A ser necessária a autonomia jurisdicional, tal condenaria a nossa proposta, pois geraria problemas graves aquando da execução: o tribunal do Estado A, competente para a execução, não podia afinal ajuizar da validade da garantia, cuja competência foi atribuída aos órgãos jurisdicionais do Estado B.

para as garantias sobre imóveis situados na UE. Nestes, sabemos *ab initio* que só um tribunal que se rege pelo DIP comunitário conhecerá da validade ou eficácia da garantia e ajuizará da execução; nestes, sabemos que indiscutivelmente será reconhecida a lei aplicável por força de regulamento europeu; nestes, haverá um *foro comunitário* mais do que um *foro nacional* no que concerne às regras de conflitos mobilizáveis<sup>1202</sup>. Ou seja, previne-se o risco *limitando a professio iuris às hipotecas sobre imóveis situados nos Estados-Membros*.

Porque o objectivo da intervenção comunitária é realizar as liberdades no seio do espaço europeu, não repugna que a proposta se dirija somente aos imóveis situados na UE, porventura até utilizando de forma mais legítima a competência europeia em matéria de DIP (como melhor veremos *infra*). Mais do que alterar o critério jurisdicional (que está estabilizado e goza de extensa motivação), importa conformar a autonomia conflitual no sentido de esta não contender com os mais preponderantes princípios do DIP. Ora, aceitar a *professio iuris* para imóveis fora da Europa implicaria problemas de efectividade, pois não seria certa a aceitação, no Estado onde a coisa se situa, de similar opção conflitual<sup>1203</sup>.

A isto acresce, no seguimento do que dissemos *supra* e dos ensinamentos de VON BAR, o facto de a razão da viabilidade do afastamento da *lex situs* na hipoteca ser a existência de um mecanismo eficaz de informação de terceiros quanto ao estatuto jurídico-real da coisa. Isto é, tal como sucede nos meios de transporte, só é admissível a sujeição de um direito real a lei diferente perante outro mecanismo publicitário capaz de informar todos os interessados quanto à lei aplicável e os vectores principais da respectiva configuração<sup>1204</sup>.

Nas hipotecas reguladas pelos direitos dos Estados-Membros, concluímos que tal papel cabe ao registo, que não apenas é condição de existência da hipoteca em todos os Estados-Membros como é o modo publicidade mais eficaz. Assim, a instituição da autonomia implica alguma *harmonização tabular*, nomeadamente permitindo a sua utilização para informação ao comércio jurídico dos vectores da garantia prevista pelo direito estrangeiro. Ora, tal só é possível se os imóveis cujas hipotecas admitam regulação por lei

---

<sup>1202</sup> A expressão é usada por IOANNA THOMA, "La définition et l'exercice des compétences externes de la Communauté Européenne au domaine de la coopération dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière", *European Review of Private Law*, vol. 10, n.º 3, 2002, pp. 397-416, p. 401. A competência judiciária exclusiva nos domínios jurídico-real e executivo é determinada pelo art. 24.º do Regulamento Bruxelas I-bis. Sobre o âmbito e fundamento, *vide* o que dissemos *supra*, nota n.º 597 e bibliografia aí citada (sobre os direitos reais imobiliários) e pp. 216ss (sobre as execuções).

<sup>1203</sup> Outra hipótese seria aceitar a escolha de lei para os imóveis situados em países onde se plasmasse a liberdade conflitual na hipoteca, garantindo-se assim a inexistência de problemas de efectividade.

<sup>1204</sup> Na verdade, defendemos *supra* que a autonomia conflitual da hipoteca depende da publicitação tabular, designadamente estabelecendo-se a indicação da lei reguladora da hipoteca e dos vectores fundamentais do seu regime — designadamente a sua natureza acessória ou independente; a eventual existência de pacto comissório e seus termos (cfr. *supra* pp. 577ss).

não territorial estiverem sujeitos ao direito registal de um Estado-Membro (aquele que a União pode influenciar como requisito necessário da *professio iuris* na hipoteca)<sup>1205</sup>.

Por fim, repare-se que apenas a *hipoteca voluntária de origem contratual* deve estar sujeita à autonomia conflitual. Na verdade, só nesta figura se verifica um obstáculo à livre circulação de capitais; ademais, nas hipotecas legais ou judiciais sobrepõem interesses públicos do Estado cujo legislador determinou a respectiva constituição, não fazendo sentido que o beneficiário utilizasse a *autorização de constituição* conferida pela lei territorial mas depois submetesse o instituto a outra lei (porventura com caracteres diferentes daqueles que foram pressupostos pelo legislador nacional)<sup>1206</sup>.

#### 4.3.1.2. Limitação da autonomia à escolha de uma *lei estadual*.

Cremos não ser possível aceitar a modelação do regime da hipoteca pelas partes, devendo estabelecer-se a perspectiva tradicional de *opção de sujeição uma ordem jurídica estadual*, sem permitir a remissão para a *lex mercatoria*, *lex cybernetica*, princípios UNIDROIT, princípios de direito internacional público ou outros instrumentos sem vigência nacional, e sem que se aceite a tese do *contrato sem lei* (ou da *autonomia universal*) aplicada à hipoteca<sup>1207</sup>.

---

<sup>1205</sup> Voltaremos *infra* a este problema, a propósito da nossa proposta em matéria registal (pp. 698ss).

<sup>1206</sup> De facto, no que concerne às hipotecas voluntárias com origem em outras fontes, não se vislumbram problemas de realização das liberdades comunitárias: o facto de, por exemplo, o direito italiano não permitir a constituição de hipoteca voluntária por testamento não tem gerado obstáculos à concessão de crédito internacional (cfr. CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 4). Nessa medida, não parece haver *necessidade* de intervenção europeia nesse domínio, respeitando o princípio da subsidiariedade. Sobre o critério da *necessidade* no quadro da apreciação do princípio da subsidiariedade, *vide* MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *O Princípio...*, p. 186; JAN SMITS, "Who...", p. 350. Quanto à exclusão das hipotecas legais e judiciais, cfr. neste sentido GIAN CARLO VENTURINI, "Diritti Reali...", p. 788.

<sup>1207</sup> Esta perspectiva (de reconhecer às partes a possibilidade de sujeitar a relação a uma ordem jurídica nacional) é a concepção clássica da autonomia conflitual, utilizando no fundo "*a técnica própria das restantes normas de conflitos, que se entende geralmente designarem sempre uma dada ordem estadual para reger a relação a que se reportam*" (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 118 e 121, que perfilha a tese). Atente-se, todavia, que utilizamos a expressão "*ordem jurídica estadual*" pretendendo referir uma legislação com vigência em certo Estado, ainda que não seja a única de um Estado soberano mas antes de um Estado federado, uma província, região, etc. (cfr. HAROLDO VALLADÃO, *Direito...*, Vol. I, p. 369).

A hipótese alternativa (de optar por um sistema jurídico sem vigência coerciva nacional (como a *lex mercatoria*) está consagrada na Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais (México, 1994) e estava contemplada na proposta originária de Regulamento Roma I (cfr. TREVOR C. HARTLEY, *International...*, p. 573; SYMEON SYMEONIDES, "Party Autonomy in Rome...", p. 539; FRIEDRICH K. JUENGER, "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, n.º 2, 1994, pp. 381-393, p. 388, "The *lex mercatoria*...", p. 184, e "Contract...", p. 204). As suas vantagens radicam, sobretudo, na incorporação de princípios pensados especificamente para as necessidades do comércio internacional (JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 456).

Todavia, acabou por não ser acolhida pelo legislador comunitário (por intransigência dos Estados-Membros, segundo HARTLEY), impondo-se a escolha de uma lei estadual e relevando tais normas apenas na medida em que tal seja autorizado pela *lex contractus*, atendendo a preocupações de segurança jurídica por força de eventuais incompletudes do corpo normativo escolhido (quanto ao Regulamento Roma I, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 270; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 720ss. Sobre a solução

no Regulamento Roma II JAN VON HEIN, "Of Older...", pp. 490ss). Assistiu-se, assim, à continuação do que estava consagrado na Convenção de Roma (MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Le commerce...", p. 457). Em sentido contrário, BERNARD DUTOIT, "The Rome...", p. 44, parecia entender possível a opção no quadro da Convenção de Roma.

Sobre a teoria do *contrato sem lei* e a remissão para sistemas normativos não estaduais, vide RUI MOURA RAMOS, *Da lei aplicável...*, pp. 495ss, e "A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, Tomo II, 2012, pp. 583-604, p. 595 (que nota a respectiva viabilidade na nova lei portuguesa da arbitragem); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Contrato de Empreendimento...*, p. 658, "O novo...", p. 849, e *Direito Comercial...*, p. 104; DÁRIO MOURA VICENTE, *Da Arbitragem...*, pp. 190ss, e *Direito Internacional...*, p. 231; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *cit.*, pp. 53-56; MARIA ISABEL JALLES, "A plurilocalização...", pp. 88ss; PATRICE LEVEL, "Le contrat dit sans loi", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1964-1966, pp. 209-243, pp. 209ss (negando a sua bondade); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, *cit.*, pp. 544ss; JEAN-PAUL BÉRAUDO, "Faut-il...", pp. 95ss; A. CURTI GIALDINO, "La volonté...", pp. 782ss; FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations...", pp. 180ss; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, pp. 51ss; SERGIO MARIA CARBONE, "Il «Contratto senza Legge» e la Convenzione di Roma del 1980", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIX, 1983, pp. 279-287, pp. 279ss (considerando, aliás, que era possível no quadro da Convenção de Roma — p. 285); ANTOINE KASSIS, *Le nouveau...*, pp. 373ss; ANDREA GIARDINA, "Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, CEDAM, Milão, 1983, pp. 3-24, pp. 4ss; ERNST RABEL, "Observations sur l'utilité d'une unification du droit de la vente au point de vue des besoins du commerce international", *Gesammelte Aufsätze*, Vol. III — Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 477-484, p. 479; SYMEON SYMEONIDES, "Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law", *Liber Amicorum Konstantinos Kerameus*, Sakkoulas — Kluwer, Atenas, 2006, disponível na internet via <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007>, consultado em 24 de Fevereiro de 2015, pp. 1-25, pp. 6ss; PETER NYGH, *Autonomy...*, pp. 172ss. A concepção parte de um entendimento amplo da autonomia da vontade, que admitiria a referência a corpos normativos sem vigência estadual ou mesmo a regulação exclusiva pelas partes do negócio. Repare-se (como bem sublinha BÉRAUDO, *cit.*, p. 95) que a teoria não equivale a pretender um "contrato sem direito": há um conjunto de regras jurídicas que disciplinam o negócio. Simplesmente, estas devem-se às partes ou a normas e princípios não estadualmente impostos.

A discussão tem mais de quarenta anos e continuam a encontrar-se argumentos sérios para cada um dos sentidos. A possibilidade de escolha de conjuntos normativos sem vigência estadual é defendida por LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Rome I...", p. 247; ERIK JAYME, "Choice-of-Law Clauses in International Contracts: Some thoughts on the reform of art. 3 of Rome Convention", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 53-61, p. 57; BÉRAUDO, *cit.*, p. 102 (que sufraga a inclusão da admissibilidade do contrato sem lei no Regulamento Roma I); KATHARINA BOELE-WOELKI, "Principles and Private International Law — The UNIDROIT Principles of European Contract Law: How to apply them to international contracts", *Uniform Law Review*, vol. 1, n.º 4, 1996, pp. 652-678, pp. 660 e 664, e "Unifying...", p. 290; FRIEDRICH K. JUENGER, "The *lex mercatoria*...", pp. 180 e 183 (que critica a opção do legislador comunitário ao não permitir a autonomia universal); SERGIO MARIA CARBONE, *ibidem*; FRANCESCO SBORDONE, "Contratti internazionali, regole «a-nazionali» e diritto internazionale privato", *Gazzetta Forense*, Nov-Dez 2008, 2008, pp. 133-140, pp. 138 e 140; MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.º 1, 2004, pp. 1-118, p. 33 (conquanto o corpo normativo eleito revista determinadas condições). A doutrina em sentido contrário é analisada nas notas subsequentes.

Não nos pronunciaremos sobre a admissibilidade das *cláusulas de estabilização da lei aplicável*, determinando que a relação jurídica é regulada por uma lei que *em certa data* vigore em certo Estado, sem relevância às alterações futuras. Tais cláusulas são habituais no domínio de contratos celebrados com Estados (procurando precaver a possibilidade de uma das partes unilateralmente alterar o regime jurídico) e a sua aceitação é controversa já que, para alguma doutrina, redundam num *contrato sem lei*. Sobre estas, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 77; ERIK JAYME, "L'autonomie...", pp. 63 e 75; FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations...", pp. 181-188; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, pp. 64ss; NICOLAS DAVID, "Les clauses de stabilité dans les contrat pétroliers. Questions d'un praticien", *Journal du Droit International*, vol. 113, n.º 1, 1986, pp. 79-107, pp. 82ss; PETER NYGH, *Autonomy...*, p. 64.

Sobre a possibilidade, nos contratos em que Estados são parte, de sujeição das obrigações contratuais a princípios de direito internacional público, vide F. A. MANN, "The Law Governing State Contracts", *The British*

Por um lado, são aqui aplicáveis todas as razões que levaram o DIP comunitário (nos vários Regulamentos em matéria de conflitos de leis) a exigir a opção por uma lei estadual: só esta compreende um quadro completo de direitos e obrigações das relações jurídicas típicas, um sistema de interpretação, um mecanismo de integração de lacunas e a previsão de consequências inerentes à relação jurídica criada<sup>1208</sup>.

Em segundo lugar, e não obstante a cognoscibilidade do regime jurídico hipotecário ser assegurada mais pela função própria do Registo Predial do que pela lei aplicável, não pode olvidar-se que a hipoteca é um direito oponível *erga omnes* e que a sua disciplina afecta decisivamente todos os titulares de pretensões sobre as partes ou sobre a coisa. Ora, para além do interesse na *percepção do direito por parte de terceiros* (assegurado pelo registo), há o desígnio de o regime jurídico aplicável não os prejudicar, o que constitui diferença relevante para o domínio contratual: admitir que as partes possam criar regras próprias quanto aos limites da garantia, a sua divisibilidade, a prioridade no caso de reforço, ou o pacto comissório abriria a porta à incerteza no comércio jurídico<sup>1209</sup>.

Entendamo-nos. Permitindo-se às partes modelar o conteúdo do direito real, estas poderiam redigir regras hipotecárias no seu exclusivo interesse (de credor e devedor), negligenciando as posições jurídicas de outros interessados. Tal abriria a porta, por exemplo, a uma garantia associada a um ilimitado pacto comissório (sem controlo do valor da coisa) ou à convenção de que o reforço da garantia gozaria da mesma prioridade da hipoteca originária. Isto é, não obstante a cognoscibilidade do regime jurídico poder ser assegurada pelo Registo, seria o próprio regime material a atentar contra os interesses gerais do

---

*Year Book of International Law*, Ano 21, 1944, pp. 11-33, pp. 20ss; PHILIP C. JESSUP, *A Modern Law of Nations*, The Macmillan Company, New York, 1948, p. 140.

<sup>1208</sup> ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 77, e "Contrato...", p. 1556 (que sublinham a inconsistência e falta de qualidade legal da regulamentação não estatal); ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Convenção...", p. 233; ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Algumas...", n.º 3789, p. 362; HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", pp. 121ss (sobre as insuficiências do "*direito espontâneo*" na regulação das transacções internacionais e sua impossibilidade de aplicação a domínios como os direitos reais — pp. 123 e 126); JÜRGEN BASEDOW, "Lex Mercatoria...", p. 64; o Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 20 de Dezembro de 2005, publicado no BGE — *Bundesgerichtsentscheide*, 132, III, pp. 285-290, declarou impossível a escolha das regras da FIFA como lei aplicável, considerando a referência apenas na medida em que não contrariassem as normas imperativas da lei estadual reguladora do negócio. Este *status quo* não obsta, como é evidente, a que as partes numa relação contratual façam uma remissão para a *lex mercatoria*: simplesmente, esta deve ter-se como exercício de *autonomia material*, limitada pelas normas imperativas da lei estadual aplicável (cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, "Negociações...", p. 52).

Criticando o legislador comunitário por não permitir a opção por direito não-estadual no domínio dos contratos, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Direito aplicável às operações bancárias...", p. 246, e "Concorrência...", p. 263. A querela envolve contornos de grande complexidade, evidenciados pelas dificuldades do Instituto de Direito Internacional em adoptar uma posição em 1991 (cfr. ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", p. 624). Note-se que, no Regulamento Roma II, a limitação não resulta de forma expressa, decorrendo do conjunto das normas do acto europeu (cfr. ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "A responsabilidade civil...", p. 379).

<sup>1209</sup> Ademais, parece sustentável que a própria cognoscibilidade de um regime jurídico original pudesse, por si só, ser mais difícil do que uma remissão para a lei nacional competente.

comércio. Será essa, aliás, a razão da *rigidez dos regimes materiais hipotecários*, que deixam poucos aspectos à vontade das partes. Nessa medida, o âmbito da autonomia estará limitado à opção pela sujeição da hipoteca a uma lei de fonte estadual europeia, já que estas constituem um corpo normativo imparcial que acautela (embora em graus diferentes) a posição de terceiros.

#### 4.3.1.3. Limitação da escolha às ordens jurídicas dos Estados-Membros: a tutela de terceiros e o princípio do *numerus clausus*

Segundo julgamos, a opção ao dispor de proprietário e credor deve estar limitada às legislações dos Estados-Membros.

Não propomos um limite objectivo às leis que apresentam dado contacto com a relação jurídica ou a demonstração, pelos outorgantes, de um interesse legítimo em dada opção: aceitar qualquer destas restrições subverteria as razões que nos trouxeram à proposta que ora explanamos — a possibilidade de, na hipoteca internacional, credor e devedor optarem por um modelo de garantia particularmente adequado à operação de crédito, *ou* que ofereça vantagens para a dinâmica do crédito hipotecário *ou* que seja objecto de particular confiança e conhecimento pelas partes. No fundo, ao limitar a um leque de duas ou três legislações, “*negar-se-ia à vontade a possibilidade de descobrir a solução especificamente pedida pelo caso concreto, a solução justa*”<sup>1210</sup>. É por isso que, idealmente (e, aliás, na senda das opções conflituais

---

<sup>1210</sup> ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 94 (defendendo a inexistência de tais limites nos contratos internacionais) e *Direito...*, Vol. III, p. 215 (“*parece desaconselhável, de iure condendo, a fixação de um numerus clausus de legislações que podem ser designadas pelas partes*”). Igualmente neste sentido, quanto aos contratos bancários internacionais, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável às operações bancárias...”, p. 243 (“*as partes estão frequentemente interessadas em atribuir competência a uma ordem jurídica estadual que contém o regime que em seu juízo é especialmente adequado à operação em causa, apesar de ser a ordem jurídica de um Estado que não tem qualquer laço objectivo com a operação*”); no domínio dos contratos em geral, FRANK VISCHER, “General...”, p. 127 (“*With the free choice, the parties’ position goes beyond the function of mere assistants to the judge in the law finding process; they become the masters of their own conflict solution*”); ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, “Direito Aplicável aos Contratos...”, p. 167, que admite a escolha de uma “*lei neutra, sem qualquer contacto com a situação*”; MARIA ISABEL JALLES, “A plurilocalização...”, p. 89; FRANÇOIS RIGAUX, “Les situations...”, p. 177 (“*le choix de la loi d’un pays à l’égard duquel il n’existe aucun rattachement significatif n’est pas moins licite que l’élection d’un for «neutres*”); ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 82; F. A. MANN, “The Proper... (1950)”, p. 64 (que repudia o argumento da eventual violação do princípio da não transactividade, já que sempre que as partes designam certa lei, tal ordem jurídica tem necessariamente uma conexão com o caso: a escolha das partes); KARL NEUMEYER, “Autonomie...”, pp. 600-601; PAUL LAGARDE, “Le nouveau droit international privé des contrats après l’entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 80, n.º 2, 1991, pp. 287-340, p. 301 (que aplaude a possibilidade de escolha de uma lei neutra, sem ligação ao contrato, na Convenção de Roma); ANTOINE KASSIS, *Le nouveau...*, p. 190; CATHERINE KESSEDJIAN, “Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal”, *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, JÜRGEN BASEDOW, HARALD BAUM E YUKO NISHITANI, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-125, p. 114; PETER NYGH, *Autonomy...*, p. 57. Também FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Regulatory...”, p. 262, o defende como requisito de concretização do modelo de *regulatory competition*, já só assim se estabelece uma verdadeira concorrência entre as legislações.

É sabido que numa fase inicial a doutrina expressou algumas reservas à designação de uma lei não conectada com o caso (PETER NORTH, “Choice...”, p. 36; HENRI BATIFFOL, “Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 21 de Junho de 1950 (*État français c. Comité de la Bourse d’Amsterdam et Mouren*)”, *Revue Critique de Droit*

da União Europeia em matéria de contratos), propenderíamos para a inexistência de qualquer limite ao leque de leis à disposição das partes na hipoteca internacional.

Todavia, subjazem *duas razões* que nos impelem a propor *esta concreta limitação*.

*Em primeiro lugar*, uma preocupação de prudência, visando impedir que a opção das partes deixe terceiros sem a necessária tutela, atendendo à eficácia absoluta dos direitos reais. Vimos *supra* que a autonomia conflitual não fará perigar os interesses do comércio e a certeza das transacções: por um lado, o Registo Predial assegurará a cognoscibilidade das regras aplicáveis; por outro, será vedada às partes a criação de um regime jurídico próprio, limitando-se a escolha a uma lei estadual que terá ponderado a protecção dos terceiros. No fundo, a autonomia conflitual só é possível porque existe necessariamente Registo Predial a publicitar a situação jurídica do imóvel. Ora, se cabe ao registo afiançar a qualquer terceiro que o prédio se encontra onerado, que a garantia goza de eficácia absoluta e, porventura, espelhar os aspectos do regime jurídico essenciais à tutela dos terceiros, esta função só pode ser desempenhada se a eficácia da hipoteca depender da respectiva inscrição, o que decorre do regime jurídico substantivo aplicado à hipoteca.

Nessa medida, percebe-se o limite aqui imposto: um dos riscos a que alude a doutrina na autonomia conflitual nos direitos reais (informação dos terceiros, que são afectados pelo seu regime jurídico), só é efectivamente neutralizado se a lei escolhida plasmar a natureza constitutiva da inscrição. Ora, esta harmonização existe no espaço europeu: *por um lado*, em todas as ordens jurídicas se impõe o registo como condição de produção dos efeitos da garantia; *por outro*, e precavendo alterações futuras, este *status quo* pode ser assegurado pela fixação, em directiva, da necessidade de a hipoteca ser registada sob pena de não produzir quaisquer efeitos, certeza que não pode ser dada caso se admita a opção por lei

---

*International Privé*, vol XXXIX, 1950, pp. 609-615, p. 615), discussão que se tem hoje por plenamente ultrapassada no domínio contratual. Sobre os vários limites que alguns direitos estabelecem (ou estabeleceram) ao exercício da autonomia conflitual (e seu progressivo abandono), *vide* ALFRED E. VON OVERBECK, "L'irrésistible...", pp. 621ss.

Repare-se que alguns Autores, embora defensores da autonomia plena na escolha de lei para os contratos internacionais, suscitam reservas na extensão da liberdade conflitual aplicada a outros domínios. Sustenta-se que, fora do âmbito das obrigações voluntárias, não é possível presumir que as partes estão informadas sobre as consequências da escolha de lei ou que não existe ascendente de uma das partes. Nessa sequência, propõe-se a limitação da escolha às leis que, previsivelmente, lhes são familiares (cfr. FRANK VISCHER, "General...", pp. 127 e 132, referindo-se à escolha de lei no estatuto pessoal e na responsabilidade extracontratual). Por nossa parte, independentemente da validade dos argumentos (lembre-se que, hoje, o Regulamento Roma I admite escolha de lei *mesmo em negócios onde se verifica ascendente de uma das partes*), cremos que o domínio que aqui trazemos (a hipoteca) não é afectado por estas considerações. Na verdade, os limites que colocamos à escolha de lei (a lei de um dos Estados-Membros) permitem acautelar não apenas que o regime escolhido não é desequilibrado como a tutela dos terceiros, como melhor veremos.

Sobre as razões que determinam, em certos domínios, a *autonomia conflitual limitada*, autorizando a escolha de um conjunto de leis seleccionadas, *vide* HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 268.



extracomunitária, onde são concebíveis hipotecas não sujeitas a registo obrigatório<sup>1211</sup>. No fundo, a *atenuação da tipicidade* (porquanto passam a poder vigorar tantas hipotecas quanto as que forem previstas pelas leis dos Estados-Membros) não prejudica os terceiros que aquele princípio visava tutelar. Neste estrito domínio, a protecção dos terceiros radica no registo, pelo que a limitação tem em vista sua a manutenção necessária<sup>1212</sup>.

A opção de limitação da autonomia conflitual por atenção à tutela de terceiros não é, aliás, uma novidade: no quadro da autonomia conflitual concedida ao *de cuius*, a limitação da escolha teve justamente como escopo a tutela dos herdeiros legitimários<sup>1213</sup>. No específico

---

<sup>1211</sup> Com pensamento rigorosamente coincidente (quanto à autonomia conflitual de *todos* os direitos reais entre as leis estaduais dos EUA), ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 80.

Evidentemente que se o direito tabular (de aplicação territorial, como vimos — pp. 115ss) estabelecer tal regra, poderá conduzir-se a tal resultado. Todavia, é duvidosa a questão de saber se a eficácia da hipoteca não registada é uma matéria inerente ao sistema tabular (buscando-se a solução à *lex rei sitae*) ou se é problema atribuído ao regime substantivo da hipoteca. Nos sistemas que exigem um *modo* para constituição da hipoteca, a questão é sem polémica qualificada como substantiva: o *modo* (inscrição tabular) é necessário ao surgimento do direito real, sem o qual este não se forma. Já nos sistemas de *título* onde se restringe a eficácia da hipoteca, mesmo *inter partes*, à publicidade registal, o problema é duvidoso: tratar-se-á de uma questão inerente à lei reguladora da hipoteca ou à lei registal aplicável? Pensamos, designadamente, no direito francês, onde o registo da hipoteca surge como *condição absoluta de eficácia*, sendo polémica a sua natureza *constitutiva* — cfr. *supra* nota n.º 248 e bibliografia aí citada. Por nossa parte, face ao critério da *primazia relativa do estatuto real*, julgamos que é ao estatuto real (substantivo) que cabe a determinação do *modo* de constituição do direito (cfr. *supra* pp. 94ss). E, julgamos, um direito que não produz qualquer efeito não pode considerar-se ainda existente (*vide* o que defendemos *supra*, na nota n.º 228).

Todavia, mesmo que se não aceite o raciocínio, repare-se que a nossa proposta está modelada de forma a nunca pôr em causa a *necessidade de registo*: caso se qualifique a exigência de inscrição como *regra relativa ao regime substantivo da hipoteca*, aquela sempre vigorará porque restringimos a escolha às leis dos Estados-Membros (que postulam a sua necessidade); caso se caracterize a regra como *concernente ao regime registal*, o efeito produzir-se-á porque limitámos a proposta aos prédios situados nos Estados-Membros (cujos sistemas jurídicos o determinam e, nesse caso, por aplicação territorial — cfr. pp. 115ss).

<sup>1212</sup> Neste sentido, WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 52; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 15. É, no fundo, o pensamento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, pp. 76-80, quando sustenta que o princípio da taxatividade constrange demasiado as partes sempre que existam outras formas de tutela dos terceiros e propõe o *numerus apertus*: "*Bastaria a utilização dos meios actualmente existentes para se garantir a necessária publicidade* (p. 80). Ora, na hipoteca ela existe: radica no Registo Predial, que o Professor considera "*particularmente eficiente*". Com efeito, radicante na taxatividade na *transparência dos direitos reais* (cfr. BRIGITTA LURGER, "The Unification...", p. 175), a existência de uma mais eficaz e completa publicidade combate as desvantagens da sua atenuação.

Por outro lado, importa sublinhar que se vem hoje colocando em dúvida a bondade do princípio do *numerus clausus*, seja por envolver uma desproporção entre os entraves causados ao comércio jurídico e a tutela de terceiros (LOUIS D'AVOUT, *Sur les solutions...*, pp. 663ss; AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 24), seja por se duvidar da sua adequação ao objetivo subjacente (cfr. MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Tipicidade ou atipicidade dos Direitos Reais? (Algumas considerações)", *Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*, TÂNIA MARA AHUALLI E MARCELO BENACCHIO, Quartier Latin, São Paulo, 2015, (no prelo), *passim*; FLESSNER, *ibidem*; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, pp. 553ss), ou mesmo por se indicar como responsável pela petrificação da regulação dos direitos reais (sobre o problema, *vide* JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, "A reforma do Código Civil no âmbito do Direito das Coisas", *O Direito*, Ano 146.º, n.º II, 2014, pp. 332411-, p. 320, que duvida da procedência da acusação). Mais audaz é JAN VON HEIN, "Party...", p. 115, para quem a possibilidade de *transposição* dos direitos reais para outras ordens jurídicas é garantia bastante para os terceiros, não sendo o princípio do *numerus clausus* obstáculo ao estabelecimento da autonomia conflitual nos direitos reais.

<sup>1213</sup> Cfr. art. 22.º do Regulamento (UE) n.º 650/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e execução das decisões, e à aceitação e execução dos actos autênticos em matéria de sucessões e à criação de um certificado sucessório europeu, e a análise de PAUL LAGARDE, "Les principes...", p. 720.

domínio dos direitos reais, há um consenso generalizado entre os Autores que advogam a autonomia conflitual no sentido de que a ausência de limites à escolha poderá fazer perigar a posição jurídica de terceiros, a quem é oponível a relação jurídico-real. Ponto é identificar esses terceiros, a forma como o seu interesse pode ser afectado e desenhar uma limitação à autonomia que se adequa à respectiva tutela<sup>1214</sup>.

A segunda razão para sufragarmos este limite radica em motivações de protecção da parte mais fraca, já que pode aqui aparecer ascendente do credor sobre o devedor. Na verdade, a concorrência legislativa pode ter um efeito de *race for the bottom*: a viabilidade de designação da lei aplicável implica o risco de a parte mais forte impor a escolha da lei *menos protectora do devedor* (e dos terceiros), gerando desregulação da hipoteca com prejuízo para o comércio jurídico<sup>1215</sup>.

Embora seja incerto que tal efeito exista (já que alguma doutrina defende mesmo a *race for the top* [no sentido da opção pela lei mais protectora e mais desenvolvida ou, pelo menos, a que as partes melhor conhecem<sup>1216</sup>] ou a *separação de legislações* [no sentido de que alguns operadores económicos preferirão regras mais protectoras e outros operadores regras menos protectoras]<sup>1217</sup>), certo é que a limitação da *professio iuris* a uma das leis europeias permite garantir que não serão chamadas normas hipotecárias que constituam um desequilíbrio das posições dos sujeitos envolvidos e que uma protecção mínima será sempre possível de impor por via da harmonização dos aspectos centrais.

---

Assim, mesmo os Autores que sufragam a autonomia conflitual nos direitos reais aceitam, neste domínio, uma restrição do leque de legislações passíveis de escolha: cfr. JAN VON HEIN, "Party...", p. 117.

<sup>1214</sup> Vide HENDRIK VERHAGEN, "Party...", p. 190.

<sup>1215</sup> A este risco aludem ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", pp. 92ss; JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 123; MERRIT B. FOX, "Securities Disclosure in a Globalizing Market: Who Should Regulate Whom", *Michigan Law Review*, vol. 95, n.º 8, 1997, pp. 2498-2632, pp. 2590; JOEL TRACHTMAN, "International...", pp. 52 e 61. Com pensamento semelhante, embora aplicado à concorrência legislativa no quadro do princípio do reconhecimento mútuo, vide ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Aplicável aos Contratos...", p. 214; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "El principio...", pp. 138-139; MARIA DAKOLIAS, "The Second...", p. 74.

<sup>1216</sup> Neste sentido, ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 93; GÉRARD HERTIG, "Regulatory...", p. 359 (no que concerne à legislação sobre actividade bancária); MICHAEL KLAUSNER, "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995, pp. 757-852, p. 842; RALPH WINTER, "State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 251-292, p. 258; STEFAN LEIBLE, "Kollisionsrecht...", p. 385 (que sublinha a influência, na escolha, de factores como a familiaridade com a lei e não com o carácter menor protector); ROBERTA ROMANO, "Empowering Investors: a Market Approach to Securities Regulation", *Yale Law Journal*, vol. 107, n.º 8, 1997-1998, pp. 2359-2430, pp. 2384-2389 (defende não existir tal efeito no contexto dos valores mobiliários); ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 152 (notando, no domínio contratual, a tendência de escolha da lei que as partes melhor conhecem e cujas regras antecipem). Uma profunda análise desta doutrina pode ler-se no trabalho de LUCIAN ARYE BEBSCHUK, "Federalism and the Corporation: the desirable limits on State competition in corporate law", *Harvard Law Review*, vol. 105, n.º 7, 1992, pp. 1435-1510, pp. 1440ss, que analisa os argumentos e os contrapõe com os Autores que receiam a *race for the bottom*.

<sup>1217</sup> Cfr. STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", pp. 916-917, e "Portable...", p. 232.

Isto é, a *concorrência legislativa* que vem sendo propugnada no espaço europeu é bastante diferente daquela que ocorre no quadro americano, já que é admitida tendo por base um travão: a possibilidade de *harmonização pelas instituições europeias*. É este modelo que impede que a eventual *race for the bottom* comprometa a protecção da parte mais fraca, já que as bases jurídicas em matéria de aproximação de legislações sempre admitem que a UE proíba a vigência de soluções desequilibradas que coloquem em causa patamares mínimos de protecção do devedor: é o modelo de “*reflexive harmonisation*”, onde a concorrência legislativa está salvaguardada pelo poder harmonizador das autoridades comunitárias. Trata-se, nas palavras de MOURA VICENTE, da *harmonização mínima* das legislações que vem autorizando um “*direito de conflitos mais liberal do que aquele que vale para as relações com terceiros Estados*”<sup>1218</sup>.

#### 4.3.1.4. Impossibilidade de sujeição da hipoteca a várias leis.

Julgamos ainda que a autonomia conflitual não pode abranger o *dépeçage* da hipoteca. Isto é, não cremos poder aceitar-se a submissão da garantia, fraccionadamente, a mais do que uma lei (relegando certos aspectos à Lei 1 e outros à Lei 2), mesmo aceitando todas as cautelas que habitualmente revestem tal viabilidade no quadro contratual<sup>1219</sup>.

---

<sup>1218</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 792. No sentido de que a concorrência legislativa não é nefasta graças ao poder harmonizador da União (que garante padrões mínimos de protecção), vide MOURA VICENTE, *cit.*, p. 787; SIMON DEAKIN, "Legal...", pp. 453-454; NORBERT REICH, "Competition...", p. 896; HORATIA MUIR WATT, "Aspects...", p. 86; ROGER VAN DEN BERGH, "Subsidiarity as Economic...", p. 144; ALAN O. SYKES, "Regulatory Competition or Regulatory Harmonization? A silly question?", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.º 2, 2000, pp. 257-264, pp. 259 e 263. Esta possibilidade de harmonização é apelidada por FRANCISCO GARCIMARTÍN ALFÉREZ, "Regulatory...", p. 260, como o mecanismo *standard* de preclusão das *externalities* que prejudicam a bondade da concorrência legislativa, mas o Professor sugere, em alternativa, a adopção de critérios conflituais uniformes capazes de assegurar o mesmo objectivo — entende que a plena liberdade de escolha e de foro será suficiente para evitar este efeito, pois dissuadirá os Estados a descer o nível de protecção porquanto tal se virará contra si mesmo (p. 264).

A harmonização pelo estabelecimento de patamares mínimos de protecção é, aliás, uma das características do método seguido pelas instituições, como aponta HANNES RÖSLER, "Europeanisation...", p. 308.

Repare-se que, neste caso, não se coloca qualquer dos problemas que apontámos *supra* sobre a competência da União para proceder à harmonização do direito material (cfr. pp. 373ss e 380ss): proceder à *harmonização mínima* não infringe o princípio da proporcionalidade (porquanto se restringe ao *necessário* para o objectivo comunitário, ao se coordenar com a abordagem conflitual) nem põe em causa o pluralismo jurídico (porque mantém a disparidade da hipoteca naquilo que lhe é característico — natureza independente; aceitação do pacto comissório; etc.). Tanto assim é que a UE vem intervindo pacificamente no estabelecimento de patamares de protecção justamente no quadro do crédito hipotecário (vide *Directiva do Crédito Hipotecário* — Directiva n.º 2014/17/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Fevereiro de 2014).

<sup>1219</sup> O *dépeçage* de uma relação jurídica tem, como argumentos fundamentantes, a mais plena concretização da vontade das partes (PAUL LAGARDE, "Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XI, 1975, pp. 649-677, p. 652). No domínio contratual, o fraccionamento apenas é possível quanto a certas *questões* ou *matérias*, não se admitindo isolar especificamente determinadas *normas* do estatuto do contrato para as substituir por outras (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 130). Aliás, para alguma doutrina, nem sequer é possível a escolha de mais do que uma lei, sob pena de redundar “*na confecção de uma manta de retalhos jurídica*”: de acordo com este entendimento, o *dépeçage* apenas implicaria a escolha de uma lei a parte do negócio, regulando-se o demais pela lei subsidiariamente competente (ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Convenção...", p. 231; TITO BALLARINO,

Na verdade, se a autonomia conflitual no domínio negocial pode admitir esta faculdade, há que reconhecer que tal tem subjacente o fraccionamento de um contrato, de onde surgem obrigações autonomizáveis e, por isso, eventualmente sujeitas a leis diferentes<sup>1220</sup>. O mesmo pressuposto não é transponível para um direito real, cujo regime modela de forma unitária o poder de soberania do titular sobre uma coisa. Não parece possível determinar que os poderes do credor hipotecário sejam cometidos a leis diferentes consoante esteja em causa o direito de promover a venda da coisa, o poder de exigir o reforço da garantia ou a admissibilidade do pacto comissório.

Sustentamo-lo porque cremos serem aqui mobilizáveis os receios que o legislador comunitário evidenciou no estabelecimento da autonomia conflitual das sucessões (onde impediu expressamente o *dépeçage* da sucessão — art. 23.º do Regulamento das Sucessões), designadamente o surgimento de antinomias insanáveis entre as várias leis convocadas. Tal desarmonia material (e consequente necessidade de adaptação de normas materiais) é tolerável no quadro contratual (não se negando aí a viabilidade de fraccionamento objectivo) porque a incerteza gerada no domínio obrigacional afecta tão-somente as partes. É, por isso, um risco que voluntariamente podem correr sem que o DIP a isso se oponha<sup>1221</sup>.

---

*Diritto...*, p. 600; MARIA HELENA BRITO, "Os Contratos Bancários...", p. 93, nota n.º 36). Esta ideia, aliás, parece resultar do relatório sobre a Convenção de Roma, com esta publicado — MARIO GIULIANO E PAUL LAGARDE, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal Officiel des Communautés Européennes*, C-282, de 31.10.1980, 1980, pp. 1-50, comentário n.º 4 ao art. 3.º.

Em sentido contrário, defendendo a possibilidade de designações parcelares, *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 276; PAUL LAGARDE, "The European...", p. 96, e "Le nouveau...", p. 302 (embora reconhecendo que a Convenção de Roma a não consagrava expressamente, sendo necessária uma interpretação teleológica nesse sentido); FRANCO MOSCONI E CRISTINA CAMPIGLIO, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. I, Parte Generale e Contratti, 4.ª Edição, UTET Giuridica, Torino, 2007, p. 364; NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves...", p. 45.

Evidentemente, não equacionamos a hipótese de desmembramento subjectivo da relação jurídica (sujeição da posição jurídica do credor e do devedor a leis diferentes) mas apenas o fraccionamento objectivo do regime da hipoteca (submeter alguns aspectos do respectivo regime jurídico a uma lei e outros a outra ordem jurídica). Na verdade, se é de aceitação duvidosa o fraccionamento subjectivo no quadro contratual, parece que a natureza própria do direito real (que, do lado passivo, encontra uma pluralidade de sujeitos onerados com uma obrigação passiva universal, reflexo da soberania do titular), tornaria a hipótese absurda: as normas hipotecárias regem os poderes do titular sobre a coisa e não uma posição jurídica entre dois sujeitos, porventura sujeitáveis a leis diferentes. Sobre as dificuldades de fraccionamento subjectivo das relações contratuais, *cfr.* ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *cit.*, pp. 127ss.

<sup>1220</sup> Neste sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 126; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 460; JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación...", pp. 703ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 80, que sustentam que o fraccionamento legislativo é indicado nas relações jurídicas perpetradas por "un elevado grado sustancial de autonomía".

<sup>1221</sup> Sobre a hostilidade do legislador comunitário ao *dépeçage* nas sucessões, *vide* ANGELO DAVÌ E ALESSANDRA ZANOBETTI, "Il nuovo...", p. 38, nota n.º 134. Sublinhando o previsível surgimento da desarmonia material sempre que tal se admita, *cfr.* ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 129.

Segundo ANDREW DICKINSON, *The Rome II...*, p. 552, esta proibição existe também no Regulamento Roma II, onde a ausência de previsão expressa significará uma hostilidade do legislador comunitário ao *dépeçage* da relação jurídica justificada em razões de segurança jurídica. Tal opção é criticada por XANDRA E. KRAMER, "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law

Já no nosso domínio (como de resto nas sucessões), a geração de tal incerteza produz um efeito nefasto na estabilidade das relações privadas internacionais, colocando em cheque o fim último deste ramo do direito. Repare-se na natureza do direito real: está em causa a disciplina de poderes atribuídos ao titular sobre coisa certa e determinada, oponíveis *erga omnes*. Ora, uma cumulação de normas de leis diferentes implicaria um risco acentuado de desarmonia material, de antinomia entre as várias leis chamadas, capaz de gerar profunda insegurança e incerteza quanto à existência ou dimensão da garantia real<sup>1222</sup>.

Efectivamente, caso se admitisse a constituição de uma hipoteca sujeita à lei portuguesa *quanto aos poderes do titular*, submetendo à lei alemã *o regime jurídico da extinção da garantia*, tal opção significaria que a hipoteca, regulada pela lei lusa, não desapareceria pela extinção da dívida garantida, já que a lei alemã postula a sua conversão em *hipoteca independente*; ora, a hipoteca independente não existe na lei reguladora (a lei portuguesa), implicando uma insanável contradição. Assim, aceitar o fraccionamento geraria dúvida quanto à existência do direito real (existe e, por isso, pode ser cedido a novo credor ou extinguiu-se e beneficiaram-se os credores com prioridade posterior?), que é justamente o que se queria prevenir com a conexão proposta.

#### **4.3.1.5. A limitação da autonomia conflitual à hipoteca internacional — a proibição de internacionalização fictícia da hipoteca.**

Propomos ainda o afastamento da autonomia nas relações jurídicas puramente internas (ou relativamente internacionais<sup>1223</sup>), caso em que deve prevalecer a aplicação da *lex rei sitae*. Nessa medida, a autonomia conflitual deverá ser limitada em norma similar à regra do Regulamento Roma I (ou dos Princípios da Haia sobre a escolha do direito aplicável em matéria de contratos) que salvaguarda a aplicação das disposições imperativas da única lei conectada com o caso; a verdadeira liberdade de escolha deve ocorrer apenas nos casos em

---

tradition continued", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 4, 2008, pp. 414-424, p. 423, pelo facto de em sede delitual avultar principalmente o interesse das partes e não de terceiros.

<sup>1222</sup> Argumentos próximos utiliza ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "A responsabilidade civil...", p. 381, para negar esta viabilidade no domínio da responsabilidade extracontratual. Aliás, mesmo no quadro dos contratos, o Tribunal de Justiça reconhece que o *dépeçage* da relação jurídica prejudica a certeza do direito e, por isso, tem natureza excepcional — cfr. Acórdão TJCE de 6 de Outubro de 2009, *Intercontainer Interfrigo SC* (ICF) proc. C-133/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2009, pp. I-9687, n.º 43.

<sup>1223</sup> Isto é, as situações que apresentam todos os contactos relevantes com uma única ordem jurídica, diferente da do foro. A classificação é de JOSEPHUS JITTA, *La méthode du Droit International Privé*, Haia, 1890, e é adoptada pela generalidade da doutrina nacional (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 76; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 10; RUI MOURA RAMOS, *Direito Internacional Privado e Constituição...*, p. 44). Por seu turno, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O novo...", p. 848, adopta a expressão "situações meramente estrangeiras" e YVON LOUSSOUARN, "Cours...", p. 279, a locução "litígio internacional".

que estejam presentes um ou vários elementos de estraneidade (*acepção ampla de internacionalidade*), para além da escolha das partes<sup>1224</sup>.

Esta exclusão deriva, essencialmente, de três ordens de razões.

*Por um lado*, a doutrina aponta a *soberania estadual* como limite à autonomia conflitual, a significar não haver razões, nas situações domésticas, para subtrair a disciplina normativa de uma relação jurídica aos poderes do único Estado sob cuja égide é constituída<sup>1225</sup>.

A *segunda razão* deduz-se dos fundamentos que encontrámos à autonomia conflitual como mecanismo de realização do mercado único: a necessidade de as partes optarem por uma lei que conheçam e em que confiem não se verifica no plano puramente interno e a alteração da conexão clássica nas hipotecas internas não terá efeito algum no fomento do mercado europeu de garantias imobiliárias, pelo que se não revela *necessária*<sup>1226</sup>.

*Por fim*, não deve olvidar-se que o direito hipotecário desempenha um papel de revelação de opções de política económica, concretamente na definição do equilíbrio entre interesses do credor e de devedor. Estas políticas legislativas são, como vimos, profundamente distintas, o que redundou na preponderante disparidade dos institutos jurídicos hipotecários. Nessa medida, a actuação do princípio da não transactividade nas relações puramente internas justifica-se: a não ser assim, por via da autonomia conflitual, amputar-se-iam os Estados de realizar tais opções (designadamente, a de procurar uma maior

---

<sup>1224</sup> Cfr. n.º 3 do art. 3.º do Regulamento Roma I: “*Caso todos os outros elementos relevantes da situação se situem, no momento da escolha, num país que não seja o país da lei escolhida, a escolha das partes não prejudica a aplicação das disposições da lei desse outro país não derogáveis por acordo*”. Sobre a necessidade e pertinência de uma limitação deste tipo, vide RUI MOURA RAMOS, “L’adhésion...”, p. 164; RODOLFO DE NOVA, “Quando un contratto è «Internazionale?»”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIV, 1978, pp. 665-680, p. 668; J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 197; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Convenio...”, p. 63; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 458; OLE LANDO, “The EEC...”, pp. 180-181; CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, p. 48 (que explicam tratar-se de uma regra que não proíbe, mas antes *controla*, a internacionalização fictícia da relação jurídica). Para uma comparação da regra europeia com a disposição equivalente dos Princípios da Haia, cfr. SYMEON SYMEONIDES, “L’autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 4, 2013, pp. 807-842, p. 816.

Começam a surgir críticas a esta limitação no domínio contratual, sustentando-se que num mundo globalizado onde é tão fácil às partes manipular as conexões para almejar a natureza internacional, não há razão para afastar a *professio iuris* nas situações internas, porquanto tal terá como efeito a concessão da liberdade de escolha apenas aos sujeitos mais abastados, que facilmente poderão *internacionalizar* a relação jurídica (cfr. JAN SMITS, “A Radical View of Legal Pluralism”, *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2012/1, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1983869>, consultado em 17 de Outubro de 2014, pp. 9-10: “*to eliminate the requirements of territoriality and internationality is the next logical step in this European integration process*”).

<sup>1225</sup> No fundo, a introdução de autonomia conflitual reduz a imperatividade da lei nacional (ao abrir a porta a outros corpos normativos — TONI MARZAL YETANO, “The Constitutionalisation...”, p. 179); ora, tal efeito não é necessário nas relações jurídicas internas. Neste sentido, PAULIUS JURCYNS, *Party...*, p. 6, que nota contudo a diminuição da importância deste argumento

<sup>1226</sup> Neste sentido, no domínio obrigacional, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 73.

tutela do devedor mediante um aumento da rigidez das disposições hipotecárias, ou facilitar o acesso ao crédito pelo reforço da segurança do credor)<sup>1227</sup>.

Se esta limitação, do ponto de vista dogmático, é facilmente explicável e justificável, a aplicação do critério às situações da vida pode enfrentar maiores dificuldades. Designadamente, importa saber quando se considera existirem contactos relevantes com mais do que uma ordem jurídica (quando é *internacional a hipoteca*), pressuposto de aceitação da *professio iuris* neste domínio.

Sendo evidentes os casos onde esta plurilocalização existe (*maxime* quando a coisa hipotecada se situe em Estado diferente do da sede ou residência do credor) e casos onde tal não existe (aqueles não têm *nenhum contacto* com um ordenamento estrangeiro), situações-limite podem configurar-se: suponha-se que A, sociedade com sede (estatutária e efectiva) em Portugal e constituída à luz da lei portuguesa, desenvolvendo a sua actividade exclusivamente neste país, contrai um empréstimo perante o Banco B (com actividade apenas em Portugal) oferecendo uma hipoteca sobre o prédio X, situado em Coimbra. O financiamento ocorreu, por decisão contratual, mediante a entrega de *libras esterlinas* ao devedor. O facto de o financiamento garantido por hipoteca ser *concedido em moeda estrangeira* é suficiente para que esta situação se tenha por *internacional*? Outras situações de *internacionalidade duvidosa* podem conjecturar-se: pense-se no contrato em que as partes convencionam que o lugar de reembolso do crédito mutuado, agora em euros, é no estrangeiro: a decisão do *lugar do cumprimento* é suficiente para o carácter internacional da garantia? Ou suponha-se o caso em que o contrato é redigido em língua estrangeira — é este elemento suficiente para que se tenha a situação como *plurilocalizada*?

O problema não é inédito (mormente no que concerne à escolha da moeda estrangeira), tendo já obtido diversas respostas jurisprudenciais e doutrinárias (limitadas à questão da admissibilidade da escolha de lei nas relações obrigacionais). No fundo, procura saber-se até onde se deve proteger a eficácia da *restrição da autonomia às situações internacionais*<sup>1228</sup>.

Uma primeira via para a solução deste problema é a avaliação dos elementos de estraneidade, procurando determinar a sua *suficiência* para que a relação jurídica se tenha por *internacional*. Isto é, importará fazer uma "*operazione preliminare di carattere definitivo*" para

---

<sup>1227</sup> No sentido de que a regra da *lex rei sitae* ajuda a operacionalizar uma *política de ordenação do mercado de crédito*, vide CARLO ANGELICI, "Garanzie...", p. 1.

<sup>1228</sup> Sobre este problema e as várias hipóteses de solução, vide KLAUS SCHURIG, "Zwingendes...", p. 223.

determinar a *relevância* dos elementos plurilocalizados da relação jurídica<sup>1229</sup>. Adoptando esta via de solução, várias propostas vêm surgindo quanto ao *critério de internacionalidade*.

*Em primeiro lugar*, olhe-se ao critério fixado pela *Cour de Cassation* francesa, nos termos do qual a *internacionalidade* dependerá de uma *circulação de fundos entre dois países*, noção legalmente recebida como *tendo em conta os “interesses do comércio internacional”*. Em consequência, considera-se não ser suficiente a menção a moeda estrangeira para que se tenha por internacional a relação jurídica creditória (negando a *professio iuris*), já que nenhum efeito o contrato teria, económica e substancialmente, no comércio internacional; inversamente, poderá ter-se por internacional a compra e venda, celebrada entre dois sujeitos nacionais e residentes no mesmo país, de uma mercadoria de origem estrangeira<sup>1230</sup>.

*Em segundo lugar*, veja-se a opção da *Cour de Cassation* belga<sup>1231</sup>, segundo a qual a escolha de uma divisa estrangeira constitui *conexão suficientemente relevante* para que se possa tomar um negócio como *plurilocalizado* e, em consequência, mobilizar a regra conflitual que admite a escolha de lei. Este critério, como se percebe, esvazia a limitação da autonomia conflitual às relações internas, porquanto faz depender a internacionalidade da *vontade das partes* e não de conexões objectivas. Ora, quando se limita a *professio iuris* a contratos internacionais, a vontade das partes só releva se os contactos *objectivos* da relação jurídica estiverem já plurilocalizados.

*Em terceiro lugar*, olhe-se ao juízo de RODOLFO DE NOVA, segundo o qual o critério de apreciação da *relevância do contacto* será o da *utilização da conexão escolhida pelo sistema conflitual*: serão relevantes para a internacionalidade as ligações que o legislador de conflitos considerou suficientemente importantes para serem usadas como elemento de conexão em alguma regra

---

<sup>1229</sup> A expressão citada é de RODOLFO DE NOVA, "Quando...", p. 674. De facto, a simples menção que é internacional a relação jurídica onde algum dos seus "elementos relevantes" se localiza noutra território não é suficiente, "*puisqu'il s'agira d'établir quels sont les éléments pertinent ou significatifs en l'espèce*" (PIERRE LALIVE, "Sur une notion de «Contrat international»", *Multum non Multa — Festschrift für Kurt Lipstein anlässlich seines 70. Geburtstages*, PETER FEUERSTEIN E CLIVE PARRY, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1980, pp. 135-155, p. 137).

<sup>1230</sup> Quanto à jurisprudência francesa, *vide* Acórdão da *Cour de Cassation* de 21 de Junho de 1950, *Messageries maritimes*, publicado na *Revue Critique de Droit International privé*, vol. 39, pp. 609. Este critério remonta ao caso *Pélissier du Besset*, de 1929, onde o Procurador Geral MATTER defendeu tal juízo. O legislador francês parece ter, mais tarde, flexibilizado o critério quando definiu *arbitragem internacional* no Código de Processo Civil de 1973 como aquela que "*qui met en cause des intérêts du commerce international*". Sobre este critério de internacionalidade, *vide* ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 79ss (que o adopta); CARLOS ESPLUGUES MOTA, SILVIA BARONA VILAR E J. HERNÁNDEZ MARTÍ, *Contratación...*, p. 46, nota n.º 13; EDUARDO DOS SANTOS JÚNIOR, "Sobre...", p. 187 (que o adopta, embora corrigindo as suas deficiências — pp. 190-192); ANTOINE KASSIS, *Le nouveau...*, pp. 53ss; FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations...", pp. 177-178; PIERRE LALIVE, "Sur une notion...", p. 138; OLE LANDO, "Contracts", p. 35. Repare-se que a circulação de fundos, tal como foi erigida pelo Tribunal gaulês, não corresponde exactamente à definição legal adoptada para o carácter internacional da arbitragem: sobre a diferença, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial...*, p. 78.

<sup>1231</sup> Cfr. Acórdão da *Cour de Cassation* (Bélgica) de 4 de Setembro de 1975, *Nelissen c. Somer*, 1976.



de conflitos. Assim, serão internacionais as relações jurídicas que apresentem estraneidade quanto ao *local da celebração, nacionalidade das partes, residência das partes e situação da coisa*<sup>1232</sup>.

*Em quarto lugar*, de acordo com BONOMI, o critério deve ser o da relevância do elemento estranho para o conteúdo da relação jurídica constituída. Isto é, se a língua de redacção do negócio é estrangeira, tal não tem influência no desenvolvimento da relação, pelo que se trata de uma *irrelevância* que não a torna internacional. Como o Professor admite, esta interpretação estende consideravelmente o âmbito de aplicação da restrição, já que afasta a *professio iuris* em relações jurídicas *objectivamente plurilocalizadas* sempre que o elemento de estraneidade não influencie o negócio (por exemplo, uma nacionalidade diferente)<sup>1233</sup>.

*Por fim*, segundo GIACOMO BAGIONI, a apreciação da internacionalidade deve fazer-se *no momento da constituição da relação jurídica e não de acordo com as feições que a relação jurídica tiver depois de constituída*. Tal permite afastar a internacionalidade quando o lugar do cumprimento ou a moeda em que a obrigação deva ser cumprida sejam as únicas conexões díspares: foram as *cláusulas do contrato* que o tornaram internacional e não a situação jurídica que precedeu a respectiva elaboração<sup>1234</sup>.

Outra via de solução do problema, prescindindo da definição de um critério prévio de *internacionalidade*, é a mobilização do instituto da *fraude à lei*. Isto é, sem determinar o que é a plurilocalização, neutralizar-se-ia a escolha de lei *a posteriori* sempre que as partes, intencionalmente ou de modo simulado, tenham criado um elemento secundário de

---

<sup>1232</sup> Cfr. RODOLFO DE NOVA, "Quando...", pp. 670-674, explicando individualmente por que razão são relevantes estas quatro conexões para a determinação da internacionalidade de uma relação jurídica. Era aliás este o critério que o Professor propunha para o texto da Convenção de Roma (p. 679), sugerindo que o n.º 3 do art. 3.º ficasse com a seguinte redacção: "*Relationships of an international character for the purposes of the present Convention are those where at least to connecting factors potentially relevant under the Convention, excepting the choice by the parties, lead to different laws*". Esta concepção é também defendida por PETER KAYE, *The New Private International of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993, p. 166; PETER NYGH, *Autonomy...*, p. 54, nota n.º 32, e, entre nós, NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves...", p. 22. Embora sem o declarar expressamente, parece ser esta a opinião de MARIA HELENA BRITO, "Direito aplicável...", p. 108-110, porquanto defende ser *internacional* um contrato de trabalho a favor de um empregador estrangeiro porque, não obstante a nacionalidade não ter interferência na execução do contrato, a *nacionalidade* é um elemento relevante para as regras de conflitos, já que consubstancia a conexão eleita para a capacidade contratual.

<sup>1233</sup> ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 23. O Professor adita outros exemplos onde se deverá aplicar o n.º 3 do art. 3.º da Convenção de Roma (equivalente ao Regulamento Roma I) e excluir a *autonomia conflitual*: "*quando una delle parti abbia una nazionalità straniera che non ha nessuna rilevanza nel caso di specie, o quando il contratto sia stato concluso all'estero per ragioni puramente casuali*". A relevância da nacionalidade para apreciação da internacionalidade, aliás, tinha já sido posta em causa por HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 108. Uma apreciação da relevância da *nacionalidade das partes* para a plurilocalização do contrato é feita por ANTOINE KASSIS, *Le nouveau...*, pp. 28-30.

<sup>1234</sup> GIACOMO BAGIONI, "Artículo 3.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 629-636, p. 631. Este critério parece ser implicitamente recebido por ROBIN MORSE, "Party Autonomy in International Insurance Contract Law", *International Insurance Contract Law in the EC*, FRITZ REICHERT-FACILIDES E HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Kluwer, Davenport, 1993, pp. 23-51, p. 30.

estranidade com o objectivo precípua de possibilitar a *professio iuris*<sup>1235</sup>. Como é evidente, se a *fraude à lei* é um instituto muito controverso em todo o direito internacional privado, a sua aceitação quando é a regra de conflitos a autorizar a escolha de lei é ainda mais reservada, multiplicando-se as vozes no sentido da sua *inadmissibilidade*<sup>1236</sup>.

Por nossa parte, julgamos que o caminho certo estará na identificação dos elementos de estranidade numa relação hipotecária internacional. E o critério deverá ser o de apurar se os *elementos objectivos da relação jurídica* (sujeitos, objecto, facto e garantia — independentemente da sua natureza ou intensidade) se não encontram no mesmo ordenamento; no fundo, na terminologia do legislador comunitário, importa perceber se a *designação de lei estrangeira* não é o único elemento de estranidade do negócio hipotecário.

Com este critério, recusar-se-á o carácter internacional à *hipoteca* cuja obrigação garantida é assumida em moeda diferente daquela que surge na inscrição, já que este factor de estranidade não se reflecte na plurilocalização dos elementos objectivos da relação jurídica (que continuam todos com contactos à mesma lei) e, por isso, não releva para o seu

---

<sup>1235</sup> Neste sentido, HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 242 ("il faut quand même, a notre sens, réserver le cas où le choix est frauduleux, c'est-à-dire dicté par la volonté des parties d'échapper aux dispositions impératives de la loi sous l'empire de laquelle le contrat se situe normalement: nous verrons que le § 3 de l'article 3 et l'article 7 permettent de faire échec à une telle manœuvre et, de toute façon, la loi frauduleusement choisie pourrait être écartée par le juge en vertu du principe général *fraus omnia corrumpit*"); PIERRE MAYER E VINCENT HEUZÉ, *Droit International Privé*, cit., p. 543 (que sustentam a mobilização da fraude não apenas quando há internacionalização fictícia do negócio [exemplificando com o lugar de celebração] mas também quando, num contrato internacional, se escolhe uma lei aplicável sem ligação ao caso com o objectivo de fugir a certa norma que vigora em todas as leis conectadas com o negócio).

Não obstante esta doutrina se referir aqui à fraude à lei, é evidente que não se tratará do instituto clássico: neste, como é tradicionalmente compreendido, há uma manipulação dos factos eleitos como relevantes pelo elemento de conexão, almejando a aplicabilidade de uma lei que de outra forma não seria chamada. Tradicionalmente, são exigíveis vários elementos da fraude: a *norma fraudada* (disposição material cuja aplicação se queria evitar), a *norma instrumento* (regra de conflitos utilizada), a *actividade fraudatária* (manipulação dos factos) e a *intenção fraudatária* (propósito de alterar a lei aplicável) — JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 275; STEFANIA BARIATTI, "Forum...", pp. 162-163; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 564. Sobre a bondade do instituto, sua reformulação, e posições que o afastam (nomeadamente a tese segundo a qual o fraudante só não deve receber protecção jurídica quando a sua conduta consubstancie um *abuso de direito* e a concepção da fraude como forma particular da excepção de ordem pública), vide BAPTISTA MACHADO, *ibidem*.

<sup>1236</sup> Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 424 ("a fraude, neste domínio, é impensável"); OLE LANDO, "The EEC...", p. 183, (sustentando que o instituto da *fraude à lei* na Convenção de Roma de 1980 não pode ser utilizado como cláusula geral por estar positivado nos mecanismos de restrição da autonomia conflitual nela contidos, designadamente a cláusula de restrição da autonomia conflitual nos contratos puramente internos, a mobilização de normas de aplicação necessária e imediata e ainda as regras conflituais especiais para contraentes mais débeis); STEFANIA BARIATTI, "Forum...", p. 166 ("le législateur a prévu des limites précis aux paragraphes 3 et 4 de l'art. 3 du Règlement Rome I, pour remédier toute intention frauduleuse des parties"); LUCIANO GAROFALO, "Volontà...", p. 495 ("la disciplina esaurivamente solo nelle forme e nei modi indicati dall'art. 3 par. 3", embora o Autor desenvolva uma tese segundo a qual é possível neutralizar a "escolha fraudulenta de lei" quando a *lex contractus* seja a italiana, por mobilização do art. 1344.º do *Codice Civile* — a cláusula geral da fraude à lei no direito civil); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Comercial...*, p. 101; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "Problemas de aplicación de las normas de derecho internacional privado", *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 5.ª Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 187-226, p. 176 (expressamente declarando a impossibilidade de mobilizar a *fraude à lei* nas áreas onde há autonomia conflitual). Em sentido próximo, ELSA DIAS OLIVEIRA, *Da responsabilidade...*, p. 495, parece entender que a limitação do n.º 2 do art. 14.º do Regulamento Roma II constitui uma realização da fraude à lei. Sobre o carácter controverso da *fraude à lei* neste domínio, cfr. ainda ANDREA BONOMI, *Le norme...*, p. 20; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 275ss.

carácter internacional. O mesmo juízo presta para admitir natureza plurilocalizada quando nacionalidade do credor, residência ou sede do titular, local da celebração do negócio hipotecário e situação do prédio não apontem todos para a mesma lei, ainda que por efeito da vontade das partes.

Assim, e tal como sucede quanto aos efeitos obrigacionais, aceita-se a natureza *internacional* da relação jurídica quando seja deslocalizado certo elemento objectivo da relação jurídica — *maxime*, quando credor e devedor decidam constituir a hipoteca no estrangeiro para, desta forma, evitar a aplicação da *lex rei sitae* e escolher a lei. Nesse caso, há um elemento da relação jurídica objectivo (lugar do facto genético) que se liga a um ordenamento jurídico diferente dos demais, ainda que em consequência do desejo dos contraentes. Isto é, neste caso a *vontade das partes* operou uma *plurilocalização objectiva*, tornando a relação jurídica, *de facto*, em contacto com mais do que um ordenamento<sup>1237</sup>.

#### 4.3.2. A ausência de limites de natureza subjectiva

Se a *professio iuris* na hipoteca deve estar objectivamente conformada de modo a que a solução do nosso problema não venha a pôr em perigo a segurança jurídica que a *lex rei sitae* sempre garantiu, não cremos deverem ser impostos limites peremptórios de natureza subjectiva. Isto é, com a ressalva dos contratos celebrados por consumidores (matéria excluída do nosso estudo e onde pode a autonomia conflitual reclamar restrições, à semelhança do que sucede nos instrumentos comunitários de direito internacional privado), não parece dever proibir-se em todos os casos a alteração consensual da lei aplicável ou a opção quando o devedor surja economicamente débil. Vejamos melhor.

##### 4.3.2.1. Alterabilidade da lei escolhida.

Julgamos não ser necessário limitar a autonomia no tempo: isto é, com as salvaguardas que melhor aventaremos, parece ser possível que proprietário e titular da

---

<sup>1237</sup> Neste sentido, embora referindo-se a *contratos obrigacionais*, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 424; LIMA PINHEIRO (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 40 [*“um contrato de venda não é transnacional pelo simples facto de a coisa vendida ter sido fabricada no estrangeiro ou de se estipular o pagamento em moeda estrangeira”*]; *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 269; “Rome I...”, p. 244); MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, “Las obligaciones contractuales”, *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 297-340, p. 305 (*“es internacional aquel contrato cuyos elementos objetivos — lugar de situación del bien, lugar de entrega de la cosa, establecimientos de las partes, etc. — o subjetivos — nacionalidad de las partes — aparecen dispersos bajo el ámbito de distintos ordenamientos jurídicos”*); FRANÇOIS RIGAUX, “Les situations...”, p. 179; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La Autonomía...”, p. 53; ADOLFO MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 11; ANTOINE KASSIS, *Le nouveau...*, pp. 51 e 247ss; BENEDETTO CONFORTI, “La volontà delle parti come criterio di collegamento”, *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 145-153, p. 149.

garantia convencionem a alteração da lei reguladora da hipoteca, criando um *dépeçage* vertical da hipoteca<sup>1238</sup>.

A alteração da lei escolhida é assente no quadro contratual, onde não existem óbices intransponíveis a que as obrigações dos contratantes, a partir de certo ponto, passem a ser reguladas por lei diferente. Aliás, a isso convêm os fundamentos que justificam a aceitação da autonomia, designadamente a certeza jurídica e a confiança em que são as partes quem melhor resolve o conflito de leis<sup>1239</sup>.

Como é sabido, a alteração da lei escolhida no domínio das obrigações contratuais é admitida com ressalva dos direitos adquiridos por terceiros (e da manutenção da validade formal do negócio)<sup>1240</sup>. Ora atendendo a que os direitos reais gozam de eficácia absoluta, o leque de potenciais afectados pela alteração da lei aplicável é maior do que no âmbito de uma obrigação contratual. A sucessão legal pode implicar alterações nos poderes concedidos ao seu titular, surpreendendo todos os terceiros que contaram com certas características do gravame, envolvendo inaceitável insegurança nas transacções e violação de expectativas. Concretizemos: suponhamos que entre A e B se convencionou a constituição de uma hipoteca sujeita à lei portuguesa, para afiançar certa obrigação nula. Mais tarde, contando com a nulidade da obrigação garantida (e conseqüente extinção da hipoteca), C aceita uma segunda garantia sobre a mesma coisa, prevendo a extinção da primeira<sup>1241</sup>. Ora, se a certa altura A e B convencionarem que a garantia se passa a reger por certa lei onde a hipoteca não é contagiada pela invalidade da obrigação, a posição jurídica de C é defraudada.

O argumento impressiona, mas não cremos dever sustentar uma *proibição absoluta* da modificação da lei escolhida. A modificação da lei escolhida deve ser vedada nos casos em que se lesem direitos adquiridos por terceiros (nos mesmos termos, aliás, previstos para o domínio dos contratos). Ora, o prejuízo de terceiros é evidente quando estes hajam

---

<sup>1238</sup> A expressão é de ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "Direito Aplicável aos Contratos...", p. 167. Para uma análise (e refutação) dos argumentos contrários à aceitação da alterabilidade da lei escolhida no domínio das obrigações contratuais, *vide* PETER NORTH, "Varying the Proper Law", *Essays in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 51-67, pp. 58ss.

<sup>1239</sup> Neste sentido, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 143; MARIO GIULIANO E PAUL LAGARDE, "Rapport...", anotação n.º 6 ao art. 3.º; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 83; PETER NORTH, "Varying...", p. 58 ("If one starts from a basic principle of freedom of contract, including party autonomy in sense of freedom of choice the proper law, then freedom to vary, as well as initially to choose, the proper law appears equally acceptable"); FRANÇOIS RIGAUX, "Les situations...", p. 202 (que sublinha a sua extrema utilidade nas relações de longa duração); DAVID G. PIERCE, "Post-Formation...", p. 199; OLE LANDO, "Contracts", pp. 51ss; MACIEJ TOMASZEWSKI, "La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 61, 1972, pp. 567-601, p. 587.

Repare-se, como explica PETER NORTH, *cit.*, pp. 54ss, que a possibilidade de alteração da lei escolhida não se admitia no direito inglês antes da entrada em vigor da Convenção de Roma de 1980 naquele país.

<sup>1240</sup> Cfr., no sistema comunitário, o n.º 2 do art. 3.º do Regulamento Roma I, *in fine*. Sobre esta regra, cfr. ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Convenção...", p. 234; PETER KAYE, *The New...*, p. 157.

<sup>1241</sup> O mesmo sucederia se, em vez de segunda hipoteca, C tivesse adquirido outro direito real sobre o imóvel.

adquirido um direito sobre a coisa hipotecada, caso em que *deve negar-se a viabilidade de modificação da lei escolhida*, mas não nos demais casos.

A proibição total da modificação da lei escolhida só colheria pela aceitação do argumento de que a eficácia absoluta da hipoteca não permitiria identificar a existência de sujeitos prejudicados e que a generalidade dos operadores que aceitaram contratar com o proprietário contariam com certos aspectos do regime da hipoteca então vigente. No fundo, ter-se-ia de concluir ser impossível determinar se certo *credor comum* do proprietário fez depender o nascimento da relação jurídica da acessoriedade da hipoteca vigente; alterando-se a lei escolhida, a posição jurídica de *qualquer terceiro* (que contaria, porventura, com a nulidade da obrigação garantida e conseqüente extinção da hipoteca) seria prejudicada.

Tal tese não deve iludir-nos. Na verdade, qualquer credor comum corre o risco de, posteriormente, serem constituídas pelo devedor obrigações privilegiadas que, no limite, esgotem o respectivo patrimônio. No fundo, o prejuízo que ocorreria, para um *credor comum*, no caso de modificação da lei reguladora à hipoteca seria precisamente o mesmo do que se fosse constituída nova garantia real. Ora, esse perigo está no âmbito dos riscos normais do comércio, que um credor quirografário se dispôs a assumir.

Nessa medida, e em síntese, propomos a possibilidade de mutabilidade da lei escolhida, limitada porém (nos mesmos termos que se prevêem para o DIP dos contratos) aos casos em que se não lesem direitos adquiridos pelos terceiros; designadamente, proibir-se-á a modificação da lei aplicável quando hajam sido adquiridos por terceiros outros direitos sobre a coisa (como no exemplo *supra* configurado)<sup>1242</sup>.

Aceitando a validade destes argumentos, parece também não ser de excluir (salvo existência de direitos de terceiro sobre a mesma coisa) que a alteração da lei escolhida seja exercida apenas por uma das partes (proprietário ou titular da garantia), nas condições fixadas no momento da constituição — as *cláusulas flutuantes na escolha de lei*: juridicamente, trata-se de uma alteração de lei aplicável decidida pelas duas partes, mas que é materializada apenas se e quando um dos contraentes desejar<sup>1243</sup>.

---

<sup>1242</sup> Em sentido próximo, *vide* JAN VON HEIN, "Party...", p. 116 — que apelida esta limitação como a "*lição dada pelos Regulamentos Roma I e Roma II*". No mesmo sentido, especificamente sobre a lei aplicável ao contrato de seguro, *cfr.* NUNO ANDRADE PISSARRA, "Breves...", p. 25.

Assim, se credor e devedor decidissem, a certa altura, alterar a lei aplicável a uma hipoteca quando, sobre a mesma coisa, terceiros hajam adquirido direitos posteriores, permitir-se-lhes-ia apenas a extinção da hipoteca sujeita à *primeira lei* e constituição de nova hipoteca, porventura com perda de prioridade, sujeita a lei diferente.

<sup>1243</sup> Sobre a natureza e validade destas cláusulas, *vide* ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", pp. 83ss; STEFAN LEIBL, "La importancia...", p. 224. Sustentando a alterabilidade da lei escolhida no domínio das relações extracontratuais com as mesmas reservas, *cfr.* ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, "A responsabilidade civil...", p. 381.

Este raciocínio parece ter vingado na Conferência da Haia, já que na Convenção de 2006 sobre lei aplicável aos valores mobiliários detidos por um intermediário (onde, como vimos, se admite autonomia conflitual nos aspectos reais) se admite a alteração da lei aplicável, envolta em cautelas similares<sup>1244</sup>.

Deve salientar-se, todavia, que do ponto de vista prático não é crível que a faculdade viesse a ser utilizada. De facto, a alteração da lei designada no domínio contratual ocorre habitualmente em juízo, quando as partes decidem submeter a relação jurídica, depois do conflito surgir, à lei do foro<sup>1245</sup>. Ora, atendendo à competência judiciária exclusiva dos tribunais do Estado de situação da coisa e considerando que a *lex rei sitae* foi justamente aquela que as partes quiseram afastar, não será provável que, depois do conflito aparecer, concordem em alterar a lei aplicável à hipoteca.

#### **4.3.2.2. Os devedores economicamente débeis e a escolha da lei aplicável à hipoteca**

Excluimos do nosso estudo o problema dos contratos celebrados por consumidores. Não obstante, reconhecemos ser porventura intransponível para aqueles negócios a proposta que aqui formulamos, já que aí sobreleva um interesse material de protecção da parte mais fraca. Foi este o juízo, aliás, que nos Regulamentos Roma I e Roma II levou à imposição de limitações à liberdade de escolha.

O problema que aqui se coloca é o de saber se esta necessidade de protecção da parte mais fraca (porventura conduzindo à restrição da escolha da lei aplicável) se verificará não apenas em consumidores mas igualmente em profissionais colocados em situação economicamente débil, devedores a quem pode ser imposta a sujeição da garantia a uma lei particularmente atentatória dos seus interesses. A ser correcto o raciocínio, poderá sustentar-se que a nossa proposta terá de ser reequacionada.

Entendamo-nos. Suponhamos que uma sociedade por quotas com sede em Portugal e explorando uma pequena loja de calçado se vê confrontada com a necessidade urgente de crédito para fazer face às suas despesas correntes, sem o qual será reconduzida à declaração de insolvência. Aceitemos agora que nenhuma instituição de crédito a operar em Portugal se dispõe a conceder o desejado empréstimo a troca de uma hipoteca sobre o edifício onde

---

<sup>1244</sup> Cfr. art. 7.º da Convenção da Haia de 5 de Julho de 2006 sobre lei aplicável a certos direitos sobre valores mobiliários detidos por um intermediário. Sobre esta norma, relata KARL KREUZER, "Innovative...", p. 273, que as soluções adoptadas foram decididas com pressão de tempo, já que o critério conflitual só foi decidido no decurso da conferência diplomática.

<sup>1245</sup> Cfr. OLE LANDO, "The EEC...", p. 146.

funciona o estabelecimento. Presumamos por fim que só uma instituição financeira (alemã) considera o financiamento mas, sabendo da urgência do devedor, exige a sujeição da garantia à lei alemã e visa a constituição de uma *Grundschild*. Será porventura necessário limitar a *professio iuris*, já que é a situação particularmente débil da devedora que conduz à opção pela lei aplicável, nos mesmos termos como se restringe a eficácia da designação de lei por consumidores dos Regulamentos obrigacionais?

Como é denunciado pelo título do presente capítulo, não cremos que assim deva ser. Isto é, julgamos não ser necessária qualquer limitação subjectiva à eficácia da *professio iuris* ainda que o devedor possa estar em situação muitíssimo débil. Julgamo-lo por cinco razões.

*Em primeiro lugar*, atente-se que a criação de um limite à opção (e submissão obrigatória da garantia à *lex rei sitae*) resultaria porventura na situação actual, isto é a recusa de financiamento hipotecário pela instituição estrangeira, atendendo a que desconhece a hipoteca lusa e desconfia da sua eficácia. Isto é, na situação configurada, porventura o banco alemão recusaria o financiamento se estivesse obrigado à sujeição da hipoteca à lei portuguesa e, assim, o devedor seria irremediavelmente conduzido à situação de insolvência, perdendo o imóvel que estava disposto a onerar. Nessa medida, a proibição da *professio iuris*, com interesses de tutela do devedor, acabaria por prejudicá-lo ao impedir o acesso ao crédito de que dependeria a continuação da sua actividade<sup>1246</sup>.

*Em segundo lugar*, não parece que se possa aceitar, sem mais, uma sobreposição da posição jurídica de um profissional (por mais débil que seja) e de um consumidor. O profissional está sujeito a riscos próprios da sua actividade empresarial e dispôs-se a corrê-los; o profissional terá um aparelho de informação e uma experiência de actuação no mundo do crédito, por mais pequeno que seja, que nem sempre se verifica num consumidor que foi levado pela publicidade a um contrato. Isto é, não parece bastar a invocação de uma situação económica débil para que se possa chegar à sobreposição dos dois conceitos<sup>1247</sup>.

---

<sup>1246</sup> É, no fundo, um raciocínio similar ao que já desenvolvemos noutra sede a propósito da proibição do pacto comissório (cfr. o nosso trabalho "Contratos...", pp. 250ss) e ao que esteve na base da eliminação da sua proibição no direito francês por força da reforma de 2006: a pretensa tutela do devedor resulta pragmaticamente na sua colocação em posição pior do que aquela que teria se não fosse protegido pela lei. Na verdade, ao permitirmos a escolha da lei, o devedor apenas colocaria em risco a propriedade *do mesmo imóvel* que perderia caso o financiamento não fosse concedido, pelo que parece que a tutela do devedor aconselha que não se restrinja neste caso a lei aplicável

<sup>1247</sup> Neste sentido, *vide* JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990, pp. 62-63. Este raciocínio parece ser aceite pelo legislador comunitário, que em caso algum nos Regulamentos Roma I e Roma II limitou a liberdade de escolha quando um dos sujeitos é economicamente débil, sublinhando a diferença entre um profissional (ainda que em apuros financeiros) e um consumidor. Em sentido convergente, cfr. ainda ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, "Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor — n.º 7*, Centro de Direito do Consumo — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 245-262, pp. 250 e 254; ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção...*, pp. 49ss.

*Em terceiro lugar*, deve atentar-se que a aceitação da *professio iuris* na hipoteca torna mais rara a situação que configurámos, em que apenas uma instituição de crédito estará disposta a financiar o devedor. Na verdade, a abertura pragmática do financiamento às instituições dos outros Estados-Membros (que, as mais das vezes, só se disporão a emprestar escudados na garantia imobiliária que conhecem melhor) tornará mais provável o aparecimento de propostas de maior número de financiadores. Ora, o aumento da concorrência terá um efeito de redução dos casos em que um só potencial credor visa explorar a sociedade em apuros pela escolha da lei. No fundo, o caso que configurámos é mais provável caso forcemos a aplicação da *lex rei sitae*, onde previsivelmente as instituições de crédito portuguesas serão as únicas dispostas a financiar e forçarão cláusulas contratuais mais desequilibradas.

*Em quarto lugar*, não pode esquecer-se que os direitos nacionais estão apetrechados de mecanismos tendentes a proteger a regularidade do consentimento. Nessa medida, se a aceitação da lei aplicável foi viciada por estado de necessidade, erro ou dolo, são mobilizáveis os institutos que tutelam a licitude da *professio iuris*, não havendo necessidade de prever uma proibição genérica da escolha. A escolha de lei pode ser invalidada quando, em concreto, se demonstre que o consentimento do devedor foi viciado<sup>1248</sup>.

*Por fim*, não deve olvidar-se que limitámos a escolha a uma das leis dos Estados-Membros. Nessa medida, não só a União Europeia pode intervir mediante a harmonização de certos aspectos da hipoteca que se revelem desequilibrados como é sabido *ex ante* que nenhum sistema jurídico elegível confere intolerável superioridade ao credor. Isto é, está prevenida, em princípio, a situação em que uma instituição de crédito força o devedor a aceitar a sujeição da garantia a uma lei que importe responsabilidade surpreendentemente superior àquela que conhece da lei do Estado onde exerce a sua actividade.

#### **4.3.3. O modo da escolha.**

Tradicionalmente, discute-se se o exercício da autonomia conflitual pode ser realizado tacitamente e qual o critério de certeza quanto à existência de uma escolha implícita<sup>1249</sup>. Ora, se no quadro contratual não surgem óbices à admissibilidade de designação

---

<sup>1248</sup> O nosso raciocínio vale independentemente da questão de saber se a validade da *professio iuris* é cometida à própria lei escolhida ou se a escolha de lei é um contrato autónomo, cuja lei aplicável é determinada nos termos gerais pelo Regulamento Roma I. Caso a escolha de lei viesse a ser invalidada, não parece que a garantia desapareça: simplesmente passaria a reger-se pela *lei aplicável na falta de escolha* (a *lex rei sitae*), importando nesse caso proteger os terceiros quanto à oponibilidade da mudança de estatuto da hipoteca.

<sup>1249</sup> Sobre a escolha tácita, cfr. ERIK JAYME, "Choice-of-Law...", p. 58; JOÃO REIS, "Contrato...", p. 171; A. CURTII GIALDINO, "La volontà...", p. 757 (que se detém sobre o critério da *adesão psicológica a certa lei* como mecanismo de identificação de opção implícita, exemplificando com o art. 41.º CC Português); JOÃO BAPTISTA



tácita da lei aplicável (porquanto, uma vez demonstrada, aquela corresponde efectivamente à vontade das partes), no domínio da hipoteca o mesmo raciocínio envolver-se-á de outras cautelas, atendendo a que o direito constituído produz efeitos em relação a terceiros.

O carácter implícito da escolha de lei aplicável geraria incerteza no comércio jurídico: os terceiros (a quem é oponível a hipoteca) não estariam absolutamente seguros se alguma das disposições contratuais do título constitutivo poderiam ser interpretadas como submetendo o respectivo regime jurídico a certa lei. A sua tutela carece de uma informação inequívoca da lei reguladora da garantia, capaz de espelhar a verdadeira situação jurídica do prédio, razão por que sufragámos *supra* que a inscrição registal da hipoteca identifique expressamente a sujeição da garantia a lei estrangeira.

Se estes argumentos não colocam em causa a admissibilidade da escolha tácita da lei aplicável *no título constitutivo*, certo é que o conservador, no momento de inscrição do direito, deverá publicitar a lei a que aquele se submete. No fundo, o carácter implícito da opção cessa no momento da inscrição tabular, pelo que, no limite, caberá ao titular a prova da designação tácita aquando do pedido de registo<sup>1250</sup>.

Tudo isto conduz a que seja desaconselhável a aceitação da opção tácita da lei aplicável: na falta de escolha *expressa* da lei reguladora da hipoteca, deve recorrer-se à *lex rei sitae* como conexão supletiva que, na falta de opção das partes, é claramente a mais adequada à disciplina do direito real. Isto é, o facto de neste domínio a escolha de lei afectar directamente *terceiros* (o que não ocorre no quadro das obrigações negociais) implica o carácter *expresso* da *professio iuris*, em consonância com o que vem sendo decidido em todos os domínios onde a opção influencia terceiros<sup>1251</sup>.

---

MACHADO, *Lições...*, p. 363. A admissibilidade da escolha tácita foi mais tardia em Portugal e no Brasil do que na generalidade dos sistemas internacionalprivatísticos, lembra HESSEL YNTEMA, "«Autonomy»...", p. 352.

Não trataremos da questão da natureza jurídica da escolha da lei, embora saibamos que parece estar hoje assente tratar-se de uma convenção, um acordo bilateral. Para análise das demais teses, cfr. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, pp. 148ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 78.

<sup>1250</sup> Sobre a prova da tácita *professio iuris*, cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", pp. 75ss.

<sup>1251</sup> Assim, no domínio das sucessões, quer a Convenção da Haia de 1989, quer o Regulamento das Sucessões expressamente afastam a viabilidade de escolha implícita. Neste sentido, ANDREA BONOMI, "Successions...", p. 248 (que apesar de reconhecer o carácter positivo da escolha tácita em matéria de *favor negotii* e de *justiça material*, considera ser preferível privilegiar a *segurança jurídica* conferida pelo carácter expresso da *professio iuris*); ANATOL DUTTA, "Succession...", p. 579 (que desaconselha a admissibilidade de escolhas implícitas no domínio sucessório). Em sentido próximo, também JAN VON HEIN, "Party...", p. 117, que sufraga a autonomia conflitual nos direitos reais, considera legítima a restrição do modo da escolha a uma opção *expressa*.

A discussão, como vimos, é pouco produtiva, pois mesmo que se não concorde com o argumento (e se consagrasse a escolha tácita no negócio hipotecário), a inscrição registal sempre implicaria a indicação da lei no assento tabular, o que leva necessariamente a que, para os terceiros, a opção seja sempre expressa.

Repare-se, portanto, que o fundamento que invocamos para a negação da designação tácita da escolha de lei não coincide com a razão que terá estado na base de semelhante proibição no Regulamento sobre lei aplicável

O que aqui dizemos, leva igualmente à negação da relevância da vontade hipotética das partes na determinação do direito aplicável à hipoteca<sup>1252</sup>. Se as partes não escolheram a lei aplicável (ainda que, caso houvessem pensado nisso, optassem por certa lei), deve prevalecer a conexão supletiva, a lei do Estado onde o imóvel se situe. Na verdade, a relevância da opção hipotética das partes não apenas geraria insegurança nas transacções como, sobretudo, não é necessária ao objectivo que nos orienta (a criação de condições para a constituição de hipotecas transnacionais), pois as partes já geraram a garantia. Nessa medida, não há porque afastar a lei da situação da coisa, cuja aplicabilidade se não revelou um obstáculo ao crédito transnacional.

#### *4.3.4. A prioridade da hipoteca e a necessária imunização da relação com garantias ocultas, sujeitas à lex situs.*

Ao propormos a autonomia conflitual no domínio da hipoteca, separando-a da lei que regula os demais direitos reais, são conjecturáveis problemas de desarmonia material e dificuldades de qualificação de normas no que diz respeito à relação da hipoteca com outras figuras de cariz real. Até porque, nos termos que propusemos, a *prioridade das garantias* mantém-se sujeita à *lex rei sitae* — *quer* porque é matéria própria do estatuto real, *quer* porque decorre em boa parte do direito registal, de aplicação territorial.

A questão mais problemática prende-se com a relação da hipoteca com outras garantias (porventura ocultas, como privilégios creditórios ou o direito de retenção que, nalguns ordenamentos, não carecem de registo) que, nos termos da *lex situs*, gozem de preferência sobre aquela. No fundo, a simples existência de alterações à prioridade em que o credor confiava pode dissipar a vantagem que se pretendia alcançar com a autonomia conflitual, trazendo a incerteza que entrava a constituição de hipotecas internacionais<sup>1253</sup>.

Duas alternativas se colocam. A primeira, mais interventiva e de índole substantiva, é proposta pelo *Mortgage Credit Expert Group* e pelo Grupo-Fórum sobre crédito hipotecário, colhendo simpatia da Comissão no Livro Branco de 2007 sobre integração dos mercados

---

ao divórcio — a protecção do cônjuge mais débil e o interesse de uma escolha informada (cfr. GIACOMO BIAGIONI, "Artículo 5.º...", p. 1473).

<sup>1252</sup> É sabido que, mesmo no domínio das obrigações contratuais, são muitas as razões que se aduzem contra a relevância da vontade hipotética das partes: para os Autores que vêem na opção da lei aplicável um acordo bilateral autónomo do contrato principal, aquela convenção não existiu e não pode deduzir-se desta (ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Compra...*, Vol. I, p. 164).

<sup>1253</sup> É o problema identificado por ROY GOODE, "The Cape Town... (2013)", p. 222, embora referindo-se às hipotecas sobre aeronaves e material ferroviário.

A título de exemplo, atente-se nas normas do art. 751.º e do n.º 2 do art. 759.º CC, que determinam a prevalência dos privilégios creditórios e do direito de retenção sobre hipotecas, ainda que registadas anteriormente. Neste sentido, ISABEL MENÉRES CAMPOS, "O Direito...", p. 728.

hipotecários: a União Europeia intercederia no sentido da eliminação de quaisquer garantias ou ónus ocultos do Registo Predial, sob pena de nunca se gerar a necessária confiança dos investidores estrangeiros numa hipoteca sobre coisa situada noutra Estado-Membro. A adoptar-se esta via, o Registo tornar-se-ia um mapa fidedigno da prioridade hipotecária, eliminando-se as figuras de direito interno que subvertessem a ordem publicitada<sup>1254</sup>.

Como decorre das nossas considerações precedentes, julgamos que este não é o caminho correcto: independentemente do que se pense sobre a justiça material dessas figuras, a verdade é que a sua extinção não parece ser *estritamente necessária* à realização do mercado comum, conquanto exista solução de carácter conflitual. A mera existência de *outras soluções* conduz, por força do princípio da proporcionalidade, à proibição da adopção comunitária de uma medida tão interventiva nos direitos internos.

Ora, este mesmo problema foi já encarado e resolvido pela Conferência da Haia quando, na Convenção de 2006 sobre lei aplicável a certos direitos sobre valores mobiliários detidos por um intermediário. Como vimos, esta convenção estabelece autonomia conflitual no domínio dos direitos reais sobre os activos financeiros por si abrangidos. Assim, prevendo a dificuldade que concitamos, estabelece-se, *por um lado*, uma *imunização* da prioridade das garantias em caso de insolvência (art. 8.º) e, *por outro*, a proibição de a aplicação de outra lei no que respeita à prioridade das garantias, ainda que seja considerada *norma de aplicação necessária e imediata da lex fori* (art. 11.º)<sup>1255</sup>.

Como é evidente, a mera imunização de garantias sujeitas a lei diferente a gravames-surpresa não previstos pela lei reguladora da garantia é suficiente para, sem intervir no direito interno, potenciar a confiança dos investidores, constituindo por isso o caminho decididamente apontado pelo princípio da proporcionalidade. No fundo, a previsão da autonomia conflitual depende da preclusão da interferência da *lex rei sitae* naquilo que é mais importante para o titular da hipoteca: a supressão da prioridade hipotecária em que confiou

---

<sup>1254</sup> MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 19; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 6; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 10 (“A Comissão apresentará uma recomendação na qual [...] convidará os Estados-Membros a tornarem mais transparentes e fidedignos os respectivos registos cadastrais, nomeadamente no que diz respeito aos encargos ocultos”).

<sup>1255</sup> Assim, em artigo sobre a aplicação de NANI do foro, o n.º 3 do art. 11.º estabelece: “*This Article does not permit the application of provisions of the law of the forum imposing requirements with respect to perfection or relating to priorities between competing interests, unless the law of the forum is the applicable law under this Convention*”. Quanto à imunização face à lei reguladora da insolvência, ela decorre do art. 8.º — “*Notwithstanding the opening of an insolvency proceeding, the law applicable under this Convention governs all the issues specified in Article 2(1) with respect to any event that has occurred before the opening of that insolvency proceeding*”. Sobre esta solução *vide* LUÍS DE LIMA PINHEIRO, “Direito aplicável às operações sobre instrumentos...”, pp. 391-392; NURIA BOUZA VIDAL, “Los Efectos...”, pp. 80ss; ALINE TENENBAUM, “Réflexions...”, p. 853; ROY GOODE, HIDEKI KANDA E KARL KREUZER, *Explanatory...*, pp. 106 (que explicam ser o objecto da norma do art. 8.º uma delimitação da qualificação, deixando na lei escolhida algumas matérias que poderiam ser reguladas pela *lex concursus*) e 118 (ilustrando a necessidade de imunização criada pelo art. 11.º); FLORENCE GUILLAUME, “*L'electio iuris...*”, p. 77.

por um instituto da lei territorial com que não contava, ainda que tais figuras estejam materializadas em normas de aplicação necessária e imediata.

Claro que, como se percebe, esta solução tem o condão de potenciar a eficácia das garantias sujeitas a lei diferente da *lex rei sitae*, porquanto serão imunes a privilégios creditórios ocultos, sendo mais valiosas do que as sujeitas ao direito territorial. Poderá, pois, duvidar-se da sua bondade, porquanto o fortalecimento *destas hipotecas* corresponde ao enfraquecimento de certos credores a quem a lei tinha atribuído um direito especial (trabalhadores, credores de alimentos, fazenda pública, etc.) por mera actuação das partes da relação jurídica creditícia.

Não parece, ainda assim, que esta consequência seja inédita. Do ponto de vista conflitual, nenhum óbice foi levantado no quadro da Convenção da Haia de 2006. Mas se melhor atentarmos, é justamente isso que o direito português permite no quadro das *obrigações hipotecárias*: quando a entidade bancária afecta créditos hipotecários de que é titular a uma emissão daqueles valores, a lei não apenas cria um privilégio creditório especial sobre eles como *reforça a hipoteca subjacente*, fazendo-a prevalecer sobre todos os privilégios creditórios incidentes sobre a mesma coisa. Ou seja, sublinhe-se, por decisão da instituição de crédito titular da garantia, esta fortalece-se face às demais hipotecas, sem que tal seja sequer publicitado no registo<sup>1256</sup>. Ora, se este efeito é admitido para potenciar a liquidez das instituições de crédito (permitindo-lhes reforçar a segurança da hipoteca para atrair investimento e, porventura, conceder mais crédito e constituir mais hipotecas), não se vislumbram razões para se negar a *mesma solução* quando o propósito for o fomento do crédito hipotecário transnacional na União Europeia.

#### 4.4. A modificação uniforme do critério conflitual: competência da UE?

Como vimos *supra*, a derrogação da *situs rule* pela autonomia conflitual não colocará em causa a harmonia jurídica internacional: na verdade, atendendo a que as acções sobre direitos reais constituem competência judiciária exclusiva dos tribunais situação da coisa, a opção das partes não será posta em causa por uma autoridade estrangeira.

Porém, para o objectivo propugnado, será essencial que tal regra de conflitos seja adoptada transversalmente em acto europeu<sup>1257</sup>. *Por um lado*, porque só a normalização da regra da autonomia conflitual trará às partes a necessária segurança para a utilização da faculdade. *Por outro*, porque o sucesso da unificação conflitual depende da inexistência de

---

<sup>1256</sup> Cfr. n.º 1 do art. 3.º do Decreto-Lei n.º 59/2006, de 20 de Março e *vide* o que dissemos *supra*, nota n.º 855.

<sup>1257</sup> Neste sentido, EVELINE RAMAEKERS, *European...*, pp. 208 e 214.

*diferentes interpretações* das regras de conflitos comuns — conducentes, na prática, a *regras de conflitos diferentes*; ora, por mais que se estabeleçam princípios e regras comuns de interpretação (postulando, desde logo, uma interpretação *autónoma e teleológica* das regras de conflitos e uma tese relativa à qualificação porventura diferente daquela que é seguida no DIP de fonte interna), é inequívoco que só a submissão das normas de DIP à jurisdição interpretativa do Tribunal de Justiça garante uniformidade de interpretação<sup>1258</sup>. *Por fim*, porque a consagração de autonomia conflitual apenas num ou noutra Estado-Membros apenas promoverá a criação de crédito hipotecário sobre coisas situadas nesse Estado, não contribuindo para a solução dos problemas que identificámos<sup>1259</sup>.

Nessa medida, *de iure condendo*, é desejável a intervenção da UE no âmbito conflitual, estabelecendo uniforme e obrigatoriamente a autonomia conflitual no quadro da hipoteca,

---

<sup>1258</sup> Assim, não obstante a Convenção de Roma de 1980 incluir norma sobre a interpretação das suas próprias regras (art. 18.º) rapidamente se percebeu que só a sujeição da convenção ao reenvio prejudicial seria capaz de garantir a uniformidade da sua aplicação, levando aliás à adopção de protocolos com essa finalidade (cfr. JAN- JAAP KUIPERS, "Bridging...", p. 564; PETER KAYE, *The New...*, pp. 81 e 355). Sobre o conteúdo e propósitos destes protocolos, *vide* PAUL LAGARDE, "Anotação aos Protocolos de 19 de Dezembro de 1988 sobre a Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 78, n.º 2, 1989, pp. 414-421, pp. 419-420.

Nessa medida, a intervenção conflitual ao nível comunitário comporta o mecanismo europeu de uniformidade de interpretação do direito derivado. Sobre a essencialidade do reenvio prejudicial na unificação das regras de conflitos, cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", pp. 50 e 51; KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization...", p. 33; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho Internacional Privado y Derecho...", p. 804; ERIK JAYME, "Identité...", p. 69. Sublinhando o carácter sempre desejável de intervenção centralizada no direito internacional privado, ANTÓNIO FERRER CORREIA, "Parecer...", p. 56.

<sup>1259</sup> Neste sentido, lembram MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 56, que só a aceitação da autonomia conflitual na mesma medida em todos os Estados-Membros pode constituir um incentivo à realização do mercado comum.

previsivelmente mediante a adopção de regulamento<sup>1260</sup> (ainda que não aplicável aos Estados-Membros que não participam obrigatoriamente na Cooperação Judiciária Civil)<sup>1261</sup>.

Claro que pode suscitar-se, desde logo, a competência comunitária para tal acção.

*Por um lado*, há que aceitar que a competência conflitual europeia se estende ao domínio das garantias imobiliárias; *por outro*, não pode olvidar-se que o DIP se integra nas matérias de competência concorrente (ou partilhada) entre os Estados-Membros e a União Europeia, pelo que devem as instituições demonstrar que a acção estadual é insuficiente para os objectivos dos Tratados e que estes podem ser melhor alcançados através de uma acção europeia. Em suma, a intervenção da UE em matéria de DIP concita dúvidas atinentes ao cumprimento dos princípios da *atribuição* e da *subsidiariedade*<sup>1262</sup>.

---

<sup>1260</sup> Como vimos *supra*, se na uniformização do direito material o Regulamento consubstancia a forma de intervenção mais adequada, a escolha desta forma na unificação das regras de conflitos "*is understandable and, so it would seem, inevitable*" (KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization...", p. 28). Na verdade, não obstante o Tratado não impor um qualquer instrumento jurídico na base jurídica relativa ao DIP (falando apenas em "*medidas*" — art. 81.º TFUE), certo é que o Regulamento tem as características mais adequadas à unificação do DIP, não sendo desejável uma mera *aproximação* das regras de conflitos. Por outro lado, a unificação do DIP por via convencional acarreta os inconvenientes *supra* citados a propósito da unificação material: morosidade do processo, petrificação da regulação, diversidade de recepção (seja pela formulação de reservas, seja pela vigência de sistemas de transformação na recepção do direito internacional convencional). Neste sentido, ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 395, e "Le Droit...", p. 325; KARL KREUZER, "*Lex Communis Europea de Collisione Legum: Utopie ou nécessité?*", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 225-246, pp. 231 e 241; JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 707; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 88; HILDA AGUILAR GRIEDER, "La cooperación...", p. 328.

Vem decrescendo o número de autores contrários à unificação do DIP na UE, pelo menos em domínios delimitados. Ainda assim, alguma doutrina mostra-se crítica da amplitude de europeização do DIP: ANDREW DICKINSON, "European Private International Law: embracing new horizons or mourning the past?", *Journal of Private International Law*, vol. 1, 2005, pp. 197-236, pp. 200 e 228.

<sup>1261</sup> O facto de o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca não participarem necessariamente nos instrumentos europeus de unificação do direito internacional privado é, aliás, uma das apontadas *insuficiências* do sistema comunitário neste domínio (cfr. JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, "Lucas...", p. 541). Sublinhe-se, porém, que a Irlanda participou em todos os instrumentos adoptados neste domínio — *vide* FERNANDO PAULINO PEREIRA, "La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 1, 2010, pp. 1-36, p. 6.

<sup>1262</sup> Sobre a identificação do tipo de competência atribuída à União (exclusiva ou partilhada), antes e depois do Tratado de Lisboa, cfr. DULCE LOPES, "A articulação...", pp. 93ss. Quanto ao princípio da subsidiariedade, cfr. FRANCISCO LUCAS PIRES, "A política...", pp. 249-250; NICHOLAS EMILIOU, "Subsidiarity...", pp. 383ss; FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio...*, pp. 36ss e *Direito da União...*, pp. 140 e 247ss; JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La delimitación...", pp. 366ss; MARIA DO ROSÁRIO VILHENA, *O Princípio...*, pp. 108ss; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 334; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 280; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, p. 281; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 90; MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA MARTINS, *O Princípio...*, pp. 89ss; DULCE LOPES, *cit.*, pp. 103ss.

Sobre a natureza *concorrente* da competência comunitária em matéria de conflitos de leis, cfr. RUI MOURA RAMOS, "The new EC rules on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 7-38, p. 12, e "Previsão...", p. 102, nota n.º 31; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 238; FERNANDO PAULINO PEREIRA, "La coopération...", p. 13; VINCENT HEUZÉ, "D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois", *La Semaine Juridique — Edition générale*, vol. 82, n.º 30, 2008, pp. 20-23, p. 23; PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, *Le droit international*

#### 4.4.1. O problema da atribuição de competência em DIP

A competência comunitária em matéria de direito internacional privado (mesmo em áreas onde a UE não pode intervir ao nível do direito material) é controversa, mesmo sendo claro há vários anos que a realização dos objectivos da UE pode ser potenciada pela unificação dos sistemas conflituais europeus<sup>1263</sup>.

---

*privé européen — De Rome à Nice*, Larcier, Bruxelas, 2003, pp. 324ss; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 75 e 87.

Repare-se que MOURA RAMOS justificava esta conclusão no facto de a agora revogada norma do art. 293.º TCE ter continuado a prescrever a intervenção dos Estados-Membros por via internacional na coordenação dos seus sistemas de DIP; nessa sequência, em virtude da eliminação da regra pelo Tratado de Lisboa, poderia indagar-se se tal competência se mantém no rol dos poderes partilhados ou se passou para a exclusividade da União. Todavia, o Tratado de Lisboa torna ainda mais clara a conclusão do Professor de Coimbra: na verdade, não obstante a eliminação da previsão dos Estados-Membros ao nível internacional, a alínea j) do n.º 2 do art. 4.º TFUE veio expressamente declarar que estas competências comunitárias são concorrentes com as dos Estados-Membros (neste sentido, HEUZÉ, *cit.*). Sublinhe-se ainda que, não obstante a *comunitarização da matéria*, continuam a surgir codificações nacionais de direito internacional privado (de que são exemplos a lei polaca de 2011 e o Código Civil Romeno de 2010): é aquilo que RUI MOURA RAMOS, "Perspectiva...", p. 129, apelida de "*contínua e persistente estruturação dos sistemas nacionais de direito internacional privado*".

<sup>1263</sup> Esta conclusão terá motivado a introdução de base jurídica para intervenção comunitária em detrimento da cooperação intergovernamental dos Estados-Membros, única acção inicialmente estatuída. De facto, a primeira previsão de intervenção no DIP ligada à integração comunitária aparecia no agora revogado art. 293.º (ex-220.º) TCE que estabelecia a celebração de convenções internacionais destinadas a facilitar o reconhecimento e execução de decisões judiciais — ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 386 ("*el Derecho internacional privado ocupaba un lugar marginal en la integración europea y por esto se mantenía en el ámbito estrictamente intergubernamental*"), e "Le Droit...", p. 425; JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 687 (a versão inicial do Tratado "*did not provide for the harmonization or unification of contract law, nor did it touch upon the issues of private international law. There was only a marginal reference in the former article 220 (now 293) EC which charged the Member States*"); ANDREW DICKINSON, "European...", p. 198 ("*the contents of the Treaty did not suggest that it required a radical overhaul of the rules of private international law in any of the Member States of the EEC*"); JEREMY HEYMANN, *Le droit...*, p. 71; BENEDETTA UBERTAZZI, "La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziarica in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea*, Vol. XIV, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 345-408, p. 345 ("*Il Trattato CE non affidava inizialmente alle istituzioni comunitarie alcuna competenza in materia di diritto internazionale privato*"); ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 183 ("*Prior to the Treaty of Amsterdam, the development of European private international law was a matter left to the Member States to resolve through separate international treaty negotiations*"); ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 5 ("*The EC does not encourage legislative diversity among Member States' PIL regimes insofar as it presents the achievement of the EC objectives*"); JAN VON HEIN E GIESELA RÜHL, "Towards...", p. 13 ("*as the Community's founding treaties did not endow European law-makers with a specific legislative competence in the area of PIL, Member States were compelled to pursue this goal in the form of conventional international treaties*"); STEFANIA BARIATTI, "La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE", *Il Diritto dell'Unione Europea*, Ano VI, n.º 2-3, 2001, pp. 261-310, p. 271; ILARIA QUEIROLO, "L'evoluzione...", p. 906; FRANÇOIS RIGAUX, "Droit International Privé et Droit...", p. 343; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Pasado, Presente y Futuro del Derecho Internacional Privado Comunitario", *Dereito — Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, n.º 1, 1996, pp. 9-48, p. 11.

A sua previsão demonstra, porém, que o Tratado de Roma "*não esquecia já a importância de algumas questões pertinentes do direito internacional privado para a construção de um verdadeiro mercado comum*" (RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", p. 40), dedicando-se as instituições a promover a negociação internacional de Convenções de direito internacional privado (FAUSTO POCAR, "La Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato: una «European Conflict of Laws Revolution»?", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVI, n.º 4, 2000, pp. 873-884, p. 873; FERNAND SCHOCKWEILER, "La codification...", p. 392; YVON LOUSSOUARN, "Les incidences des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 10, 1974, pp. 708-727, p. 709). A doutrina, desde os anos 50, notava que a integração europeia se reflectiria no DIP (RENÉ SAVATIER, "Le Marché commun au regard du droit international privé", *Revue Critique de Droit*

Na verdade, atendendo à equívoca formulação da sua consagração no Tratado de Amesterdão, podia sustentar-se que a atribuição<sup>1264</sup> de poderes à União limitar-se-ia aos domínios onde se revelasse *essencial* à construção do mercado único. Isto é, considerando que o Tratado restringia a competência da União aos casos em que “*tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado interno*” (n.º 2 do art. 81.º TFUE) — o que era entendido como expressão mais restritiva do que as equivalentes para a aproximação das legislações (“*tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno*” e “*tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno*”)<sup>1265</sup> —, podia argumentar-se estar a acção internacionalprivatística das instituições constricta por duas limitações.

Por um lado, estaria excluída a licitude de intervenção europeia no DIP em matéria familiar, sucessória e em todas as matérias onde a União não tem competências, já que serão domínios que não dizem respeito ao construção do mercado único: a atribuição de competência em DIP não seria transversal mas apenas limitada às matérias especificamente abrangidas pelo regime das liberdades de circulação<sup>1266</sup>.

---

*International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 237-258, p. 250). É por isso que as convenções adoptadas entre os Estados-Membros em matéria de direito internacional privado são tidas como “*d’inspiration communautaire*” (cfr. ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, “L’interaction...”, p. 2) e que a integração europeia iria “*stimuler vigoureusement le développement coordonné du droit international privé des États*” (A. V. M. STRUYCKEN, “Les conséquences...”, p. 284). A alteração do modo de intervenção no DIP dos vários Estados-Membros (abandonando a promoção de convenções inicialmente prevista e passando para a adopção de Regulamentos, depois do Tratado de Amesterdão) ter-se-á devido às conhecidas desvantagens da via convencional: morosidade dos processos de ratificação; a necessidade de revisão sempre que a UE admitia novo Estado-Membro e a inexistência de jurisdição do Tribunal de Justiça na interpretação uniforme, que teria de ser suprida pela atribuição *ad hoc*. Neste sentido, ULRICH DROBNIG, “European Private...”, p. 201. Quanto às relações entre as normas do art. 65.º TCE e 293.º TCE, quando vigoravam simultaneamente, *vide* STEFANIA BARIATTI, “La cooperazione...”, pp. 296ss; KATHARINA BOELE-WOELKI, “Unification and Harmonization of Private International Law”, *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, et al., T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 61-77, p. 65; ILARIA QUEIROLO, “L’evoluzione...”, p. 911; PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, *Le droit...*, p. 48; IOANNA THOMA, “La définition...”, p. 407. Para ROBERTO ADAM, “La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo”, *Il Diritto dell’Unione Europea*, Anno III, n.º 2/3, 1998, pp. 481-509, p. 504, nota n.º 37, a manutenção de vigência do art. 293.º TCE era o argumento decisivo para sustentar a natureza *não total* da competência conflitual atribuída à UE no Tratado de Amesterdão.

<sup>1264</sup> Sobre o princípio da *especialidade do fim* ou das *competências por atribuição*, que delimita em primeira linha as competências da União Europeia, *vide* RUI MOURA RAMOS, *Direito Comunitário...*, p. 60; JÓNATAS MACHADO, *Direito da União...*, p. 88; DULCE LOPES, “A articulação...”, p. 97; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito...*, p. 328; FAUSTO DE QUADROS, *Direito da União...*, p. 239ss; MARIA LUÍSA DUARTE, “O Tratado...”, p. 41; ANA MARIA GUERRA MARTINS, *Manual...*, p. 279; MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A União...*, p. 57; JOÃO MOTA DE CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE CAMPOS E ANTÓNIO PINTO PEREIRA, *Manual...*, p. 278; JOSÉ LUÍS CAMELO GOMES, *Lições...*, p. 147.

<sup>1265</sup> Sobre os limites da competência europeia com fundamento nas bases jurídicas dos arts. 114.º e 115.º TFUE, PEDRO MIGUEL ASENSIO, “Integración...”, p. 420; DANIEL VIGNES, “Le Rapprochement...”, pp. 370ss. Com efeito, não deve olvidar-se que não obstante a previsão de poderes internacionalprivatísticos à UE, “*ces compétences restent compétences d’attribution*” (HELÈNE GAUDEMET-TALLON, “Quel droit...”, p. 317).

Sobre a equívocidade da norma do art. 65.º TCE (na versão do Tratado de Amesterdão), *vide* os vários ensaios interpretativos da norma formulados por PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, *Le droit...*, pp. 303ss. Sobre a génese, fundamentos e operacionalização da *comunitarização* da matéria do espaço de liberdade, segurança e justiça, *vide* o profundo estudo de HENRI LABAYLE, “Un espace...”, pp. 111ss.

<sup>1266</sup> Era a posição de LIMA PINHEIRO (“Federalismo...”, pp. 333ss; “Um direito internacional privado comum?”, *25 Anos na União Europeia — 25 anos de Instituto Europeu*, Lisboa, 2011, disponível na internet via



Por outro, e mesmo nos domínios directamente relacionados com a instituição da União Económica e Monetária, estariam as autoridades comunitárias proibidas de adoptar instrumentos de aplicação universal, que substituíssem o DIP interno dos Estados, apenas lhes competindo emanar normas de DIP aplicáveis às relações jurídicas intracomunitárias<sup>1267</sup>.

Em sentido contrário militam os Autores que consideram que a competência de DIP nos domínios relativos à instituição do mercado comum estava já atribuída às instituições, mesmo antes do Tratado de Amesterdão, pelas bases jurídicas relativas à aproximação das legislações (arts. 114.º e 115.º TFUE), que fundariam a intervenção da UE *quer* no direito material *quer* conflitual. Assim, a competência autónoma em matéria de conflitos de leis ligar-se-á justamente aos domínios não abrangidos pela intervenção substantiva comunitária, conquanto se considere *útil* à integração. Ora, é inegável que matérias não comunitarizadas (como o estado das pessoas, o direito da família ou das sucessões) têm influência na liberdade de circulação, porquanto a estabilidade do estatuto jurídico de uma pessoa é

---

[http://www.ideff.pt/xms/files/Noticias/25\\_anos/Prof.\\_Doutor\\_Luis\\_de\\_Lima\\_Pinheiro.pdf](http://www.ideff.pt/xms/files/Noticias/25_anos/Prof._Doutor_Luis_de_Lima_Pinheiro.pdf), consultado em 27 de Janeiro de 2015, pp. 1-7, p. 3; *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 227; "Alocução...", p. 13); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Quel droit...", p. 326, e "De l'utilité...", p. 166, nota n.º 18; BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, pp. 54 e 61; RICCARDO LUZZATTO, "Riflessioni...", p. 616; PAUL BEAUMONT, "European Court of Justice and Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, pp. 223-229, p. 227; ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 400; HAIMO SCHACK, "Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 65, n.º 4, 2001, pp. 615-633, p. 619; JOSÉ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, "La falta...", p. 136. Ainda mais exigente é a posição de VINCENT HEUZÉ, "D'Amsterdam...", p. 21, que sustenta que a competência comunitária, ao dirigir-se a *promover* (Amesterdão) e depois *assegurar* (Lisboa) a *compatibilidade das normas de conflitos de leis*, pressupõe que estas se mantenham díspares, pelo que a UE deverá dirigir a sua actuação para os *conflitos de sistemas de DIP*, mas não unificar regras de conflitos. Igualmente neste sentido (embora não seja o argumento central da Professora), GAUDEMET-TALLON, *cit.*; YVES LEQUETTE, "De Bruxelles...", p. 516; LUZZATTO, *cit.*, p. 619.

Atente-se, porém, que alguns dos Autores citados retiravam esta conclusão ao abrigo da norma introduzida no Tratado de Amesterdão mas não a defendem mais em face da reformulação operada no Tratado de Lisboa, sobre que nos pronunciaremos *infra*. É o caso de LIMA PINHEIRO, como veremos.

<sup>1267</sup> BERNARD AUDIT E LOUIS D'AVOUT, *Droit...*, p. 56; OLIVER REMIEN, "European...", p. 75 (que sustenta que as regras de conflitos comunitárias deverão assumir a forma de *direito interlocal*, não necessariamente coincidentes com as de *direito internacional privado* nas relações extracomunitárias); JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, "Variations...", p. 69 (que ensinam que a aplicação universal do Regulamento Roma II "*contains a power of direction which transcends what is required for the proper functioning of the internal market*"); ANDREW DICKINSON, "European...", pp. 222ss; RICCARDO LUZZATTO, "Riflessioni...", p. 616; YVES LEQUETTE, "De Bruxelles...", p. 510 ("*la compétence communautaire paraît bien embrasser uniquement les situations intracommunautaires, à l'exclusion des situations internes et des situations internationales*"), embora o Autor reconheça que a excessiva complexidade que a coexistência de dois sistemas de DIP criariam aconselha à adopção de um quadro de regras de conflitos universal, tendo o Tratado de Amesterdão "*tous les ingrédients d'un véritable imbroglio juridique*" (p. 514).

Este entendimento encontra apoio nos actos jurídicos que fazem depender a aplicação de algumas das suas normas da existência de relações intracomunitárias — art. 7.º da Segunda Directiva n.º 88/357/CEE, do Conselho, de 22 de Junho de 1988; art. 3.º da Directiva do Comércio Electrónico; a segunda directiva bancária (*vide* PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR...", pp. 598-601) e Regulamento da insolvência, aplicável apenas às relações intracomunitárias (cfr. IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 46; MIGUEL VIRGÓS SORIANO E ETIENNE SCHMIT, *Report...*, n.º 44, p. 29).

condição para o respectivo exercício<sup>1268</sup>; ademais, é francamente vantajosa a adopção de um direito conflitual europeu de aplicação universal, mesmo nas relações com terceiros Estados, evitando a difícil delimitação do campo de aplicação do DIP interno e europeu<sup>1269</sup>.

---

<sup>1268</sup> Esta conclusão, como sublinha ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 6, decorre do Acórdão TJCE de 11 de Julho de 2002, *Carpenter*, proc. C-60/00, *Colectânea de Jurisprudência*, 2002, I-6279, n.º 39, ao concluir que a separação de um casal "prejudicaria a sua vida familiar e, portanto, as condições do exercício de uma liberdade fundamental". Neste sentido, ULRICH DROBNIG, "European Private...", p. 200 (que considera relevantes "the status of persons because this determines entitlement to pensions and other rights and the capacity to act; matrimonial property since this is relevant in determining from which assets the creditors of a married merchant or a manager may seek satisfaction; succession law for the related issue of satisfaction for creditors of a deceased merchant or manager", concluindo que "art. 65TEC has been inserted by the Treaty of Amsterdam opens the door to a new field of the European conflict of laws, namely to the law of persons, the family and succession"); RUI MOURA RAMOS ("Previsão...", p. 102, que sublinha o carácter concorrente desta competência — *ibidem*, nota n.º 31; "The new...", p. 11; "Direito ao nome...", p. 119); KARL KREUZER, "Lex Communis...", p. 239, e "Die Europäisierung...", p. 529; OLIVER REMIEN, "European...", p. 65 (embora o Autor defenda que a competência se restringe às relações intracomunitárias); JÜRGEN BASEDOW, "The Communitarisation of Private...", pp. 459-460, e "The communitarization of the conflict...", pp. 696ss (que frisa a necessidade de competência conflitual nas matérias não comunitarizadas para salvaguardar a efectiva aplicação da legislação adoptada com base nos arts. 114.º e 115.º TFUE; assim, ensina que "the Treaty of Amsterdam can only be said to have established a new competence for conflicts legislation insofar as article 95 is inapplicable", incluindo "conflict rules on domestic relations and succession which affect the free movement of persons") DÁRIO MOURA VICENTE, "Competência Judiciária e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 291-324, pp. 293-294; PAUL LAGARDE, "Eléments...", p. 150; FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", p. 22; CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 71, e "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 1, 1999, pp. 1-30, p. 153; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, *cit.*, p. 152; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 38 ("Not only the Member States as such [...] and the Community legislator [...], but also the Court of Justice have demonstrated their awareness of how private international law rules may have both a negative and positive impact on the success of the internal market"); BERND VON HOFFMANN, "The Relevance...", p. 31; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 420, e "La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. I, n.º 1, 1998, pp. 373-376, p. 374; JOÃO MOTA DE CAMPOS, "Um instrumento...", p. 88 (embora não se pronuncie sobre a utilidade de uma fonte comunitária); KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization...", p. 17; KATHARINA BOELE-WOELKI, "Unifying...", p. 312; ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 424, e "Le Droit...", p. 437; M.ª VICTORIA CUARTERO RUBIO, "Técnicas de Unificación del D.I.Pr. en la C.E.E.", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 247-256, p. 250; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 89, e "La Ley...", p. 43 (que consideram a comunitarização simultaneamente uma "exigencia tanto de la integración europea, como una necesidad de los mismos ciudadanos de la Unión Europea"); HILDA AGUILAR GRIEDER, "La cooperación...", p. 310; JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", p. 17 e 19 (que considera a atribuição genérica de competência em DIP feita pelo Tratado de Amesterdão "inesperada y asistemática" e, por outro lado, sublinha que até ao Tratado de Amesterdão havia a competência de intervenção do DIP era feita "ratione materiae, fundamentalmente sobre el Derecho patrimonial, pero tras los Tratados de Amsterdam, de Niza y ahora de Lisboa se aprecia un proceso de expansión sustantiva progresiva"); HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", p. 31; MÁRIO TENREIRO, "O Espaço Europeu de Justiça Civil", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 31-43, p. 40; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", pp. 20-21; ANDREW DICKINSON, "European...", p. 219; EMMANUEL GUINCHARD E SIMONE LAMONT-BLACK, "Environmental...", p. 162; JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, "Espacio de libertad, de seguridad y de justicia", *Cuadernos de Integración Europea*, n.º 4 (Março 2006), 2006, pp. 34-46, p. 44 ("Se trata, pues, prácticamente, de todo el Derecho internacional privado"); JONA ISRAËL, "Conflicts of Law and the EC after Amsterdam — A Change for the Worse?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, n.º 1, 2000, pp. 81-99, p. 90 (que ilustra o exercício de competências conflituais nas matérias comunitarizadas antes do Tratado de Amesterdão com fundamento nas bases jurídicas da aproximação de legislação); KATIA FACH GÓMEZ, "Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo", *XXX Curso de Derecho Internacional*, COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2004, pp. 317-333, p. 325; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diversification...", p. 128; DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. I, pp. 48-49 (que concluem que o DIP de fonte europeia tende a tornar-se um completo sistema

Independentemente da validade dos argumentos contrários à competência comunitária, certo é que a UE vem influenciando em *todo* o esquema conflitual dos Estados-Membros (mesmo no domínio do direito da família, das sucessões e das obrigações alimentares) e que a unificação do DIP nas relações com Estados terceiros em matéria de conflitos de jurisdições (onde, supostamente, não se contribuiria para a realização do mercado interno) foi declarada *competência da União Europeia* pelo Tribunal de Justiça (com

---

conflitual comum); CATHERINE KESSEDJIAN, "The Conflict...", p. 412; PIETRO FRANZINA, "The Law...", p. 87; STEFANIA BARIATTI, "La cooperazione...", pp. 294-295; BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía...", p. 120; FAUSTO POCAR, "La Comunitarizzazione...", p. 875; MICHAEL WILDERSPIN E ANNE-MARIE ROUCHAUD-JOËT, "La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 1, 2004, pp. 1-48, p. 3; MIGUEL GARDENES SANTIAGO, "El Desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n.º 11, 2002, pp. 231-249, p. 235; GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 266; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "Espacio...", p. 380 ("*las instituciones comunitarias son competentes para «comunitarizar» cualquier sector de DIP [...] que dificulte y obstaculice el establecimiento de un auténtico mercado interior*"); ANATOL DUTTA, "Succession...", p. 551 ("*divergent conflict rules for successions within the Community would have, in the long term, disintegrative effects*").

Assim, a diferença de formulação entre a base jurídica do art. 81.º TFUE ("*quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno*") e dos arts. 114.º TFUE ("*tenham por objecto o estabelecimento e o funcionamento do mercado interno*") e 115.º TFUE ("*tenham incidência directa no estabelecimento ou no funcionamento do mercado interno*") é entendida no sentido precisamente oposto: as bases jurídicas relativas à harmonização de legislações exigem uma ligação directa e específica ao regime das liberdades comunitárias, ao passo que a matéria de DIP se basta com um carácter necessário ao bom funcionamento, constituindo por isso a autorização de intervenção nas regras conflituais não directamente implicadas no mercado comum.

Assim, para CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 75, é na base jurídica do art. 114.º TFUE que se deveriam fundar os actos comunitários em matéria de lei aplicável às obrigações contratuais, extracontratuais e insolvência, porquanto têm uma influência directa nas liberdades comunitárias. Corroborando, em parte, este entendimento, atente-se nas Directivas elencadas na nota n.º 1272, todas fundadas em bases jurídicas relativas ao direito material, como expressamente ensina JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 698 (o Professor defende, por exemplo, que o Regulamento Bruxelas I — porque versa sobre matéria directamente sujeita à competência comunitária — se deve fundar na base jurídica da aproximação de legislações; já o Bruxelas II, porque se liga a matéria familiar — todavia útil à realização do mercado — se fundará nas bases jurídicas do DIP). Sublinhe-se que para KARL KREUZER, "Lex Communis...", pp. 242-244, e "Die Europäisierung...", pp. 524ss, a intervenção genérica das instituições em DIP estava legitimada mesmo antes do Tratado de Amesterdão, por utilização do mecanismo de integração de lacunas consagrado no art. 352.º TFUE (ex-art. 308.º TCE; ex-ex-art. 235.º TCE). Em sentido contrário, MARC FALLON, "Variations...", p. 187, defendia, à data, a necessidade de atribuição à União de poderes legiferantes no DIP.

<sup>1269</sup> JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 702; ANDREA BONOMI, "Le droit...", p. 302 ("*L'uniformisation des règles sur les conflits de lois et de juridictions est sans doute en ligne avec cet objectif, et ce indépendamment de l'existence d'un litige intracommunautaire*"); ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 31 ("*il s'avère extrêmement difficile de différencier les rapports intra et extracommunautaires*"); JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, p. 158 (que aludem à dificuldade de delimitação de entre sistemas de DIP); DOMINIQUE BUREAU E HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. I, p. 48; STEFANIA BARIATTI, "Prime...", p. 674; ANDREA GIARDINA, "La Convenzione Comunitaria sulla Legge Applicabile alle Obligazioni Contrattuali e il Diritto Internazionale Privato Italiano", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXIV, 1981, pp. 795-820, p. 813; A. V. M. STRUYCKEN, "Le droit international privé d'origine communautaire et les États tiers", *Revue des Affaires Européennes - Law & European Affairs*, vol. 11-12, n.º 4, 2001-2002, pp. 469-479, p. 470.

Mesmo JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, "Variations...", p. 69, que consideram que a UE ultrapassa as suas competências ao adoptar actos de DIP de aplicação universal, reconhecem que "*in terms of conflict of laws method and practice, however, it is fair to say that the effect of universal application in contract cases does not appear to have given rise in the UK to any grievance. Indeed a signal benefit of universal application is the suppression of potential differentiation in treatment by the same forum of factually like cases*". Igual conclusão parece inferir LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Alocução...", p. 15, e "Federalismo...", p. 333; XANDRA E. KRAMER, "The Rome II...", p. 415. Aliás, vejamos as dificuldades que apontámos *supra* no domínio do Regulamento da Insolvência que decorrem, justamente, da natureza *não universal* das suas normas — IAN F. FLETCHER, "Choice...", p. 46; NADINE WATTÉ E VANESSA MARQUETTE, "Le Règlement...", p. 569; ILARIA QUEIROLO, "L'evoluzione...", p. 939.

fundamentos próximos daqueles que tinham firmado a *teoria do paralelismo de competências*, hoje com consagração expressa no n.º 2 do art. 3.º TFUE), sendo expressamente aceite pelos Estados-Membros nos Protocolos sobre as posições da Dinamarca, Irlanda e Reino Unido relativas às medidas da União em matéria de cooperação judiciária civil<sup>1270</sup>. Aliás, reforçando este entendimento, note-se *por um lado*, a adopção do *Programa da Haia* pelo Conselho Europeu (descrevendo um plano de adopção de actos jurídicos comunitários de unificação

---

<sup>1270</sup> Cfr. Parecer do TJCE de 7 de Fevereiro de 2006, *Competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, n.º 1/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-1145 (cfr. a análise de RAFAEL ARENAS GARCÍA, "El Derecho...", p. 46; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", p. 25; RONALD BRAND, "Evolving competence for private international law in Europe: the external effects of internal developments", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 163-179, p. 164; MARÍA JESUS ELVIRA BENAYAS, "Las competencias externas de la UE y el Derecho internacional privado tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 16, 2008, disponível na internet via [www.reei.org](http://www.reei.org), consultado em 19 de Fevereiro de 2015, pp. 15ss); CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 83; Acórdão TJCE de 1 de Março de 2005, *Onusu*, proc. C-281/02, *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. I-1383, n.º 34 (que sustentou que aplicação da Convenção de Bruxelas não dependia de um nexo de conexão com os Estados-Membros, já que isso favorecia o bom funcionamento do mercado — cfr. ERIK JAYME, "Il diritto...", p. 357; ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", pp. 371 e 473ss).

A mobilização da doutrina AETR já era, aliás, defendida por JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 704; MICHAEL WILDERSPIN E ANNE-MARIE ROUCHAUD-JOËT, "La compétence...", pp. 16 e 18; ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 17 (que a mobilizava quer no domínio dos conflitos de jurisdições como no dos conflitos de leis); ROBERTO BARATTA, "Problematic...", p. 5; e A. V. M. STRUYCKEN, "Le droit...", p. 478; CHARALAMBOS PAMBOUKIS, "Droit...", p. 215. Ademais, sublinham KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization...", p. 19, que os protocolos adicionais que criam uma posição especial para aqueles Estados no direito internacional privado estabelecem, no art. 2.º, que "nenhuma disposição de acordo internacional celebrado pela União em aplicação do mesmo Capítulo" vinculará aqueles Estados sem o seu acordo: tal demonstra que os Estados-Membros admitiram a competência externa da União nestas áreas. Repare-se que possibilidade de mobilização da jurisprudência AETR a este domínio era rejeitada por OLIVER REMIEN, "European...", p. 76 e criticada por YVES LEQUETTE, "De Bruxelles...", p. 522. Sobre a utilização da doutrina AETR para celebração de convenções de unificação do direito material, *vide* AXEL FLESSNER, "Friktionen...", p. 26.

Sublinhando a intervenção comunitária *generalizada* em matéria de DIP, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Um direito...", p. 3; CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 70; BASEDOW, *cit.*, p. 696; ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", pp. 391 e 406, que analisa os argumentos não jurídicos do Conselho e da Comissão para a aplicação universal do Regulamento Bruxelas II; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 90; BARRIÈRE BROUSSE, *cit.*, p. 9; BERTRAND ANCEL E HORATIA MUIR WATT, "La désunion...", p. 407; JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 289, e "Who is afraid of European Private International Law?", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 685-700, p. 687; JEREMY HEYMANN, *Le droit...*, pp. 88-97 (que defende estar apenas estatuída a *competência interna* da UE, sendo estendida por via da jurisprudência AETR); YVES-ÉDOUARD LE BOS, *Renouvellement...*, p. 123; LEQUETTE, *ibidem*, (que reconhece, lamentando, a interpretação extensiva que a UE fez dos seus poderes). Sobre esta realidade, lamenta LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Choice...", p. 6, que "it seems meaningless to insist on these doubts when the generality of the Member States [...] has been accepting the exercise of the putative powers of the EC organs", e considera SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, "La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 133-145, p. 135 que a UE "Ha asumido de facto, con la pasiva connivencia de los Estados miembros, competencias que no les correspondían ni le habían sido cedidas por los Estados miembros". Assim, a questão parece ter perdido relevância prática, já que a maioria dos actos comunitários em matéria de DIP têm carácter universal. Sobre o estatuto da Dinamarca, por um lado, e do Reino Unido e da Irlanda, por outro, no que concerne à cooperação judiciária civil, *vide* a análise de HENRI LABAYLE, "Un espace...", pp. 131ss. Sobre a teoria do paralelismo de competências, *vide* DULCE LOPES, "A articulação...", p. 101, e MARIA JOSÉ RANGEL DE MESQUITA, *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 128ss.

conflitual) e, *por outro*, que a adesão da UE à Conferência da Haia veio confirmar esta realidade (assumindo a UE competências externas em matéria de DIP) e neutralizar os Estados-Membros na organização, já que estes "*devraient devenir de simples spectateurs*" (como sucedeu nas Convenções de 2005 e 2007 sobre escolha de foro e obrigações alimentares)<sup>1271</sup>.

Por nossa parte, e não obstante a valia dos argumentos em sentido contrário, julgamos que desde o Tratado de Amesterdão foi atribuída competência transversal à UE em matéria de conflitos de leis, mesmo em domínios não directamente implicados com as liberdades comunitárias, conquanto a intervenção comunitária contribua para o bom funcionamento do mercado interno. Esta convicção, aliás, é reforçada desde a entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Cremo-lo sustentados em três argumentos.

*Em primeiro lugar*, para esta conclusão apontam as revisões dos Tratados. A não ser assim, nenhuma alteração havia ocorrido com texto de Amesterdão, pois a União já interferia no conflito de leis nos domínios em que actuava no direito material através da determinação do âmbito espacial das suas normas: veja-se a directiva relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, a directiva sobre direito real de habitação periódica, a directiva sobre contratos celebrados à distância, a directiva relativa aos seguros vida e não vida, a directiva relativa à restituição de bens culturais ou o regulamento sobre *overbooking* no transporte aéreo. Assim, a doutrina que recusa a atribuição de competência transversal em matéria de DIP chega à absurda conclusão de que o Tratado de Amesterdão *reduziu as competências europeias*<sup>1272</sup>.

---

<sup>1271</sup> Cfr. ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 18. A Comunidade Europeia aderiu em 3 de Abril de 2007 (por força da Decisão do Conselho de 5 de Outubro de 2006) e foi sucedida pela União Europeia por força da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Uma acérrima crítica desta adesão é feita por YVES LEQUETTE, "De Bruxelles...", p. 508.

O *Programa da Haia: reforço da liberdade, da segurança e da justiça na União Europeia* (2005/C 53/01), foi publicado no JOUE em 3 de Março de 2005 (série C) e desenha a intervenção conflitual nos domínios do divórcio e das sucessões. Cfr., sobre este programa, ERIK JAYME, "Il diritto...", pp. 354ss.

Sobre o exercício das competências internacionalprivatísticas na Conferência da Haia por parte da União Europeia, *vide* PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 57-77, pp. 61ss; RONALD BRAND, "Evolving...", p. 164. Repare-se, todavia, que mesmo antes da adesão à Conferência da Haia pela União Europeia, os Estados-Membros estavam já muito limitados naquela organização quando as instituições houvessem já legislado em matéria de DIP — A. V. M. STRUYCKEN, "Le droit...", p. 474; ELISA PÉREZ VERA, "La Conferencia de la Haya hoy, vista desde ayer", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 711-726, p. 721.

<sup>1272</sup> É a conclusão de PAUL BEAUMONT, "European...", p. 227: "Prior to the entry into force of the Treaty of Amsterdam it would be possible to adopt measures on private international law of family law of limited or no relevance to the internal market whereas after the entry into force of that Treaty neither the Union or the Community will have competence to adopt such a measure".

Sublinhando, pelo contrário, a pré-existência de competência em matéria de DIP nas matérias em que a União podia agir no plano material, JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", p. 25, e "EC Conflict...", p. 20;

RUI MOURA RAMOS, "Direito Internacional Privado e Direito...", pp. 152 e 158-166; JONA ISRAËL, "Conflicts...", p. 81; ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, "L'interaction...", pp. 5ss (que fazem uma extensa análise das regras de conflitos contidas nos actos de direito comunitário derivado anteriores ao Tratado de Amesterdão). O argumento histórico que aqui usamos é também sufragado por CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 72, e "Interrogations...", p. 14 (embora o Autor recorde que a manutenção do art. 293.º TCE no Tratado de Amesterdão [sobre o poder convencional em DIP] deixou sinais contraditórios sobre a intenção do Tratado) e por ANDREA BONOMI, "Il diritto...", p. 21.

Quanto aos actos de direito derivado que já continham regras de DIP expressas (não obstante o seu baixo número, como sublinha FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", p. 19), repare-se que a Directiva n.º 93/13/CEE, do Conselho, de 5 de Abril de 1993, relativa às cláusulas abusivas nos contratos celebrados com os consumidores, dispõe no n.º 2 do art. 6.º que "*Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da protecção concedida pela presente directiva pelo facto de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território dos Estados-membros*"; a Directiva n.º 94/47/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Outubro de 1994, relativa à protecção dos adquirentes quanto a certos aspectos dos contratos de aquisição de um direito de utilização a tempo parcial de bens imóveis (entretanto substituída pela Directiva 2008/122/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Janeiro de 2009), estabelecia no art. 9.º que *Os Estados-membros tomarão as medidas necessárias para que, independentemente da lei aplicável, o adquirente não seja privado da protecção instituída pela presente directiva, se o bem imóvel estiver situado no território de um Estado-membro*"; a Directiva n.º 97/7/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 1997, relativa à protecção dos consumidores em matéria de contratos à distância estabelece no n.º 2 do art. 12.º que "*Os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para que o consumidor não seja privado da protecção conferida pela presente directiva pelo facto de ter sido escolhido o direito de um país terceiro como direito aplicável ao contrato, desde que o contrato apresente uma relação estreita com o território de um ou mais Estados-membros*"; as Directivas 92/49/CEE, do Conselho, de 18 de Junho de 1992 (seguros directos não-vida) e 92/96/CEE, do Conselho, de 10 de Novembro de 1992, contêm regras quanto à delimitação do seu âmbito de aplicação espacial; a Directiva 93/7/CEE, do Conselho, de 15 de Março de 1993, estabelece a sua própria aplicação a todas as saídas de bens culturais dos Estados-Membros; o Regulamento (CEE) N.º 295/91/CEE, do Conselho, de 4 de Fevereiro de 1991, que estabelece regras comuns relativas a um sistema de compensação por recusa de embarque de passageiros nos transportes aéreos regulares, estabelece no seu art. 1.º a aplicação das suas regras aos voos com partida num Estado-Membro, contendo por isso uma regra de conflitos unilateral que subtrai esta matéria à *lex contractus* entre passageiro e companhia. A presença de regras de conexão em directivas pode ser geradora de problemas de transposição, segundo ensinam MARC FALLON, "Les conflits...", p. 199; PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR...", p. 598; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 119-137, p. 128.

Frisando o exercício de competências conflituais nas matérias comunitarizadas mesmo antes de Amesterdão, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "El Convenio...", p. 47; JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, "Diritto...", pp. 46ss; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 432; MANUEL DESANTES REAL, "España ante...", pp. 213ss; RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", p. 43; MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 54; FERNAND SCHOCKWEILER, "La codification...", p. 394; CATHERINE KESSEDJIAN, "Le droit...", p. 190. Repare-se, aliás, que a existência de directivas contendo regras de DIP em matéria de seguros foi a razão pela qual a Convenção de Roma excluiu tais contratos do seu âmbito — PETER NORTH, "The EEC...", p. 24; JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 690; CHRISTIAN KOHLER, "Interrogations...", p. 4; ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, pp. 117ss. Sobre as regras de conflitos presentes nas directivas dos seguros, *vide* BEN SMULDERS E PAUL GLAZENER, "Harmonization...", pp. 778ss.

Ademais, repare a intervenção comunitária no DIP ocorre mesmo em directivas (em que a União dispõe de competência no domínio material) que não estabelecem o seu âmbito de aplicação, conquanto a sua *ratio* implique a natureza autolimitada de tais normas. Foi o caso da Directiva n.º 86/653/CEE, relativa à coordenação do direito dos Estados-Membros sobre os agentes comerciais: o Juiz comunitário foi chamado a pronunciar-se a propósito de um contrato de agência que as partes haviam sujeitado à lei da Califórnia, razão pela qual não seriam aplicáveis as normas inglesas de protecção do agente comercial que resultavam da transposição da Directiva. Ora, o Acórdão *Ingmar* (*cit. nota n.º 558*) n.ºs 24 e 25, determinou que o regime da Directiva "*tem assim por objectivo proteger, através da categoria dos agentes comerciais, a liberdade de estabelecimento e o jogo de uma concorrência não falseada no mercado interno. Por esta razão, a observância das referidas disposições no território da Comunidade mostra-se necessária para a realização destes objectivos do Tratado. É, portanto, forçoso constatar que é essencial para a ordem jurídica comunitária que um comitente estabelecido num país terceiro e cujo agente comercial exerce a sua actividade no interior da Comunidade não possa eludir estas disposições pelo simples jogo de uma cláusula de escolha de lei aplicável. A função que as disposições em causa preenchem exige com efeito que elas se apliquem quando a situação apresente um nexco estreito com a*

A nossa impressão é confirmada pela opção legislativa do Tratado de Lisboa que, com *duas* alterações, deixou inequívoca a competência genérica da UE no DIP.

De facto, se até aí a grande discussão era a da base jurídica do DIP nesses domínios — concretamente, saber se a unificação conflitual em matérias não comunitarizadas se deveria fundar em acto jurídico unilateral da União (ex-art. 65.º TCE) ou em convenção internacional celebrada entre os Estados-Membros (ex-art. 293.º TCE) —, o legislador originário *revogou* a disposição que previa a intervenção intergovernamental. Ora, porque não é crível que os autores dos Tratados tivessem em vista o fim da cooperação internacional em matéria de DIP, parece que a supressão daquela norma se deveu ao facto de *toda* a unificação conflitual estar agora cometida às instituições europeias<sup>1273</sup>.

Ademais, se até Lisboa o espaço judicial europeu era um *instrumento* para a construção do mercado interno, o novo n.º 2 do art. 3.º TUE estabelece que a criação de um *espaço de liberdade, segurança e justiça* é agora um objectivo em si mesmo da União Europeia. Daqui, a conclusão a inferir-se só pode ser uma: a União pode agir na criação do espaço europeu de justiça “*sea o no sea preciso para el correcto funcionamiento del mercado interior*”. Isto mesmo torna-se absolutamente claro pelo novo inciso no n.º 2 do art. 81.º TFUE (a União actua no DIP “*nomeadamente, quando tal seja necessário para o bom funcionamento...*”): o advérbio de modo deixa

---

*Comunidade e, nomeadamente, quando o agente comercial exerça a sua actividade no território de um Estado-Membro, qualquer que seja a lei a que as partes tenham decidido sujeitar o contrato*”. Isto é, sem margem para dúvidas, o Tribunal do Luxemburgo considerou que a *ratio* destas normas impunha a sua natureza *autolimitada implícita*, determinando por isso que os respectivos actos de transposição fossem aplicáveis sempre que se verificasse a conexão autonomamente estabelecida. Numa palavra, a directiva alterou o sistema de DIP dos Estados-Membros (curiosamente, de fonte comunitária), impondo a aplicação necessária e imediata das regras da directiva, utilizando precisamente um instituto típico do direito internacional privado. Neste sentido, GONZÁLEZ CAMPOS, *cit.*, pp. 41ss; LUDOVIC BERNARDEAU, "Droit...", n.º 7; RUI MOURA RAMOS, "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria...", p. 72; ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 404; OLE LANDO, "The territorial...", p. 253. Será, no fundo uma regra de conexão unilateral não escrita de direito comunitário, de que nos fala HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", p. 4.

Sobre a imperatividade internacional das regras de direito comunitário, *vide* ainda ANDREA BONOMI, *Le norme...*, pp. 122ss, e "Prime...", p. 109 (que analisa a operatividade do n.º 4 do art. 3.º do Regulamento Roma I quanto a este tipo de normas); HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le droit international...", p. 133; PATRIZIA DE CESARI, "Disposizioni...", p. 268 (que considera a previsão do n.º 4 do art. 3.º do Regulamento a principal inovação do instrumento comunitário, por abranger regras internacionalmente imperativas de fonte europeia); MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "Comments on the European Commission's Green...", p. 17.

<sup>1273</sup> Neste sentido, ROBERTO BARATTA, "Réflexions...", p. 10. Aliás, ensinam ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 394, e JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 699, que a opção de *substituição* do 293.º TCE pelo 65.º TCE havia já sido estudada aquando do Tratado de Amesterdão (não sendo clara a razão que o terá impedido; porventura, segundo BASEDOW, ter-se-á mantido para salvaguardar a cooperação em matéria fiscal e penal). Não obstante, explica a doutrina que a norma cessou a sua vigência prática naquela data, pelo menos na área da cooperação civil (ALEGRÍA BORRÁS, *ibidem*; BASEDOW, *cit.*, p. 701; RUI MOURA RAMOS, "The new...", p. 12; FAUSTO POCAR, "La Comunitarizzazione...", p. 879; IOANNA THOMA, "La définition...", p. 407; MARÍA JESUS ELVIRA BENAYAS, "Las competencias...", p. 9). Na verdade, mesmo nas áreas onde a unificação conflitual exija unanimidade, o próprio Tratado contornou esse problema por via da figura da *cooperação reforçada*. Em sentido convergente, cfr. XAVIER PONS RAFOLS, "Unificación...", p. 765.

evidente que a ligação ao mercado interno *deixa de ser um requisito de verificação obrigatória*, passando a ser apenas um dos factores a ter em conta<sup>1274</sup>.

*Em segundo lugar*, note-se que a doutrina que sufraga a exegese mais restrita na base jurídica do direito internacional privado (*“quando tal seja necessário para o bom funcionamento do mercado interno”*) justifica-o em preocupações de *subsidiariedade*, procurando proteger a esfera de decisão estadual. Ora, a verdade é que o princípio da subsidiariedade e a protecção da esfera de decisão nacional apontam justamente para a direcção oposta, já que a adopção de medidas conflituais pelas instituições *“possono senz’altro risultare meno invasive di quelle aventi ad oggetto i diritti materiali degli Stati membri”*<sup>1275</sup>.

*Por fim*, julgamos ser absolutamente inequívoco que a intervenção no DIP é *necessária à realização do mercado comum*: não é crível que o exercício das liberdades de circulação possa

---

<sup>1274</sup> Cfr. ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, pp. 83-84; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 232; MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL, "Espacio...", p. 381; STEFAN LEIBLE E MICHAEL MÜLLER, "A General...", p. 141 (*“by degrading the reference to the internal market to a presumptive example, this reference does not impose any significant restriction, unlike presumably it’s predecessor in article 65 of the Treaty establishing the European Community, and the universal scope of European private international rules can no longer be challenged”*); HILDA AGUILAR GRIEDER, "La cooperación...", p. 316; JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", pp. 8 e 24; ANDREA BONOMI, "Le droit...", p. 302, e "Il diritto...", p. 21); VINCENT HEUZÉ, "D'Amsterdam...", p. 23 (*“il s’agit de permettre à l’Union de poser des règles de droit international privé à portée universelle, et non plus limitée aux rapports intracommunautaires”*, embora o Autor continue a sustentar que não há competência de *unificação das regras de conflitos* mas de actuação no domínio dos conflitos de sistemas, para *“assegurar a compatibilidade”* das normas de conflitos); ROBERTO BARATTA, "Réflexions...", p. 13; GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 266; MAX PLANCK, "Comments on the European Commission's Proposal...", p. 529. Esta alteração, segundo ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 8, vem acabar com a discussão em volta da competência da UE em DIP, consolidando-a definitivamente (p. 11) e validando retroactivamente os actos europeus adoptados com base no art. 65.º TCE (p. 11). Similar solução, aliás, constava do art. III-269.º do Tratado que estabelece uma Constituição para Europa de 2004.

Surpreendentemente, estas alterações não parecem ter sido valoradas por MARCELO REBELO DE SOUSA, "Anotação ao art. 3.º TUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 30-32, p. 32, e MANUEL DE ALMEIDA RIBEIRO, "Anotação ao art. 81.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 422-425, p. 422.

<sup>1275</sup> Cfr. ERIK JAYME, "Identité...", p. 90 (*“L’approche opérée par le droit international privé à l’avantage de ne pas toucher aux diversités nationales en droit privé et de correspondre parfaitement au principe de la subsidiarité”*); DÁRIO MOURA VICENTE, "Liberdades Comunitárias...", p. 790 (*“só através de regras de conflitos de leis uniformes parece, na verdade, possível conciliar a preservação da pluralidade e diversidade dos Direitos nacionais”*); FRANCESCO CARUSO, "Considerazioni...", p. 23; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé, cit.*, p. 152; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 424, e "El Derecho Internacional...", p. 63; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 89; HORATIA MUIR WATT, "The Challenge...", p. 198 (que lembra o facto de o DIP contribuir para a realização do princípio da subsidiariedade ao permitir uma correcta repartição das competências); JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, "El Tratado...", p. 7 e 21 (o Professor considera a intervenção da UE no domínio do espaço de liberdade, segurança e justiça uma acção *“audaz y respetuoso además con las tradiciones jurídicas internas”*); CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 71 (que considera a formulação da base jurídica em DIP *mais abrangente* do que a do art. 114.º, pois bastará uma ligação indirecta ao mercado); ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 185; SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "Pasado...", p. 21. Igual inferição se retira da posição do Reino Unido ao decidir *opt in* no Regulamento Roma II, pois na base dessa decisão terá estado a conclusão de que *“participation in a choice of law harmonisation exercise is more palatable than the prospect of harmonisation of substantive law”* (JANEEN M. CARRUTHERS E ELIZABETH B. CRAWFORD, "Variations...", p. 68). Será esta a razão de a competência europeia ser superior no domínio conflitual do que no direito substantivo (JOHAN MEEUSEN, "Who is afraid...", pp. 690-691).

Restringindo a interpretação da base jurídica por razões de subsidiariedade, cfr. PHILIPPE-EMMANUEL PARTSCH, *Le droit...*, pp. 309ss.



ser livre quando o estatuto de uma pessoa ou de uma coisa varie por se cruzar uma fronteira, pelo que a *estabilidade das relações jurídicas* constitui pressuposto da construção europeia<sup>1276</sup>. Ademais, a escolha de *certas conexões*, pela sua natureza discriminatória ou territorial, pode considerar-se *inimiga* da circulação, tornando *necessária* a sua alteração para construção do mercado comum. Na verdade, independentemente das modificações introduzidas pelo Tratado de Amesterdão, é inequívoco que o direito comunitário primário e os princípios jurídicos desenvolvidos no quadro das liberdades de circulação vêm criando limites aos sistemas conflituais nacionais: o *princípio da não discriminação em razão da nacionalidade* (cujo campo de aplicação é, como se sabe, muitíssimo amplo<sup>1277</sup>) vem sendo utilizado para impedir *quer* a aplicação de normas materiais discriminatórias designadas pelo DIP do foro, *quer* certas regras de conflitos de fonte nacional (mormente aquelas a que subjazem preocupações

---

<sup>1276</sup> "Conflict rules for family and succession matters become important if a person, a couple or a family reside in different countries or own property abroad. Thus, they have a link with the freedom of movement and of establishment, and their diversity in Europe can lead to accidental and unjust results, depending on the country where the sue is brought" (OLIVER REMIEN, "European...", p. 74). Sobre os brios da unificação conflitual na integração europeia, cfr. HENRI BATIFFOL, "L'État...", p. 15; PAUL LAGARDE, "The European...", p. 92; ANDREA BONOMI, "Il diritto...", pp. 2 e 21.

Atente-se que é também este o fundamento que leva JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 704, e LAGARDE, *cit.*, p. 93, a considerar estar atribuída à União competência para adoptar um sistema de DIP de matriz universal: aceitando que *uniformidade de lei aplicável* nas relações intracomunitárias é "*necessária ao bom funcionamento do mercado interno*", o argumento levará necessariamente ao reconhecimento de que é necessário um sistema de DIP de aplicação universal. *Em primeiro lugar*, uma relação jurídica que envolva dois Estados-Membros e um Estado terceiro carecerá da mobilização das mesmas regras de conflitos países comunitários, em face do risco de aplicação de leis diferentes consoante o foro escolhido; *por outro lado*, mesmo nas relações entre um único Estado-Membro e um Estado terceiro, nada garante que ocorram alterações na relação jurídica geradoras de um segundo foro comunitário: "*there is the same risk of divergent solutions and the same need for harmonization at the level of the Community*". Porventura, semelhante raciocínio poderá deduzir-se das palavras de RUI MOURA RAMOS, "Direito Internacional Privado e Direito...", p. 147, quando chama a atenção para o facto de a construção de um bloco normativo comunitário carecer de um sistema de DIP nas relações com os Estados terceiros. Também ANDREA BONOMI, "Le droit...", pp. 307-308, e ISABELLE BARRIÈRE BROUSSE, "Le Traité...", p. 31, sublinham as vantagens da abordagem universal nas relações que se podem estabelecer com Estados terceiros.

<sup>1277</sup> O princípio da não discriminação em razão da nacionalidade está consagrado no art. 18.º TFUE e delimita a sua mobilização ao "*âmbito de aplicação dos Tratados*". Todavia, esta expressão vem sendo interpretada como abrangendo domínios que apenas indirectamente influem com as liberdades: no Acórdão TJCE de 2 de Fevereiro de 1989, *Cowan*, proc. 186/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 195ss, estabeleceu-se que o acesso a uma indemnização estadual por agressões sofridas num Estado-Membro não pode ser restrita aos nacionais desse Estado pois é pressuposto da liberdade de circulação, *ainda que seja concedida no âmbito de um processo penal — domínio não comunitarizado*; o Acórdão TJCE de 24 de Novembro de 1998, *Bickel e Franz*, proc. C-274/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1998, pp. I-7637, n.º 20ss, estabelece que a previsão de utilização do processo penal numa língua diferente da oficial não pode ser atribuída apenas a nacionais, constituindo uma discriminação relacionada com a liberdade de circulação de serviços; no Acórdão TJCE de 26 de Setembro de 1996, *Data Delecta*, proc. C-43/95, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-4661ss, n.º 22, considera-se que a obrigação de operadores económicos estrangeiros depositarem uma caução para as despesas judiciais quando intentam uma acção judicial constitui uma discriminação indirectamente relacionada com a liberdade de circulação; no Acórdão *Phil Collins* (*cit.* nota n.º 945) estabeleceu-se que o direito a solicitar a proibição de comercialização de fonogramas não pode ser reservado a cidadãos nacionais sob pena de violação do princípio, pois influi na liberdade de circulação. Cfr. RUI MOURA RAMOS, "Anotação aos arts. 18.º a 23.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 257-263, p. 259; LUCIA SERENA ROSSI, "L'Incidenza...", p. 73.

materiais), *quer* normas de aplicação necessária e imediata da *lex fori*<sup>1278</sup>. Ademais, o *princípio do reconhecimento mútuo*, qualquer que seja a natureza que se lhe atribua, vem indiscutivelmente produzindo efeitos na determinação das regras aplicáveis, pois não parece poder negar-se a sua mobilização ao direito privado<sup>1279</sup>.

Nesta sequência, e confirmando a nossa convicção, as instituições vêm assumindo uma competência genérica, interpretando a norma dos Tratados como tendo atribuído à

---

<sup>1278</sup> Assim, notam JÜRGEN BASEDOW, "Der kollisionsrechtliche...", p. 2, e JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 291, que a primeira discussão relativa à interação entre direito comunitário e regras de conflitos se deu a propósito do princípio da não discriminação em razão da nacionalidade.

Quanto à ilicitude da aplicação de normas materiais discriminatórias designadas pelo DIP do foro, o Acórdão *Boukhalfa* (cit. nota n.º 911) não considerou discriminatória a sujeição dos contratos de trabalho celebrados pelos serviços diplomáticos alemães à lei germânica (mesmo por cidadãos argelinos e quando a prestação do trabalho ocorre fora da UE) mas o facto de a *lex causae* estabelecer uma discriminação das condições de trabalho em razão da nacionalidade.

No que concerne à proibição de *regras de conflitos discriminatórias*, a doutrina aponta a anterior redacção do §38 EGBGB (*privilegium germanicum*) como exemplo de regra de DIP transgressora, já que estabelecia que o lesante alemão não responderia para além do que lhe fosse devido pela lei alemã, mesmo que a lei aplicável importasse uma maior indemnização: "*Aus einer Auslande begangenen unerlaubten Handlung können gegen einen Deutschen nicht weitergehende Ansprüche geltend gemacht werden, als nach den deutschen Gesetzen begründet sind*". Neste sentido, MICHAEL WILDERSPIN E XAVIER LEWIS, "Les relations...", p. 9; MARC FALLON, "Les conflits...", p. 129; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", pp. 13ss, e "La loi...", p. 650; CHRISTIAN KOHLER, "La Cour...", p. 74; CHRISTIAN VON BAR E PETER MANKOWSKI, *Internationales...*, Vol. I, p. 136; JAN VON HEIN, "Something...", p. 1677. Da mesma forma, alguns Autores apontam como ilícitas as regras de conflitos de fonte interna em matéria de responsabilidade extracontratual (que vigoraram até à entrada em vigor do Regulamento Roma II) que admitem a aplicação mais favorável ao lesado da lei do local da protecção do dano em detrimento da lei do local do facto lesivo (por exemplo, o §40 EGBGB, o art. 60.º da *Legge di Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato* e o art. 45.º CC Português); de acordo com esta doutrina, a opção conflitual discrimina os operadores económicos que utilizam a liberdade de circulação, porquanto se sujeitam a duas leis (é a opinião de WILDERSPIN E LEWIS, *cit.*, p. 11). Note-se, como bem sublinha FALLON, *cit.*, p. 129, que a incompatibilidade das regras de conflitos com o princípio da não discriminação é mais provável em comandos de tipo unilateral. Ademais, o Autor aventava a hipótese de o cânone vedar também regras de conflitos que gerem discriminação em razão do domicílio e não da nacionalidade. Sobre a compatibilidade de regras de conflitos de fonte interna discriminatórias com o direito europeu, *vide* ainda HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Europarecht...", pp. 13ss; RUI MOURA RAMOS, "Direito Internacional Privado e Direito...", pp. 176ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O Direito de Conflitos...", p. 83; MICHEL TISON, "Unravelling...", p. 373. O mesmo problema se pode colocar aliás, em matéria de reconhecimento, no privilégio da nacionalidade consagrado no n.º 2 do art. 983.º CPC, embora o problema possa ser evitado mediante uma extensão analógica similar à que propõe LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. III, p. 527, para evitar a respectiva inconstitucionalidade.

No que tange à ilicitude de *normas de aplicação necessária e imediata* por violação do princípio da não discriminação, cfr. o Acórdão *Cowan* (cit. nota n.º 1277). Segundo CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 84, e JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Curso...*, pp. 175ss, a proibição pode mesmo alastrar à utilização da *nacionalidade* como elemento de conexão nas situações relacionadas com o mercado único.

Por fim, atente-se que mesmo as normas que solucionam *conflitos de nacionalidades* violam as regras europeias quando daí resulte negar um benefício a um cidadão europeu com fundamento na maior relevância de uma nacionalidade extracomunitária — cfr. Acórdão TJCE de 7 de Julho de 1992, *Micheletti*, proc. C-369/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-4239, n.º 15; CHRISTIAN KOHLER, "La Cour...", p. 7; JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", p. 299; LUCIA SERENA ROSSI, "L'Incidenza...", p. 72.

Sobre a sua influência nas regras de conflitos de leis, *vide* ainda ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, pp. 386ss; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", pp. 438ss; PETER MANKOWSKI, "Binnenmarkt-IPR...", p. 596; JOHAN MEEUSEN, "Instrumentalisation...", pp. 291ss (que antevê, no futuro, a limitação da utilização da conexão *nacionalidade* nas regras de conflitos); JÜRGEN BASEDOW, "Le rattachement...", p. 433 (que sustenta a validade da opção conflitual pela nacionalidade quando tal signifique um juízo de proximidade, embora note que tal elemento de conexão foi abandonado pelo DIP de fonte comunitária — p. 444); ANDREA BONOMI, "Il diritto...", p. 36; STEFANIA BARIATTI, "Prime...", pp. 695ss; TITO BALLARINO, "La CEE...", p. 9.

<sup>1279</sup> *Vide* o que dissemos *supra*, pp. 449ss. Neste sentido, LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "L'influence...", p. 405; ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 195; CHRISTIAN KOHLER, "Lo spazio...", p. 85.

União plenos poderes para unificação do DIP, mesmo em áreas onde a UE não pode adoptar direito material (como em matéria de direito da família e de sucessões) através de fontes com carácter universal. E esta conduta vem colhendo o apoio da doutrina maioritária, porquanto se funda (ainda que de forma indirecta) na realização do mercado único<sup>1280</sup>.

Todavia, ainda que se não aceite a nossa tese (de que a atribuição de poderes à UE em matéria de DIP é genérica e abrange os domínios não comunitarizados), não parece poder concluir-se pela impossibilidade de actuação da UE nesta área. Na verdade, as garantias imobiliárias são *directamente abrangidas* pela liberdade de circulação de capitais, pelo que está atribuída à União competência legislativa no plano material (harmonizando as disposições nacionais), como demonstrámos na parte inicial do nosso estudo. Assim, a adopção de regras conflituais nesta área seria tão legítima quanto toda a previsão de DIP de fonte comunitária ocorrida *antes* do Tratado de Amesterdão<sup>1281</sup>.

Nessa medida, a única discussão que aqui se poderia colocar (tal como sucede no domínio da insolvência) é a de saber se a base jurídica para a intervenção conflitual é o art. 81.º TFUE ou antes as relativas à aproximação das legislações (114.º e 115.º TFUE). Por nossa parte, a superação da *lex rei sitae* parece estar em primeira linha abrangida pela norma do art. 81.º TFUE, mas a negação dessa argumentação não implicaria a preclusão da competência da UE<sup>1282</sup>.

---

<sup>1280</sup> Cfr. RUI MOURA RAMOS, "A Conferência...", p. 273, e "The new...", p. 11; HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, "The EU...", p. 119; PAUL LAGARDE, "Eléments...", p. 150; ÉRIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, "Das Internationale...", pp. 346ss; JAN VON HEIN, "Of Older...", p. 473; FRANÇOIS RIGAUX E MARC FALLON, *Droit International Privé*, cit., p. 152; ANDREA BONOMI, "Le droit...", p. 303.

É também a posição de OLIVER REMIEN, "European...", p. 75, embora com uma reserva: não obstante o Autor considerar que a intervenção em DIP deve ter lugar através de actos de aplicação universal, não encontra no direito originário fundamento para a aplicabilidade dos actos a situações com conexão a ordens jurídicas extracomunitárias e, assim, substituição do DIP de fonte interna. Em consequência, quanto à adopção de instrumentos de carácter universal (e não aplicáveis apenas às relações intracomunitárias), sustenta que a solução oposta seria contrária à realização do mercado interno, porquanto aumentaria a complexidade do sistema conflitual europeu pela existência de dois sistemas conflituais vigentes: um de fonte interna para as relações privadas em contacto com Estados terceiros e outro, de fonte europeia, para as situações intracomunitárias (JAN VON HEIN, *cit.*). Se bem pensarmos, mesmo os Estados-Membros reconheceram esta evidência quando, em 1980, dotaram a Convenção de Roma de carácter universal. Deste modo, a verdadeira questão é a delimitação das bases jurídicas, concretamente no desenho das matérias cobertas pelos 114.º e 115.º TFUE e as relegadas para o 81.º TFUE — neste sentido, JONA ISRAËL, "Conflicts...", p. 98.

<sup>1281</sup> Lembra JÜRGEN BASEDOW, "EC Conflict...", p. 19, que *"the Community adopted conflict rules already before that provision was introduced by the Treaty of Amsterdam"*. Simplesmente, *"instead of being labelled as conflict of laws they are rather annexed to other substantial harmonisation measures which pursue integration of the respective market"* (p. 20).

<sup>1282</sup> Também neste sentido, EVELINE RAMAËKERS, *European...*, p. 135. Tão pouco seria invocável, como vimos, a imunização da propriedade plasmada pelo art. 345.º TFUE, que exclui o regime da propriedade da intervenção comunitária. Assim, no Acórdão TJCE, de 14 de Janeiro de 1988, *Comissão c. Itália*, proc. 63/86, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 29, o Juiz comunitário aplica o princípio do tratamento nacional à aquisição de habitação; e no Acórdão TJCE de 30 de Maio de 1989, *Comissão c. Grécia*, proc. 305/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 1461, determina-se que na liberdade de prestação de serviços está incluso o direito a aceder à propriedade imobiliária.

#### 4.4.2. O princípio da subsidiariedade e a intervenção europeia.

Tendo-se demonstrado que a competência de DIP está *atribuída* à UE, o seu exercício, enquanto competência concorrente, sujeita-se aos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade; uma vez determinada a existência de competência europeia, importa agora saber quando é *legítima* a sua actuação<sup>1283</sup>. É sabido que as instituições têm considerado que a acção conflitual dos Estados-Membros por via internacional *não é suficiente para atingir os objectivos dos Tratados* e que estes são *melhor alcançados por uma acção ao nível europeu*: para esta conclusão aponta sobretudo o facto de a UE ter rescrito convenções de unificação de DIP (Bruxelas, Roma, etc.) sob a forma de regulamento<sup>1284</sup>.

Esta actuação vem conhecendo discordância de certa doutrina, que defende ser proibida a intervenção europeia no DIP dos domínios não comunitarizados *porquanto a acção estadual é suficiente para a construção do mercado comum*, o que tornaria a acção comunitária ilegítima em face da subsidiariedade. Suportando este entendimento, recordam-se vários países onde vigoram distintos sistemas de DIP sem que isso alguma vez tenha colocado em causa a instituição de uma economia comum (sendo os Estados Unidos da América o exemplo paradigmático). Ademais, invoca-se que DIP é parte do particularismo do direito nacional inerente ao conceito de soberania e que a criação de um sistema conflitual *europeu* prejudica o objectivo mais vasto de *unificação global* das regras de conflitos<sup>1285</sup>.

No nosso domínio, o problema enfrenta uma dificuldade adicional. Na verdade, o principal obstáculo que vem legitimando a União a intervir no DIP é o da *alteração da lei*

---

<sup>1283</sup> Cfr. KATHARINA BOELE-WOELKI E RONALD H. VAN OOIK, "The Communitarization...", p. 19; ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 391; RUI MOURA RAMOS, "The new...", p. 12; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 325-335, p. 326. Repare-se que, como melhor explorámos *supra*, os limites impostos pelos princípios da subsidiariedade e proporcionalidade, no domínio do DIP, decorrem não apenas das regras gerais (n.º 3 e n.º 4 do art. 5.º TUE) como são repetidos na base jurídica do art. 81.º TFUE: "*quando tal seja necessário ao bom funcionamento do mercado comum*". A natureza concorrente da competência europeia em DIP implica igualmente que "*gli Stati nazionali non possono legiferare nelle materie per le quali esistono o sono in fase di preparazione strumenti comunitari*" — ERIK JAYME, "Il diritto...", p. 358.

<sup>1284</sup> Neste sentido, RUI MOURA RAMOS, "The new...", p. 12. Suportando a conduta comunitária, JÜRGEN BASEDOW, "The communitarization of the conflict...", p. 701, sustenta que todas as medidas previstas na base jurídica constituem acções necessárias à livre circulação de pessoas.

<sup>1285</sup> O primeiro argumento é subscrito por LIMA PINHEIRO (*Direito Internacional...*, Vol. I, p. 226; "Federalismo...", p. 337; "Circulação...", p. 400). O problema não se coloca nos domínios onde a UE podia intervir no direito material. Nessas matérias, parece que a adopção do direito de conflitos em detrimento de harmonizar as disposições substantivas é mais condicente com os limites impostos pelos cânones de *subsidiariedade e proporcionalidade*, não obstante mesmo nessas áreas, se possa indagar se a acção estadual no quadro da Conferência da Haia não é já suficiente (cfr. MARC FALLON, "Les conflits...", p. 154). HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Quel droit...", pp. 330-334, acolhe ambos os argumentos, invocando ainda que a própria qualificação pressupõe um ordenamento jurídico material, denunciando a violação da identidade nacional (e, assim, o princípio da subsidiariedade) caso se pretenda criar um sistema comunitário de direito internacional privado (p. 332).

aplicável quando se cruza uma fronteira: a *desarmonia jurídica internacional*. É essa a razão que tem fundado a adopção pela União de regras comuns de DIP, procurando garantir a estabilidade das relações jurídicas sempre que os operadores económicos exerçam as liberdades que lhes são atribuídas, o que é expressamente invocado pelas instituições e colhe o apoio da maioria da doutrina<sup>1286</sup>. Nessa medida, se a necessidade de almejar a uniformidade de lei aplicável não existe neste particular, já que em todos os Estados-Membros as hipotecas se submetem à mesma lei (a *lex situs*), é questionável a legitimidade de actuação europeia<sup>1287</sup>.

Julgamos, ainda assim, justificar-se a conduta proposta.

Em primeiro lugar, a comparação à realidade americana para demonstração de oposição do princípio da subsidiariedade a toda a intervenção comunitária no DIP das matérias não comunitarizadas é falaciosa. Os sistemas de direito privado no espaço europeu são profundamente distintos entre si, perpetrados por convicções ético-jurídicas substancialmente diferentes; nessa medida, se no quadro norte-americano a incerteza quanto à lei aplicável ou a desuniformidade dos critérios conflituais não influi grandemente na decisão de circular (já que a aplicação de uma lei de outro Estado federado não implicará uma regulação radicalmente diversa), no âmbito europeu não pode ser feito tal paralelo<sup>1288</sup>. Isto é, também do ponto de vista conflitual, o recurso ao direito comparado não pode envolver uma transposição das soluções de outros sistemas sem apreciar a realidade onde se vão inserir<sup>1289</sup>: e a realidade europeia não é a realidade americana.

Ilustremos com um exemplo. A constituição de um *trust mortis causa* através da lei do Estado de Nova Iorque a favor de um sujeito residente no Louisiana (Estado onde vigora um sistema não pertencente à família de *Common Law*) sobre um prédio situado na Califórnia, supondo que as opções conflituais dos vários Estados são diferentes, nunca afectará

---

<sup>1286</sup> Atente-se, *v. g.*, no considerando n.º 6 do Regulamento Roma II: “O bom funcionamento do mercado interno exige, para favorecer a previsibilidade do resultado dos litígios, a certeza quanto à lei aplicável e a livre circulação das decisões judiciais, que as regras de conflitos de leis em vigor nos Estados-Membros designem a mesma lei nacional, independentemente do país em que se situe o tribunal perante o qual é proposta a acção”. Isto é, a UE justifica a sua intervenção legislativa no DIP pelo facto de uma acção centralizada ser adequada ao objectivo que SAVIGNY elegera para o DIP — a harmonia jurídica internacional. Fundando a intervenção conflitual comunitária na harmonia de decisões, KARL KREUZER, “Lex Communis...”, p. 230; PAOLO PICONE, “Diritto...”, p. 489; ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 76 (que indica ser este o “primer obstáculo” de direito privado à construção do mercado único); ANABELA DE SOUSA GONÇALVES, *Da Responsabilidade Extracontratual...*, p. 131.

<sup>1287</sup> Parece ser este o raciocínio de HANS JÜRGEN SONNENBERGER, “Grenzen...”, p. 326, quando ensina que a apreciação da subsidiariedade e proporcionalidade depende que se indague, “für jede einzelne Regelung prüfen, ob die nationale Rechte tatsächlich so divergieren, dass nur ihre Vereinheitlichung die einheitliche Anwendung der besonderen Verweisungsnormen gewährleistet”.

<sup>1288</sup> Neste sentido, HORATIA MUIR WATT, “Aspects...”, pp. 85 e 86.

<sup>1289</sup> Assim ensina MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, “Alienação...”, p. 44: “Não devem os trabalhos de preparação legislativa circunscrever-se ao conhecimento das experiências estrangeiras, ainda que as mais evoluídas. Interessa também atentar no condicionalismo próprio do meio para que se legisla e nos destinatários das normas”.

grandemente as expectativas depositadas. Com efeito, mesmo sem vigorar em todos os Estados um direito de matriz de *common law*, certo é que não existem disparidades insanáveis: todas as leis envolvidas reconhecem a validade e os efeitos do *trust*, divergindo apenas quanto aos poderes do *trustee* ou do *beneficiário*<sup>1290</sup>. Isto é, a insegurança que sempre derivará da desuniformidade do DIP não afectará o cerne da relação jurídica constituída.

O mesmo não se passa no quadro europeu. Se, de acordo do direito inglês, se constituir um *trust mortis causa* por parte do *de cuius* francês a favor de cidadão italiano residente em Itália sobre prédio situado em Portugal, há grande probabilidade de o *trust* não produzir efeitos, pois é figura desconhecida de muitos direitos europeus. Ora, a profunda disparidade material só pode ser combatida com um regime de DIP único, que traga aos operadores a necessária certeza jurídica quanto ao regime aplicável àquela situação jurídica, independentemente do local onde a questão se coloque. Nessa medida, e como bem notam JAYME e KOHLER, o princípio da subsidiariedade vem reforçar o papel do DIP como mecanismo apto à integração, pois permite à UE *não intervir no quadro dos direitos nacionais substantivos*, almejando em simultâneo a uniformidade de soluções no espaço europeu, com as inerentes vantagens ao nível da liberdade de circulação<sup>1291</sup>.

A segunda objecção (inexistência de *desuniformidade de lei aplicável*) é mais difícil de rebater. Cremos, ainda assim, que não impede a acção conflitual europeia, o que justificamos em duas razões.

*Por um lado*, apesar de se não verificar a clássica razão de intervenção comunitária no domínio do DIP (pois não há variação da lei aplicável e as inerentes dificuldades à circulação transnacional), há um problema associado ao elemento de conexão utilizado: a aplicação da *lex situs* tem conduzido à ausência de hipotecas internacionais no espaço europeu. Na verdade, o *segundo obstáculo* de direito privado que subsiste à realização do mercado (para além

---

<sup>1290</sup> Este raciocínio é igualmente válido quanto à constituição de um *trust*, nos termos do direito inglês, sobre prédio situado na Escócia. Como é sabido, na Escócia vigora um sistema híbrido, já que o direito escocês congrega aspectos de *common law* com características de *civil law*. Concretamente, no âmbito do direito das coisas, abundam aspectos romano-germânicos, como os princípios da indivisibilidade da propriedade e da tipicidade dos direitos reais. Ainda assim, não avulta qualquer problema de *não reconhecimento* de um *trust*. Cfr. KENNETH G. C. REID, "National Report for Scotland", *Principles of European Trust Law*, Vol. I, DAVID J. HAYTON, SEBASTIANUS CONSTANTINUS JOHANNES JOSEPHUS KORTMANN E HENDRIK VERHAGEN, Kluwer Law International; W. E. J. Tjeenk Willink, Hague; Deventer, 1999, pp. 67-84, p. 67.

<sup>1291</sup> Cfr. ERIK JAYME E CHRISTIAN KOHLER, "Das Internationale...", p. 346: "*Das Subsidiaritätsprinzip bekräftigt die Rolle des IPR der EG als Integrationsrecht. Das IPR sichert die Gleichheit der Lösungen für konkrete Sachverhalte trotz unterschiedlicher nationaler Rechte*". No mesmo sentido, ALEGRÍA BORRÁS, "Derecho...", p. 384, que sublinha o facto de a intervenção ao nível conflitual ser mais condicente com o respeito pela identidade nacional de cada Estado-Membro. Na verdade, recorde-se que o princípio da subsidiariedade visa justamente "*a preservação da identidade e das características específicas de cada Estado e de cada Nação*" (FAUSTO DE QUADROS, *O Princípio...*, p. 77, e *Direito da União...*, p. 252), o que é precisamente o efeito da intervenção conflitual. Sobre as dificuldades de reconhecimento de um *trust* sobre imóveis situados em Portugal, *vide* o nosso estudo "Reflexões...", pp. 357ss

da variação da lei aplicável) é a *disparidade dos direitos substantivos nacionais*; ora, a imposição de regras jurídico-privadas profundamente dissemelhantes daquelas com que os operadores contam e conhecem será, por si só, um desincentivo à decisão de circular. Nessa medida, a valia da *autonomia conflitual* constitui, também neste domínio, um importante incentivo à realização do mercado.

Ora, a alteração do elemento de conexão por um mais adequado ao favorecimento da liberdade de circulação, como vimos, só é verdadeiramente uma opção se a modificação conflitual for centralizada (não gerando desarmonia jurídica internacional). Consequentemente, parece claro que a acção individual dos Estados *não é suficiente* para a realização do mercado hipotecário europeu e que este objectivo é *melhor alcançado* ao nível comunitário. No fundo, e como ensina ALEGRÍA BORRÁS, a delimitação das competências comunitárias em matéria de DIP é definida pelos fins da integração comunitária: se a modificação do elemento de conexão pode contribuir para a realização da união económica e monetária, é este objectivo que torna legítima a actuação da União<sup>1292</sup>.

*Por outro lado*, atente-se que não estamos propriamente num domínio *não comunitarizado*. Trata-se da intervenção directa na liberdade de circulação de capitais, na eliminação de obstáculos à aquisição de garantias nos outros Estados-Membros, o que legitimaria mesmo uma regulação *substantiva* das hipotecas nacionais ou a criação de uma *eurohipoteca* (concluimos *supra* que seria desadequada, mas lícita)<sup>1293</sup>. Ora, se a UE poderia o *mais* (harmonizar direito hipotecário), o princípio da subsidiariedade aponta justamente para o *menos* (a possibilidade de optar pelo direito nacional aplicável à hipoteca transnacional).

É neste contexto que a doutrina parece ter deslocado o cerne da discussão, antes centrado na questão de saber se a União *era titular de competências internacionalprivatísticas* para o problema da natureza *facultativa* ou *obrigatória*, em face do direito primário, da total unificação do direito internacional privado (inclusive a sua parte geral)<sup>1294</sup>. No fundo, parece cada vez mais evidente que a intervenção conflitual é aquela que mais se compatibiliza com os princípios jurídicos orientadores da actuação comunitária, mesmo em domínios onde há uniformidade de lei aplicável (como as garantias mobiliárias ou a hipoteca).

---

<sup>1292</sup> ALEGRÍA BORRÁS, "Le Droit...", p. 369; WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 61 (sobre a obrigação de reconhecimento de garantias mobiliárias constituídas à luz da lei de outro Estado-Membro).

<sup>1293</sup> ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...*, Vol. I, p. 77 ("si la Ley aplicable a una situación jurídica es más severa o, simplemente, es diferente en los distintos Estados miembros, los particulares pueden sentirse «desincentivados» a circular por la UE. La diversidad de Leyes aplicables a una misma situación privada internacional en los Estados miembros opera, en estos casos, como un auténtico obstáculo a las libertades de circulación de la UE"); WULF-HENNING ROTH, "Secured...", p. 65.

<sup>1294</sup> Sobre esta discussão, *vide* HEINZ-PETER MANSEL, "Parteiautonomie...", p. 248.

#### 4.5. O carácter não inovador da nossa proposta.

A proposta que aqui trazemos, embora possa parecer arrojada, não é de modo algum inovadora. Na verdade, se bem atentarmos, é menos audaciosa do que as teses relativas à qualificação nos termos das quais é atribuído ao estatuto contratual alguns dos aspectos do conteúdo do direito real, de que assume relevância a concepção de MAYER e HEUZÉ relativa a *todos* os direitos reais *gerados* por negócio jurídico<sup>1295</sup>. No que concerne às suas consequências, a nossa proposta coincide em grande medida com a concepção destes autores; simplesmente, ao invés de o prosseguir através de uma duvidosa alteração do critério da qualificação, propomos a instauração do princípio da autonomia no estrito quadro da hipoteca. É que, neste concreto direito real, a função constitutiva do registo (em todos os direitos europeus) salvaguarda de forma clara a protecção dos terceiros, sem necessidade de fazer reservar à *lex rei sitae* domínios pouco delimitados a título de *loi de police*.

Igualmente próxima da proposta que aqui fazemos é a concepção de DOMINIQUE BUREAU e HORATIA MUIR WATT a propósito de hipoteca. Os Professores chamam a atenção para o facto de, neste estrito caso, o propósito protector de terceiros que funda a aplicação da *lex rei sitae* ser realizado pelo sistema registal (de aplicação territorial) não subsistindo razões para afastar a *lei da fonte da obrigação garantida* da regulação da hipoteca. No fundo, a lei territorial é chamada apenas na medida necessária à tutela do comércio jurídico, afastando-se quando a sua aplicação implica uma restrição à concessão de crédito<sup>1296</sup>.

Por fim, não pode ser esquecido que a autonomia conflitual existe já em certas garantias reais em vários sistemas conflituais, consistindo aliás uma tendência recente do direito internacional privado actual<sup>1297</sup>.

O exemplo mais evidente vem justamente do DIP português, que a consagrou para a *hipoteca sobre navios* registados na Zona Franca da Madeira. Com efeito, pretendendo o Estado atrair armadores para a inscrição registal naquele sistema (MAR), rapidamente se concluiu que o estímulo era reduzido conquanto os proprietários navais esbarravam com a rigidez da hipoteca prevista no direito luso, profundamente diversa das que conheciam os principais agentes económicos do ramo (a *mortgage* anglo-saxónica). Por essa razão, estabeleceu-se ali, de forma pioneira a *autonomia conflitual* na hipoteca, dispondo a lei que “*as partes podem designar a lei aplicável à hipoteca ou direito equivalente*”, sendo ao conservador fornecida cópia da legislação

---

<sup>1295</sup> Cfr. a posição dos Professores que explicámos *supra*, pp. 506ss.

<sup>1296</sup> DOMINIQUE BUREAU e HORATIA MUIR WATT, *Droit...*, Vol. II, pp. 49 e 50.

<sup>1297</sup> Neste sentido, HERBERT KRONKE, "Transnational...", p. 55.



aplicável<sup>1298</sup>. Isto é, também o legislador português se apercebeu que a imposição da lei territorial limita a constituição das hipotecas e que, havendo registo obrigatório, tal constrangimento perde sentido.

Não existindo outros casos de autonomia conflitual expressa, atente-se porém no DIP alemão, que consagra duas grandes aberturas à autonomia conflitual. *Por um lado*, a regra do pavilhão, matrícula ou local de registo cede perante certas garantias sobre meios de transporte, ficando estas *submetidas à lei reguladora do crédito* (cfr. n.º 2 do §45 EGBGB). Ora, atendendo à autonomia conflitual vigente no quadro das obrigações, esta opção fica muito próxima da *professio iuris* para o estatuto real<sup>1299</sup>. *Por outro*, a cláusula de excepção introduzida no §46 EGBGB (que permite afastar a *lex rei sitae* sempre que outra lei tenha uma maior conexão com o caso) tem sido entendida justamente como abrindo a porta à aplicação da lei escolhida pelas partes à garantia real<sup>1300</sup>.

---

<sup>1298</sup> Cfr. n.º 3 e n.º 4 do Decreto-Lei n.º 96/89, de 28 de Março, com as alterações que lhe foram introduzidas pelos Decretos-Leis n.º 393/93, de 23 de Novembro, n.º 5/97, de 9 de Janeiro, n.º 331/99, de 20 de Agosto, n.º 248/2002, de 8 de Novembro e n.º 321/2003, de 23 de Dezembro. O carácter pouco competitivo da lei hipotecária portuguesa é reconhecido no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 5/97, de 9 de Janeiro.

<sup>1299</sup> Sobre a *ratio* e efeitos desta disposição, vide HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 667; JAN VON HEIN, "Party...", p. 112.

<sup>1300</sup> JAN VON HEIN, "Party...", p. 112; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "La loi...", p. 667; BERND VON HOFFMANN E KARTSTEN THORN, *Internationales...*, p. 515 (que levanta porém algumas dúvidas na sua mobilização quando afecte terceiros, designadamente quando contenda com regras como a francesa, italiana ou suíça da regra posse vale *título* — problema, aliás, identificado por KURT SIEHR, "Internationales...", p. 154, no quadro da proposta de autonomia no estatuto real, quando exclui estas disposições da escolha de lei).

Mais cautelosamente, DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 437, defende tratar-se apenas de uma *desregulação conflitual*, que acabará porventura por permitir a autonomia conflitual; CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", pp. 341-342, não recusando que a escolha de lei pode indicar uma ligação mais próxima com o direito designado, define porém estritos requisitos para que a *professio iuris* possa ter como efeito a derrogação da *lex rei sitae* apoiada no §46 EGBGB; THOMAS PFEIFFER, "Der Stand...", p. 274, que a aceita apenas em casos excepcionais, tendo em conta a opção legislativa de *não consagrar a autonomia*, pelo que só pode operar-se quanto a coisas *móveis*, nas relações *inter partes*, mediante designação de uma lei que tenha algum contacto relevante com o caso com o caso e quando haja outros elementos, para além da designação, que tornem a relação jurídica mais próxima daqueloutra lei [p. 275]; HANS STOLL, "Zur gesetzlichen...", pp. 264-265, que sufraga a viabilidade de afastamento da *lex rei sitae* através de opção das partes, nas relações *internas*); STEFAN LEIBLE, "Parteiautonomie...", p. 497, que atendendo à opção do legislador de 1999 em não consagrar a autonomia, sustenta apenas poder ser utilizada a norma do §46 EGBGB quando verdadeiramente a lei escolhida tenha uma excepcional maior proximidade com o caso. Em sentido contrário, cfr. AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 12.

Há uma enorme discussão, na doutrina germânica, sobre a bondade e efeitos da cláusula de excepção contida no §46 EGBGB. Indiscutível é a sua missão de *corrigir* o sistema conflitual casuisticamente, quando a regra da *lex rei sitae* gere dificuldades (*maxime* quando surjam conflitos negativos de qualificações) ou quando a situação de uma coisa móvel seja o único factor de estraneidade na relação jurídica (pense-se numa compra e venda, celebrada em Portugal, entre dois portugueses residentes em Portugal, de um computador portátil situado na Alemanha, caso em que poderia entender-se que o efeito real seria também determinado pela lei portuguesa — cfr., respectivamente WENDEHORST, *cit.*, pp. 338 e 346; PFEIFFER, *cit.*, p. 275). Algo controversa é já a sua capacidade para permitir a geração de novas regras de conflitos adequadas às situações onde a conexão tradicional é desadequada (coisas em trânsito, bens culturais, valores mobiliários, etc.), sufragada pelos Autores *supra* citados, que sustentam a possibilidade de substituir a conexão tradicional pela autonomia conflitual. Ainda mais controversa é a sua utilização para determinar a lei aplicável quando a situação da coisa não seja cognoscível ou para permitir a aplicação de regras de conflitos que venham a ser impostas por normas comunitárias, afastando as soluções da *lex rei sitae* (vide WENDEHORST, pp. 339 e 340; PFEIFFER, *cit.* 275).

#### 4.6. As dificuldades da nossa proposta

Não obstante considerarmos que é na mutação do paradigma conflitual da hipoteca que reside a chave para a construção do mercado europeu de garantias imobiliárias, não desconhecemos que esta opção reveste dificuldades que não são negligenciáveis. São gerados problemas próprios mediante esta actuação. Simplesmente, julgamos que estas dificuldades são menores do que os obstáculos que podem ser ultrapassados e que, por outro lado, a União Europeia está em posição óptima para as solucionar.

Os problemas gerados pela nossa proposta agrupam-se, essencialmente, em três categorias: *por um lado*, importa reconhecer que chamar para a hipoteca uma lei diferente implica fazer findar a *unidade no estatuto real* (porventura criando antinomias materiais), pode conduzir à violação do princípio da taxatividade dos direitos reais e pode, ainda, conduzir a uma *race for the bottom*, generalizando-se a opção pela lei menos protectora do devedor; *por outro lado*, surgem as dificuldades típicas da abordagem conflitual (e não ao nível do direito material); *por fim*, gera complexidade na operação de qualificação de normas no momento da execução (entre processuais executivas e regras relativas à garantia real) e cria eventuais desarmonias materiais sempre que a *lei processual* não seja a *lei reguladora da garantia*.

##### 4.6.1. Perda de unidade do estatuto real, compatibilidade com o princípio do *numerus clausus* e opção pela lei menos protectora.

É sabido que a proposta que aqui trazemos acarreta riscos: ao permitir que o *conteúdo de certo direito real* seja determinado por lei diferente da do Estado de situação da coisa, abre-se uma brecha na *unidade do estatuto real*, pois à *lex situs* caberá a definição da natureza da coisa, o modo de constituição dos direitos reais, o conteúdo dos direitos reais de gozo e demais garantias reais e à *lei escolhida* o conteúdo da hipoteca. Nessa medida, antevê-se o surgimento de problemas ora inexistentes neste domínio, como antinomias normativas, conflitos de qualificações e dificuldades de harmonia material

---

Repare-se que o direito alemão aceita ainda a autonomia conflitual por efeito da sua posição favorável ao reenvio: se a *lex rei sitae* remeter para a lei escolhida pelas partes, a remissão feita pelo DIP alemão à *lex rei sitae* é uma referência global (n.º 1 do §4 EGBGB, aceitando pois a aplicação da lei designada pelos sujeitos — cfr. VON HEIN, *cit.*, p. 109; HOFFMANN e THORN, *cit.*, p. 523). Na verdade, nota PFEIFFER, *cit.*, p. 271, que o direito alemão não prevê qualquer exclusão do reenvio para a *lex rei sitae* (como faz, por exemplo, nos casos de autonomia conflitual — cfr. §2, n.º 4, EGBGB), pelo que a referência global do sistema alemão se torna aplicável. Simplesmente, como PFEIFFER admite, atendendo à quase unanimidade da regra da *lex rei sitae*, este facto acaba por não ter, pelo menos por ora, “*praktische keine Rolle*“. Esta situação apenas se alterará se mais sistemas de DIP consagrarem a autonomia conflitual no estatuto real.

Em segundo lugar, não deve olvidar-se que se constitui uma atenuação do princípio da tipicidade (porquanto passam a estar ao dispor dos contratantes tantas garantias imobiliárias quantas aquelas que forem previstas nas ordens jurídicas susceptíveis de escolha) e uma minoração da cognoscibilidade do direito aplicável por terceiros. Segundo KURT SIEHR, aliás, é o princípio da taxatividade dos direitos reais, vigente em grande parte dos direitos materiais dos Estados-Membros, que vem prejudicando a vigência da autonomia conflitual neste ramo do direito<sup>1301</sup>.

Por fim, pode gerar-se uma *race for the bottom*, já que as instituições de crédito poderão impor, na prática, a opção por leis que não tutelem convenientemente o devedor<sup>1302</sup>.

Quanto a estas dificuldades, importa dizer que as duas últimas são verdadeiros problemas que impõem *limites* ao âmbito da autonomia conflitual, que já acautelámos na nossa proposta. Na verdade, como melhor explicámos *supra*, a tutela de terceiros (quer por via da atenuação da tipicidade, quer pela cognoscibilidade do direito aplicável) e do devedor (que poderia estar em causa pela opção recorrente pela lei *minus protectora*) não é posta em cheque *conquanto se limite o leque de leis elegíveis às leis dos Estados-Membros e se restrinja a liberdade de escolha nos imóveis situados na União Europeia*. Com estas salvaguardas, julgamos que a autonomia conflitual é uma solução francamente mais satisfatória para a hipoteca do que a sujeição forçosa à *lex rei sitae*<sup>1303</sup>.

---

<sup>1301</sup> Cfr. KURT SIEHR, "Die Parteiautonomie...", p. 491: "*Im internationalen Sachenrechts, begegnet man der Gedanken der Parteiautonomie erst sehr spät. in der Tat scheint das materielle rechtliche Prinzip einer limitierten Anzahl von Sachenrechten einem solchen Gedanken entgegenzustehen*". O problema da compatibilização da autonomia conflitual nos direitos reais com o princípio da tipicidade vigente na maioria das ordens jurídicas nacionais é notado, designadamente, por AXEL FLESSNER, "Choice...", p. 23; TEUN STRUYCKEN, "The Numerus Clausus and Party Autonomy in the Law of Property", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 59-82, pp. 80ss; JAN VON HEIN, "Party...", p. 115; EVELINE RAMAEKERS, *European...*, p. 207; HENDRIK VERHAGEN, "Party...", p. 190. Sobre a origem e fundamentos do princípio do *numerus clausus* dos direitos reais, *vide* STRUYCKEN, *ibidem*, pp. 64ss; JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Tipicidade...*, p. 77; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "Tipicidade...", *passim*; ROBERT STEVENS, "Party...", pp. 82ss; VINCENT SAGAERT, "Party...", pp. 121ss.

<sup>1302</sup> São os riscos notados por ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 80; por MERRIT B. FOX, "Securities...", pp. 2590 (referindo-se à lei reguladora dos valores mobiliários); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Concorrência...", p. 267 (elencando o risco sem tomar posição); WOLFGANG KERBER, "The deregulation...", p. S226 (reputando-a de muito improvável); STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", p. 906 (vendo-a como risco teórico que, provavelmente, se não verificará — antes se produzirá uma *separação* entre ordenamentos que prevêm um nível de protecção elevado e leis que se estabelecem um inferior grau de tutela); ROGER VAN DEN BERGH, "Subsidiarity as Economic...", p. 137 (levantando muitas dúvidas à veracidade desse perigo); HORATIA MUIR WATT E LUCA G. RADICATI DI BROZOLO, "Party Autonomy and Mandatory...", p. 5; GERHARD WAGNER, "The Virtues...", pp. 13 e 15; GERHARD WAGNER, "The Economics...", p. 1003; ROGER VAN DEN BERGH, "Economic...", p. 375. Assim, indica JÜRGEN BASEDOW, "The Law of Open...", p. 124, que um dos argumentos recrudescentes a favor da *harmonização ou unificação* do direito material em detrimento da *regulatory competition* é justamente a prevenção da *race for the bottom*. Este problema não parece verificar-se no nosso âmbito, porquanto, como vimos melhor *supra* (pp. 602ss), a escolha limitar-se-á às legislações que asseguram um nível adequado de protecção das partes e dos terceiros por via da restrição da escolha às leis dos Estados-Membros, onde a UE pode exercer *harmonização mínima*.

<sup>1303</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 602ss. Sumariamente, demonstrámos aí que a limitação da escolha às leis dos Estados-Membros permite assegurar a existência da função própria do registo constitutivo, a informação aos

Já o primeiro problema (a perda de unidade do estatuto real) é uma observação antiga. Quando GAUDEMET-TALLON, em 1970, propôs a sujeição de *certaines garanties mobilières* à lei escolhida pelas partes, a demais doutrina foi muito crítica: *por um lado*, lembrava que ocorreria grande *incertezça*, já que a lei escolhida não seria facilmente determinável por terceiros; *por outro*, apontou a criação de uma brecha na *unidade do estatuto real*, porquanto a natureza de coisa, o seu carácter móvel ou imóvel e todos os demais direitos reais permaneceriam sujeitos à *lex rei sitae*, podendo suscitar-se antinomias normativas<sup>1304</sup>.

Se a primeira das objecções então suscitadas não se coloca na nossa proposta — porquanto demonstrámos que a determinação da lei aplicável e a protecção de terceiros, na hipoteca, é assegurada pelo Registo Predial (que publicitará a sujeição a lei estrangeira e os vectores dessa garantia com interesse para terceiros) — é inteiramente válido o óbice suscitado quanto à unidade do estatuto real: a nossa proposta é a sujeição *da hipoteca* (e seus efeitos reais) à lei da autonomia, mas a manutenção de todos os demais aspectos do estatuto real sob a regulação da *lex rei sitae* (nomeadamente a natureza hipotecável, o carácter imóvel e os demais direitos reais — de gozo, garantia e aquisição).

Não nos referimos ao concurso entre garantias reais, já que esse problema pode ser resolvido pela imunização da hipoteca (regida por lei distinta da *lex situs*) à concorrência de outros direitos não registados (como propusemos *supra*). Mas é conjecturável algum desconforto na aplicação simultânea de normas jurídico-reais da *lex rei sitae* que, quanto ao estatuto da coisa, a tornem *impassível de hipoteca* e de normas da lei designada relativas à oneração imobiliária daquela mesma coisa.

Julgamos, ainda assim, que a objecção não procede.

*Por um lado*, o interesse de unidade de regulação de certo estatuto, ainda que desejável, não é um objectivo absoluto nem um fim em si mesmo: ele "*doit céder devant la recherche de solutions tenant compte des divers intérêts en cause*". Levar ao extremo o interesse de tratamento unitário impediria o fenómeno de *dépeçage* que vem caracterizando o moderno DIP e que é naturalmente gerador de problemas de qualificação e adaptação<sup>1305</sup>. Na verdade, se por força da unidade do estatuto real se está a inviabilizar o nascimento de relações jurídicas internacionais (como parece acontecer), mais importante para o direito internacional privado

---

terceiros dos vectores da hipoteca (atenuando a necessidade da taxatividade) e garante que não será escolhida lei cujo regime seja desequilibrado, porquanto vigora o travão da *harmonização mínima*.

<sup>1304</sup> Estas críticas foram encabeçadas por PHILIPPE FOUCHARD, "Comentário ao Acórdão *Société DIAC*", p. 80, e JEAN DERRUPPÉ, "Comentário ao Acórdão *Société DIAC*", p. 921, e são analisadas sistematicamente por GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, pp. 57-58.

<sup>1305</sup> A citação é de GEORGES KHAIRALLAH, *Les sûretés...*, p. 57. Neste sentido, também, PAUL LAGARDE, "Le «dépeçage»...", p. 649 ("*le dépeçage est inhérent à la méthode des conflits de lois. Il est le corollaire nécessaire de la pluralité de règles de conflits*").

e para o direito da União Europeia é o desaparecimento desse obstáculo, ainda que sacrificando a *unidade do estatuto real*. De facto, de entre os princípios orientadores do direito internacional privado, o interesse da *harmonia material* (que aponta para uma *unidade do estatuto*) não é de longe preponderante. Ademais, e como explica a Professora de Paris, a perda de unidade do estatuto real é contrabalançada por uma *unidade de estatuto da relação jurídica creditória*, porquanto obrigação e garantia se submetem à mesma lei<sup>1306</sup>.

*Por outro*, e mesmo que assim não fosse, não cremos surgirem antinomias sérias de regulação. Efectivamente, a hipoteca constitui um direito de regulação marcadamente independente face ao demais estatuto real: o facto de se constituir por registo em qualquer Estado-Membro, de não importar a tradição da coisa em nenhuma ordem jurídica comunitária e de atribuir ao titular um direito que se materializa apenas em sede executória, conduz ao desaparecimento de muitos conflitos de regulação. A hipoteca, no fundo, não é afectada por normas da *lex rei sitae* quanto ao gozo da coisa. O titular da hipoteca sempre poderá executá-la, exercendo os poderes conferidos pela lei escolhida, *quaisquer que sejam os seus detentores, proprietários ou titulares de outros direitos*: nisso se materializa o conteúdo próprio da hipoteca. Numa palavra, a própria *natureza* da hipoteca tende a evitar quaisquer conflitos com a regulação do gozo da coisa, pois não o pressupõe<sup>1307</sup>.

*Por fim*, há que reconhecer que a delimitação de estatutos não é um problema novo na hipoteca: na actual solução conflitual já se coloca a questão de distinção entre os domínios da *lex contractus* e da *lex situs*. O que aqui há de original é apenas a colocação da fronteira entre estatutos um pouco mais para dentro do estatuto real, deixando ao domínio da lei escolhida não apenas as obrigações como também os poderes atribuídos ao credor pela garantia.

---

<sup>1306</sup> Cfr. HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Comentário...", capítulo III. Sobre o sacrifício do interesse da *harmonia material* em face dos mais importantes princípios do DIP perseguidos através do *dépeçage*, *vide*, entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Direito Internacional...* (1997), p. 117; PAUL LAGARDE, "Le «dépeçage»...", p. 650 (que explica que os problemas gerados pela especialização das regras de conflitos [e consequente convocação de diferentes leis] não tornam o sistema impraticável).

<sup>1307</sup> O mesmo não sucede nas garantias (como o penhor) onde ao credor é atribuída a detenção da coisa. Nestes casos, é previsível o surgimento de conflitos entre estatutos se forem submetidos a leis diferentes.

**4.6.2. Os problemas próprios da abordagem conflitual: perda de influência no regime material e disparidade de soluções por efeito das divergências na parte geral do direito internacional privado.**

O facto de postularmos uma intervenção da UE no domínio conflitual (e não substantivo) importa evidentemente algumas desvantagens face às propostas que a doutrina até agora vinha apresentando para o nosso problema.

*Em primeiro lugar*, a intervenção conflitual (em detrimento da instituição de uma *euro-hipoteca* ou unificação substantiva do direito hipotecário) não permite ao legislador comunitário exercer opções políticas que influam no regime substantivo da hipoteca (garantias mais protectoras do devedor ou do credor; escolha por modelo acessório ou independente; ou sequer a criação de maior ou menor autonomia material)<sup>1308</sup>.

O argumento não parece ser decisivo. Na verdade, a intervenção conflitual da UE não proíbe (mas antes permite) a harmonização de *certos aspectos da hipoteca*, sempre que tal se revele necessário à prossecução dos objectivos dos Tratados. Lembre-se que foi essa a razão pela qual limitámos a possibilidade de escolha às leis de um Estado-Membro, reservando às instituições o poder de as aproximar e garantir, assim, um patamar comum de equilíbrio das posições das partes<sup>1309</sup>. Tal harmonização (que não seria possível como solução do problema que nos ocupa<sup>1310</sup>) poderia ocorrer enquanto complemento à autonomia conflitual, aproximando (mas mantendo diferentes) os regimes hipotecários no que se revele essencial ao correcto funcionamento do mercado único.

*O segundo problema da abordagem conflitual* radica nas divergências dos Estados-Membros em matéria de aplicação do direito estrangeiro, que podem fazer variar substancialmente o regime jurídico mobilizado e frustrar quaisquer objectivos da unificação conflitual. Recorde-se que em vários países não vigora o princípio *iura novit curiae* (cabendo às partes invocar e provar o conteúdo do direito estrangeiro); noutros vale a tese das regras de conflitos

---

<sup>1308</sup> Neste sentido, PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 425; CHRISTIAN JOERGES, "The Europeanisation...", pp. 186-188. Atente-se, porém, que a autonomia conflitual não é absolutamente inócua no que concerne ao resultado material. Na verdade, não só vimos *supra* que influencia decisivamente a liberdade de circulação como favorece, em alguns domínios, um certo objectivo de política legislativa: lembra PAULIUS JURCYS, *Party...*, p. 6 que a escolha da lei aplicável ao divórcio foi consagrada "*because it is assumed that this should facilitate the dissolution of marriage*". Igualmente, a autonomia conflitual (e o modelo de concorrência legislativa) reduz o poder do legislador nacional, porquanto as partes poderão optar por outros sistemas quando aquele aprove normas que lhes desagradem (cfr. STEFAN LEIBLE, "Kollisionsrecht...", p. 280).

<sup>1309</sup> Cfr. *supra*, pp. 602ss

<sup>1310</sup> Com efeito, quando considerámos *supra* a harmonização dos direitos hipotecários como solução do nosso problema, concluímos que tal via seria *ou* desadequada (caso se limitasse a aproximar alguns aspectos da hipoteca, mantendo as clivagens mais importantes, como o carácter independente ou a admissibilidade do pacto comissório) *ou* proibida (caso se unificassem os aspectos onde a dissemelhança avulta, caso em que se não verificaria competência europeia para o operar) — *vide* pp. 367ss e 373ss.

facultativas, fazendo impender sobre as partes o ónus de mobilizar o sistema conflitual sob pena de aplicação da lei do foro; noutros as autoridades judiciais e extrajudiciais (como notários e conservadores) não estão colocados na mesma posição, cabendo-lhes obrigações diferentes na aplicação da lei estrangeira. Acresce o risco de não ser determinado o conteúdo da lei estrangeira, com prejuízo evidente para a estabilidade da garantia. Ora, não existindo um regime europeu de cognição do direito estrangeiro, a disparidade das normas internas faz perigar a *igualdade* das soluções jurídicas, colocando em cheque a abordagem conflitual e subvertendo o propósito de unificação das regras de conexão no espaço europeu<sup>1311</sup>. Aliás, a

---

<sup>1311</sup> Neste sentido, CARLOS ESPLUGUES MOTA, "Application of Foreign Law — Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: the «Madrid Principles» of 2010", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 273-297, p. 275 ("the absence of a common set of rules governing the application of foreign law can have devastating effects from a structural point of view"), que chama a atenção para um novo fenómeno de *forum shopping* (não baseado na disparidade das regras de conflitos mas na variação das obrigações dos tribunais quanto à aplicação da lei estrangeira) e elenca as várias formas como o direito estrangeiro é tratado em todos os países europeus (pp. 281ss), lamentando que verdadeiramente só em Portugal, Eslovénia, Bélgica e Hungria vigore plenamente o princípio *iura novit curia* quanto à lei estrangeira; CARLOS ESPLUGUES MOTA, JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES E GUILLERMO PALAO MORENO, "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe", *Application of Foreign Law*, CARLOS ESPLUGUES MOTA, JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES E GUILLERMO PALAO MORENO, Sellier — European Law Publishers, München, 2011, pp. 3-94, pp. 3ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The methodology...", p. 155 ("the purpose of PIL unification at the EU level can to a certain extent be undetermined by different solutions regarding the interpretation and application EU instruments in matters such as characterization, fraude à la loi, and the application of foreign law"); URS PETER GRUBER E IVO BACH, "The Application of Foreign Law — A progress report on a new european project", *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 157-169, p. 158 ("a closer look reveals that EC conflict-of-laws regulations may not provide any real uniformity. Standing alone, conflict-of-laws rules do not ensure that the law they designate as applicable is actually applied in practice. Every domestic procedural law regime contains rules that allow courts to disregard applicable law if its content cannot be ascertained. More important, the process of 'ascertaining' the content of applicable law varies widely throughout Member States' legal systems"); PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", pp. 9-10 e 57 ("Se se deja en manos del juez conocer o no conocer el Derecho extranjero, la aplicación de la norma de conflicto se convierte en una mera posibilidad y, consecuentemente, se traduce en una indeseable inseguridad jurídica"); ALFRED E. VON OVERBECK, "La théorie...", p. 258 (referindo-se à teoria das regras de conflitos facultativas, considera que "son application aux règles de conflit conventionnelles rendrait le but d'unification recherché par celles-ci illusoire"); AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "¿Constituye la aplicación de la lex fori en defecto de prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 537-554, p. 542 (que além de traçar as diferenças entre os vários sistemas, lamenta que em todos eles "el Derecho extranjero designado por la norma de conflicto no queda completamente garantizada"); CHRISTIAN KOHLER, "Le droit...", p. 487; WILHEM WENGLER, "Les conflits...", p. 213; PEDRO MIGUEL ASENSIO, "Integración...", p. 425; HENRI BATIFFOL, "La règle...", p. 221; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 260; TREVOR C. HARTLEY, "Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 271-292, p. 271 (referindo-se à convicção de que algumas regras sobre cognição do direito estrangeiro "undermine the objectives of international and EU initiatives on conflict of laws"); PIERRE GANNAGÉ, "La pénétration...", p. 430 (que lembra que, antes do alastramento da autonomia conflitual às relações de família, a possibilidade de escolha da lei aplicável existia nos sistemas onde vigorasse a teoria regras de conflitos facultativas, manipulando-se assim o sistema conflitual); MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign...", p. 230 (explicando que só a obrigatoriedade de mobilização das regras de conflitos e a cognição oficiosa do direito estrangeiro podem levar à uniformidade de resultados); MIGUEL AMORES CONRADI E ELISA TORRALBA MENDIOLA, "El DIPr...", p. 123; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Grenzen...", pp. 333-334 (aludindo à subversão do regime conflitual comunitário nos países que não estipulam a cognição oficiosa do direito estrangeiro); PETER HAY, OLE LANDO E RONALD ROTUNDA, "Conflict...", pp. 170 e 183-188; RAINER HAUSMANN, "Pleading and Proof of Foreign Law — A Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, vol. 8, n.º 1, 2008, pp. 1-13, p. 13; EVA-MARIA KIENINGER, "Ermittlung...", p. 481. Aliás, mesmo o Juiz comunitário prefere perfilhar o princípio *iura novit curia*, já que logo em 1976, numa acção de responsabilidade contratual, aplicou o direito italiano e buscou o conteúdo da lei

aplicável (cfr. Acórdão TJCE de 7 de Dezembro de 1976, *Pellegrini, Recueil de jurisprudence*, 1976, pp. 1807, n.º 17ss; D. LASOK E P. A. STONE, *Conflict...*, p. 38).

O conhecimento officioso do direito estrangeiro é estabelecido, para os tribunais, pelos direitos alemão (§293 *Zivilprozessordnung*), austríaco (§3 da Lei de Direito Internacional Privado), italiano (art. 14.º da Lei de reforma do DIP), suíço (art. 16.º LFDIP) português (art. 348.º CC e art. 674.º CPC), belga (art. 15.º do Código de DIP), esloveno e húngaro. Na doutrina, cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 428; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "Circulação...", p. 649; ANTÓNIO MARQUES DOS SANTOS, "A Aplicação...", p. 47; OLIVER REMIEN, "Iura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61ff. EGV — für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, JÜRGEN BASEDOW, et al., Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 617-631, p. 618 (veja-se a sua proposta para solucionar este problema mediante reenvio prejudicial, sobre a qual não versaremos [pp. 627ss]); PAOLO PICONE, "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 103-135, pp. 133ss. Em Portugal, a demonstração do conteúdo da lei estrangeira é officiosa e pode ser feita por todos os meios válidos em processo civil (prova documental, pericial e testemunhal), mas a doutrina discute a sujeição de notários e conservadores às mesmas obrigações (cfr. o nosso estudo "Poderes e deveres de Notário e Conservador na Cognição de direito estrangeiro", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registas*, n.º 2, 2014, pp. 9-38, pp. 9ss, e DÁRIO MOURA VICENTE E MARIA HELENA BRITO, "Application of Foreign Law in Portugal", *Application of Foreign Law*, CARLOS ESPLUGUES MOTA, JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES E GUILLERMO PALAO MORENO, Sellier — European Law Publishers, München, 2011, pp. 301-315, pp. 312ss).

Pelo contrário, o DIP inglês exige que as partes provem, como questão de facto, o conteúdo do direito estrangeiro (ALBERT VENN DICEY E JOHN HUMPHREY CARLILE MORRIS, *Dicey and Morris...* (2000), Vol. II, pp. 226ss; PETER NORTH E JAMES FAWCETT, *Cheshire...*, p. 99; J. G. COLLIER, *Conflict...*, pp. 33-35; TREVOR C. HARTLEY, "Pleading...", p. 273; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 247; SONNENBERGER, *cit.*, p. 334); a jurisprudência da *Cour de Cassation* não é uniforme quanto a este problema, embora na generalidade das matérias (com excepção das relativas à capacidade e ao estado das pessoas) a aplicação da regra de conflitos seja facultativa e o ónus da prova da lei estrangeira caber à parte interessada (MARIEL REVILLARD, *Droit...*, pp. 15 e 17; HARTLEY, *cit.*, p. 280; SHAHEEZA LALANI, "Establishing the content of foreign law: a comparative study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 1, 2013, pp. 75-112, p. 77); em Espanha, sendo officiosa e imperativa a mobilização da regra de conflitos, soçobra o dever de alegação (art. 281.º/2 da *Ley Enjuiciamiento Civil*), devendo o julgador apreciar a sua compatibilidade com o direito espanhol (art. 12.º/3 Código Civil), estando por isso assente que o direito estrangeiro é uma *questão de facto* (JOSÉ PUENTE EGIDO, "El Hecho y el Derecho en el Sistema Conflictual Español — Breves Reflexiones", *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration — Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, GERHARD LÜKE, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, pp. 581-597, pp. 581 e 592; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "La aplicación del derecho extranjero por los notarios", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXV, 1996, pp. 175-209, p. 187; CARLOS ESPLUGUES MOTA, "El Derecho...", p. 313; FEDERICO GARAU SOBRINO, "La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del derecho extranjero", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 430-443, p. 430; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "Problemas...", p. 219).

A um resultado similar se chega na Dinamarca, Finlândia, Luxemburgo, Noruega e Suécia (SHAHEEZA LALANI, *ibidem*). Nestas jurisdições, surge assim a possibilidade de as partes prescindirem da invocação do sistema conflitual e conseguirem a aplicação da *lex fori*, permitindo-se uma "indirect choice" da lei aplicável (PETER NORTH, "Varying...", p. 57, e "Choice...", p. 34; ADRIAN BRIGGS, *Agreements...*, p. 31; MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "La ley nacional...", p. 357; MAARIT JÄNTERÄ-JAREBORG, "Foreign...", pp. 277ss).

Repare-se, como sublinha HARTLEY, *cit.*, p. 272, que a distinção entre os sistemas que tratam o direito estrangeiro como *direito* ou como *facto* não é tão importante quanto possa parecer. Na verdade, em países que entendem a lei estrangeira como facto, não se retiram daí a plenitude das consequências, considerando-o um "facto de natureza peculiar", conhecendo do conteúdo do direito estrangeiro (ainda que não invocado) como questão prejudicial, para determinar a competência dos Tribunais do foro ou determinar a existência de fraude à *lex fori* — cfr. PUENTE EGIDO, *cit.*, p. 582. Da mesma forma, sistemas, como o português, que vêem a lei estrangeira como questão de direito, estabelecem deveres de colaboração para as partes que não existem quando a lei aplicável seja a *lex fori*. Vide o profundo estudo comparativo sobre as soluções adoptadas em 70 países em matéria de cognição do direito estrangeiro de SHAHEEZA LALANI, *cit.*, pp. 75ss.

Fora da União Europeia, também não há uniformidade quanto a este problema. Vide FABRÍCIO POLIDO, "Aplicação do Direito Estrangeiro pelos Tribunais Domésticos: Uma Vertente Técnica e Cooperativa do Direito Internacional Privado", *Arbitragem e Comércio Internacional — Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*, UMBERTO CELLI JUNIOR, MARISTELA BASSO E ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 1155-1212, p. 1172, que sublinha o conhecimento officioso do direito estrangeiro nos tribunais brasileiros.



existência de um corpo normativo conflitual unificado pode criar a ilusão de *aparente* uniformidade de lei aplicável, com prejuízos ainda mais severos do que os que adviriam da assumida disparidade de soluções conflituais<sup>1312</sup>.

Reconheça-se, porém, que a União Europeia está em posição óptima para atenuar as dificuldades, porquanto lhe é possível a criação de uma rede europeia de pontos de contacto, instrumental ao bom funcionamento do DIP comunitário. Com tal rede, nada obsta a que seja adoptada, no uso da competência comunitária, a regra de cognição *ex officio* do direito estrangeiro designado por *regras de conflitos de fonte europeia*, como a doutrina vem propondo<sup>1313</sup>.

*Em terceiro lugar*, a abordagem conflitual presume que os órgãos aplicadores do direito são igualmente capazes de aplicar direito nacional e estrangeiro, suposição que por vezes não tem correspondência prática (é mais provável a distorção de regras estrangeiras, menos familiares ao órgão aplicador do direito). Assim, a nossa tese implica um revés na tendência actual de coincidência *forum-ius*, com expectáveis prejuízos na boa administração da justiça<sup>1314</sup>.

*Em quarto lugar*, a existência de divergências em matéria das regras e princípios gerais do DIP pode ter directa influência nas soluções oferecidas. Se a opção pela autonomia conflitual evita problemas de interpretação do elemento de conexão<sup>1315</sup> e a exclusão do

---

<sup>1312</sup> Neste sentido, URS PETER GRUBER E IVO BACH, "The Application...", p. 159.

<sup>1313</sup> Quanto à rede europeia de contactos, cfr. CARLOS ESPLUGUES MOTA, "Application...", pp. 291ss; PIETRO FRANZINA, "Il ruolo della rete giudiziaria europea nell'applicazione e nello sviluppo degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile", *Verso un "ordine comunitario" del processo civile — Atti del Convegno interinale della Società italiana di Diritto internazionale (Como, 23 novembre 2007)*, NERINA BOSCHIERO E PAOLO BERTOLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 185-199, p. 186; URS PETER GRUBER E IVO BACH, "The Application...", p. 168; JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, "Derecho Internacional Privado y Derecho...", p. 792 (que a considera a grande vantagem da intervenção europeia na codificação do DIP); LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 653. Confirmando o que acabamos de expor, repare-se que, no quadro do Regulamento Roma II, chegou a ser proposta pelo Parlamento Europeu a instauração de um mecanismo unificado de cognição da lei aplicável, que acabou por não ficar consignada na versão final: *vide* arts. 12.º e 13.º da Resolução do Parlamento Europeu sobre a proposta de Regulamento Roma II.

Em consonância, as propostas doutrinárias de instauração de um Regulamento Roma 0 contemplam justamente a criação de uma regra de cognição oficiosa do direito estrangeiro: "*otherwise harmony of decisions would be jeopardised*" — STEFAN LEIBLE E MICHAEL MÜLLER, "A General...", p. 149; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The methodology...", p. 171; GRUBER e BACH, *cit.*, p. 167; JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, "Lucas...", p. 551; RAINER HAUSMANN, "Pleading...", p. 13; LIMA PINHEIRO, *cit.*, p. 237. Repare-se, por último, que AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "¿Constituye...", p. 552, considera que, mesmo em face do quadro actual, será ilícito um regime nacional de cognição do direito estrangeiro que redunde na passividade total do julgador quanto à obtenção do conteúdo da lei estrangeira quando designada por acto comunitário.

<sup>1314</sup> Sobre as maiores dificuldades de aplicação de lei estrangeira face a lei uniforme, cfr. FRIEDRICH K. JUENGER, "The *lex mercatoria*...", p. 176; RENÉ DAVID, "The Methods...", p. 17; COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW AND STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, "Communication...", pp. 166-167; JEAN-BAPTISTE RACINE, "Pourquoi...", p. 72. Sobre a tendência actual de, na União Europeia, promover a coincidência *forum-ius* em sentido próprio, cfr. RUI MOURA RAMOS, "As obrigações...", p. 83, e TITO BALLARINO, "Il nuovo...", pp. 1131-1132.

<sup>1315</sup> Que sucedem, principalmente, a propósito do elemento de conexão *domicílio*: deve olhar-se ao conceito de domicílio oferecido pela *lex fori* ou pela *lex causae*? Qualquer que seja a solução, há um risco de desarmonia jurídica internacional e de variação da lei aplicável consoante o critério seguido. Na nossa proposta, atendendo a que a escolha das partes é concretizável através de uma ponderação de factos, o problema é minorado. Sobre a variação da lei aplicável por força da interpretação do elemento de conexão, cfr. J. G. COLLIER, *Conflict...*, p. 13.

reenvio preclude posições divergentes sobre esta matéria, não pode olvidar-se que a opção do julgador quanto ao método de *qualificação* tem influência directa na afirmação de uma solução. O mesmo se passa no que concerne a outros institutos, como a relevância de normas de aplicação necessária e imediata, a fraude à lei e a ordem pública internacional, cuja diferença tem influência determinante no resultado dado ao caso concreto<sup>1316</sup>.

Este problema, indiscutível, não é todavia insolúvel. *Quanto à qualificação*, lembre-se que o Tribunal de Justiça vem determinando que utilização de conceitos-quadro no DIP reclama uma *interpretação autónoma*, assistindo-se a um declínio da tradicional *qualificação lege fori* — indiscutivelmente a que mais propicia diversidade de decisões. *Quanto aos demais problemas da parte geral*, recorde-se que a adopção de um “Regulamento Roma 0” vem sendo aventada, caminhando-se para a consagração de soluções que tutelem a uniformidade de valoração<sup>1317</sup>.

---

<sup>1316</sup> Neste sentido, cfr. LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "The methodology...", p. 155: "the purpose of PIL unification at the EU level can to a certain extent be undetermined by different solutions regarding the interpretation and application EU instruments in matters such as characterization, fraude à la loi, and the application of foreign law". Sobre a denunifformidade da chamada *parte geral* do DIP e suas consequências na harmonia jurídica internacional, cfr. FRIEDRICH K. JUENGER, "Two European...", p. 536; HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Grenzen...", pp. 329ss; STEFANIA BARIATTI, "Qualificazione...", pp. 362ss; HELMUT HEISS E EMESE KAUFMANN-MOHI, "«Qualifikation» — Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 181-199, p. 185.

No que concerne à qualificação, as divergências passam *quer* pelo seu objecto (alguns métodos qualificam *factos* e outros *regras jurídicas*) *quer* pelo critério da qualificação (podendo esta ser feita à luz da *lex fori*, da *lex causae*, de *concepções universais* ou *quase universais* [tese de ERNST RABEL, *The Conflict...*, Vol. I, *passim*], ou mediante a superação da antinomia entre a qualificação *lege causae* e *lege fori*, interpretando o conceito quadro à luz da *lex formalis fori* e operando a qualificação através da *lex causae*). Ora, a falta de um regime único de qualificação influencia decisivamente a solução de casos concretos: "*suivant la qualification à laquelle on s'attachera pour fixer la nature de la prétention litigieuse, la loi interne applicable à cette prétention variera*" (ÉTIENNE-ADOLPHE BARTIN, "De l'impossibilité...", p. 230). A análise das forças e fraquezas dos vários métodos de qualificação é elaborada por ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, pp. 199ss; JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, pp. 102ss; J. G. COLLIER, *Conflict...*, pp. 15ss (que propugnam o sistema de qualificação elencado em último lugar, positivado no art. 15.º do Código Civil Português); VÉRONIQUE ALLAROUSSE, "A Comparative...", pp. 479ss.

São conhecidos muitos exemplos dessa interferência: as regras sobre premoirência ou comoirência, que podem ser qualificadas como regras probatórias, sucessórias ou relativas à personalidade jurídica, o que pode provocar a sua vocação por comandos conflituais distintos e soluções materiais opostas (*vide* OTTO KAHN-FREUND, "General...", pp. 370ss, que relata um caso onde a qualificação *lege fori* implicaria a sua consideração como normas probatórias [determinando-se o seu chamamento à lei do foro] enquanto que a sua caracterização sucessória envolveria a sua vocação da *lex successionis*); a qualificação das pretensões sucessórias do cônjuge como inerentes ao estatuto matrimonial ou sucessório pode resultar na sua vocação por regras conflituais diferentes (cfr. BARTIN, *cit.*, p. 227: "*nos deux États ont beau s'entendre sur les deux règles de droit international que cette prétention met en jeu, il suffit de supposer que chacun d'eux la qualifie différemment pour qu'à un accord théorique sur ces deux de principe se substitue un dissentiment irréductible sur la solution à donner au conflit*").

<sup>1317</sup> Sobre o declínio da qualificação *lege fori* no DIP europeu, *vide* ANDREA BONOMI, "Il diritto...", pp. 35ss; HELÈNE GAUDEMET-TALLON, "Le nouveau...", p. 258; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "La distinción...", pp. 414-415; GERALDO RIBEIRO, "A Europeização...", p. 271. Sobre a existência de sinais no DIP comunitário a afastar aquele método de qualificação (indicando a utilização de uma qualificação de acordo com o *direito comparado* ou mediante modelo próximo daquele que consta do art. 15.º CC, através de autónoma interpretação das categorias jurídico-normativas), *vide* BENEDETTA UBERTAZZI, "La legge...", pp. 351-352; CHRISTIAN HEINZE, "Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-127, pp. 108ss; HELMUT HEISS E EMESE KAUFMANN-MOHI, "«Qualifikation»...", pp. 197-199. Em consequência, as propostas de instauração de um Regulamento Roma 0 aconselham justamente uma interpretação autónoma dos conceitos-quadro (cfr. STEFAN LEIBLE E MICHAEL MÜLLER, "A General...",

*Em quinto lugar*, a autonomia conflitual não preclui a aplicação de NANI ou a mobilização de institutos como a fraude à lei ou a exceção de ordem pública internacional do Estado do foro (que, como vimos, é o país da situação da coisa). Nessa medida, são antecipáveis problemas jurídicos sempre que a lei reguladora da hipoteca não seja a *lex rei sitae*, porventura violando a segurança das partes que a liberdade de escolha visou almejar. A isto acresce a própria divergência, acima referida, quanto ao regime de mobilização de normas de aplicação necessária e imediata, da mobilização da fraude à lei ou de invocação da ordem pública internacional, muitas vezes usados como mecanismos de lexforização<sup>1318</sup>. Não é difícil ilustrar a preponderância do problema. Basta pensar numa relação jurídica hipotecária internacional onde as partes hajam escolhido, para um imóvel situado em Portugal, sujeitar a garantia predial à lei francesa, convencionando expressamente o pacto comissório na modalidade de *convenção marciana*. Ora, no momento de execução, não é difícil imaginar que o Tribunal português invoque a exceção de ordem pública internacional e deixe sem efeito o acordo comissório, gorando as expectativas que as partes depositaram na lei escolhida<sup>1319</sup>.

A dificuldade, evidente, não parece ser inultrapassável. *Por um lado*, deve recordar-se que a própria mobilização da exceção de ordem pública internacional e a relevância da fraude à lei se encontram sujeitas aos limites fixados pelo direito primário, pelo que vamos encontrando uma restrição comunitária à sua utilização<sup>1320</sup>. *Por outro*, a característica do *efeito*

---

p. 143). No domínio dos direitos reais, o problema é menor, porquanto é generalizada a atribuição da qualificação *lege rei sitae* quanto aos aspectos mais importantes (designadamente a classificação dos bens como móveis ou imóveis), mesmo em sistemas partidários da qualificação *lege fori* (cfr. PAUL LAGARDE, "La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 209-226, pp. 211ss).

Sobre a necessidade de unificação europeia da parte geral do DIP, *vide* HANS JÜRGEN SONNENBERGER, "Eingriffsnormen", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 429-444, pp. 429ss; WOLFGANG WURMNEST, "Ordre public", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 445-478, pp. 445ss; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 237; JAN VON HEIN E GIESELA RÜHL, "Towards...", pp. 14 e 21ss (que ensaiam as alternativas que se colocam ao legislador europeu para suprir a deficiência).

<sup>1318</sup> Neste sentido, MARC FALLON E JOHAN MEEUSEN, "Private...", p. 56. Sobre a utilização destes institutos como mecanismos de lexforização, pense-se na qualificação de normas como processuais, na aceitação do reenvio apenas na modalidade de retorno, ou na mobilização da exceção de ordem pública internacional (*vide* HENRI BATIFFOL, "Le Pluralisme...", p. 87; JOÃO REIS, "Contrato...", p. 176). Aliás, a própria admissibilidade de autonomia conflitual pode conduzir a esta tendência, quando o julgador encontre uma *escolha tácita* da *lex fori* (como fez o tribunal italiano de Varese na sua decisão de 13 de Janeiro de 2012, publicado na *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, n.º 3, pp. 798). *Vide*, sobre este mecanismo, EMMANUEL GUINCHARD, "Unfinished...", p. 101. No que concerne ao apego dos tribunais aos princípios do seu sistema jurídico (que levam a uma mobilização excessiva da *ordem pública internacional*), cfr. MARIA ISABEL JALLES, "A plurilocalização...", p. 91, que justifica assim o aumento do interesse pela arbitragem nos litígios relativos ao comércio internacional.

<sup>1319</sup> Sobre as impreteríveis razões de ordem pública que, segundo alguma doutrina, vão fundamentando a proibição do pacto comissório, *vide* o nosso estudo "Contratos...", pp. 250ss, e bibliografia aí citada.

<sup>1320</sup> No que concerne à exceção de ordem pública internacional, recorde-se o Acórdão *Ilonka Sayn-Wittgenstein* (*cit.* nota n.º 635), onde o Tribunal expressamente avalia a licitude de mobilização do instituto da *ordem pública internacional* pelos critérios do direito da União, *maxime* o respeito pelo princípio da proporcionalidade (cfr. n.º

*atenuado* da ordem pública internacional permite que esta não seja mobilizada quando a ligação da relação jurídica ao foro não seja determinante<sup>1321</sup>. *Por fim*, as diferenças entre os sistemas jurídicos nacionais estão a esbater-se: mesmo a admissibilidade do pacto comissório foi inserida pela mão da União Europeia (pense-se no regime europeu das *garantias financeiras*, que o impõe), proliferando em simultâneo *hipotecas independentes*<sup>1322</sup>. Assim, a tendência é o desaparecimento gradual dos casos em que o tribunal da execução possa invocar a excepção de ordem pública internacional perante uma hipoteca regulada por lei estrangeira.

*Em sexto lugar*, deve reconhecer-se que a nossa proposta não seria necessariamente aplicável em *toda* a União Europeia. Com efeito, não pode olvidar-se que a intervenção das instituições em matéria de direito internacional privado não abrange obrigatoriamente o Reino Unido, a Irlanda e a Dinamarca, que conservam o direito de não participar nos actos comunitários em matéria de cooperação judiciária civil<sup>1323</sup>.

Este problema não é determinante. Na verdade, são conhecidas várias experiências de integração conflitual que não abrangeram todos estes países (pense-se no Regulamento Bruxelas I ou no Regulamento das Sucessões) sem que se possa dizer que daí decorre um insucesso da unificação conflitual. Este facto pode limitar a 25 países os efeitos positivos da realização do mercado hipotecário europeu, mas não preclude o sucesso da medida.

---

86 "O Tribunal de Justiça recordou em diversas ocasiões que o conceito de ordem pública como justificação de uma derrogação a uma liberdade fundamental deve ser entendido em sentido estrito, pelo que o seu alcance não pode ser determinado de modo unilateral por cada um dos Estados-Membros, sem fiscalização das instituições da União Europeia (v. acórdãos de 14 de Outubro de 2004, *Omega*, C-36/02, *Colect.*, p. I-9609, n.º 30, e de 10 de Julho de 2008, *Jipa*, C-33/07, *Colect.*, p. I-5157, n.º 23). Daqui resulta que a ordem pública só pode ser invocada em caso de ameaça real e suficientemente grave que afecte um interesse fundamental da sociedade (v. acórdão *Omega*, já referido, n.º 30 e jurisprudência referida)", e n.º 87 "Não é menos certo que as circunstâncias específicas que podem justificar o recurso ao conceito de ordem pública podem variar de um Estado-Membro para outro e de uma época para outra. É portanto necessário, a este respeito, reconhecer às autoridades nacionais competentes uma margem de apreciação dentro dos limites impostos pelo Tratado (v. acórdão *Omega*, já referido, n.º 31 e jurisprudência referida)". Neste sentido, MICHAEL GRÜNBERGER, "Alles...", pp. 132-133; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 662. Quanto aos limites de utilização da fraude à lei, veja-se a influência da jurisprudência *Centros* (cit. nota n.º 880), as considerações de PASCHALIS PASCHALIDIS, *Freedom...*, p. 41, e a doutrina citada *supra*, nota n.º 892.

<sup>1321</sup> No fundo, como nota ALEX MILLS, *The Confluence...*, p. 259, e "The Dimensions of Public Policy in Private International Law", *Journal of Private International Law*, vol. 4, n.º 2, 2008, pp. 201-236, pp. 227), vem-se verificando um crescente consenso quanto aos requisitos de invocação da excepção de ordem pública internacional e disseminação da tese do *efeito atenuado da ordem pública internacional*. Sobre o efeito atenuado da ordem pública internacional, *vide*, entre outros, ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 414; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. I, p. 672.

<sup>1322</sup> Sobre a *tendência de aproximação* das hipotecas por via da consagração de garantias não acessórias, *vide* o que dissemos *supra*, pp. 184ss. Sobre a imposição da admissibilidade do pacto comissório pela directiva das garantias financeiras, cfr. entre outros, JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Banca...*, Tomo I, pp. 217ss; MARGARIDA COSTA ANDRADE, "O penhor...", pp. 351ss; DIOGO MACEDO GRAÇA, *Os Contratos...*, pp. 7ss; L. MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "A Directiva...", pp. 693ss; FILIPPO ANNUNZIATA, "Verso...", pp. 182ss.

<sup>1323</sup> Esta realidade é apontada como uma "*sombra*" do sistema europeu por JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES, "Luces...", p. 541. Sobre o regime de *opting-out* depois do Tratado de Lisboa, *vide* NUNO PIÇARRA, "O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa — Aspectos Centrais*, NUNO PIÇARRA, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 127-155, p. 148.

Por fim, deve reconhecer-se que a *autonomia conflitual*, por si só, é insuficiente para solucionar o nosso problema. Efectivamente, só atenua uma das dificuldades apontadas (a disparidade do direito aplicável), subsistindo as demais. Assim, são aqui reproduzíveis todas as críticas que se fomos analisando aos outros métodos que vêm sendo apontados para a solução do problema (*maxime* a euro-hipoteca e a unificação do direito aplicável): o direito hipotecário está ligado, de forma preponderante, às regras executivas, falimentares e registais, de aplicação territorial, pelo que não apenas subsistem dissemelhanças<sup>1324</sup>.

Não obstante, parece segura a conclusão de que, comparando a *autonomia conflitual da hipoteca* com as demais propostas (que também se limitam a propor mecanismos de superação da *disparidade legislativa no direito substantivo* e envolvem igualmente o risco de desarmonia material no momento da respectiva execução), a via conflitual é francamente preferível: não apenas é mais condicente com os interesses do comércio intracomunitário como é mais simples, menos intrusiva e mais eficaz do que qualquer uma das alternativas.

Ademais, não pode olvidar-se a intervenção no direito de conflitos pela consagração da autonomia conflitual na hipoteca não preclude nenhuma das demais estratégias de solução do problema. Isto é, caso os problemas evidenciados conduzam à ineficácia da solução ora propugnada, continua a poder considerar-se a uniformização ou harmonização o direito hipotecário, mantém-se a viabilidade de instauração de uma euro-hipoteca e permanece viva a hipótese de titularização do crédito hipotecário. Ou seja, mesmo falhando a nossa proposta, porque é a menos interventiva de todas as analisadas (respeitando o cânone da proporcionalidade que orienta as instituições) as outras vias podem sempre vir a ser concretizadas, nessa altura justificando ser *estritamente necessárias*.

#### 4.6.3. *A relação com a lei reguladora da execução*

Com maior gravidade, não pode esquecer-se que a autonomia conflitual no domínio hipotecário visa justamente evitar a aplicação forçosa da *lex rei sitae* à hipoteca. Tal implicará, atendendo à competência judiciária e normativa exclusiva do Estado territorial para a execução, que a *lei que rege a garantia* não coincida com a *lei reguladora da execução*, o que será uma realidade nova no que toca aos imóveis.

Este problema reveste importância especial porque a eficácia da hipoteca produz-se justamente no momento da execução<sup>1325</sup>: o direito que confere é a preferência *no seio de uma acção executiva*, pelo que é neste processo que se convocarão normas hipotecárias da lei

---

<sup>1324</sup> THOMAS WACHTER, "La garantie...", p. 179.

<sup>1325</sup> A execução é, no fundo, a *função económica da garantia* (cfr. ZENO CRESPI REGHIZZI, *Lex Rei Sitae...*, p. 131).

escolhida e normas processuais da *lex situs*. Assim, a nossa proposta gerará provavelmente *dificuldades de qualificação (i)*, *conflitos de qualificações (ii)* e situações de *desarmonia material (ii)*.

Quanto às dificuldades de qualificação (com relevância prática evidente), surge um problema inédito<sup>1326</sup> facilmente conjecturável: pense-se, por exemplo, na convenção prevista no art. 129.º da *Ley Hipotecaria* espanhola, nos termos da qual proprietário e credor podem, no negócio hipotecário, acordar a *execução extrajudicial* do bem hipotecado no caso de incumprimento, aplicando-se um conjunto de regras *substantivas* sobre a avaliação do imóvel onerado. Tal norma é *substantiva* (reforçando os poderes do credor hipotecário e, portanto, aplicável às hipotecas regidas pela lei espanhola) ou *processual* (estabelecendo o *modo da execução* e, portanto, mobilizável quando a coisa hipotecada se situe em Espanha, ainda que a hipoteca se submeta a lei distinta)?

*Em segundo lugar*, adivinham-se conflitos de qualificações: suponha-se que certa norma *substantiva* da lei escolhida determina a prevalência da hipoteca sobre garantias posteriormente registadas sem qualquer outra formalidade e, simultaneamente, normas *executivas* da *lex situs* estabelecerem a necessidade de o credor hipotecário confirmar processualmente a intenção de se prevalecer da sua posição, sob pena de perda da prioridade.

Em qualquer dos casos, parece que se deverá privilegiar a lei reguladora da execução: no primeiro, porque a função da norma material é a definição do mecanismo executivo; no segundo, porque as regras processuais são chamadas ainda *antes* do jogo conflitual, prevalecendo por isso sobre as disposições substantivas que as contradigam<sup>1327</sup>. Simplesmente, ao aplicar a *lex fori* (que é simultaneamente a *lex rei sitae*) esvaziaremos as vantagens que o credor havia pretendido ao escolher a aplicação de lei diferente. Este problema (que, como vimos, é um dos óbices da abordagem conflitual) opera uma restrição

---

<sup>1326</sup> Efectivamente, KARL KREUZER, "La propriété...", p. 84 sublinha não assumir dificuldade, no direito das garantias, a qualificação das suas normas como materiais ou processuais porque ambas são retiradas à lei da situação da coisa, "*de sorte que le problème de qualification ne se pose pas*". Assim não será no quadro da nossa proposta, já que a lei reguladora da garantia não é a lei do processo. Nasce, portanto, o problema da caracterização, designadamente, das regras que modelam a *sequela* do credor: processuais (chamando-as à *lex rei sitae*) ou materiais (convocando-as à *lei escolhida pelas partes*)?

<sup>1327</sup> Tudo aponta para que, perante o conflito de qualificações, se optasse pela prevalência das normas executivas do Estado da execução (que é simultaneamente o país da situação da coisa). *Por um lado*, repare-se que as normas processuais são de aplicação territorial por obediência ao brocardo *auctor regit actum* enunciado por NIBOYET, pelo que a sua aplicação é determinada *antes* do jogo conflitual (JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições...*, p. 17; ELISABET CERRATO GURI, "El valor...", p. 477). *Por outro*, e mesmo que assim não fosse, parecem ser neste caso aplicáveis analogicamente as considerações de ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional...*, p. 234, sobre a prevalência da qualificação real à qualificação pessoal: "*a ligação da coisa ao Estado territorial é muito mais forte do que a do indivíduo ao Estado nacional. Este último (ou qualquer outro que proceda em seu nome, isto é, sob invocação das suas leis) nenhum poder efectivo tem sobre as coisas situadas em território estrangeiro, e a efectividade das decisões dos seus tribunais em relação a tais coisas depende, toda inteira, da cooperação que lhes queiram prestar as autoridades do Estado territorial*". Foi também a solução defendida por ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO, *Direito...*, Vol. II, pp. 202ss, embora a Professora tenha vindo a inverter a sua posição na sua obra *O Problema...*, p. 50.

directa ao âmbito da autonomia conflitual, atendendo à natureza da hipoteca. Não se tenha, porém, como problema novo, já que o mesmo sucede nas garantias pessoais (que são sujeitas à *professio iuris*) sem que tal haja nunca implicado uma proposta de amputação da autonomia conflitual nessas figuras.

Já a *desarmonia material* pode surgir porque o sistema executivo supõe *uma certa concepção de hipoteca*: quando o direito pátrio determina que os bens vendidos em execução são transmitidos livres das garantias que os oneravam está a pressupor a *acessoriedade* face às obrigações coactivamente realizadas — a garantia desaparece porque a obrigação também se extingue. Nessa medida, pode sustentar-se que a regra é inconciliável com a aceitação, por via da autonomia conflitual, de *hipotecas independentes*, que não pressupõem esta ligação.

Da mesma forma, quando o direito holandês admite a convenção segundo a qual o arrendamento está sujeito a autorização do credor hipotecário, pressupõe que a regra executiva vai estabelecer a oponibilidade da locação ao adquirente. Assim, não será justa a articulação da regra executiva holandesa com outro direito hipotecário nem a permissão daquela convenção em prédios que serão alienados sem que o direito do arrendatário seja oponível ao adquirente.

Se atentarmos com mais pormenor, não parece que o problema exista. Efectivamente, se há divergência entre as regras nacionais sobre venda executiva no que tange à *alienação livre de encargos*, a disparidade não existe no que concerne ao *exercício* a garantia (promovendo a venda judicial da coisa): tal implica sempre a extinção da garantia, fosse ela acessória ou independente. A disparidade (e, por isso, eventual incompatibilidade) surge quanto à manutenção de *garantias de terceiro, não exequente*. Neste caso, vimos que os sistemas nacionais optam por uma de duas soluções — a caducidade desses direitos e venda da coisa desonerada (protegendo os titulares pelo chamamento ao processo e transferência do seu direito para o produto da venda) ou manutenção dos gravames apesar da venda executiva<sup>1328</sup>.

Ora, esta opção não se liga de forma alguma ao modelo acessório ou independente da hipoteca vigente no país: na verdade, esta segunda opção tanto existe em sistemas que conhecem a *garantia independente* (como a Alemanha e a Suíça) como em ordens jurídicas profundamente arreigadas ao princípio da acessoriedade (como Espanha e França). Isto é, os factos demonstram que a opção em matéria executiva se não liga ao regime substantivo da hipoteca, pelo que não surgirão, neste particular, antinomias derivadas da aplicação à garantia de regras substantivas diversas daquelas que o sistema da *lex fori* prevê.

---

<sup>1328</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 216ss.

De todo o modo, e mesmo que se não aceite este raciocínio (isto é, mesmo que a concepção da hipoteca da *lex fori* influencie as opções executivas), sempre que se demonstre que *certa norma substantiva da hipoteca* se deve ao um qualquer vector do sistema executivo, o efeito será o mesmo que vimos para os conflitos de qualificações: a preponderância da lei do processo (simultaneamente a *lex rei sitae*). Qualificar-se-á tal norma como *executiva* e, assim, valerá a regra da lei reguladora da execução<sup>1329</sup>.

Assim, a nossa conclusão preliminar é a de que *por um lado*, não é certo que todos estes problemas surjam; *por outro*, de que não têm como efeito a inutilização da nossa proposta mas apenas a *redução do âmbito da autonomia conflitual*, já que a lei escolhida cede face a normas executivas da *lex situs*.

Se é verdade que este resultado desanima (porquanto a subtracção da hipoteca da *lex rei sitae* era justamente o efeito que se pretendia alcançar), não deve ser sobrevalorizado. De facto, as regras que vão prevalecer sempre seriam aplicáveis à execução (mesmo que se optasse por qualquer outro dos métodos de solução do problema, como a euro-hipoteca), e sempre predominariam sobre normas substantivas que com aquelas se não conciliassem. Isto é, trata-se de regras executivas que se aplicam *também nas garantias pessoais regidas por lei estrangeira* e nunca se tomou tal efeito como restritivo do crédito internacional. Assim, pode concluir-se que o respectivo conteúdo não é determinante no mercado europeu de garantias.

*Por outro lado*, deve notar-se que, no que concerne aos aspectos da hipoteca que se ligam decisivamente à execução (concretamente o poder de fazer pagar um crédito à custa da coisa onerada com preferência face aos demais credores) não existe disparidade entre os ordenamentos jurídicos elegíveis: em todos os ordenamentos jurídicos europeus esta faculdade existe nestes precisos termos<sup>1330</sup>. Nessa medida, não serão conjecturáveis graves surpresas, sobretudo se, nos termos que propomos *infra*, for levada a cabo a necessária *harmonização do direito registal* para acondicionar as garantias reguladas por lei estrangeira.

*Por fim*, mesmo supondo verdadeiras antinomias, a solução não faz perigar a confiança que o credor depositou na garantia. Na verdade, a prevalência da lei do processo terá, no limite, a consequência de exercício antecipado da garantia (no momento em que outro credor desencadeou a acção executiva) ou de um menor valor venal da coisa, mas nunca a atenuação da independência da garantia face ao crédito ou a diminuição da tutela

---

<sup>1329</sup> Cfr. o que dissemos na nota n.º 1327 e o raciocínio de KARL KREUZER, "La propriété...", p. 84.

<sup>1330</sup> Cfr. a análise que efectuámos *supra*, quanto ao conteúdo da garantia, pp. 132ss.



creditória. No fundo, mesmo a eventual restrição objectiva do âmbito da autonomia está desprovida de efeitos atentatórios à confiança dos credores<sup>1331</sup>.

## 5. SÍNTESE CONCLUSIVA

O capítulo que agora termina permitiu-nos inferir um conjunto de conclusões que, sequencialmente, nos levaram à proposta de autonomia conflitual. Se é incontestável o problema da disparidade legislativa no direito hipotecário, perante o falhanço das vias anteriormente estudadas para a sua solução, abordámos o problema *não do ponto de vista do direito material*, mas analisando os sólidos fundamentos de aplicação da *lex rei sitae* à hipoteca.

Esse percurso levou-nos a várias ilações. A primeira materializou-se no fenómeno de *especialização do estatuto real* que não apenas já retirou da *lex rei sitae* vários direitos de natureza real (*trust*, direitos reais sobre meios de transporte e coisas em trânsito, direitos sobre valores mobiliários e instrumentos financeiros), como se propõe o respectivo abandono num conjunto alargado de matérias (património cultural; garantias reais sobre coisas móveis; direitos reais *gerados* por negócio jurídico). Este enfraquecimento da *situs rule* vem sendo ocupado justamente pela *autonomia conflitual*, sempre que haja tutela suficiente de terceiros.

A segunda conclusão que inferimos, depois de analisados os argumentos que sustentam a autonomia conflitual e a sua *irresistível extensão* a novos domínios (sucessões, divórcio, relações entre cônjuges, responsabilidade delitual), foi a de que os pilares que fundam a *professio iuris* prestam no domínio hipotecário para todas as missões que lhe vão sendo atribuídas: certeza e estabilidade da lei aplicável; conformação aos melhores interesses das partes; maior eficiência de regulação e promoção da concorrência legislativa.

Chegados a este ponto, munidos da conclusão de que a autonomia conflitual seria útil e adequada à hipoteca, partimos para a análise crítica dos fundamentos da *lex rei sitae*, o que nos levou à desconstrução do dogma da *situs rule* para a hipoteca. As razões justificativas da *lex rei sitae* são essencialmente estruturadas na *propriedade* e nos direitos reais que supõem o contacto com a coisa; são fundamentos que não consideram a natureza constitutiva do registo e sua missão publicitária racionalizada. Em suma: implicam a aplicação necessária da lei da situação da coisa para muitos direitos reais *mas não para a hipoteca imobiliária*.

Ora, se a autonomia conflitual presta no domínio hipotecário; se os fundamentos da *situs rule* não colhem no que concerne à hipoteca; se está em curso o *dépeçage* do estatuto real;

---

<sup>1331</sup> A este arrazoado pode sempre aditar-se ainda um outro raciocínio: o legislador conflitual comunitário, quando teve de escolher entre um *estatuto único* para os instrumentos financeiros ou a manutenção da autonomia conflitual nos contratos sobre eles, escolheu claramente a segunda hipótese no Regulamento Roma I — *vide* MARIA JOÃO MATIAS FERNANDES, "O direito...", p. 159.

se, acrescentando, a intervenção europeia vem superando os obstáculos à livre circulação justamente pelo estabelecimento da *professio iuris*; somos conduzidos à tese que sustentámos: deve permitir-se a credor e proprietário a *escolha da lei aplicável à hipoteca*.

Evidentemente, a autonomia conflitual na hipoteca não poderia ir tão longe quanto no quadro contratual. Aqui (como aliás no domínio sucessório) há interesses de terceiros a tutelar que têm reflexos evidentes na *limitação da liberdade de escolha*. Por outro lado, porque propusemos a *professio iuris* como instrumento de realização de um desígnio europeu, sugerimos a derrogação da *situs rule* apenas na medida necessária e suficiente à promoção do mercado europeu de garantias imobiliárias. Com estes pressupostos, delineámos um modelo de escolha de lei aplicável *entre as leis dos Estados-Membros*, materializado em *acto jurídico europeu*, apenas para hipotecas *internacionais*, sobre imóveis situados *em Estados-Membros*, sendo a escolha *expressa e publicitada tabularmente*.

A opção tem inconvenientes, que apontámos e tentámos minorar, mas é claramente a via de solução da disparidade do direito hipotecário que mais vantagens oferece.

## II. A FORMA E O LOCAL DA CONTRATAÇÃO

Mesmo que ultrapassada a disparidade de lei substantiva pela autonomia conflitual, vimos *supra* existirem duas dificuldades atinentes à criação negocial de hipotecas no quadro de situações absolutamente internacionais.

*Por um lado*, recorde-se a aplicação ampliada das regras sobre forma dos Estados que adoptam um sistema de notariado latino e estabelecem o controlo de legalidade do titular como formalidade *ad substantiam*. Tal solenidade será imposta, como vimos, sempre que a lei a que pertencem seja a *lex contractus* e sempre que o imóvel aí se situe. Tal não constituiria um problema por si só mas, como vimos, o seu desenho implica a rejeição da contratação electrónica — entre ausentes. Ora, a desnecessidade de comparência física dos sujeitos parece especialmente necessária quando o objectivo é potenciar a utilização de direitos reais de garantia em relações absolutamente internacionais.

*Por outro lado*, identificámos um forte incitamento à contratação no Estado territorial, porquanto a celebração do negócio hipotecário perante notário estrangeiro envolverá dificuldades e problemas adicionais que constroem as partes a contratar no país da situação da coisa: lembrem-se as obrigações de direito público que impendem sobre titular, especialmente árduas para autor estrangeiro; recorde-se que, uma vez titulado o negócio em *instrumento autêntico*, a produção dos respectivos efeitos em Estado diferente daquele onde foi

exarado enfrenta um problema de *aceitação* — quer formal (minorado pela Convenção da Haia de 1961 relativa à Apostila) quer *substantiva*, que depende de equivalência de formalidades entre o título exarado e as exigidas no país da situação do prédio.

Estas dificuldades, que identificámos, não têm conhecido a mesma dedicação (doutrinal e institucional) do que o problema da disparidade do direito aplicável. Ainda assim, são conhecidas sugestões de minoração deste problema. Neste capítulo, dedicar-nos-emos a analisar essas vias e a propor um modo de atenuação das dificuldades encontradas.

## 1. A VIA DA DESREGULAMENTAÇÃO DA ACTIVIDADE NOTARIAL

### 1.1. A proposta

Uma das hipóteses que a Comissão vem encarando como mecanismo de eliminação dos obstáculos identificados é o da *desregulamentação da actividade notarial*. Entende a Comissão que regras nacionais que subordinam o acesso à actividade notarial à emissão de uma licença, regem o comportamento dos tabeliães e fixam preços ou restringem a publicidade “*podem eliminar ou limitar a concorrência entre os prestadores de serviços*”. Com este pressuposto, tendo por base a perspectiva do aumento da concorrência entre titulares, propõe-se a *desregulamentação* da actividade titulara como rumo capaz de eliminar o obstáculo identificado: o fim de normas reguladoras da actividade notarial (designadamente o tabelamento de honorários) estimularia a concorrência entre titulares de vários Estados (com conseqüente redução de custos) e eliminaria a *reserva da actividade titulara*, admitindo-se que outros profissionais liberais prestassem o mesmo serviço<sup>1332</sup>.

A proposta tem subjacente a preocupação de realização do mercado único, mas funda-se, como é evidente, na convicção de que o estágio actual da tecnologia (nomeadamente o rigor da informação registal e da identificação pessoal dos outorgantes) torna a função notarial dispensável<sup>1333</sup>.

Ora, a ausência de tais regras teria por efeito imediato o desaparecimento das dificuldades apontadas: se não mais caberia a um *titulador identificado* a reserva da formalização do negócio; se o *comportamento do titular* não mais seria regulado; se a *formalidade pública* não mais fosse necessária, nenhum dos problemas de reconhecimento do acto autêntico se colocaria, pois a disparidade de regras desapareceria.

---

<sup>1332</sup> Tal é expressamente sufragado pela COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais* — COM(2004)83, Bruxelas, 2004, p. 17, n.º 54. A proposta é tida como materializando uma “*campaign to deregulate the work of the liberal professions*” (cfr. GISELA SHAW, “Notaries in England and Wales: What...”, p. 44; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La función...”, p. 131).

<sup>1333</sup> Neste sentido, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “La función...”, p. 132.

## 1.2. Improcedência da proposta de desregulamentação

A desregulamentação da actividade titulara, mesmo aceitando que produziria os efeitos perseguidos em matéria de concorrência e de eliminação de obstáculos nas transacções internacionais, implica importantes consequências negativas e parte de pressupostos que não estão verificados. É, por isso, uma ideia que não sufragamos.

*Em primeiro lugar*, repare-se que o relatório da Comissão pressupõe a *homogeneidade* dos serviços prestados entre os vários titulares e imagina a *transparência de informação predial* por qualquer sujeito. Ora, vimos *supra* que estas presunções se não demonstram: o papel dos titulares difere substancialmente consoante esteja ou não inserido num sistema de notariado latino (a produção de um *documento autêntico*, dotado de fé pública, não é uma *prestação de serviços* comparável com a intervenção de um agente imobiliário) e há dificuldades sérias de cognoscibilidade do estatuto jurídico de um prédio situado no estrangeiro<sup>1334</sup>.

*Por outro lado*, a desregulamentação da actividade notarial em países que adoptem o sistema de notariado latino geraria um forte custo social e uma interferência na administração judiciária nacional. De facto, quando um Estado opta por tal modelo de tabelionato, institui um sistema de *justiça preventiva*, com intervenção de um terceiro imparcial *ex ante* tendente a evitar a litigância futura. Ora, ao impor a eliminação de intervenção destes profissionais, a União estaria a privilegiar a actuação judicial (com os inerentes custos sociais e financeiros), a gerar *riscos económicos* derivados da incerteza jurídico-real e a forçar *um concreto modelo de intervenção judiciária*.

Tal opção tem dois graves problemas. Formalmente, coloca o problema da *competência comunitária*, porquanto não encontramos nos Tratados base jurídica para uma intervenção europeia nestes termos: o edifício notarial está ínsito na autonomia organizativa e procedimental do Estado, não podendo as Instituições eliminar autoridades públicas nacionais. Do ponto de vista substantivo, a bondade da medida é muito duvidosa, pois a desregulamentação do sistema de justiça preventiva provocaria um *certo modelo* de resolução de conflitos, deslocando os respectivos custos para os contribuintes<sup>1335</sup>.

---

<sup>1334</sup> Neste sentido, PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, "Pour une...", p. 25: "*le service proposé par le notaire latin n'offre pas les mêmes caractéristiques que les services délivrés par les autres professionnels du droit [...]. C'est un service public, une émanation de la souveraineté nationale, déléguée par l'État à un officier public*". Vide, mais profundamente, o que dissemos *supra*, pp. 248ss e, quanto à cognoscibilidade do estatuto de coisas situadas no estrangeiro, pp. 336ss.

<sup>1335</sup> Quanto ao argumento formal, cfr. PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La función...", p. 141. Lembre-se que, por força do princípio da especialidade, as competências que não sejam expressamente atribuídas à UE são exclusivas dos Estados-Membros (n.º 1 do art. 5.º TUE). Esta intervenção não parece integrar-se nos poderes previstos em sede de cooperação judiciária civil, nem nos domínios da liberdade de prestação de serviços e muito menos no quadro da concorrência. Sobre o princípio, *vide* a bibliografia citada *supra*, nota n.º 1264. O fundamento substantivo é avançado por PHILIPPE CORRUBLE E BERNARD REYNIS, "Pour une...", p. 26, que

*Em terceiro lugar*, há que reconhecer que a necessidade de intervenção notarial, ainda que constitua um obstáculo à instituição do mercado único, foi aceite a coberto das *razões de interesse geral* fundamentam eventuais limitações à circulação. Na verdade, apesar de entender que o requisito da nacionalidade para acesso ao tabelionato viola a proporcionalidade das restrições, o Juiz comunitário não deixou de sublinhar que a prescrição de solenidade notarial é justificada para garantia da legalidade e segurança jurídica (razões de interesse geral que suportam restrições à liberdade de circulação). Igualmente, as autoridades europeias com poder legislativo excluíram a actividade notarial da directiva dos serviços, aceitando os fundamentos para a sua separação do *regime geral*<sup>1336</sup>. Assim, mesmo os partidários da *Law and Economics* concluem que “*despite their restrictive nature in terms of competition*”, as vantagens de um sistema de notariado latino na redução da conflituosidade e dos gastos públicos no sistema judiciário tornam imprudente a sua substituição<sup>1337</sup>.

*Por fim*, sempre se terá de constatar que esta via de actuação é muito duvidosa: perante dificuldades de *reconhecimento de documentos públicos*, não parecerá curial que a solução passe pela *eliminação dos documentos notariais*.

---

lembram o exemplo sueco como sistema que faz recair sobre os contribuintes os custos inerentes à inexistência de notariado latino.

Além destes argumentos, alguma doutrina sufraga que a UE estaria proibida de forçar a desregulamentação porquanto a actividade notarial estaria a salvo dos regimes comunitários da *livre prestação de serviços*, da *liberdade de estabelecimento* e das *regras da concorrência*, o que fundam em duas razões. *Por um lado*, a função notarial estaria a coberto da excepção dos Tratados relativa às “*actividades ligadas, mesmo ocasionalmente, ao exercício da autoridade pública*”, o que retiravam a *contrario* do Acórdão TJCE de 21 de Junho de 1974, *Reyners*, proc. 2/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974, pp. 631 (edição especial portuguesa, pp. 325) n.º 52: se as actividades típicas do advogado (“*consultadoria e a assistência jurídica, assim como a representação e a defesa das partes em juízo, mesmo quando a intervenção ou a assistência do advogado são obrigatórias*”) não constituem participação no exercício de autoridade pública, “*à l'inverse, les activités plus typiques de la profession de notaire — l'établissement d'actes authentiques ayant l'autorité de la chose jugée — constituent une participation à l'exercice de l'autorité publique*” (CORRUBLE e REYNIS, *cit.*, p. 27; GISELA SHAW, “*Notaries in England and Wales: What...* ”, p. 44). Como é sabido, o argumento foi de certo modo contrariado pela jurisprudência europeia (notas n.ºs 580, 1336 e 1366), que aplicou as normas do direito de estabelecimento ao notariado, considerando ilícita a discriminação em razão da nacionalidade no acesso ao tabelionato.

*Por outro*, sustentam que a actividade notarial constitui um serviço de interesse económico geral, pelo que a aplicação das regras da concorrência está sujeita às limitações previstas no n.º 2 do art. 106.º TFUE, baseando-se na argumentação que o Tribunal utilizou no Acórdão TJCE de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters*, proc. C-309/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-1577.

<sup>1336</sup> Neste sentido, PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “*La función...*”, p. 140. *Vide* o art. 2.º e o art. 17.º da Directiva 2006/123/CE e os Acórdãos *Comissão c. França [requisito da nacionalidade para notários]* (*cit.* nota n.º 580), n.º 87; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Áustria [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-53/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, n.º 96; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Alemanha [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-54/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, n.º 98: “*o facto de as actividades notariais prosseguirem objectivos de interesse geral, que visam, nomeadamente, garantir a legalidade e a segurança jurídica dos actos celebrados entre particulares, constitui uma razão imperiosa de interesse geral que permite justificar eventuais restrições ao artigo 43.º CE, decorrentes das especificidades próprias da actividade notarial, como sejam o enquadramento de que os notários são objecto através dos processos de recrutamento que lhes são aplicáveis, a limitação do seu número e das suas competências territoriais ou ainda o seu regime de remuneração, de independência, de incompatibilidades e de inamovibilidade, desde que essas restrições permitam alcançar os referidos objectivos e sejam necessárias para esse efeito*”.

<sup>1337</sup> BENITO ARRUÑADA, “*The Economics...*”, p. 26.

Assim, o caminho da *desregulação dos negócios reais sobre imóveis* não é uma verdadeira hipótese na solução do problema que ora nos ocupa, o que parece justificar o facto de a única proposta neste sentido radicar no singular relatório da Comissão a que nos referimos, sem que conheçamos qualquer outra posição sufragando este caminho.

## 2. PROJECTOS EUROPEUS

Mais sólidas são as propostas dos vários grupos de trabalho que se multiplicam em toda a Europa, procurando solucionar as questões indicadas mediante cooperação internacional das autoridades com responsabilidade na constituição e transmissão de direitos reais sobre imóveis. Olhemos aos projectos CROBECO, EUFides, EULIS e ELRN, mecanismos que se dedicam a dissipar as dificuldades que identificámos e, assim, contribuir para a realização do mercado europeu de garantias imobiliárias.

As instituições partilham deste entendimento. De facto, a referência ao sistema EULIS no livro verde do crédito hipotecário e o financiamento europeu do projecto CROBECO vem revelando, por um lado, que a *cooperação internacional* é uma via apta à solução deste problema e, por outro, que há empenho na sua solução no domínio das garantias imobiliárias<sup>1338</sup>. Vejamos, sumariamente, as sugestões que vão sendo avançadas.

### 2.1. CROBECO — Cross Border Electronic Conveyancing

A *ELRA* (*European Land Registry Association*, associação europeia de conservadores), consciente dos obstáculos à contratação internacional de direitos sobre imóveis no seio da União Europeia, tem incentivado um projecto destinado a remover algumas dificuldades. Trata-se do CROBECO (*Cross-Border Electronic Conveyancing*), que promete tornar a celebração de contratos internacionais sobre imóveis tão simples quanto as transacções internas.

#### 2.1.1. Descrição.

O projecto CROBECO parte de dois princípios.

*Em primeiro lugar*, pressupõe que o principal obstáculo à constituição internacional de direitos reais sobre imóveis radica no facto de as partes serem forçadas (na prática) a celebrar o negócio perante notário do país de situação do prédio, o que implica despesas de deslocação e diminuição da confiança. Por arrastamento, serão muitas vezes levadas a sujeitar as obrigações contratuais à lei do Estado de situação do prédio (porventura, por falta de

---

<sup>1338</sup> Neste sentido, JEAN-FRANÇOIS GOJON, "Loi réelle...", pp. 179-180.

receptividade do notário local em sujeitar o negócio hipotecário a *outra lei*) e redigirão o contrato em língua que não conhecem (pois a maioria das leis europeias impõe que o documento notarial seja lavrado na língua do Estado onde o notário actua). Ora, as dúvidas que daqui emergem geram relutância natural à aquisição de um direito real sobre prédio situado no estrangeiro.

*Por outro lado*, tem subjacente o entendimento de que um documento notarial estrangeiro é mal recebido pelos serviços de registo predial do Estado de situação do imóvel, havendo desconfiança generalizada na legalidade do título estrangeiro.

Aceitando que são estes os dois principais obstáculos aos negócios reais sobre imóveis situados noutros Estados, o projecto CROBECO vê nos meios electrónicos um mecanismo capaz de facilitar a cooperação entre os serviços de registo dos vários Estados-Membros, colaboração que dissipará os riscos inerentes à contratação em país diferente do da localização do imóvel e eliminará as dificuldades de reconhecimento de documento público estrangeiro.

O projecto concretiza-se, assim, numa plataforma informática de ligação entre conservadores dos Estados aderentes, a que é associado um plano de contratação internacional. De acordo com este plano, as partes que pretendam constituir ou transmitir um direito real sobre prédio situado no estrangeiro, devem fazê-lo perante *notário livremente escolhido* (na língua que conhecem) e optar expressamente pela escolha da lei local (com que estão familiarizadas)<sup>1339</sup>. Este notário terá a assistência do registador local que fará o controlo de validade do negócio à luz da *lex contractus* (lei local, que as partes designaram, e que este conservador melhor domina) no que diz respeito às obrigações contratuais; ademais, fará uma ligação com o conservador do Estado territorial, de quem recolhe informação sobre as obrigações que a lei da situação da coisa comete ao titular, quer no domínio do direito público, quer nas condições da produção do efeito real (*v. g.*, cobrança de impostos, verificação do estatuto registal do prédio, etc.).

Embora não exista uma *substituição do conservador do Estado territorial* na sua função qualificadora (controlo da legalidade do título negocial), estabelece-se cooperação bilateral: *por um lado*, os serviços de registo do local de situação do imóvel indicarão os requisitos que a *lex rei sitae* impõe à transmissão ou constituição do direito real ao registador local (que, por sua vez, *assistirá* o notário) — obrigações fiscais, necessidade de apresentação de licenças de

---

<sup>1339</sup> Efectivamente, como é sabido, não obstante a *situação do imóvel* ser conexão subsidiária na falta de escolha, admite-se no espaço europeu a escolha de lei nos contratos com objecto sobre imóveis (cfr. arts. 3.º e 4.º do Regulamento Roma I). Sobre o problema da lei aplicável ao contrato de *crédito hipotecário*, na falta de escolha das partes, *vide* THIERRY VIGNAL, "Réflexions sur le crédit...", pp. 548ss.

utilização ou certificados energéticos, verificação da conformidade com o cadastro fiscal e com a informação tabular, etc.. *Por outro*, o conservador do local de celebração dá um parecer (um *certificado de conformidade*) atestando que o título negocial é válido à luz da *lex contractus* (facilitando a confiança dos serviços de registo da situação do prédio na escritura estrangeira) e que o titular é legalmente autorizado a exarar aquele documento<sup>1340</sup>.

Na versão mais recente do projecto (denominada CROBECO II), a intervenção do conservador do Estado onde o negócio se realiza foi tornada opcional. Assim, estabelece-se a possibilidade de contacto directo entre titular (estrangeiro) e conservador (da situação da coisa), quer por via da plataforma informática (NETPRO), quer por contacto electrónico directo. Visou ultrapassar-se desta forma a crítica entretanto surgida no sentido de que a utilização deste mecanismo implicava um passo adicional na contratação<sup>1341</sup>.

---

<sup>1340</sup> EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common Conveyancing Reference Framework*, disponível na internet via <http://www.eurogeographics.org/sites/default/files/CommonConveyancingReferenceFramework.pdf>, consultado em 1 de Julho de 2015, p. 13: “*Although responsibilities never can change, assistance in this field could be provided to Registrars from other Registrars*”.

<sup>1341</sup> Na primeira versão do projecto era forçosa a intermediação do conservador do Estado onde o negócio era celebrado, o que criava um *obstáculo adicional* à contratação internacional. Vejamos: suponhamos que A, alemão residente na Alemanha, pretende constituir uma hipoteca sobre um prédio no Algarve a favor de B, igualmente alemão e residente na Alemanha. Não utilizando o projecto CROBECO, é-lhes lícito recorrer a notário alemão, que exara a escritura (embora, como é evidente, seja difícil ao notário cumprir as disposições da lei portuguesa de que possa depender o efeito real — verificação do princípio da legitimação, cobrança de impostos, etc.). Depois de exarada a escritura, cabe a B apostilar e traduzir o documento público alemão e requerer, com tal título registal, a inscrição da hipoteca a seu favor perante conservador português (como é sabido, os documentos estrangeiros podem aceder ao registo predial português, mesmo sem necessidade de legalização, conquanto o conservador não tenha dúvidas sobre a respectiva autenticidade — Cfr. art. 365.º CC e Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado proferido no processo n.º RP 161/2001 (*cit. nota n.º 615*). Isto é, o processo desenrolou-se com intervenção de apenas duas entidades (notário alemão e conservador português) e com recurso aos serviços consulares para apostila e tradução.

Se as partes utilizassem os instrumentos que lhes são disponibilizados pelo CROBECO, enfrentariam dificuldades adicionais, já que se pressupunha a participação de um novo interveniente — a autoridade registal alemã, a quem caberia verificar o cumprimento da *lex contractus* e estabelecer um contacto com o conservador português para orientar o notário no adimplemento das obrigações impostas pelo direito da *lex rei sitae*. Esta intervenção constituía *mais um passo* que, ao invés de facilitar, criou um obstáculo adicional: na verdade, à margem do CROBECO, cabe ao conservador português o controlo do cumprimento da *lex contractus*. Se, antes do projecto, o documento notarial estrangeiro circularia livremente, passa a ser-lhe ainda exigido um *certificado adicional de validade*, emitido pelo Conservador alemão. Isto mesmo, aliás, foi notado pelo COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *CROBECO...*, p. 1: “*The cumulative involvement of a notary and two conveyancers is opposed to the genuine idea of facilitating cross-border real estate transaction. In everyday notarial practice, one notary and one registrar sufficed to provide for the services required*”.

Ademais, a responsabilidade pela qualificação não era substituída pela verificação do contrato pelo conservador alemão: este limitar-se-ia a emitir um documento *não vinculativo* (um certificado de validade do contrato) que não exime a responsabilidade do conservador português de a controlar.

Como não parece que a intervenção do conservador do Estado onde se desenrola a contratação se dirigisse a multiplicar os obstáculos à contratação internacional, julgamos que o projecto CROBECO assim o estabelecia por três motivos: *em primeiro lugar*, não deve olvidar-se que o mecanismo é da autoria da ELRA, pelo que é expectável que se tenha preocupado apenas com os poderes dos seus associados (conservadores); *por outro lado*, ter-se-á entendido que a cooperação internacional seria mais profícua entre dois conservadores do que entre notário e conservador, designadamente pelo estabelecimento de plataformas informáticas partilhadas entre registadores; *por fim*, parecia existir uma certa desconfiança face à actividade notarial, já que se estabelece nas *razões do projecto* que o titular num negócio com objecto em imóvel situado no estrangeiro não consegue



Nesta fase de preparação e elaboração do título negocial, aliás, o projecto CROBECO traz importantes ferramentas destinadas a tornar viável a respectiva exaração por notário de Estado diferente daquele onde o prédio se situa: *por um lado*, a plataforma informática NETPRO contém um repositório de cláusulas-tipo a introduzir no contrato válidas em face da *lex contractus* escolhida e da *lex rei sitae*<sup>1342</sup>; *por outro lado*, o projecto prevê um *helpdesk* que indica profissionais (designados *assistentes administrativos*) que, no Estado da situação da coisa, oferecerão a sua colaboração na obtenção de certidões, licenças, pagamento de impostos, etc.. Este assistente inserirá na plataforma os documentos e informações que lhe foram pedidas, tornando-se assim imediatamente disponíveis para o notário responsável pela elaboração da escritura. Depois de exarado, o título negocial (eventualmente acompanhado do certificado do conservador local atestando a sua validade face à *lex contractus* e a autoridade do notário para a exaração do documento) será remetido electronicamente para o serviço de registo do Estado territorial, onde servirá de base à inscrição do direito e conclusão da transacção.

O projecto está actualmente em funcionamento piloto (utilizando para já transmissão electrónica por correio electrónico encriptado), preparando a ELRA a entrada em funcionamento da plataforma segura NETPRO, na qual conservadores e os notários poderão depositar e consultar a informação desejada<sup>1343</sup>.

### 2.1.2. *Apreciação e identificação de problemas*

O projecto formalmente integra Portugal, Espanha, Holanda e Reino Unido, sendo os dois primeiros *receiving countries* e os dois últimos *sending countries*. Todavia, apenas está operacional para negócios celebrados *na Holanda sobre imóveis em Espanha*, porquanto os únicos protocolos necessários à efectivação do projecto foram celebrados entre o *Colegio de Registradores de España* e a *Kadaster* (Agência de Registo Predial e Cadastro holandesa). Repita-se que o projecto funciona para negócios celebrados na Holanda sobre imóveis situados em Espanha e não o inverso, porquanto a lei holandesa exige que negócios sobre imóveis aí situados sejam titulados por tabelião neerlandês, como vimos *supra* (nota n.º 601).

---

garantir a necessária segurança jurídica aos contratantes (estabelecendo que a intervenção do conservador local o fará). Este era, aliás, o ponto sobre que os CNUE eram mais críticos.

<sup>1342</sup> Assim, o notário (ou o conservador que o auxiliar) pode consultar a plataforma NETPRO e introduzir no sistema a lei reguladora das obrigações e a legislação reguladora dos efeitos reais (de Estados-Membros). O sistema propor-lhe-á, assim, uma certa *formulação das cláusulas* (proceder à identificação das partes nos moldes exigidos pelas duas leis; identificar o prédio com os elementos exigidos pela *lex rei sitae*; etc.). Esta informação dará ao titular e às partes confiança na aceitação do título no Estado territorial.

<sup>1343</sup> EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common...*, pp. 16 e 42ss.

Como é notório, o projecto está muito bem desenhado e apresenta respostas adequadas aos problemas inerentes à elaboração em certo Estado de um negócio real sobre imóvel situado no estrangeiro. Se bem atentarmos, embora o projecto apresente que a solução está na cooperação internacional de conservadores, os problemas são combatidos, essencialmente, *quer* pelo fornecimento ao notário de informação credível sobre o prédio e sobre o sistema jurídico do Estado territorial, *quer* pela indicação de assistentes administrativos acreditados, capazes de assumir as tarefas que pressuponham presença física no Estado de situação da coisa.

Ainda assim, e não obstante a simplicidade e eficácia do projecto (cujo alargamento a mais Estados-Membros teria um efeito muito positivo no estabelecimento do mercado único), cremos que o mecanismo não resolve todos os problemas, subsistindo dificuldades.

*Em primeiro lugar*, o CROBECO está fadado a ser um projecto-piloto entre *alguns* Estados-Membros e apenas quando se preencherem certas condições: não é generalizável a toda a União Europeia, pois emergem *três grandes dificuldades*. Por um lado, lembre-se não ser possível que França ou a Holanda recebam escrituras elaboradas além-fronteiras, porquanto a sua legislação expressamente o proíbe, o que restringe a respectiva participação à qualidade de *receiving countries*. Por outro lado, nos Estados-Membros onde a exigência de escritura pública constitui norma de aplicação necessária e imediata (expressa ou implícita), jamais se poderão aceitar títulos de países onde não lavorem notários latinos, o que condiciona a participação da Irlanda, Suécia ou Inglaterra quanto a prédios situados em países onde não vigorem tais regras. Por fim, os Estados-Membros cuja lei exija um negócio real celebrado perante autoridade territorial (como sucede na Alemanha) verão inútil a sua participação como *receiving country*, pois o título exarado no estrangeiro será insuficiente para a produção do efeito real: apesar do negócio obrigacional realizado no estrangeiro, sempre as partes seriam forçadas a comparecer ou fazer-se representar no Estado de situação do prédio, anulando as vantagens da exaração<sup>1344</sup>.

*Em segundo lugar*, julgamos que o CROBECO assume a sua própria falência. Na verdade, quando na última fase o projecto veio a estabelecer uma estrutura de assistentes operacionais no Estado da situação da coisa, está a reconhecer que o sistema de fornecimento de informação ao titular e a rede de colaboração entre notário e conservador não são suficientes, pois sempre será necessário ter alguém no Estado territorial que possa

---

<sup>1344</sup> Sobre as leis nacionais que restringem os negócios sobre imóveis aos notários do Estado onde a coisa se situa, *vide supra* nota n.º 601; sobre a natureza necessária e imediata das normas que prescrevem solenidade notarial como formalidade *ad substantiam*, *vide* o que dissemos pp. 288ss; sobre a restrição, na Alemanha, do negócio real translativo às autoridades de situação da coisa, *cfr. supra* nota n.º 607.

desempenhar tarefas que exijam presença física. Ora, tal facto esvazia o projecto, porquanto na verdade, o mecanismo acaba por se reconduzir à situação actual: se notário do país A for chamado a titular negócio real sobre imóvel no Estado B, na prática estará forçado a solicitar a colaboração de um sujeito nesse país que possa prestar-lhe assistência (com probabilidade, um notário desse Estado). Isto é justamente o que faz o CROBECO, pelo que a novidade se limita à organização informática de informação.

## 2.2. EUFides — Facilitating real estate transactions in Europe<sup>1345</sup>

Porventura respondendo à iniciativa dos conservadores, o CNUE (*Council of the Notariats of the European Union*) apresentou em Setembro de 2012 um projecto muito similar, substituindo a cooperação de conservadores por um mecanismo de colaboração de notários de *civil law* de Estados-Membros diferentes. O objectivo é a outorga de escrituras públicas fora das fronteiras do Estado cuja lei é aplicável à substância do negócio e aos efeitos reais mas que sejam dotadas no mesmo nível de segurança e eficácia que seria conferido caso as partes se houvessem dirigido a um notário do Estado de situação do prédio.

Como este mecanismo está desenhado, subsiste uma diferença fundamental do seu arquétipo: se no projecto CROBECO se pretende que, em princípio, a *lex contractus* seja a lei do Estado onde o negócio é celebrado (reservando à *lex rei sitae* apenas os aspectos reais), no projecto EUFides sustenta-se dever ser aplicada à substância do negócio também a *lex rei sitae*, criando uma unidade de regulação pelo sistema jurídico da situação da coisa<sup>1346</sup>. Vejamos em que se analisa este mecanismo.

Em primeiro lugar, o CNUE organiza e publica uma lista de tabeliães explicitando as línguas que dominam (*o Directório Europeu de Notários*). Assim, as partes podem começar por indagar se, *no Estado da situação da coisa*, existe oficial público que possa exarar o título na língua conhecida pelas partes (se a *lex auctoris* o permitir) ou, pelo menos, emitir uma versão do título nessa língua. Isto é, o EUFides assenta num princípio de redacção do título em duas línguas: os idiomas oficiais do Estado de situação da coisa e do país onde o negócio é realizado. De seguida, escolhem, para formalização do negócio, um notário da sua confiança, provavelmente no Estado da sua residência, indicando-lhe o tabelião do Estado territorial que seleccionaram no Directório<sup>1347</sup>. Isto é, repare-se, o EUFides supõe a designação pelas

---

<sup>1345</sup> O projecto é descrito mais detidamente na internet, via <http://www.notaries-of-europe.eu/services/services-for-citizens/eufides>. Na doutrina, *vide* ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", pp. 84ss.

<sup>1346</sup> Neste sentido, ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 85.

<sup>1347</sup> O Directório Europeu de Notários encontra-se disponível na internet, *via* [www.notaries-directory.eu](http://www.notaries-directory.eu).

partes de *dois notários*: um do país de situação da coisa e outro do Estado onde as partes querem contratar.

Uma vez apontados os dois notários, o mecanismo EUFides principia pela celebração de um *protocolo de colaboração notarial internacional* entre os tabeliães, contrato em suporte electrónico nos termos do qual cada notário agirá de acordo com o regime disciplinar do Estado onde actua e se delimitam as respectivas responsabilidades<sup>1348</sup>. De seguida, o notário do Estado onde o negócio será realizado (cuja lei não será a *lex contractus*) desenvolverá comunicação totalmente telemática com o notário do país de situação da coisa, solicitando informação sobre os requisitos que a *lex rei sitae* impõe para a transmissão ou constituição do direito real (*v. g.*, consulta do registo; articulação com a matriz, pagamento de impostos, exigência de licenças, etc.) e as obrigações assumidas pelas partes nos termos dessa lei. O notário do Estado de situação da coisa emitirá então um "*document notification*" com a informação requerida (designadamente ilustrando o conteúdo da lei do Estado territorial e explicitando os deveres do tabelião titular naquele negócio), enviando toda a informação necessária à elaboração do documento nos termos da *lex rei sitae* (obterá e enviará certidões registais e matriciais, licenças de utilização, etc.). Faz-se, assim um *controlo de equivalência*, onde tabelião do Estado de situação do prédio *controla* o cumprimento de todos os requisitos de que depende a plena aceitação, nesse país, do documento notarial estrangeiro<sup>1349</sup>. Ademais, o notário da situação da coisa passa a acompanhar todo o processo, auxiliando a sua conclusão (pagando impostos, verificando diariamente alterações na situação registal do prédio, etc.)<sup>1350</sup>.

Como se percebe, o conselho especializado notarial passa a ser repartido: o tabelião local fará o controlo da legalidade no que concerne a todos os problemas cometidos às partes (designadamente a sua capacidade e legitimidade para celebração); já o notário do Estado de situação da coisa verificará o cumprimento de todos os requisitos impostos pela *lex situs* para a produção do efeito real e para a assunção das obrigações. Ademais, pode concluir-se que a modelação do EUFides reconhece (independentemente dos esforços de eliminação de obstáculos para, a partir do estrangeiro, aceder a informação predial, contactar com

---

Como vimos *supra*, a actividade notarial obedece ao princípio *auctor regit actum*, pelo que é a lei do Estado que delegou fé pública no tabelião que determina a viabilidade de serem exarados documentos públicos em língua estrangeira. A este princípio do carácter bilingue do título acresce, portanto, o princípio da livre escolha do notário — ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 85; PEDRO CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, "Los documentos...", p. 219.

<sup>1348</sup> O CNUE publica modelos do *protocolo de colaboração*, com cláusulas-tipo a ser inseridas pelos dois notários.

<sup>1349</sup> Cfr. BARBARA PASA, "La propuesta...", p. 181.

<sup>1350</sup> Isto é, a colaboração pretende que o notário do Estado da situação da coisa envie informação sobre *lei aplicável* (quer aos aspectos reais, quer às obrigações negociais, com especial destaque para as obrigações cometidas ao sujeito titular), *informação registal e cadastral* sobre o prédio e ainda *outra documentação necessária à transacção*, a obter por força da *lex rei sitae*.

autoridades públicas, obter licenças ou pagar impostos) ser mais fácil e seguro ter a intermediação de um notário no Estado territorial, conhecedor do sistema jurídico do país onde prédio se situa<sup>1351</sup>.

A redacção do documento (um único documento público, note-se) cabe ao notário do local de celebração do negócio, seguindo as solenidades próprias da sua lei (*auctor regit actum*), envolvendo ainda outras obrigações a que a *lex rei sitae* obrigue para produção do efeito real (designadamente indicando no título os elementos que a *lex situs* determine como necessários — meios de pagamento; requisitos de acesso ao registo; advertência sobre a participação de mediadores imobiliários; etc.). Não obstante ser exarado apenas por este tabelião, beneficia da sabedoria e actividade dos dois notários (cujas assinaturas são apostas ao documento), o que torna possível o cumprimento de todas as obrigações acessórias que a *lex rei sitae* faça impender sobre o titular<sup>1352</sup>.

A exaração do título pelo notário do local da celebração pode gerar dificuldades se o Estado de situação da coisa não aceitar a celebração do negócio por tabelião estrangeiro (casos da Holanda e de França). Nestes casos, prevê-se a aposição de “*una clausula de apoderamiento que faculte al notario nacional para llevar a cabo todas aquellas actuaciones que, siendo complementarias, resulten precisas en el Estado de destino de acuerdo con el propio ordenamiento*”<sup>1353</sup>.

Depois de outorgado o documento, o notário do Estado da situação da coisa tomará as rédeas do processo para a promoção do Registo, eventual liquidação e pagamento de impostos ou notificação às autoridades municipais, nos termos estabelecidos pela *lex rei sitae*.

Como se percebe, a proximidade deste mecanismo com o CROBECO é evidente, sendo praticamente sobreponíveis. Simplesmente, naquele a cooperação desenvolve-se entre Conservadores (que fornecem ao notário titular a informação requerida) ao passo que neste a cooperação é desenvolvida perante notários.

Comparando os projectos, o EUFides parece mais rápido e célere, porquanto não envolve o conservador antes de concluído o negócio; todavia, as garantias das partes na registabilidade do documento serão um pouco menores, porquanto não foram as autoridades registais a indicar os passos necessários para que a inscrição viesse a ser aceite.

Ainda assim, julgamos que o mecanismo padece de um inultrapassável defeito: ele não é, de facto, o que apresenta. Na verdade, se bem atentarmos, o projecto consiste na delegação de funções do notário do Estado de residência das partes ao tabelião onde do país

---

<sup>1351</sup> Cfr. ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 91.

<sup>1352</sup> JOSÉ RODRÍGUEZ CALVO, "Las transacciones...", p. 395.

<sup>1353</sup> ISIDORO ANTONIO CALVO VIDAL, "La Circulación...", p. 94; JOSÉ RODRÍGUEZ CALVO, "Las transacciones...", p. 397.

onde a coisa se situa: na prática, o negócio será por ele modelado (pois é ele quem domina os requisitos impostos pela *lex rei sitae*, que é simultaneamente *lex contractus*), embora as partes se valham da intermediação de um oficial que conhecem e fala a sua língua.

Isto é, o mecanismo EUFides é pouco diferente da situação em que as partes são assistidas por um advogado junto do notário do Estado da situação da coisa, que será responsável pela titulação.

### 2.3. EULIS

Também no quadro da informação registal é visível a criação de mecanismos tendentes à superação dos problemas identificados. Deste logo, em 2002 foi criado o *Comité Permanente sobre Cadastro na União Europeia*, que tende à criação de uma rede de troca de informação predial entre os Estados-Membros<sup>1354</sup>. Mais concreto é o desenvolvimento do serviço EULIS (*“European Union Land Information Service”*), que presta um enorme papel no que concerne à transparência do estatuto jurídico dos imóveis. Trata-se de um serviço pan-europeu de informação registal, através do qual as autoridades registais tornam disponíveis os dados inscritos a notários e conservadores dos outros Estados-Parte, de forma electrónica num portal *internet*. Assim, através de uma plataforma informática, certo tabelião do Estado A pode aceder aos dados inscritos no Registo Predial de um imóvel situado no Estado B, informação que é prestada em língua inglesa<sup>1355</sup>.

O serviço procura demonstrar que um sistema registal internacional (ainda que de *segundo grau*) pode responder às necessidades dos operadores económicos, sobretudo nas suas vertentes mais problemáticas: *“lack of ready access to property information, lack of knowledge about processes in other countries and language difficulties”*. No fundo, sem alterar os sistemas tabulares

---

<sup>1354</sup> A sua actividade é publicitada na internet via <http://www.eurocadastre.org>. Sobre a respectiva missão, cfr. HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "Harmonization...", p. 2.

<sup>1355</sup> Isto é, o projecto EULIS não é um registo predial europeu mas uma *“platform for the various existing national registers”* (CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 45), um serviço que *“brings together the computerised information on land of several European countries in one portal”*. Neste sentido, OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 310. Como se percebe, o principal utilizador deste portal será o notário, para quem a plataforma constituirá ferramenta valiosíssima *quer* na titulação do negócio, *quer* na informação às partes — cfr. JAAP ZEVENBERGEN, "Registration...", p. 137.

No futuro, espera-se que o projecto possa disponibilizar a informação não apenas a profissionais como igualmente a particulares (HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 383). A actual opção prende-se com a necessidade de compatibilização com regras nacionais que restrinjam o acesso da informação tabular a um leque de interessados, como sucede no direito belga, alemão ou espanhol. Nessa medida, o projecto apenas permite o acesso a profissionais do direito indicados pelo Estado aderente (cfr. CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 45; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 820).

Institucionalmente, o EULIS constitui um Agrupamento Europeu de Interesse Económico cujos membros são as autoridades registais que o constituíram. Trata-se, por isso, de uma pessoa jurídica de direito privado, ainda que seja integrado também por sistemas registais públicos. Sobre o regime dos AEIE, *vide* JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, Vol. II, p. 46; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito...*, Vol. I, pp. 163-166.

nacionais, criou-se uma solução prática que contorna algumas das dificuldades de estabelecimento de relações jurídicas internacionais sobre imóveis, com especial destaque para a falta de transparência dos edifícios registais. Efectivamente, a disponibilização informática dos dados prediais torna irrelevante a questão de saber se, no Estado de origem, a informação se encontra organizada por prédio ou por proprietário (já que o sistema informático EULIS é organizado autonomamente e de modo uniforme), além de que a comparação computadorizada dos sistemas registais pode constituir o primeiro passo para harmonização das regras tabulares europeias<sup>1356</sup>. A plataforma não é, assim, um “registo predial europeu”: o EULIS não permite, designadamente, a uniformidade do tipo de informação tabular. Apenas procede à disponibilização *extra fronteiras*, num portal informático, dos dados inscritos *no registo predial nacional*<sup>1357</sup>.

Como é evidente, a simples disponibilização da informação registal não serviria os objectivos em causa, porquanto o interessado poderia não compreender o significado dos direitos ou restrições inscritos. Assim, o EULIS fornece também a *meta-informação (informação sobre informação)*: uma descrição breve do instituto jurídico publicitado e uma tradução aproximada das expressões jurídicas constantes das tábuas no ordenamento jurídico do requerente, através de um *glossário EULIS* que minora as divergências linguísticas e jurídico-reais. No fundo, criam-se pontes linguísticas e jurídicas que auxiliam os interessados a saber o significado concreto de uma *mortgage*, de uma *Hypothek* ou de uma *hypothèque*<sup>1358</sup>.

Como se percebe, o EULIS consegue ultrapassar boa parte dos problemas de acesso a informação predial sobre coisas no estrangeiro sem enfermar de dificuldades inultrapassáveis quanto à sua instituição (o que é aliás confirmado pelo seu actual funcionamento). O serviço admite o acesso de titulares estrangeiros à informação registal, ainda que o Estado-Membro da situação do prédio não tenha registo electrónico. No fundo, é um instrumento de inspiração europeia que ultrapassa o problema do acesso aos dados

---

<sup>1356</sup> Neste sentido, HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 380, e "Harmonization...", p. 2; OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 310 (recomendando extrema cautela nesta área). Defendendo a necessidade de tal harmonização, BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 483.

Sobre a irrelevância do modo de organização do Registo no projecto EULIS, *vide* AGNIESZKA DREWICKS-TULODZIECA, et al., *Basic...*, p. 78; COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Verde "O crédito..."*, p. 15. *Vide* as disparidades que identificámos *supra*, pp. 214ss.

<sup>1357</sup> CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 46. É por esta razão que conclui OLIVER REMIEN, "Immobiliarsachenrecht...", p. 310, que o EULIS nunca dispensa o interessado de consultar o sistema original.

<sup>1358</sup> "An example may be the translation of the Austrian 'Hypothek' into the Scottish 'standard security', the Dutch 'hypothek' or the English 'mortgage'. In addition to this translation the user finds a short clarification of the legal expression. For mortgage that is 'a right in property granted as security for a payment of a debt'. Cfr. HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "EULIS...", p. 384, e "The European...", p. 189; CHRISTOPH SCHMID E CHRISTIAN HERTEL, *Real...*, p. 46. Sobre os problemas da diversidade linguística associada à diversidade de institutos jurídico-reais, *vide* ANTONIO GAMBARO, "Perspectives...", p. 500, que chama a atenção para a impossibilidade de tradução de algumas figuras, como o *trust* ou a distinção entre *equitable interests* e *legal interests*.

registrais sem que seja necessária uma qualquer uniformização ou harmonização do direito tabular nacional: basta que as autoridades nacionais disponibilizem a informação ao sistema EULIS que, por sua vez, se encarregará de a distribuir aos interessados<sup>1359</sup>.

O mecanismo é apadrinhado pela Comissão, que o indicou como via adequada à solução dos problemas de transparência registal (enquanto condição de integração dos mercados hipotecários) e incentivou a participação dos Estados-Membros. Aliás, para além de recomendar a adesão dos Estados-Membros ao projecto EULIS, a Comissão Europeia financia a sua evolução — a plataforma LINE (*Land Information for Europe*). Trata-se de uma nova geração do portal EULIS (designado EULIS 2.0) que melhora a integração da informação registal com o glossário e inclui na *meta-informação* a indicação e explicação dos *efeitos da inscrição tabular* no sistema jurídico da situação do imóvel<sup>1360</sup>.

A nossa impressão do EULIS é, por isso, muito positiva. Simplesmente, adivinha-se uma conclusão: ainda que todos os Estados-Membros venham a aderir ao serviço, o EULIS resolve apenas um dos problemas que, quanto à forma, identificámos na Parte I: o *acesso à informação registal*. Nada contribui, todavia, para a eliminação das dificuldades pragmáticas que se colocam pelo facto de certo titular não conseguir cumprir, na prática, os requisitos que a *lex rei sitae* estrangeira impõe para a produção do efeitos real.

#### 2.4. ELRN

A *ELRA*, para além da promoção do projecto CROBECO, está simultaneamente a desenvolver um mecanismo menos ambicioso mas de utilização mais alargada, tendente à eliminação dos identificados obstáculos em matéria de *forma* e de *lugar de celebração do contrato*: a ELRN — *European Land Registry Network*<sup>1361</sup>.

Trata-se de utilizar a rede de conservadores prediais (profissionais especializados nas transacções sobre imóveis) para tornar acessível e transparente a informação necessária a que, além fronteiras, se transaccionem direitos reais sobre imóveis. Assim, os interessados podem aceder, em língua inglesa e com a garantia de fidedignidade, toda a informação necessária a uma transacção jurídico-real sobre coisa situada noutro Estado-Membro: onde e como obter certidões registais, os respectivos preços, a legitimidade para requerer, como interpretar o seu conteúdo, uma descrição dos vários direitos reais aí vigentes, os efeitos jurídicos da informação registal, a possibilidade ou não de existência de direitos ocultos ou restrições de

---

<sup>1359</sup> Cfr. BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 1.

<sup>1360</sup> Cfr. COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 10. Neste sentido, ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ALFONSO YBARRA BORES, "La armonización...", p. 137; BRAM AKKERMANS, *The Principle...*, p. 508. HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "The European...", p. 190.

<sup>1361</sup> Acessível na internet via <http://network.elra.eu>.



uso não publicitadas, etc.. Este trabalho é prosseguido em estreita colaboração com o sistema EULIS, aproveitando as sinergias próprias de dois objectivos paralelos.

No fundo, a ELRN permite aos operadores económicos combater parte da incerteza que caracteriza a aceitação de uma hipoteca situada no estrangeiro, já que muitas das dificuldades relativas à falta de transparência são combatidas pela divulgação, por parte das autoridades registais, de informação fidedigna e segura.

A ELRN compreende ainda uma rede segura de comunicação entre conservadores de Estados-Membros diferentes, potenciando a troca de informação entre registadores no que concerne às leis nacionais, o que é útil quando pedidos de registo são baseados em documentos exarados noutros Estados-Membros.

No que concerne ao objecto do nosso estudo, há que reconhecer porém que esta valência da ELRN acrescenta pouco aos resultados prosseguidos pelo projecto EULIS. Parece, aliás, uma sua duplicação (com mais Estados Parte) mais do que um outro serviço.

Simplemente, prepara-se a entrada em funcionamento de uma *segunda fase* da rede: o estabelecimento de colaboração dos conservadores com autoridades públicas e profissionais jurídicos (*maxime* notários) de outros Estados-Membros. Isto é, visa-se o instituição de um canal seguro de comunicação com o registador responsável pela aceitação de um pedido de registo, permitindo ao notário responsável pela elaboração do título indagar *directamente* quais as condições que deve cumprir na escritura para registabilidade da hipoteca<sup>1362</sup>.

Como se percebe, esta rede de colaboração traz uma importante vantagem: a natureza *pessoal* da comunicação, que pode ser estabelecida directamente com o conservador do Estado de situação do prédio a onerar, constitui um reforço das garantias de que o notário de outro país elaborará escritura que será efectivamente aceite. Antes de uma eventual recusa, estabelecer-se-á comunicação entre titular e registador para que haja sucesso na transacção internacional.

### **3. A NOSSA PROPOSTA: COOPERAÇÃO INTERNACIONAL, CONTRATAÇÃO ELECTRÓNICA, ELIMINAÇÃO DE REGIMES DISCRIMINATÓRIOS E CIRCULAÇÃO DE DOCUMENTOS ESTRANGEIROS.**

O excuro breve pelas propostas de solução dos obstáculos existentes à contratação de direitos reais sobre imóveis em país diferente do da sua situação deu alguns frutos para a superação do problema. Por um lado, permitiu-nos inferir que os caminhos até aqui

---

<sup>1362</sup> Vide a informação publicitada na internet, via [https://network.elra.eu/?page\\_id=3420](https://network.elra.eu/?page_id=3420).

propostos, ainda que *adequados* ao objectivo, padecem de *insuficiências*, não oferecendo qualquer deles uma resposta cabal às dificuldades que se colocam.

Por outro lado, deu-nos a necessária clarividência para identificar, em concreto, quais as medidas europeias necessárias ao desaparecimento do identificado obstáculo à liberdade de circulação de capitais. Ora, julgamos, o problema pode solucionar-se com uma actuação da UE concretizada em quatro pontos, que ora sintetizaremos.

### **3.1. A aplicação efectiva das normas da UE: a eliminação de regras nacionais discriminatórias que limitam a competência aos notários territoriais.**

Defendemos *supra* que a prescrição de documento público exarado por tabelião integrado em sistema de notariado latino, como formalidade *ad substantiam*, do negócio hipotecário não implica, por si só, a competência exclusiva de titulação aos oficiais do Estado de situação da coisa. Nada impede que documento público exarado *por notário estrangeiro* possa titular eficazmente a constituição de uma hipoteca, mesmo sobre imóveis situados em Estados que prescrevem a escritura pública como solenidade substancial<sup>1363</sup>. Esta circunstância é essencial à solução do problema de que aqui tratamos. De nada servirá minorar os obstáculos atinentes à disparidade legislativa no direito hipotecário se forcarmos as partes a celebrar o negócio no Estado da situação da coisa (impondo-lhes custos), perante oficial desse país e em língua porventura desconhecida das partes (gerando necessariamente uma boa dose de insegurança na transacção).

Simplemente, a conclusão que inferimos não goza de aplicabilidade geral: em França e na Holanda existem normas substantivas que restringem aos tabeliães desses Estados a competência para a constituição de hipotecas sobre os imóveis aí situados; na Alemanha é convicção generalizada que o *negócio real abstracto translativo do direito real* apenas pode ser titulado por autoridade alemã. Estas regras eram, já em 1976, reputadas por BATIFFOL e LARGARDE como um "*vestige anachronique de la règle de l'ancien droit d'après laquelle tout ace notarié emportait hypothèque générale sur les biens du débiteur*", pelo que tal efeito (comparável a um julgamento) se reservaria aos oficiais públicos franceses que controlassem a sua constituição. Nesta sequência, há unanimidade doutrinal no sentido do anacronismo da sua regulação e na necessidade urgente da sua revogação<sup>1364</sup>.

---

<sup>1363</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 305ss. Em sentido contrário, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, Vol. II, p. 226.

<sup>1364</sup> HENRI BATIFFOL E PAUL LAGARDE, *Droit...*, Tomo II, p. 161. *Vide* toda a doutrina elencada na nota n.º 601, como ilustração do grande consenso académico quanto à necessidade da sua revogação Sobre as leis

Todavia, para além da crítica disseminada ao respectivo conteúdo, deve recordar-se que a revogação dessas regras (ou alteração da sua interpretação, no caso do §925 BGB) é essencial à criação de um mercado europeu de garantias reais, porquanto tais disposições *contrariam expressamente o direito da União*, criando uma injustificada restrição à liberdade de prestação de serviços.

*Por um lado*, um operador económico que pretenda a constituição de uma hipoteca em França, na Holanda ou na Alemanha, vê-se forçado a deslocar-se a esse país e a escolher de um profissional aí estabelecido, ressaltando evidentes prejuízos no domínio da concorrência e da liberdade na própria decisão de contratar<sup>1365</sup>.

*Por outro*, está posta em causa a liberdade de prestação de serviços *dos notários*. Lembre-se que o Tribunal de Justiça considerou ser ilícita a restrição da actividade notarial a cidadãos nacionais, por não envolver a participação directa e específica no exercício da autoridade pública (mesmo quando os actos notariais constituem *títulos executivos*). Isto é, o Juiz comunitário considerou inadmissível o uso da cláusula de salvaguarda relativa às actividades ligadas à autoridade pública para limitar a livre circulação de serviços, abrangendo a função notarial pela liberdade fundamental. Nessa medida, disposições como a francesa e a holandesa constituem uma *restrição à prestação de serviços*, impedindo aos notários de outros Estados-Membros a prestação do serviço de titulação (cujas escrituras não serão aceites). No fundo, se não é lícito restringir o *estabelecimento* de estrangeiros como notários, por maioria de razão será igualmente vedado impedir a valia de documentos autênticos exarados por notário *estabelecido no estrangeiro*<sup>1366</sup>. Esta conclusão é igualmente partilhada pelo Tribunal Supremo

---

francesa e neerlandesa, *vide supra* nota n.º 601; sobre a restrição, na Alemanha, do negócio real translativo às autoridades de situação da coisa, *cfr. supra* nota n.º 607.

<sup>1365</sup> Neste sentido, *cfr.* GEORGES A. L. DROZ, "Problèmes...", p. 94. A alternativa será o recurso aos serviços consulares, mas o Autor indica múltiplas dificuldades que essa opção acarreta.

<sup>1366</sup> *Cfr.* art. 51.º TFUE, aplicável à livre prestação de serviços *ex vi* art. 62.º TFUE. *Vide* Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Grécia [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-61/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, n.º 134; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Bélgica [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-47/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, n.º 143; Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Luxemburgo [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-51/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011 n.º 144; Acórdão *Comissão c. França [requisito da nacionalidade para notários]* (*cit.* nota n.º 580), n.º 145; Acórdão *Comissão c. Áustria [requisito da nacionalidade para notários]* (*cit.* nota n.º 1336) n.º 147; Acórdão *Comissão c. Alemanha [requisito da nacionalidade para notários]* (*cit.* nota n.º 1336) n.º 144. Sobre esta jurisprudência, *vide* PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La función...", p. 140. Estas pronúncias vieram contradizer a posição mais clássica segundo a qual o regime das liberdades se não aplicaria à função notarial: JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 904 ("No existe una libre prestación de servicios en la UE en relación con los Notarios. En efecto, el Notario es una autoridad pública «española» que ejerce, por delegación del Estado «español» un auténtico poder público que consiste en el control de legalidad del documento que se otorga ante dicho Notario, un control civil, fiscal y administrativo. La finalidad de dicho control es salvaguardar los intereses generales del Estado español"); BLANCO-MORALES LIMONES, *cit.*, p. 140.

Ao invés, JÜRGEN BASEDOW, "Zwischen Amt und Wettbewerb — Perspektiven des Notariats in Europa", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 55, n.º 3, 1991, pp. 409-435, pp. 425ss, sustentava que a eventual restrição da aplicação das liberdades comunitárias deveria ser apreciada

Espanhol, que declarou ser proibida pelas regras europeias a restrição aos notários territoriais dos negócios sobre imóveis<sup>1367</sup>.

Chegados a este ponto, importa agora saber tais restrições são *lícitas*, pois tendo-se demonstrado o seu carácter *restritivo*, a sua licitude depende da sua subsunção às excepções ao regime de *liberdade*: se não forem discriminatórias, forem motivadas por razões de interesse geral, e se limitem ao necessário para a tutela daqueles interesses<sup>1368</sup>.

Ora, ainda que se considere que a medida não é discriminatória (pois permite a exarcação por notários estrangeiros, desde que estabelecidos no país de situação da coisa) e que seja motivada por razões de interesse geral (o controlo efectivo da legalidade do negócio e o cumprimento de todas as obrigações acessórias que cabem ao tabelião<sup>1369</sup>), certo é que a restrição só seria legítima se *não existisse nenhuma outra medida menos restritiva* da liberdade de circulação. Como é bom de ver, não só se pode defender que essas funções podem ser cometidas ao conservador, que actua territorialmente (é a opinião de ARENAS GARCÍA<sup>1370</sup>) como não é impossível, como vimos, que tabelião estrangeiro as cumpra: os projectos CROBECO e EUFides são prova viva dessa viabilidade, a implicar que se não preencha o pressuposto da *necessidade* enquanto vector do princípio da proporcionalidade.

---

individualmente, quanto a cada um dos actos que, nos termos da *lex auctoris*, cabem ao tabelião, considerando que, via de regra, estaria a actividade *tituladora* do notário abrangida pelas liberdades fundamentais (p. 429). Esta conclusão é consonante com a intenção da Comissão em *desregulamentar* a actividade notarial como modo de potenciação da concorrência (evidente no seu *Relatório sobre a concorrência...*, onde se advoga que “a eliminação da regulamentação em matéria de preços seja acompanhada por outras reformas favoráveis à concorrência, como a flexibilização das restrições quantitativas à entrada e em matéria de publicidade” (p. 13) e o alargamento de actividades notariais a outras prestadores de serviços (p. 17).

Aliás, a aceitação, em França, da jurisprudência europeia ora citada gerou uma contradição: permite-se que cidadãos estrangeiros exerçam plenas funções notariais em França (art. 1.º do *Décret n.º 2011-1309*, de 19 de Outubro de 2011, alterou as exigências de acesso à função notarial, bastando-se agora pela nacionalidade de qualquer Estado-Membro da UE) mas proíbe-se que uma escritura exarada no estrangeiro (mesmo por notário francês) constitua hipoteca sobre imóvel situado em França.

<sup>1367</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Supremo Espanhol (*cit. nota n.º 603*): “la necesidad de intervención en todo caso de un notario español significaría la imposición de una limitación a la libertad de transmisión de bienes, en cuanto a su plenitud de efectos, que no resulta justificada en el estado actual de los ordenamientos comunitario y español [...] Pero es más, en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto; duplicidad que quedaría establecida si, otorgada escritura de compraventa ante notario en un país miembro, se negara su total equiparación a la otorgada ante notario del país en que hubiera de surtir efectos, lo que en la práctica exigiría el otorgamiento de otra antes este último. En este sentido cabe anotar la publicación por la Comisión, en fecha 14 de diciembre 2010, de un Libro Verde que lleva por título «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»”.

Como notam RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Acceso...”, p. 378, e PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, “Del cándido...”, título III, n.º 2, alínea b), porém, a referência ao Livro Verde não parece ser determinante, já que este se dirige apenas aos documentos que possam afectar o registo civil e não o registo predial.

<sup>1368</sup> É justamente desta forma que RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Acceso...”, pp. 379-380, põe o problema. Quanto ao alcance e conteúdo dos requisitos que habilitam a restrição, *vide* a jurisprudência elencada *supra*, nas notas n.º 961 a 965.

<sup>1369</sup> *Vide* as obrigações cometidas ao oficial titular elencadas *supra*, pp. 334, muitas das quais dirigidas a interesses públicos do Estado territorial (a cobrança de impostos, a detecção de criminalidade, a prevenção de conflitos, etc.).

<sup>1370</sup> RAFAEL ARENAS GARCÍA, “Acceso...”, pp. 382-383.

Nessa medida, este problema pode ser resolvido pela actuação das instituições tendente à guarda dos Tratados, *maxime* a instauração de uma acção de incumprimento contra os Estados-Membros que mantêm em vigor tais disposições. Tal é pressuposto essencial da solução da dificuldade que aqui se coloca.

### **3.2. A titulação por notário estrangeiro: o acesso à informação predial; os deveres e obrigações impostos pelo Estado territorial; estatuto jurídico da coisa.**

Vimos *supra* que o cumprimento das condições da transmissão da propriedade por notário de Estado diferente daquele onde a coisa se situa, mais do que uma proibição legal (que não existe na maioria dos países europeus) é uma *dificuldade prática*. Na verdade, o conjunto de obrigações impostas aos oficiais tituladores (que vão desde a cobrança de impostos à consulta de bases de dados públicas) está desenhado para notários territoriais, pelo que alguma doutrina reputa *impossível* a celebração de negócios sobre imóveis perante tabelião estrangeiro<sup>1371</sup>.

A realidade desmente esta visão: não é *impossível* que tabelião estrangeiro cumpra as condições de validade da transmissão impostas pela *lex rei sitae*, como aliás demonstra o sucesso do projecto CROBECO. Porém, não sendo impossível, não pode deixar de ter-se como *muito difícil* a oficial de Estado diferente daquele em que a coisa se situa o cumprimento de todas as operações que lhe são atribuídas pela *lex rei sitae*.

Os problemas radicam, principalmente, no acesso do titular à informação predial de imóvel situado noutro Estado-Membro. *Por um lado*, a consulta dos dados tabulares não é fácil, pois muitos sistemas restringem legalmente o acesso a operadores nacionais e outros vedam-no como consequência prática das regras vigentes (exigência de assinatura electrónica emitida por entidades certificadoras internas ou de pedidos presenciais). *Por outro*, a informação pode não ser fidedigna, já que as leis de alguns Estados-Membros prevêem gravames ocultos (como privilégios creditórios) que, por vezes, preferem a hipotecas ainda que anteriormente registadas. *Por fim*, a organização do Registo (fólio real ou pessoal; registo de documentos ou de direitos; sistema de transcrição ou de inscrição) e a própria diversidade linguística das inscrições tornam pouco transparente a informação predial, mesmo que o acesso seja possível<sup>1372</sup>. As mesmas dificuldades surgem na consulta de informação fiscal sobre o imóvel e na viabilidade pragmática de cumprimento das obrigações que cada Estado

---

<sup>1371</sup> JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Derechos Reales...", p. 906. Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 334ss.

<sup>1372</sup> *Vide*, mais profundamente, o que dissemos *supra*, pp. 334ss.

comete ao titular. Aliás, o próprio conhecimento dos deveres que incumbem ao titular não é óbvio, pois cada sistema legal estabelece um conjunto de obrigações acessórias a executar por notário.

Cremos, todavia, não serem insolúveis os problemas ora elencados, estando-se actualmente muito perto da sua superação. Vejamos.

### **3.2.1. O acesso à informação predial de outros Estados-Membros.**

Um pressuposto essencial de solução do nosso problema é a possibilidade dos titulares acederem à informação registal do Estado estrangeiro onde se situa o imóvel. Nessa medida, é essencial que o resultado pretendido por iniciativas como o projecto EULIS possa ser almejado pela integração europeia<sup>1373</sup>.

Parece que este desígnio não será impossível. *Por um lado*, a evolução tecnológica e a profusão do registo electrónico são factores que facilitam o acesso através da internet à informação registal e a requisição *on-line* de actos de registo; *por outro*, a harmonização comunitária das assinaturas electrónicas facilita a aceitação transnacional de documentos electrónicos (como os pedidos de registo ou de certidões).

No fundo, não será necessário muito mais do que *comunitarizar* o projecto EULIS (fazendo-o por isso estender a todos os Estados-Membros) e aperfeiçoá-lo, designadamente completando o seu glossário capaz de auxiliar o titular na busca da informação necessária, como a natureza e descrição dos direitos ou documentos publicitados e seus efeitos. O respectivo sucesso mostra como é possível disponibilizar internacionalmente a profissionais a informação tabular necessária à eficácia da contratação imobiliária a partir do estrangeiro. Falta apenas abranger os Estados-Membros que ainda não aderiram, o que é realizável pela *comunitarização do mecanismo*<sup>1374</sup>.

### **3.2.2. A cooperação entre titulares e registadores e a superação dos problemas da contratação internacional**

Vimos *supra* que notários e conservadores estão preocupados com os entraves pragmáticos que surgem quando as partes pretendem celebrar um negócio sobre um imóvel situado em país diferente. Quer o projecto CROBECO, quer o instrumento EUFides são mecanismos capazes de ultrapassar as dificuldades práticas que surgem neste contexto, pois

---

<sup>1373</sup> Cfr. MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report...*, p. 19, que identifica como chave para este problema a intervenção da UE no sentido da desmaterialização e centralização dos sistemas registais.

<sup>1374</sup> É também a opinião de SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 823.

contêm ambos a chave da solução do problema: *a cooperação internacional de autoridades*, assunto que parece hoje apresentar-se como um dos novos domínios do direito internacional privado e que conhece desenvolvimentos em outras áreas registais<sup>1375</sup>.

Assim, estamos absolutamente convencidos que a *necessidade de segurança jurídica* perseguida pelo notariado latino e pelo Registo Predial não são entraves à liberdade de circulação conquanto se estabeleça colaboração entre as autoridades<sup>1376</sup>. Simplesmente, as propostas de solução até agora aventadas sofrem de algum egocentrismo, já que é absolutamente evidente quem é o respectivo proponente.

O projecto CROBECO parece revelar desconfiança em relação à função notarial, sobretudo quando submetia o título a um *passo prévio* de controlo da legalidade do negócio face à *lex contractus*, operado pelo conservador do Estado onde o contrato foi celebrado. Esta intervenção do conservador local faz pouco sentido (já que o controlo da legalidade do negócio, quando for determinada pelo direito tabular da *lex rei sitae*, caberá necessariamente às autoridades registais que decidirão sobre o pedido de registo) e é desnecessária: o notário integrado no sistema de tabelionato latino garante a legalidade face à lei escolhida, assumindo a responsabilidade da validade negocial do documento.

Já o projecto EUFides, como vimos, acrescenta pouco à situação actual, pois realiza-se na nomeação de um notário do país territorial, com quem as partes comunicarão mediante intermediação do tabelião local. Por outro lado, desconsidera o facto de a decisão sobre a inscrição registal caber às autoridades tabulares do Estado da situação da coisa, pelo que a informação necessária ao sucesso do pedido de registo prestada por notário do Estado territorial será sempre um sucedâneo face à possibilidade de ser a própria autoridade decisora a indicar os requisitos que vai exigir.

Isto é, o que parece necessário é fundir as propostas de forma mais desinteressada, de modo a que notário local e conservador territorial possam colaborar na troca de informações. Na verdade, a utilização destes mecanismos só será um incentivo à contratação internacional se constituir uma alternativa óbvia (porque mais fácil e rápida) à utilização dos meios convencionais. Assim, partindo do projecto CROBECO, bastará introduzir uma *correção* que estabeleça a cooperação directa entre o notário titular e o conservador

---

<sup>1375</sup> Cfr. RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 0, 2000, pp. 231-260, p. 233, que defende que ao tradicional âmbito do DIP (conflitos de leis, conflitos de jurisdições e reconhecimento de sentenças estrangeiras) se deve adicionar um outro domínio: "*la cooperación internacional de autoridades*". Neste trabalho, o Professor refere-se primordialmente à cooperação entre tribunais, mas não parece que possa excluir-se a colaboração de outras autoridades públicas, como os serviços de registo e os cartórios notariais. Veja-se o trabalho do mesmo Autor ("La función..."), pp. 74ss, quanto às vantagens de cooperação de serviços de registo no domínio societário.

<sup>1376</sup> Neste sentido, cfr. LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "La inscribibilidad...", p. 628.

territorial. O mecanismo prevê já que o conservador do país de situação do prédio (aquele que decidirá o registo) seja chamado a colaborar. Nesta sequência, o acesso dos titulares à plataforma informática NETPRO e à comunicação directa com o registador (prestando este todas as informações necessárias sobre as condições impostas pela *lex rei sitae* para produção do efeito real) parecem ser condições suficientes para que o notário possa produzir, com segurança, um título negocial eficaz do país da situação do prédio.

Por outro lado, no que concerne à necessidade de um agente no Estado territorial que, se necessário, possa obter documentos necessários à transacção, o *Directório Europeu de Notários* é ferramenta indispensável. De facto, mais do que a indicação de “assistentes administrativos” pelo sistema informático (como se prevê no CROBECO), a iniciativa do CNUE permite que sejam as partes a seleccionar um jurista especializado, com experiência e conhecimentos fundamentais, que fale a sua língua, a quem confiarão a missão.

Repare-se que toda a infra-estrutura desenhada para o projecto CROBECO pode ser utilizada e generalizada: designadamente, o portal com informação dos sistemas jurídico-reais e documentação necessária, a explicação dos efeitos de cada uma das figuras jurídico-reais estabelecidas nos ordenamentos europeus; e o repositório de cláusulas tipo de acordo com as *lex contractus* e *lex rei sitae*. Na verdade, nada parece obstar à respectiva importação para o portal E-Justice (organizado pela Comissão Europeia) e tornar efectiva a colaboração que aquele projecto inaugurou. Assim, pode ser resolvido o problema relativo às obrigações que titular deve cumprir para produzir negócio *eficaz*.

### **3.3. A disparidade notarial e a subsistência de um problema de substituição**

Vimos *supra* que o incitamento à contratação de direitos reais sobre imóveis no Estado onde se situam se deve não apenas à dificuldade de titulação (pois o oficial estrangeiro não conhece obrigações acessórias nem acede a informação predial) mas também a dificuldades de *circulação* do documento estrangeiro. Estes problemas residem, *por um lado*, nas *formalidades administrativas de recepção formal* (*maxime* a necessidade de apostila) e *por outro* no problema de *substituição* (internacionalprivatística) quanto à solenidade do negócio<sup>1377</sup>.

O *primeiro problema* não só é menos grave como está em vias de resolução, pois vimos *supra* a proposta da Comissão de eliminação destas formalidades (que se tem, porventura, por

---

<sup>1377</sup> Cfr. pp. 305ss.



excessivamente arrojada) e o surgimento da *apostila electrónica*, facilitando a circulação de documentos electrónicos com superior segurança da autenticação<sup>1378</sup>.

Já o *segundo problema* levanta dificuldades mais sérias. Na verdade, atendendo à natureza *nacional* do documento público, surgirá necessariamente o problema de ser se *aquela solenidade estrangeira* cumpre o pressuposto com que a lei competente contava quando prescreveu a observância necessária de certa formalidade, necessariamente reconduzindo-nos para o *iter* analisado de apuramento da *equivalência de formas* (levando em consideração o conteúdo do negócio, a actividade do oficial titular e o valor do documento aí gerado). Isto é, a *substituição* operar-se-á quando se determinar que a condição estabelecida pela lei competente (a prescrição de uma *solenidade*) é preenchida por uma actuação notarial ao abrigo de lei estrangeira, importando saber se o documento notarial estrangeiro é *equivalente* à condição jurídica referida na norma material da *lex rei sitae*.

A necessidade desta operação não apenas é, por si só, dissuasora da circulação internacional como assola os outorgantes com incerteza sobre a eficácia do documento: há um problema de *critério*, divergindo a doutrina quanto a saber se basta a actuação do oficial público com deveres *similares* ou se deve exigir-se ainda um *valor probatório equivalente e efeitos materiais similares*<sup>1379</sup>. A definição do critério depende do sistema jurídico do Estado de acolhimento, que deverá decidir, *v. g.*, se o documento exarado por *scrivener notary*, onde o titular desempenhou as funções típicas do notário latino mas não reveste força probatória plena, é suficiente para a inscrição registal de uma hipoteca.

### 3.3.1. *A inexistência de um dos problemas no negócio hipotecário*

Não pode negar-se o problema identificado que, aliás, não conhece qualquer proposta de solução. É inerente à natureza *díspar* (e *nacional*) do documento notarial e não se vislumbra resposta fácil.

Todavia, importa notar que *um dos problemas* que se tradicionalmente colocam para estabelecimento da equivalência não surge no domínio da hipoteca. Referimo-nos à disparidade no sistema atributivo de direitos reais: no Acórdão do Tribunal Supremo Espanhol de 2012 discutia-se se uma *escritura pública alemã*, ainda que equivalente por qualquer dos critérios ao documento público espanhol, podia conter o *modo* exigido pela lei castelhana

---

<sup>1378</sup> Cfr. pp. 312ss e COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, art. 4.º

<sup>1379</sup> Cfr. ERIK JAYME, "Identité...", p. 119; PIERRE CALLÉ, *L'acte public...*, p. 315; MARIE GORÉ, "L'Acte...", p. 27; RAFAEL ARENAS GARCÍA, "Acceso...", pp. 367 e 368; RICHARD CRÔNE, "La réception...", p. 87; GEORGES A. L. DROZ, "L'Activité...", p. 97; PH. FRANCESKAKIS, "Comentário ao Acórdão *Nederlandse Belegging Maatschappij...*", p. 518; PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "La Autonomía...", p. 117. *Vide*, com mais profundidade, o que dissemos *supra*, pp. 323ss.

para a transmissão da propriedade (*a tradição ficta*) uma vez que no país de origem o *modo* era outro (o negócio real translativo e o registo). Da mesma forma, alguma doutrina vem sufragando a recusa da equivalência sempre que o documento público produzisse, no país onde foi exarado, efeitos materiais inferiores àqueles que são estabelecidos no país de acolhimento — *maxime* o efeito real por mero efeito do contrato<sup>1380</sup>.

Este concreto problema *não existe no negócio hipotecário*: em todos os sistemas jurídico-reais europeus a eficácia da hipoteca depende de registo. Mesmo para quem entende que em França o registo não é constitutivo (sendo condição absoluta de eficácia) a verdade é que não se coloca a dúvida que ensombrou a decisão do Tribunal espanhol (pode o título estrangeiro incorporar o modo?). Em todos os sistemas, o *título* não gera uma garantia com eficácia absoluta e só a inscrição registal confere a *preferência face aos demais credores*. Nessa medida, há-de reconhecer-se uma *menor dificuldade* na circulação do negócio hipotecário face àquela que existe nos demais títulos relativos a imóveis.

### 3.3.2. *O problema não resolvido: a aceitação de documentos particulares em Estados que estabeleçam o controlo notarial da legalidade como normas de aplicação necessária e imediata.*

Como pode ser antecipado, ainda que os projectos *supra* mencionados possam contribuir para a eliminação das dificuldades de ordem pragmática que ensombram a contratação da hipoteca em Estado diferente daquele onde o prédio se situa, sobra um difícil problema: em alguns ordenamentos jurídicos pura e simplesmente não será aceite um documento particular de constituição da hipoteca (ainda que permitido pela lei local ou pela *lex contractus*) porquanto o controlo de legalidade operado por notário constitui norma de aplicação necessária e imediata.

Este é um problema conhecido e tem tido atenção por parte das instituições, que parecem acreditar que a respectiva solução depende de intervenção legislativa da União Europeia no sentido do estabelecimento de um mecanismo de *reconhecimento mútuo de documentos*<sup>1381</sup>. O que parece resultar das esparsas palavras da Comissão é uma intervenção europeia fundada na base jurídica do art. 81.º TFUE, legitimada pelo preenchimento dos

---

<sup>1380</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, na nota n.º 654. Quanto ao caso sujeito ao tribunal espanhol, cfr. o que dissemos *supra*, pp. 333 sobre o Acórdão (*cit.* nota n.º 603) e a análise de PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, "Del cándido...", Título II, n.º 2, e HARRY DUINTJER TEBBENS, "Vers...", pp. 319, sobre este problema.

<sup>1381</sup> Vide a Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho ["Um espaço de liberdade, de segurança e de justiça ao serviço dos cidadãos" — COM(2009) 262 Final, de 10 de Junho de 2009] (conhecida por Programa de Estocolmo), p. 13 ("a União deverá considerar a possibilidade de suprimir todas as formalidades de legalização dos actos autênticos entre os Estados-Membros. Será eventualmente necessário considerar a possibilidade de criar actos autênticos europeus"). Cfr. ainda as propostas aventadas pela COMISSÃO EUROPEIA, Livro Verde "Reduzir...", pp. 1ss.

pressupostos de actuação europeia: a acção dos Estados ao nível individual ou intergovernamental não apenas se tem revelado infrutífera (porquanto continuam a existir barreiras no reconhecimento dos efeitos dos documentos constitutivos das garantias) como é inapta a gerar um espaço europeu de circulação daqueles documentos, cujos contornos dependem de uma acção centralizada<sup>1382</sup>.

Já o Parlamento Europeu propõe a adopção de um Regulamento (na senda dos sistemas de reconhecimento constantes dos Regulamentos Bruxelas I-bis, Bruxelas II-bis e do Título Executivo Europeu) que defina e introduza o *instrumento autêntico negocial* nos Estados-Membros que o não conhecem, determinando o reconhecimento automático dos seus efeitos (também reais) mediante um *duplo filtro*: produzirá os efeitos permitidos pela lei do Estado de origem, desde que não superiores aos da lei do país de destino<sup>1383</sup>. Independentemente da bondade da proposta<sup>1384</sup>, esta poderia solucionar um dos problemas da contratação internacional de hipoteca — os *obstáculos ao reconhecimento do título constitutivo*. Todavia, fica aquém do objectivo ao propor a exclusão do âmbito do normativo os *documentos com objecto em bens imóveis*<sup>1385</sup>. O Parlamento Europeu terá considerado que os demais obstáculos inerentes à contratação fora do Estado territorial não podem ser solucionados pelo reconhecimento e, assim, não haveria porque abranger aqueles documentos.

Igualmente de destaque é a sugestão de TROJANI: o Autor propõe a instituição de um mecanismo de reconhecimento automático dos documentos notariais à semelhança do que decorre do Regulamento Bruxelas I para as sentenças. De acordo com esta tese, o documento notarial não apenas prescindiria, do ponto de vista formal, da apostila ou

---

<sup>1382</sup> Em sentido contrário, CARLO ANTONIO TROJANI, "Il principio...", p. 68, considera que o princípio da subsidiariedade se opõe à regulação desta matéria através de acto europeu, atendendo à proximidade da função notarial com a soberania estadual. Nessa medida, propõe que este resultado seja alcançado por via da celebração de uma convenção internacional entre os Estados-Membros. Segundo cremos, o Professor não tem uma correcta compreensão do princípio da subsidiariedade: este cânone limita o *exercício* das competências concorrentes (designadamente as que estão previstas no art. 81.º TFUE) aos casos em que a acção nacional não é suficiente aos objectivos dos Tratados e estes sejam melhor alcançados ao nível comunitário. Ora, daqui não se retira qualquer limite da natureza pública da função notarial que não está subtraída à actuação comunitária destinada à promoção do reconhecimento dos actos públicos. Na verdade, a ser certo o raciocínio do Autor, também a acção comunitária no domínio do reconhecimento de sentenças estrangeiras seria vedada, pois a função jurisdicional está ainda mais próxima do núcleo de soberania dos Estados.

<sup>1383</sup> Cfr. PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative...*, pp. 148ss. Como é sabido, naqueles regulamentos estabeleceu-se um mecanismo de aceitação de documentos autênticos para efeitos executivos; nada se prevê, todavia, quanto à circulação de títulos negociais e reconhecimento dos seus efeitos reais.

<sup>1384</sup> A nosso ver, não cremos que uma intervenção destas fosse legítima. Não parece que a UE goze de competências para introduzir um *certo sistema de contratação*, sobretudo quando isso implica a criação de uma nova profissão jurídica até aí desconhecida do ordenamento. Ademais, e mesmo que tal competência se entendesse atribuída, não cremos que passasse alguma vez no crivo da proporcionalidade, pois a imposição de um modelo jurídico manifestamente diferente daquele que existe nos países nórdicos e anglo-saxónicos não seria equilibrada face às potenciais vantagens que daí poderiam advir para o mercado único.

<sup>1385</sup> "We suggest an exemption of immovable property from the application authentic instruments, which are registered or which are the basis of a registration in a public register".

legalização como, do ponto de vista probatório, veria reconhecidos no Estado de destino os efeitos atribuídos pela lei do país onde o documento foi emitido. A favor desta proposta, recorde-se a introdução no Tratado de Lisboa da referência expressa ao “*reconhecimento mútuo das decisões extrajudiciais*”, pelo que é neste sentido que aponta o legislador primário<sup>1386</sup>. Como se percebe, a sugestão não se adequa ao nosso problema: na verdade, mais do que o reconhecimento do valor probatório do *instrumentum*, as dificuldades estão na operação de substituição que consiste em saber se a solenidade estrangeira é *equivalente* àquela que a *lex rei sitae* impõe como formalidade *internacionalmente imperativa*. Assim, o óbice subsistiria ainda que se aceitasse (como já fazem muitos países europeus) que o documento estrangeiro faz prova plena das declarações nele contidas.

Isto é, julgamos que o problema não tem, actualmente, solução cabal. Pode agilizar-se a constituição de hipotecas *entre Estados-Membros que adoptem o mesmo sistema notarial*, mas subsistem dificuldades na recepção, em sistemas de notariado latino, de negócios hipotecários exarados em documento particular (admitido pela *lex loci*). Nestes casos, não parece haver solução que não seja a de procurar como titular um notário de *civil law*, que pode não existir no Estado-Membro de origem dos outorgantes

### **3.4. Os documentos electrónicos na constituição de hipoteca: a suficiência da actual regulação e a perspectiva de maior integração.**

#### **3.4.1. *A suficiência da actual harmonização das normas sobre documentos electrónicos e assinaturas electrónicas.***

É consabido que o desenvolvimento das relações jurídicas internacionais é potenciado pela aceitação de documentos electrónicos, já que estes tornam possível a contratação em país diferente do da situação do prédio (sem necessidade de representante), remetido em tempo real e sem custos para o Estado territorial, a que acresce a facilitação da circulação internacional dos documentos<sup>1387</sup>. Nessa medida, o suporte electrónico do negócio hipotecário constituiria um passo (ainda que não decisivo) facilitador da criação internacional de garantias imobiliárias.

Ora, o quadro normativo europeu actual permite justamente esta possibilidade. Com efeito, se é verdade que a utilização documentos electrónicos suscita problemas de segurança

---

<sup>1386</sup> Cfr. alínea *a*) do n.º 2 do art. 81.º TFUE. É muito curiosa a utilização da expressão *reconhecimento mútuo* em detrimento de *reconhecimento automático*. Sobre o seu significado, *vide* MÓNICA GUZMÁN ZAPATER, "Un elemento...", pp. 427ss. Sobre a proposta, *vide* CARLO ANTONIO TROJANI, "Il principio...", p. 68.

<sup>1387</sup> Neste sentido, JORGE SINDE MONTEIRO, "Assinatura...", p. 271. *Vide* ainda o nosso estudo "Assinaturas...", p. 40, e bibliografia aí citada.

específicos (identidade dos outorgantes, muitas vezes absolutamente desconhecidos; integridade do conteúdo da mensagem, já que a sua adulteração não deixa vestígios físicos; reserva do conteúdo apenas aos interessados), o legislador comunitário, com a colaboração das autoridades legiferantes nacionais, ultrapassou-as através do regime jurídico das *assinaturas electrónicas*<sup>1388</sup>.

É certo que a regulação comunitária não soluciona todos os problemas que se concitam. *Por um lado*, no domínio do *suporte electrónico* do negócio hipotecário, não há total *uniformização* do regime dos documentos electrónicos<sup>1389</sup>. *Por outro*, no que tange à viabilidade

---

<sup>1388</sup> Referimo-nos à Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, relativa a um quadro legal comunitário para as assinaturas electrónicas, que foi já transposta pelos 28 Estados-Membros, de acordo com a informação prestada pelo portal *Acesso ao Direito da União Europeia*, acessível via internet em <http://eur-lex.europa.eu/>. Sobre os problemas jurídicos colocados pela utilização de documentos electrónicos na contratação e sobre a solução oferecida pelo quadro legal vigente, cfr. o nosso trabalho "Assinaturas...", pp. 52ss, e bibliografia aí indicada.

É certo que a confiança dos outorgantes em documentos electrónicos nas relações internacionais depende de mais do que a aceitação do documento electrónico e da certificação da identidade das partes através de *assinaturas electrónicas* legalmente produtoras de efeitos probatórios (condições que parecem bastar no comércio electrónico interno). De facto, a contratação internacional implicará a conexão com mais do que um ordenamento jurídico nacional, importando determinar *a lei aplicável ao problema* e o valor que dá *quer* aos documentos negociais em suporte digital, *quer* à assinatura electrónica que lhe for aposta, designadamente quanto à produção de efeitos probatórios ou presunção de autoria. No fundo, os problemas da identificação da lei competente e do reconhecimento de documentos electrónicos estrangeiros que acarreta inevitavelmente uma maior dose de insegurança jurídica. Como explica MARTA REQUEJO ISIDRO, "Contratación...", p. 581, aos problemas jurídicos colocados nas situações puramente internas ("*si, cuándo y dónde se ha formado un contrato; cuáles son las obligaciones recíprocas de las partes; cuando y dónde se debe ejecutar; qué sucede cuando no se ejecuta*"), surge a dificuldade de identificar a lei que regulará tais questões.

Simplemente, tal problema é minorado pela tendência de *unificação*, no espaço europeu, dos domínios de *regulação nova* — como o comércio electrónico. De facto, *uniformizando* ou *harmonizando* as disposições aplicáveis, perde relevância a incerteza da lei aplicável, já que as consequências serão idênticas quando for chamada a lei de *um* Estado-Membro. Assim, a existência de directiva relativa ao regime jurídico dos documentos electrónicos e da assinatura electrónica minorará as dificuldades que aqui se colocam, já que a transposição pelos Estados-Membros redundará na vigência de normas similares. A tendência de *unificação* (no seu sentido amplo — *vide supra* nota n.º 675) é sublinhada por JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, "A Sociedade da Informação", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 163-184, p. 182. Este é também o caminho preferido da UNCITRAL, que orienta a harmonização legislativa pela aprovação de *leis modelo*, sugerindo a sua adopção pelos Estados. Cfr. *supra* nota n.º 511 e MARCELO CORRALES, "Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries", *Revista de Derecho Informático*, n.º 116, 2008, disponível na internet via [http://www.alfaredi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfaredi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) consultado em 27 de Agosto de 2009, p. 23.

<sup>1389</sup> Com efeito, a regulação europeia da contratação electrónica não estabeleceu direito uniforme.

*Em primeiro lugar*, a directiva apenas vincula o Estado quanto aos seus objectivos, deixando-lhe liberdade quanto à forma e meios de o alcançar, o que implica necessariamente uma variação das legislações nacionais — no fundo *harmoniza* e não *unifica*.

*Em segundo lugar*, o normativo comunitário não é exaustivo, apenas fixando regras parcelares na validade e eficácia dos documentos electrónicos e deixando por determinar cabalmente, os efeitos produzidos por um documento electrónico e as consequências da aposição de uma *assinatura electrónica avançada baseada em certificado qualificado*. Lembre-se, por exemplo, que a directiva não impõe que um documento electrónico electronicamente assinado produza efeitos probatórios determinados, podendo os Estados-Membros regular diferentemente este aspecto (*vide* o nosso estudo "Assinaturas...", pp. 52ss).

*Em terceiro lugar*, a directiva apenas versa sobre a admissibilidade de documentos electrónicos e sua assinatura, não reconhecendo a validade dos contratos celebrados por aquela forma (nem qualquer equiparação a uma determinada forma legal) e deixando tal assunto ao legislador interno. Esta não intervenção do legislador comunitário enfrenta uma dura crítica de IAN WALDEN, "Regulating...", p. 23: "*The EU's piecemeal approach to*

de contratação telemática entre ausentes, a directiva do comércio electrónico admite que os Estados-Membros excluam do *princípio da admissibilidade da contratação electrónica* os negócios relativos a direitos reais sobre imóveis (exclusão que foi operada pelos Estados-Membros que adoptam notariado latino [com excepção de França, conquanto as partes se apresentem junto de notários] e pelos países de *Common Law* sempre que o prédio se situe em Estado integrado em sistema de notariado romano-germânico)<sup>1390</sup>. Nessa medida, *não há unificação ou harmonização* quanto à *aceitação da contratação electrónica à distância* do negócio hipotecário.

De todo o modo, reconheça-se, esta insuficiência (a impossibilidade de constituição de hipoteca através de *contratos electrónicos entre ausentes e desconhecidos*) não parece ser estritamente essencial para a solução do nosso problema. Na verdade, mais do que a obrigatoriedade de presença física das partes ou seus representantes perante notário, o problema que identificámos *supra* foi a dificuldade de celebração do negócio *em Estado diferente da situação da coisa*. De facto, o credor está apenas interessado do valor da coisa a hipotecar, não tendo interesse na utilização física do imóvel; nessa medida, uma instituição de crédito sem representação no Estado de situação do prédio pode interessar-se em conceder crédito hipotecário, sendo que a necessidade de se fazer representar junto de notário territorial e de celebrar negócio numa língua que não conhece (porventura sujeitando o contrato a uma lei desconhecida) constitui um obstáculo sério à criação deste tipo de relações jurídicas.

Ora, se o negócio puder ser celebrado perante tabelião da confiança das duas partes (ainda tenham de estar fisicamente representadas) e rapidamente enviado para as autoridades tabulares do Estado da situação do prédio, parece ultrapassar-se o problema: o credor do Estado A aceitará mais facilmente uma hipoteca sobre imóvel no Estado B se o contrato for celebrado por notário da sua confiança, em língua que entenda, conquanto a inscrição registal da hipoteca no Estado da situação da coisa não seja problemática.

Este resultado depende, em boa parte, da aceitação de documentos electrónicos (ainda que apenas *documentos electrónicos derivados* ou *documentos informatizados*<sup>1391</sup>). Se o título de

---

*legal certainty seems fundamentally flawed and may place EU industry at a comparative disadvantage with other jurisdictions*". Vide igualmente JORGE SINDE MONTEIRO, "Assinatura...", p. 271.

<sup>1390</sup> Cfr. n.º 2 do art. 9.º da Directiva n.º 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de Junho de 2000, publicada no JOUE em 17 de Julho de 2000.

<sup>1391</sup> É sabido que a doutrina diferencia, quanto ao modo de introdução na memória do computador, entre o *documento electrónico originário* (aquele que foi mecanicamente construído no computador mediante a reprodução ou representação de um facto externo) e o *documento electrónico derivado* (aquele que foi introduzido na memória do computador através de aparelhos de digitalização); por outro lado, quanto à forma de armazenamento, distingue entre *documentos electrónicos em sentido estrito* (aqueles que são armazenados em memória digital e que só são descodificáveis através de meios informáticos) e *documentos electrónicos em sentido amplo ou documentos informáticos* (aqueles que, gerados por um computador, são materializados em suporte clássico, podendo ser descodificados

constituição da hipoteca celebrado no Estado A puder ser materializado em documento electrónico e, sem mais formalidades, remetido por via informática para as autoridades registais do Estado B, muitas das resistências a estes negócios desaparecerão.

Esta conclusão não é só nossa: *por um lado*, as autoridades registais europeias aperceberam-se deste exacto problema no desenvolvimento do projecto CROBECO (*Cross Border Electronic Conveyancing*), notando que a chave do desenvolvimento das transacções internacionais sobre imóveis está na materialização do título constitutivo *em documento electrónico* e seu *envio seguro* para o Estado de situação da coisa. *Por outro*, as autoridades registais espanholas aceitam hoje o envio electrónico de títulos celebrados no estrangeiro, conquanto o titular se identifique por assinatura digital<sup>1392</sup>.

É neste particular que a regulação europeia jogou um importante papel. Na verdade, a *harmonização* do regime jurídico dos documentos electrónicos é suficiente ao objectivo que apontámos. Lembre-se que é, em todos os Estado-Membros, *obrigatória a aceitação de documentos electrónicos quando electronicamente assinados*; recorde-se a *equiparação legal de documentos digitalmente assinados a documentos em papel com assinatura autógrafa*; não se olvide o *reconhecimento obrigatório de assinaturas de outros Estados-Membros*<sup>1393</sup>. Isto é a actual regulação europeia permite já que *uma escritura estrangeira exarada na presença física dos outorgantes*, se assente em suporte electrónico, seja aceite como se constasse de papel.

Assim, conquanto o direito notarial do país onde a escritura é celebrada admita o suporte electrónico do título (mesmo que como documento informático *derivado*), este circulará sem grande dificuldade no espaço europeu, beneficiando da maior rapidez, segurança e baixo custo associados à circulação de documentos electrónicos<sup>1394</sup>.

---

sem apoio de meios informáticos — *v. g.*, os documentos emitidos por uma impressora). Sobre a distinção, cfr. MIGUEL PUPO CORREIA, "Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas", *Revista de Derecho Informático*, n.º 23 (Junho de 2000), 2000, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, consultado em 9 de Junho de 2009, pp. 1ss; JOEL TIMÓTEO RAMOS PEREIRA, *Compêndio...*, p. 627, e o nosso estudo "Assinaturas...", p. 48.

<sup>1392</sup> EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common...*, p. 25. A aceitação baseia-se no art. 112.º da *Ley 24/2001*, cuja interpretação equipara o notário espanhol ao notário estrangeiro, submetendo-lhe a mesma obrigação de identificação.

<sup>1393</sup> Cfr. arts. 4.º e 5.º da Cfr. Directiva 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999. Cfr. AFONSO PATRÃO, "Assinaturas...", pp. 45ss.

<sup>1394</sup> Alguns direitos notariais impedem que o documento notarial tenha suporte exclusivamente electrónico, obrigando à sua constância em livros e arquivos. Todavia, graças à regulamentação europeia, o documento electrónico derivado (cfr. *supra* nota n.º 1391) beneficia do mesmo regime, porquanto, se digitalmente assinado, é legalmente equivalente ao documento em papel.

### 3.4.2. *A confiança nas assinaturas electrónicas estrangeiras: a subsistência de um problema?*

O facto de estar harmonizada a legislação (concretizada na equivalência normativa entre os documentos em suporte papel com assinatura autógrafa e os documentos electrónicos digitalmente assinados e na obrigatoriedade de aceitação de assinaturas electrónicas de outros Estados-Membros) não obsta a que a doutrina levante dois problemas de ordem tecnológica: *por um lado*, argumenta-se existir inferior garantia de autoria do documento dada pela *assinatura electrónica qualificada* em face da *assinatura manual*; *por outro*, levanta-se o problema da interoperabilidade de documentos electrónicos a que são apostas assinaturas electrónicas certificadas por entidades de Estados-Membros diferentes.

Estas questões estão relacionadas com o funcionamento das assinaturas electrónicas avançadas e a sua apenas relativa neutralização tecnológica. Na verdade, numa perspectiva simplista, o regime comunitário em matéria de documentos electrónicos está assente num modelo que privilegia a *assinatura digital* (aquela que assegura simultaneamente a integridade do documento e a consulta por um número restrito de destinatários mediante tecnologia criptográfica de chaves assimétricas e uma função de *hash* que detecta eventuais corrupções do documento), embora o normativo europeu aceite outras tecnologias, desde que igualmente seguras<sup>1395</sup>. Sendo certo que, até à data, nenhuma outra tecnologia reveste o título de *assinatura electrónica avançada* (na legislação portuguesa, *assinatura electrónica qualificada*)<sup>1396</sup>, o que vem evitando no espaço europeu um problema de *interoperabilidade de tecnologias*, mesmo o funcionamento da assinatura digital pode enfrentar dificuldades.

De facto, a autenticidade da assinatura é assegurada pelo certificado digital, onde a entidade que a criou atesta que pertence a certo titular. O normativo europeu estabelece um princípio de *livre acesso* à actividade certificadora sem necessidade de autorização prévia pelas autoridades públicas, pelo que qualquer operador económico pode produzir certificados

---

<sup>1395</sup> Sobre este assunto nos pronunciamos com maior profundidade noutra sede, remetendo para aí os ulteriores desenvolvimentos — cfr. AFONSO PATRÃO, "Assinaturas...", pp. 52ss.

<sup>1396</sup> Neste sentido, MIGUEL PUPO CORREIA, *Assinatura...*, pp. 17ss; JORGE SINDE MONTEIRO, "Assinatura...", p. 263; SEBASTIÃO NÓBREGA PIZARRO, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 75. Em sentido contrário, FRANCISCO CARNEIRO PACHECO DE ANDRADE, "A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347-367, pp. 352ss, defende a alternatividade da *assinatura dinâmica* ou *assinatura biométrica*, que combina a captação do processo de assinatura manual (geometria das letras, forma da escrita, velocidade de escrita, ordem dos traços, etc.) com a criptografia e com a acção de mecanismos de *hash* destinados a garantir a integridade da mensagem. Ainda que se aceitasse a opinião do Autor, é sabido que a assinatura dinâmica não é utilizada no espaço europeu para autenticação de documentos, pelo que o problema não se põe do ponto de vista pragmático.



digitais<sup>1397</sup>. A respectiva valia é assegurada pela assinatura digital do certificado raiz da entidade emissora, que terá sido produzida por outra entidade, assistindo-se assim a uma certificação em escada (a designada *pirâmide certificadora*). Os direitos nacionais podem estabelecer a viabilidade de acreditação das entidades certificadoras por entidades públicas, atribuindo a lei um valor adicional às assinaturas emitidas por entidades credenciadas: é este modelo que autoriza que a lei portuguesa, por exemplo, confira às assinaturas certificadas por entidades *credenciadas* a mesma força jurídica que as assinaturas *notarialmente reconhecidas*<sup>1398</sup>.

Ora, o modelo gera duas dificuldades na circulação internacional de documentos digitalmente assinados. *A primeira* liga-se à natureza da assinatura digital enquanto única tecnologia capaz de se subsumir, na prática, no conceito comunitário de *assinatura electrónica avançada* a que são atribuídos os efeitos legais: a aposição da assinatura não assegura que foi o seu titular a inseri-la. Na verdade, esta tecnologia não obsta a que o titular ceda o seu certificado digital a outrem para que este proceda à sua aposição (desaparecendo assim a *certeza do seu titular* — “*the human factor*”)<sup>1399</sup>.

*A segunda* liga-se à *interoperabilidade internacional* das assinaturas digitais. Mesmo estando perante a mesma tecnologia, importa saber se o direito interno atribui a mesma confiança às entidades certificadoras estrangeiras que asseguram a autenticidade das assinaturas digitais apostas aos títulos. De facto, pode o Estado de origem não ter previsto qualquer sistema de acreditação ou pode o direito do Estado de destino não atribuir efeitos probatórios adicionais às assinaturas emitidas por entidades credenciadas por autoridades estrangeiras. Em concreto, perante uma escritura pública electrónica assinada digitalmente por notário do Estado-Membro A, coloca-se o problema de saber se as autoridades registais do Estado-Membro B a recebem como *autêntica* ou se o certificado digital estrangeiro gerará dúvidas quanto à autoria do documento e autoridade do oficial que o exarou (já que a sua valia foi assegurada por uma *pirâmide certificadora estrangeira*, paralela à interna).

Segundo BECHINI e GRASSEN, o problema é solucionado se as ordens profissionais dos notários forem responsáveis pela criação das assinaturas digitais dos profissionais que associam. Desta forma, o destinatário do documento fica com a certeza de que o sujeito que

---

<sup>1397</sup> Cfr. n.º 1 do art. 3.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999. Sobre este modelo, *vide* ELSA DIAS OLIVEIRA, *A protecção...*, p. 162 e o nosso estudo "Assinaturas...", p. 63.

<sup>1398</sup> Cfr. n.º 2 do art. 3.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999, e n.º 2 do art. 3.º do RJDEAD.

<sup>1399</sup> UGO BECHINI e DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 708, explicam que este problema acontece "*if a smart card, for instance, is handed over to the wrong person or if the legitimate owner loses control of the card, voluntarily or as a consequence of violence or fraud*". No mesmo sentido, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional...*, p. 273. Sobre a inexistência actual de outras tecnologias alternativas para assinatura de documentos, cfr. nota n.º 1396.

após a assinatura tem autoridade para exarar o documento, porquanto a entidade certificadora revogaria de imediato o alvará se o titular perdesse a sua qualidade<sup>1400</sup>. Os Autores não resolvem, porém, o problema da *garantia de autoria*, já que nada obsta a que o certificado digital do notário seja utilizado por um colaborador do cartório, com ou sem a autorização do titular.

Por nossa parte, cremos que se trata de problemas meramente aparentes.

Quanto ao *primeiro problema*, a oposição de uma assinatura digital por quem não é o seu titular não é coisa distinta da falsificação de uma assinatura autógrafa: trata-se da reprodução da assinatura de outrem por quem não é seu titular. Ora, a *falsificação de assinatura* já conhece resposta (*inclusive* jurídico-criminal) nos vários ordenamentos nacionais, pelo que não há aqui qualquer problema específico — as assinaturas manuais podem igualmente ser falsificadas, não se garantindo nunca que a sua oposição foi feita pelo respectivo titular.

Ademais, a falsificação de uma assinatura digital é mais facilmente prevenida do que de uma assinatura manual, já que naquela existem dois expedientes destinados justamente a assegurar a titularidade de quem a utilizou. *Por um lado*, estão generalizadas as assinaturas electrónicas qualificadas que carecem da designada “*Two Factor Authentication*” — a chave do certificado digital e ainda um código secreto (é o que sucede, por exemplo, nas assinaturas digitais constantes do cartão de cidadão dos nacionais portugueses). Tal torna mais difícil a utilização de uma assinatura por quem não seja titular, mais até do que sucede nas assinaturas manuais, onde é possível aprender a reproduzir a respectiva grafia. *Por outro lado*, acaso a assinatura digital seja utilizada fraudulentamente (por coacção ou por subtracção do *smartcard*), o seu proprietário pode reportar o facto à entidade certificadora, que a declarará inválida — é a noção das *Certificate Revocation Lists (CRL)*. Como é evidente, esta possibilidade não existe nas homólogas autógrafas, já que um sujeito que aprenda a reproduzir a assinatura de outrem vai poder fazê-lo indefinidamente.

Quanto ao *segundo problema*, deve recordar-se que o normativo europeu estabelece uma total equiparação entre documentos electrónicos digitalmente assinados e os documentos em papel a que seja aposta uma assinatura autógrafa, ao mesmo tempo que cria um *mercado interno* de assinaturas electrónicas. Nessa medida, em todos os Estados-Membros colocar-se-á o problema de recepção do documento estrangeiro sem ter relevância o seu suporte electrónico ou em papel: a certificação da autenticidade far-se-á pelos meios habituais (designadamente a apostila, que pode ser electrónica e não é exigida em todos os

---

<sup>1400</sup> UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 709. Este caminho foi seguido, designadamente, em Portugal (já que a Ordem dos Notários criou a *NotarioCert* e distribuiu por todos os tabeliães assinaturas digitais), mas também em Itália e em França.

casos) ou, como propõe a Comissão, mediante um *reconhecimento formal automático dos documentos estrangeiros*. A isto acresce o facto de a regulamentação comunitária estabelecer um *princípio de equivalência* entre as assinaturas de todos os Estados-Membros, não se colocando qualquer dificuldade adicional pelo facto de a assinatura não ser manuscrita<sup>1401</sup>.

Na verdade, a autenticidade do documento e a autoridade do oficial são demonstradas com o mesmo grau de segurança na assinatura digital e na assinatura autógrafa, não se vislumbrando qualquer diferença que possa implicar uma dificuldade adicional. Ou seja, o problema põe-se nos mesmos termos que vimos a propósito dos documentos em papel. Importa traçar uma solução que facilite a sua circulação internacional, sem que tenha relevância o suporte físico ou electrónico.

Pelo contrário, o pode até ser mais facilmente resolvido no quadro electrónico. *Por um lado*, recorde-se que o regime europeu das assinaturas digitais postula a *confiança recíproca* nas assinaturas electrónicas emitidas nos outros Estados-Membros, desde que a entidade certificadora tenha aí sido acreditada. Nessa medida, estabelece-se, juridicamente, uma *equiparação das assinaturas estrangeiras às nacionais*<sup>1402</sup>.

*Por outro*, nada impede que no topo da *pirâmide certificadora* a que nos referimos *supra* surja uma entidade europeia que assegure a validade das assinaturas electrónicas emitidas pelas entidades nacionais. Designadamente, nada impediria que o CNUE constituísse uma entidade certificadora que credenciasse as autoridades nacionais que, em cada Estado-Membro, emitem as assinaturas digitais dos notários. Desse modo, dissipar-se-ia qualquer problema de interoperabilidade das assinaturas.

### **3.4.3. Um passo além do estritamente necessário: a possibilidade de contratação à distância das hipotecas.**

Vimos *supra* que o grande problema que identificámos na contratação da hipoteca é o incitamento à celebração do negócio no Estado territorial, o que coloca a garantia imobiliária em franca desvantagem face às garantias pessoais. Este problema, concluímos, pode ser solucionado por um reforço da cooperação internacional associado ao *suporte electrónico* do título constitutivo, o que superará as dificuldades apontadas. Assim, as partes poderão

---

<sup>1401</sup> Cfr. DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Internacional...*, p. 279. Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 312ss sobre a Apostila Electrónica, sua eventual dispensabilidade e sobre a sugestão da COMISSÃO EUROPEIA, *Proposta COM(2013) 228 final...*, pp. 2ss

<sup>1402</sup> Cfr. o que dizemos no nosso trabalho "Assinaturas...", pp. 66-67 e o art. 7.º da Directiva n.º 1999/93/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Dezembro de 1999.

celebrar o negócio *fora do país da situação da coisa* e, em suporte electrónico, *remetê-lo para o Estado de localização do prédio*.

Todavia, pode concitar-se um passo mais: a celebração à distância do negócio hipotecário. A desmaterialização do documento admite a hipótese de realização do contrato perante dois notários de países diferentes que, em simultâneo, operam o controlo da legalidade. No fundo, é esta a grande vantagem do suporte electrónico, porquanto o *documento autêntico* não tem de estar fisicamente situado em certo cartório mas pode ser redigido e acedido por titulares a milhares de quilómetros de distância<sup>1403</sup>. Assim, pode concitar-se a operacionalização do sistema francês de contratação<sup>1404</sup> mas, agora, utilizado perante dois notários de Estados-Membros diferentes, operação para que concorre todo o trabalho já desenvolvido de cooperação notarial previsto pelo CNUE no EUFides.

Concretizando, colocamos a hipótese de as duas partes se apresentarem perante dois notários distintos que, mediante protocolo semelhante ao previsto no EUFides<sup>1405</sup> repartiriam as tarefas necessárias à eficácia do título (pagamento de impostos, obtenção de certidões prediais e matriciais; solicitação de licenças) de modo a que cada notário obtivesse o consentimento livre e esclarecido do outorgante junto de si, que o documento público electrónico contivesse as assinaturas de ambos os tabeliães e apresentasse duas versões linguísticas.

Esta actuação (que não parece ser uma necessidade mas um incentivo), enfrenta porém algumas dificuldades.

O *primeiro problema* que pode ser suscitado é o da competência da UE para impor a contratação electrónica à distância, modelando de certo modo o mecanismo de contratação notarial. Por nossa parte, não cremos que um acto jurídico comunitário que determinasse a aceitação de escrituras públicas celebradas à distância, por notários de Estados-Membros diferentes, coloque problemas desta índole. Na verdade, não seria impossível justificar a *atribuição de poderes* no art. 81.º TFUE (que prevê a aproximação de legislações em matéria de reconhecimento de "*decisões extrajudiciais*"), o que parece abranger os documentos dotados de fé pública) ou mesmo no art. 114.º TFUE (porquanto uma harmonização desta legislação material teria justamente por escopo "*o estabelecimento do mercado interno*"). Tanto assim é, que o

---

<sup>1403</sup> Curiosamente, SIGRUN ERBER-FALLER, "Electronic Legal Transactions and Digital Signatures in Germany", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 47-58, pp. 55ss, não indica esta importante vantagem quando analisa as consequências positivas dos documentos e assinaturas electrónicos na função notarial. Já UGO BECHINI E DOMINIK GRASSEN, "A New...", p. 706, indicam justamente esta possibilidade como a principal prerrogativa da desmaterialização.

<sup>1404</sup> *Vide supra* p. 259, e art. 20.º do *Décret n.º 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires*, na versão que lhe foi conferida pelo *Décret n.º 2005-973 du 10 août 2005*.

<sup>1405</sup> Cfr. *supra*, pp. 670ss.

legislador comunitário *já legislou em matéria de contratação electrónica*, tendo simplesmente excluído, como vimos, os negócios que ora nos ocupam.

Tão pouco parecem surgir obstáculos em sede de *subsidiariedade*, pois dificilmente a contratação electrónica notarial seria resolvida pela acção individual dos Estados-Membros, podendo ser melhor alcançada pela acção comunitária. De facto, a intervenção individual dos legisladores nacionais conduziria a diferenças materiais de regime e a desfasamentos temporais na regulação, criando nos operadores económicos uma nuvem de incerteza sobre a viabilidade de contratação electrónica. Ora, a necessidade de certeza neste campo é de tal ordem que não parece impor-se uma regulação material idêntica da utilização da contratação notarial electrónica, caso se pretenda realmente criar um mercado único<sup>1406</sup>. O princípio da *proporcionalidade* jogaria o seu papel na aferição da *medida adequada*, parecendo que a simples *eliminação da excepção* na directiva do comércio electrónico quanto aos documentos notariais e aos negócios imobiliários pudesse ser suficiente para o objectivo, deixando margem aos Estados na adopção dos concretos mecanismos de instituição.

*Já o segundo problema* é mais grave: tal medida pressuporia um certo modelo de notariado (latino) que, como vimos, não existe em todos os Estados-Membros. Se duas partes pretendessem constituir uma hipoteca sobre coisa em Espanha e pretendessem realizar o negócio à distância perante notários espanhol e sueco, surge um problema evidente: na Suécia, não há tabelião que possa desempenhar as funções que a *lex rei sitae* impõe para o efeito real do negócio.

Este problema parece condenar a eficácia pan-europeia deste *passo adicional*. No fundo, tal como sucede hoje com os documentos que titulem negócios reais exarados nesses países, a disparidade de sistema notarial coloca obstáculos evidentes de *substituição*: o documento sueco não é equivalente à formalidade prescrita pela *lex rei sitae*, o que pode conduzir à negação da sua eficácia. O obstáculo não está propriamente na contratação electrónica: reside, pelo contrário, na *disparidade de sistemas notariais*, o que nos conduz, também nesta sede, ao *problema não resolvido*<sup>1407</sup>.

Não obstante, nada proíbe que se venha a desenvolver cooperação internacional bilateral ou multilateral entre alguns Estados-Membros, seja mediante convenção internacional (porventura promovida pela UE), seja através de protocolos de colaboração entre as autoridades notariais dos vários Estados (quando tal não pressuponha alterações legislativas). Os obstáculos à internacionalização do modelo francês de contratação notarial à

---

<sup>1406</sup> Igual posição pode inferir-se das palavras de MARCELO CORRALES, "Mercosur...", p. 38.

<sup>1407</sup> *Vide* o que explicámos *supra*, pp. 324ss e 686ss.

distância impedem a actuação centralizada da União mas não proibem projectos parcelares de cooperação internacional entre os edifícios notariais mais similares.

Assim, não é de afastar que, em complemento à *eliminação de obstáculos* à contratação da hipoteca fora do país de situação da coisa, se venha a desenvolver cooperação internacional que materialize a possibilidade, entre alguns Estados-Membros, de celebração à distância de uma escritura pública electrónica. Tal significaria um passo adicional ao estritamente necessário para solução do nosso problema, com as evidentes vantagens que espelhámos *supra* (pp. 249ss).

#### 4. SÍNTESE CONCLUSIVA

A resolução dos problemas identificados na primeira parte quanto à *forma* de constituição de hipotecas no estrangeiro parece ser determinante para realização do mercado europeu de garantias imobiliárias. Essa será a razão, aliás, de se multiplicarem nesta sede propostas de actuação europeia (sobretudo de fonte institucional).

Simplesmente, se no domínio do direito aplicável apresentámos uma tese que supera todas as dificuldades que apontámos, no quadro da viabilização prática da celebração do negócio hipotecário fora do Estado de situação do prédio devemos assumir um fracasso parcial: não vislumbramos, no momento actual, mecanismos capazes de ultrapassar *todas* as dificuldades que apontámos. Tal não deve ter-se por surpreendente, porquanto as relações internacionais sempre encontram dificuldades e problemas que se não encontram nas transacções internas. São os *riscos próprios* do comércio internacional.

Assim, devemos sublinhar *duas conclusões* que se retiram do presente capítulo.

*Por um lado*, a de que é possível ultrapassar a *maioria dos obstáculos identificados*: é viável admitir a notário estrangeiro a consulta de informação predial; é possível criar mecanismos adequados a que titular de outro Estado-Membro possa conhecer os requisitos de que *lex rei sitae* faz depender a plena eficácia do negócio hipotecário; é exequível o estabelecimento de estruturas que permitam a oficial externo cumprir os deveres acessórios que a lei territorial lhe imponha. Bastará, por um lado, *comunitarizar* o sistema EULIS (tornando acessível e compreensível internacionalmente a informação tabular) e, por outro, *corrigir e generalizar* o projecto CROBECO, de modo a que titular estabeleça com registador a cooperação internacional necessária à eficaz exarcação e transmissão do documento negocial.

*Por outro lado*, a assunção de inexistência de solução para os problemas inerentes à disparidade notarial: a circulação internacional do título constitutivo enfrentará necessariamente a incerteza relativa ao instituto da *substituição* a que será submetido e não se

vislumbra resposta viável para a aceitação, nos sistemas de notariado latino que imponham a escritura pública como solenidade *internacionalmente imperativa*, de negócios hipotecários firmados em documentos particulares, ainda que tal seja admitido pela *lex loci* ou pela *lex contractus*.

### III. O REGISTO PREDIAL

Outro obstáculo identificado à criação de um mercado europeu de garantias reais prende-se com o funcionamento dos sistemas de registo predial: é sabido que a diferença de segurança da informação publicitada, o carácter oculto de ónus prediais e a opacidade de acesso à informação a partir do estrangeiro tornam muito difícil a aceitação de hipotecas em relações creditórias internacionais.

Ademais, caso se aceite a nossa proposta quanto à autonomia conflitual no direito hipotecário, deve recordar-se que o Registo Predial é convocado para uma nova missão: informar o comércio jurídico da *lei aplicável* e do *regime jurídico* daquela hipoteca.

Assim, dedicar-nos-emos agora ao desenho de propostas que, por um lado, completam a nossa tese relativa à lei aplicável à hipoteca e, por outro, procuram perceber em que medida são ultrapassáveis os obstáculos tabulares.

#### 1. A NECESSÁRIA INTERVENÇÃO EUROPEIA QUANTO À INFORMAÇÃO PUBLICITADA: O COMPLEMENTO À PROPOSTA DE AUTONOMIA CONFLITUAL.

Sempre que surgem propostas de introdução de autonomia conflitual em domínios onde a relação jurídica estabelecida afecta terceiros, coloca-se o problema da informação do comércio jurídico. No fundo, se a pesquisa de informação sobre a lei aplicável for forma morosa e custosa, subverter-se-ão quaisquer vantagens da autonomia conflitual<sup>1408</sup>.

Ora, este problema não se coloca no domínio da hipoteca *conquanto o Registo Predial publicite adequadamente os vectores da garantia sujeita a estrangeira*: a capacidade da coisa para responder por dívidas e o regime jurídico dos ónus que sobre ela incidem são divulgados pelas tábuas, muito mais do que pelo direito aplicável, até porque o registo constitui modo de publicidade mais eficaz e funcional<sup>1409</sup>.

---

<sup>1408</sup> Esta é, como vimos *supra*, a crítica recorrente à autonomia conflitual nos valores mobiliários (cfr. STEPHEN J. CHOI E ANDREW T. GUZMAN, "Portable...", p. 925).

<sup>1409</sup> *Vide* o que dissemos *supra*, pp. 576ss, e doutrina aí citada (*inclusive* a propósito da instauração de registos de garantias para bens móveis).

Foi esta uma das razões que nos levou a limitar a admissibilidade da *professio iuris* às garantias incidentes sobre imóveis situados na UE: a autonomia conflitual só pode ser exercida se o sistema tabular for *harmonizado* de modo a publicitar eficazmente não apenas a sujeição da garantia a lei estrangeira como os elementos principais do seu regime jurídico que importam a terceiros (natureza acessória ou independente da hipoteca; consequências da extinção da primeira hipoteca para o grau de preferência das restantes; regime de redução ou expurgação; existência de pacto comissório e seus termos). Este esclarecimento deverá ser introduzido com a maior compreensibilidade, pois a cognição da lei aplicável é menos imediata e intuitiva do que a via tradicional (a aplicação da *lex situs*). Será de toda a conveniência que o registo ofereça uma superior limpidez, compensando a *menor facilidade* de aceder à informação com a sua *maior qualidade*<sup>1410</sup>.

Propomos, assim, que a sujeição da hipoteca a lei estrangeira implique o aditamento, ao Registo Predial, de uma ficha normalizada que indique a legislação a que se submete a hipoteca e os contornos que identificámos sobre o respectivo regime jurídico. Nestes termos, o acto comunitário que introduzisse a autonomia conflitual na hipoteca apontaria os vectores das garantias existentes nos Estados-Membros susceptíveis de opção pelas partes (publicitando *legalmente, com carácter geral* as características das hipotecas elegíveis, tal como faz a lei nacional) e aprovaria um modelo de ficha, a preencher pelo conservador do Estado territorial, com a informação necessária ao comércio jurídico<sup>1411</sup>.

Não parece que surja aqui qualquer problema de competência da UE<sup>1412</sup>. *Por um lado*, a harmonização indirecta do direito tabular é uma necessidade gerada pela intervenção conflitual, estando por isso a coberto da base jurídica do art. 81.º TFUE, nos termos que sustentámos *supra*. *Por outro*, a aproximação do direito tabular sempre estaria autorizada pelo art. 114.º TFUE, já que o seu objectivo seria o *estabelecimento e funcionamento do mercado interno* de garantias reais. *Em terceiro lugar*, o Tribunal de Justiça não tem dúvidas sobre a abrangência

---

<sup>1410</sup> Neste sentido, ABRAHAM BELL E GIDEON PARCHOMOVSKY, "Of Property...", p. 108.

<sup>1411</sup> Trata-se, no fundo, do mecanismo de *publicitação da lei estrangeira* que foi utilizado nas várias certidões previstas nos arts. 46.º e 60.º do Regulamento [UE] 650/2012 (Regulamento das Sucessões) e no Certificado Sucessório Europeu (arts 62.ºss): são documentos *normalizados* destinados a publicitar os vectores principais da lei aplicável à sucessão. É justamente uma *ficha registal normalizada*, nos mesmos termos, que aqui propomos.

<sup>1412</sup> O que dizemos contraria a visão tradicional da Comissão que, em tempos, entendia o direito tabular como fora da esfera de actuação da UE: "*cómo organicen los Estados miembros el registro de su población, las disposiciones que rigen la llevanza de los libros de registro, su modificación, etc., ha sido algo que la Comunidad ha considerado como ajeno, fuera de su competencias*" (cfr. MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", p. 95).



do direito registal pelas liberdades fundamentais, designadamente vedando a aplicação de algumas das suas normas por efeito do princípio do reconhecimento mútuo<sup>1413</sup>.

O conforto deste entendimento (de que a harmonização registal se encontra incluída nas atribuições da UE) encontra-se na actuação recente das instituições. Na verdade, na reforma do Regulamento das Insolvências (Regulamento [UE] n.º 2015/838), o legislador comunitário impõe a organização de *registos interligados de insolvências*, estabelecendo ao nível europeu o respectivo *conteúdo* e *acessibilidade*: obriga-se à publicitação registal, na internet e com acesso gratuito, das decisões de abertura de processos principais ou secundários de insolvência, da identidade dos síndicos, do prazo para reclamação de créditos, da identificação do insolvente, e do tribunal competente — indicando assim *a lei aplicável à insolvência*. Isto é, a organização deste registo dirige-se, *inter alia*, a publicitar a lei aplicável à insolvência e seu conteúdo, nos mesmos precisos termos que sufragamos para a hipoteca<sup>1414</sup>. Este *sistema de interligação dos registos de insolvências* não substituirá, mas antes acrescerá, aos serviços tabulares nacionais, onde o conteúdo das respectivas inscrições passará não apenas a *obrigatório* (ainda que tal não fosse determinado pela lei nacional) como com o conteúdo determinado pela regra europeia<sup>1415</sup>. Isto é, no fundo, a União Europeia exercerá a sua competência de determinação, na medida do necessário ao objectivo de realização do mercado único, do conteúdo dos registos públicos.

Note-se, aliás, que nunca seria sequer suscetível a eventual violação dos princípios da subsidiariedade ou proporcionalidade, porquanto está garantida a manutenção plena do regime tabular interno. Apenas se propõe que as hipotecas sujeitas a uma *professio iuris* admitida pelo direito europeu vejam incluídas no registo uma informação adicional, que se acrescenta, sem substituir ou influenciar, aos dados publicitados pelo direito interno: a identificação da *lei aplicável à hipoteca* e alguns *vectores básicos do respectivo regime*.

---

<sup>1413</sup> Cfr. Acórdãos *Konstantinidis* e *Dafeki* (*cit.*, respectivamente, notas n.º 635 e 632) e as considerações que sobre eles aí fizemos. No mesmo sentido, MARTA REQUEJO ISIDRO, "Libertades...", p. 96. Sobre a competência comunitária no domínio do DIP, cfr. o que dissemos *supra*, pp. 625ss.

<sup>1414</sup> Cfr. arts. 25.º a 27.º do Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015. Sobre este registo, REINHARD DAMMANN, "En route vers la modernisation du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité", *La Semaine Juridique — Enterprise et Affaires*, 2013, pp. 22-28, p. 27; G. MCCORMACK, "Reforming...", p. 63; ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La propuesta...", p. 389; PIETRO FAZZINI E MATTEO WINKLER, "La proposta...", pp. 145 e 159; CATARINA SERRA, "Insolvência...", pp. 105 e 130ss.

<sup>1415</sup> ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La propuesta...", p. 389. Cfr. art. 24.º do Regulamento (UE) n.º 2015/848, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Maio de 2015.

## 2. O PROBLEMA REGISTAL:

Alguma doutrina vem alertando que, independentemente da certeza das partes quanto ao direito substantivo aplicável (quer por via de um qualquer modelo de euro-hipoteca, quer mediante a nossa proposta de *autonomia conflictual* no direito hipotecário, convenientemente publicitada nas tábuas), os objectivos esperados não serão alcançados na falta de harmonização do direito tabular. Um dos problemas identificados (o acesso à informação predial a partir do estrangeiro) pode ser facilmente resolvido: basta a *comunitarização* do sistema EULIS, nos termos que melhor vimos *supra* (pp. 686ss). Subsistem, porém, duas dificuldades.

*Por um lado*, alerta-se que a mesma incerteza relativa às regras reguladoras da garantia real sobre coisa situada em Estado-Membro diferente existe no domínio tabular, já que a protecção varia consideravelmente nos vários sistemas jurídicos; *por outro*, e mesmo ultrapassada a insegurança inerente ao desconhecimento das diferenças, defende-se que só um sistema de protecção *forte*, onde vigore o princípio da fé pública registal em sentido rigoroso, promoverá a concessão de crédito hipotecário transnacional. No fundo, espera-se do registo predial um papel determinante na geração de segurança jurídica imobiliária, já que a sua importância económica radica justamente no facto de asseverar a titularidade do direito a quem figura como proprietário (ainda que tal não corresponda à verdade no plano substancial), condição essencial para que os imóveis surjam no mercado como instrumentos capazes de assegurar especialmente o cumprimento das obrigações.

O *segundo problema* liga-se à existência de direitos ónus, encargos e restrições ocultos. A confiança dos credores só existe se o registo publicitar cabalmente os gravames que sobre a coisa recaem, dando a conhecer a sua capacidade patrimonial de afiançar obrigações<sup>1416</sup>.

---

<sup>1416</sup> No sentido de que é necessária a vigência, em todos os Estados, de sistemas de protecção forte, cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 751; BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 483; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 2. Nas impressionantes palavras de MÓNICA JARDIM, *cit.*, p. 752, nota n.º 11, "*estes dois aspectos são cruciais para qualquer mercado hipotecário; sem eles nunca o potencial credor está seguro de que efectivamente virá a satisfazer o seu crédito, à custa do valor do bem, com preferência em face dos restantes credores. O mesmo é dizer que sem eles o credor hipotecário assume sempre uma margem de risco e, portanto, nunca está seguro quanto à garantia que detém*". Defende a Professora, para o objectivo que aqui se visa, não ser necessário que o sistema registal atribua a propriedade ao sujeito que aí figura como titular, ou que o registo seja condição suficiente para alterar a situação jurídico-real do imóvel: bastará que assegure ao credor hipotecário a manutenção da sua posição jurídica contra o facto de qualquer invalidade ou ineficácia relativa à situação jurídica de quem lhe tiver transmitido a garantia (fé pública registal) e contra quaisquer ónus ou encargos que não constassem do registo.

No sentido de que a *variação dos efeitos* dos registos prediais nacionais é, por si só, um grave obstáculo ao mercado europeu de crédito hipotecário, cfr. DOMINIQUE SERVAIS, *Intégration...*, p. 370, e SJEFF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 102 (indicando ser esta a razão dos numerosos estudos de análise e comparação dos vários sistemas de registo predial, com financiamento europeu). Note-se, aliás, que a variação da tutela registal acontece no seio do mesmo Estado. É o caso do Reino Unido (onde o sistema tabular difere entre as nações que o compõem) ou, além Atlântico, no seio do Estado do Minnesota (onde coexistem um sistema *torrens* com um sistema de registo de documentos — HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 2).

## 2.1. A disparidade de protecção registal.

### 2.1.1. O direito aplicável: autonomia conflitual no quadro registal?

Como vimos *supra*<sup>1417</sup>, o direito registal não se inclui (pelo menos totalmente) no estatuto real. Nessa medida, ainda que se aceite a nossa proposta de autonomia conflitual no direito hipotecário, tal não implicará alteração da territorialidade das regras tabulares, onde a regra da *lex rei sitae* se deverá manter. Esta solução decorre de várias razões.

*Em primeiro lugar*, o Registo Predial está ao serviço de interesses públicos: a preocupação de justiça preventiva, destinada a reduzir a intervenção futura dos tribunais, quando se atribuem poderes de controlo de legalidade ao conservador; a eficaz cobrança de impostos, quando se estabelecem obrigações fiscais aos serviços tabulares; a cadastração eficaz do mapa imobiliário, quando se determina a obrigatoriedade de inscrição ou o cruzamento desta informação com os serviços geográficos, essencial ao exercício das competências administrativas em matéria de urbanismo e ordenamento do território<sup>1418</sup>.

*Em segundo lugar*, e mesmo que assim não fosse, o exercício dos poderes das autoridades registais (determinados pela *lex auctoris*, como vimos) seria virtualmente impossível caso se admitisse a sujeição do registo a lei estrangeira, atendendo às previsíveis antinomias normativas das normas externas com regras jurídico-públicas que vinculam o conservador (cooperação com as autoridades fiscais e geográficas) e entre normas registais adoptadas com base noutra sistema organizativo (um conservador de um Estado onde o registo é organizado em fólio real encontraria muitas dificuldades em aplicar as regras tabulares de uma lei pressupunha fólio pessoal).

*Por fim*, a autonomia conflitual na hipoteca *depende* da territorialidade do registo. Na verdade, o que substitui a *lex rei sitae* no direito real enquanto vertente conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais é o facto de os terceiros, através do registo (territorial) conhecerem com rigor o estatuto jurídico da coisa. Nessa medida, não pode a territorialidade tabular ser afastada.

---

Sobre o sistema *torrens*, cfr. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade...*, p. 134; LUIS JAVIER ARRIETA SEVILLA, "A comparative...", pp. 215ss; WALTER BÖHRINGER, "Comparison...", p. 173; ALEJANDRO M. GARRO, "Recordation...", pp. 42ss; JAAP ZEVENBERGEN, *Systems...*, pp. 53-54.

Sobre a importância económica do registo predial e da informação cadastral para o domínio hipotecário, *vide* GERHARD LARSSON, *Land...*, pp. 11-13, e ARMINDO SARAIVA MATIAS, "Registo...", p. 32 (ilustrando com o facto de, entre nós, o registo ter nascido justamente com a Lei Hipotecária de 1836).

<sup>1417</sup> Cfr. pp. 115ss.

<sup>1418</sup> Sobre algumas das funções públicas do Registo Predial (sobretudo no seu papel preventivo de catástrofes naturais), *vide* o nosso estudo AFONSO PATRÃO E MADALENA TEIXEIRA, "As implicações...", *passim*; quanto à missão tributária e de planeamento no ordenamento do território, *vide* GERHARD LARSSON, *Land...*, pp. 13-18.

A territorialidade do direito tabular implica, evidentemente, que alguns aspectos do *estatuto real* da hipoteca se mantenham submetidos à *lex rei sitae*, ainda que a garantia seja regulada por lei diferente: falamos nos *efeitos substantivos do Registo*, que concluímos estarem inclusos no estatuto real. É certo que, no caso da hipoteca, o principal efeito substantivo não difere nas várias ordens jurídicas europeias (o *efeito constitutivo do registo*), mas os demais efeitos divergem, devendo prevalecer a solução da *lex rei sitae*<sup>1419</sup>.

Assim, a nossa proposta (que redundaria na possibilidade de submissão do conteúdo da hipoteca a lei diferente da *lex situs*) não implica qualquer alteração no *status quo* do mapeamento fundiário e da lei aplicável ao registo. A autonomia conflitual no estatuto real não pode abranger o registo. Não somos os primeiros a dizê-lo. EINSELE, que sufraga a autonomia conflitual no estatuto real, considera que em caso algum a escolha de lei pode ter por efeito o afastamento das regras registais que seriam aplicáveis na falta de escolha<sup>1420</sup>.

No fundo, o registo territorial aparece como tutela da posição jurídica dos terceiros, que não mais contam com a situação da coisa para conhecer o respectivo estatuto jurídico. Em consequência, deverão contar em qualquer circunstância com o edifício tabular talqualmente ele é previsto pela previsível e sensorialmente apreensível *lex rei sitae*.

### 2.1.2. *A vigência, em todos os Estados-Membros, do princípio da fé pública registal. Uma possibilidade e uma necessidade?*

Chegados a este ponto, importa tomar posição sobre a convicção de alguma doutrina de que a realização de um mercado europeu de garantias depende da vigência, em todos os Estados-Membros, do princípio fé pública registal em sentido rigoroso (sabendo que vigoram no espaço comunitário sistemas registais de protecção fraca)<sup>1421</sup>. Para realização deste objectivo a doutrina vem propondo *duas vias: por um lado*, a harmonização imediata dos sistemas registais dos Estados-Membros, dotando-os de uma protecção *forte; por outro*, a

---

<sup>1419</sup> Sobre os aspectos registais que influem no estatuto real, cfr. *supra* pp. 115ss. Concretizemos: suponhamos que A figura no registo como proprietário de um prédio em Portugal, apesar de não o ser em virtude da invalidade de negócio anterior onde adquiriu o prédio. Se constitui uma hipoteca a favor de B, sujeita à lei alemã, importa saber se a hipoteca se mantém quando for declarada a nulidade do negócio aquisitivo de A. No fundo, importa saber se a *fé pública registal* do direito tabular alemão se impõe (enquanto lei reguladora da hipoteca) ou se a protecção registal a dar ao B é apenas a da lei portuguesa (nos termos do art. 291.º CC — *vide* a este propósito o que dissemos *supra*, pp. 207ss). Ora, apesar de estarmos perante um *efeito substantivo do registo* (e que, por isso, é tradicionalmente incluído no estatuto real), a verdade é que a tutela de terceiros implica que esta matéria se mantenha sob a alçada da *lex rei sitae*, independentemente da lei reguladora do conteúdo da hipoteca.

<sup>1420</sup> DOROTHEE EINSELE, "Rechtswahlfreiheit...", p. 444.

<sup>1421</sup> Isto é, entende-se ser necessário que o registo assegure que quaisquer invalidades ou ineficácias relativas ao *dante causa* do titular hipotecário não afectarão o seu poder de se pagar à custa da coisa com preferência em relação aos demais credores. No sentido de que esta harmonização registal é necessária, cfr. BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 483; MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", pp. 743ss; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 2.

instituição de um *registro europeu*, alternativo aos registos nacionais, em que vigorasse o princípio da fé pública registal.

A harmonização dos sistemas registais europeus não tem sido apadrinhada pela doutrina, sendo classificada como ideia utópica e irrealizável. De facto, impondo aos Estados-Membros o estabelecimento do princípio da fé pública, gerar-se-iam antinomias insanáveis com alguns dos sistemas (como conciliar a fé pública com sistemas onde o conservador não tem poderes de controlo de legalidade ou com ordenamentos que inscrevem *documentos* e não *direitos*?)<sup>1422</sup>. Nessa medida, deve descartar-se a sua viabilidade.

A outra via é da criação do *eurotítulo*: um assento registal europeu, construído ao lado dos sistemas nacionais, entendido como *alternativa* ao registro predial nacional e subordinado à vigência do princípio da fé pública registal na sua plena dimensão. Isto é, o credor hipotecário teria a opção de inscrever o seu direito *no sistema nacional*, subordinado às regras próprias da sua legislação interna, ou de proceder ao registro no assento europeu (*eurotítulo*), submetendo-se dessa forma à eficácia conferida pelo normativo comunitário. Ao conferir a protecção registal máxima e ao assegurar plena publicidade a todos os interessados na totalidade do espaço comunitário, o *eurotítulo* cumpriria os desígnios reclamados de um sistema registal que se quer capaz de contribuir, do ponto de vista tabular, para a geração de confiança nos potenciais credores. A criação do *eurotítulo* não careceria da instituição de *serviços tabulares europeus* mas apenas de um assento internacional, a cargo dos serviços registais nacionais, e a estes interligado<sup>1423</sup>.

Como é evidente, a instituição do *eurotítulo*, não implicando uma desnecessária invasão nos poderes dos Estados-Membros (pois deixa intocados os sistemas registais nacionais, parecendo cumprir assim os limites da subsidiariedade e da proporcionalidade), satisfaz plenamente (e sem complicações de maior) as preocupações para que seria construído, conferindo certeza ao mercado jurídico através da segurança atribuída a qualquer

---

<sup>1422</sup> Neste sentido, MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 761; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "Harmonization...", p. 9; SERGIO CÁMARA LAPUENTE, "Registration...", p. 823; SJEF VAN ERP, "A Comparative...", p. 86 (que deixa subentendida esta ideia ao sustentar que a harmonização do direito hipotecário não é realizável por depender de uma harmonização do direito registal que se revela impossível).

<sup>1423</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 761; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, "EuroTitle...", p. 3; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, *Response...*, p. 2. Bastaria, assim, um *assento registal digital*, acessível por todos os serviços registais de todos os Estados-Membros, onde estes procederiam às descrições dos prédios e às inscrições dos direitos sobre eles titulados. Parece igualmente claro, atendendo ao interesse de operar a mais ampla publicidade possível, que a inscrição de qualquer direito no assento europeu deveria ser acompanhada da referência desse facto *no registro predial nacional*. Sobre os motivos de instituição de um assento registal europeu (não apenas predial), cfr. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS E SIXTO SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, *cit.*, p. 545.

Na verdade, o projecto EULIS não resolve este problema, porquanto se limita a disponibilizar além fronteiras a informação registal, continuando os respectivos efeitos a ser determinados pelo direito do país de origem (HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, "The European...", p. 195).

operador económico que os direitos que nele constassem não seriam comprometidos por qualquer invalidade anterior. No fundo, “*converteria os direitos sobre bens imóveis em activos económicos, capazes de servir de garantia ao crédito*” e constituiria um complemento óptimo de uma figura jurídico-real de direito substantivo que se quisesse instituir na UE<sup>1424</sup>. Ademais, a experiência não seria inédita, porquanto é sabido que a Convenção do Cabo da UNIDROIT de 2001 instaurou um *registo internacional* para as garantias dos equipamentos móveis entre Estados não integrados. Nessa medida, suscita-se desde logo a questão: “*If an international registration system is workable with regard to mobile equipment, why not it be possible to create such an international system with regard to land?*”<sup>1425</sup>.

Todavia, MÓNICA JARDIM tem levantado sérias reservas à instituição do *eurotítulo*: a Autora recorda que a protecção forte do registo gera excepções a um princípio jurídico fundamental (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*) pois a protecção do titular do registo dá-se à custa do verdadeiro proprietário (que será privado da eficácia retroactiva de qualquer nulidade ou anulabilidade que consiga invocar) criando-se o que a Professora designa de *efeito expropriatório*. Ora, a protecção de quem não é realmente o titular do direito só é tolerável se o sistema jurídico estiver dotado de um conjunto de mecanismos que tornem aquele efeito *excepcional*, sob pena de colapso do sistema registal se ocorrer um número relevante de “*expropriações*” à custa do direito tabular.

No fundo, esta protecção máxima do registo só poderá ser conferida quando o funcionamento dos serviços tabulares disponha de tal organização que não permita a ocorrência frequente de erros. Nomeadamente, quando se hajam tomado todas as providências para não serem descritos prédios inexistentes (ou descrito mais de uma vez o mesmo prédio), quando se publicitem as aquisições *mortis causa*; quando se consagre o

---

<sup>1424</sup> Cfr. MÓNICA JARDIM, “A euro-hipoteca...”, p. 761; HENDRIK PLOEGER E BASTIAAN VAN LOENEN, “Harmonization...”, p. 9; BASTIAAN VAN LOENEN, HENDRIK PLOEGER E SERGIO NASARRE AZNAR, “EuroTitle...”, p. 2.

<sup>1425</sup> A interrogação é de SJEFF VAN ERP, “The Cape Town...”, p. 93.

Na verdade, a criação de um *registo internacional* foi eleita pela UNIDROIT para as garantias sobre meios de transporte, na Convenção do Cabo de 2001 (cfr. ROY GOODE, “The Cape Town... (2004)”, pp. 760ss; JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, p. 1137). Se bem atentarmos no *registo internacional de móveis* criado na Convenção do Cabo, pode perceber-se que se trata de um sistema de protecção *fraca*: o registo não é constitutivo, apenas influenciando na prioridade e oponibilidade da garantia inscrita (art. 29.º); trata-se de um *registo de documentos* (e não de direitos) onde o conservador não assume função qualificadora, não verificando a validade do direito inscrito (art. 18.º) nem a validade do consentimento do interessado (art. 20.º). A sua organização obedece a *fólio real* (construindo-se uma base de dados para cada espécie de bens sujeitos a registo (aeronaves, veículos ferroviários e material aeroespacial) e tem suporte exclusivamente electrónico e de acesso livre e público (art. 22.º). Assim, trata-se de um registo *parcial* (só publicita as garantias internacionais da Convenção do Cabo e não os demais direitos sobre a coisa, como a propriedade).

O facto de aquele modelo ser de *protecção fraca* não parece ser tido como obstáculo para a proposta do eurotítulo, porquanto os seus defensores consideram que o modelo da Convenção do Cabo “*may be a valuable, but not unique, first model*” (cfr. SERGIO CÁMARA LAPUENTE, “Registration...”, p. 823).

princípio do trato sucessivo; e quando vigore o princípio da legalidade no seu sentido mais amplo (verificando o conservador as condições de validade formal e substancial do título apresentado a registo). Ora, sendo certo que muitos ordenamentos não adoptam os mecanismos tendentes a reduzir o erro das inscrições (vedando a constituição ou transmissão de direitos imobiliários por quem não seja titular de posição jurídica substantiva que o permita), a Autora afasta a bondade do *eurotítulo*<sup>1426</sup>.

São inteiramente válidas as preocupações da Professora, pelo que aderimos, sem reservas, à sua conclusão: sem a adopção dos expedientes de *guarda avançada da verdade registal*, não pode ser atribuído ao registo o poder de garantir em qualquer condição os direitos nele inscritos. Ora, não será uma base de dados europeia de informação predial a assegurar o cumprimento desses desígnios: no fundo, o *eurotítulo* configura uma via simplista para consagrar um resultado sem garantir primeiro os respectivos pressupostos, o que torna a ideia impraticável. À mesma dedução parecem ter chegado os autores da Convenção do Cabo de 2001 e das demais experiências de criação de um *registo internacional* sobre coisas: em todos eles se optou por um *sistema de protecção fraca* (sistema de registo de documentos ou sistema negativo), não se admitindo nunca a vigência do princípio da fé pública registal<sup>1427</sup>.

Somos assim remetidos para uma evidente ilação: se a *harmonização tabular* é uma ideia utópica, a verdade é que sem ela não é possível generalizar os *efeitos do registo* inerentes a sistemas muito perfeitos. O que implica que não ser *possível* a vigência, em todos os Estados-Membros, do princípio da fé pública registal. Se a *fé pública registal* for, de facto, condição necessária à solução do nosso problema, a nossa tese fica irremediavelmente comprometida

Importa, porém, questionar a sua necessidade no quadro hipotecário. É que, no estrito domínio da hipoteca, as divergências entre os sistemas registais nacionais são menores do que aquelas que existem quanto aos demais direitos e ónus prediais. Com efeito, o facto de em todos os Estados-Membros o registo ser condição absoluta de eficácia da hipoteca, não produzindo os seus efeitos quando não registada, atenua as disparidades: no fundo, o

---

<sup>1426</sup> Assim, "se A, que compra o prédio a B, pessoa que o registo publicita como proprietário e afinal não o é, se torna dono do prédio, isto só sucede à custa do verdadeiro proprietário que se verá despojado do seu direito. Do mesmo modo, se A, pessoa que o registo publicita como proprietário do prédio X e afinal não o é, constitui a favor de B uma hipoteca que onera o referido prédio e este se torna efectivamente credor hipotecário, isto só sucede à custa do verdadeiro proprietário que verá onerado o seu direito e poderá ser dele privado no âmbito de uma acção executiva" (MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 762). No mesmo sentido, a Comissão de Revisão do Código Civil Holandês, depois da II Guerra Mundial, rejeitou a introdução nos Países Baixos de um sistema de protecção forte, com fundamentos de ordem operacional (cfr. JAAP ZEVENBERGEN, "Registration...", p. 132); JOSÉ BONIFÁCIO RAMOS, "O artigo 5.º...", p. 988 (sobre o reforço da protecção do art. 5.º CRPred. no direito português). Quanto à definição do sentido mais amplo do princípio da legalidade, vide MÓNICA JARDIM, "O Registo...", pp. 592-593.

<sup>1427</sup> Neste sentido, SJEFF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 96, e NURIA BOUZA VIDAL, "La Armonización...", p. 261. Sobre o registo internacional da Convenção do Cabo, vide *supra* nota n.º 1425.

registo é sempre condição de *existência económica* da garantia, já que só cumpre a sua função (atribuir preferência) quando inscrita.

Isto permite concluir que uma das principais clivagens do direito tabular não se verifica neste domínio (não precisando os credores de contar com *hipotecas não registadas* que possam prevalecer sobre a sua), só estando em causa a protecção do titular contra factos que afectem a posição jurídica *do sujeito que cedeu a hipoteca*. Claro que uma hipoteca sobre prédio inserido em sistema tabular de protecção forte sempre gozará de maior segurança, já que além de estar assegurada a inexistência de outros direitos incompatíveis se previne o titular contra qualquer vício anterior que colocasse em causa a posição do transmitente. Mas deve reconhecer-se que há uma inferior importância económica, pois há um aspecto fundamental do direito tabular que não é divergente.

Ponto é saber, pois, se a inexistência da dimensão positiva do princípio da fé pública em certos Estados-Membros constitui verdadeiramente um obstáculo à aceitação de hipotecas sobre prédios aí situados, partindo do pressuposto que o problema da disparidade do direito substantivo se encontra resolvido.

E, na verdade, o problema parece ser menor do que se antevia.

*Em primeiro lugar*, a diversidade de protecção registal existe em todos os direitos reais imobiliários e não são conhecidas dificuldades nos demais — designadamente no que concerne à aquisição da *propriedade*. Parece que o facto de, no quadro da *propriedade*, não existir uma tão grande disparidade *substantiva* vem tornando menos grave a diferença tabular do que se antevia. No fundo, o *grande obstáculo ao mercado hipotecário europeu* estará na diferença da lei aplicável e não tanto na distinta protecção conferida pelo Registo; se assim não fosse, o problema alastraria a *qualquer direito imobiliário* e não seria apontado apenas para a hipoteca. Isto é, a solução do problema da lei aplicável à substância da hipoteca e a manutenção da eficácia constitutiva do respectivo registo (que minora preponderantemente problemas de oponibilidade de direitos não registados) podem muito bem ser condições bastantes para a criação do mercado europeu de garantias imobiliárias.

*Em segundo lugar*, os números desmentem a relevância do problema. Efectivamente, se a doutrina se impressiona por na Alemanha o volume de crédito hipotecário atingir 44% do PIB (atribuindo esta importância, em parte, à vigência do princípio da fé pública registal<sup>1428</sup>), em França e em Portugal, onde o Registo produz efeitos substantivos *menos relevantes*, o seu

---

<sup>1428</sup> Neste sentido, cfr. MÓNICA JARDIM, "A euro-hipoteca...", p. 761.



volume atinge, respectivamente, 43% e 64% do PIB. No fundo, fica demonstrado que *não é a protecção registal* o obstáculo à concessão de crédito garantido por hipoteca<sup>1429</sup>.

Ademais, e mesmo que não se adira a esta argumentação, importa deixar duas considerações. *Por um lado*, não pode ter-se a veleidade de esperar que o comércio internacional seja precisamente idêntico, no que concerne à segurança e igualdade de condições, às transacções internas: há uma dose de risco própria das transacções internacionais (pois só utopicamente serão todas e quaisquer diferenças eliminadas) que os operadores económicos estão dispostos a aceitar. *Por outro lado*, e ainda que o problema registal fosse determinante, será pouco prudente deixar de resolver os demais obstáculos identificados (mormente o da disparidade do direito substantivo) por não ser viável uma unificação dos efeitos do Registo Predial<sup>1430</sup>.

## 2.2. A falta de transparência da informação predial.

Outro dos problemas que identificámos a propósito da protecção registal liga-se à existência, por um lado, de restrições de direito público não publicitadas (que afectam o valor da coisa a onerar sem que o credor as possa conhecer) e, por outro, de ónus e gravames ocultos, que possam prevalecer sobre hipotecas ainda que anteriormente inscritas.

Não cremos que estes dois vectores sejam obstáculos sem solução. De facto, o primeiro destes problemas radica na questão da avaliação do imóvel, afectando de igual forma os prestamistas internos ou de outros Estados-Membros. É evidente que a publicitação obrigatória de tais restrições facilitaria a apreciação da capacidade venal do imóvel, mas esse problema não é específico do financiamento internacional e não parece variar consideravelmente entre os vários Estados. Aliás, tal como os prestamistas internos cometem geralmente a função de avaliação dos imóveis a operadores especializados nesse serviço (que levam em consideração esses factores no serviço que prestam), não é crível que um financiador estrangeiro proceda diferentemente, pelo que não julgamos surgir aqui um especial problema do comércio internacional<sup>1431</sup>.

Obstáculo mais sério é a existência de gravames e direitos reais não publicitados que, nos termos da *lex rei sitae*, possam prevalecer em face de uma hipoteca. Como vimos *supra*, porém, este não é um problema de direito tabular mas de direito substantivo (porquanto se

---

<sup>1429</sup> Cfr. *HYPOSTAT...*, p. 74. Claro que, como é evidente, estes números não permitem influir qualquer conclusão quanto à disponibilidade de financiadores *oriundos de Estados onde vigore a fé pública registal* aceitarem hipotecas sobre prédios situados em país onde tal cânone esteja ausente. Ainda assim, permite dar algum sinal de que a inexistência de fé pública não constringe o desenvolvimento (pelo menos interno) da hipoteca.

<sup>1430</sup> Neste sentido, BENEDICT FOËX, "L'Eurohypothèque", p. 484.

<sup>1431</sup> Semelhante conclusão é inferida pelo GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 29.

prende com a posição relativa dos direitos sobre imóveis) pelo que deve ser resolvido nos termos que indicámos na nossa proposta sobre o direito aplicável à hipoteca: decretando-se uma *imunização* da garantia face a outros ónus ou encargos ocultos da *lex rei sitae*, usando o mesmo expediente proposto pela Conferência da Haia<sup>1432</sup>.

### 2.3. O acesso à informação registal

O livre acesso e a fácil compreensão da informação registal (tendente à correcta compreensão do estatuto jurídico do imóvel) é uma essencialidade: é necessária uma *centralização* da informação que coloque em pé de igualdade os operadores nacionais e estrangeiros quando considerem a aceitação de uma garantia imobiliária<sup>1433</sup>.

Explicámos *supra* a nossa proposta para solução deste obstáculo no quadro da facilitação da contratação internacional: é essencial a generalização de mecanismos similares à iniciativa EULIS (ou a sua *comunitarização* para o portal E-Justice), abrindo a informação predial aos titulares de outros Estados-Membros e simultaneamente ultrapassando o problema da língua e da diversidade substantiva através da *meta-data*. Assim, remetemos as competentes considerações para tal capítulo<sup>1434</sup>.

---

<sup>1432</sup> Cfr. o que dissemos *supra*, pp. 621ss. Como aí melhor explorámos, a solução que propusemos tem o condão de fortalecer as hipotecas regidas por lei estrangeira face às de direito interno, defeito que aí reconhecemos e que, como nessa sede melhor explicámos, não parece pôr em causa o equilíbrio do sistema hipotecário.

<sup>1433</sup> Neste sentido, GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 39.

<sup>1434</sup> Cfr. *supra*, pp. 680ss.

Para além da permissão do acesso e informação dos titulares aos dados registais de outros Estados-Membros, seria positiva (mesmo que não essencial) uma actuação europeia que tornasse mais evidente a situação jurídica do prédio. Se a via da criação de um *sistema registal autónomo*, como o Eurotítulo, padece necessariamente de dificuldades inerentes à instituição de um modelo tabular de protecção forte em sistemas jurídicos que para ele não estão preparados (*vide supra* pp. 704ss), a Convenção do Cabo de 2001 da UNIDROIT veio demonstrar ser possível a criação de um *registo internacional* sobre coisas — cfr., SJEF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 96, e "A Comparative...", p. 70; LUÍS MENEZES LEITÃO, "O artigo 9...", p. 687; IWAN DAVIES, "The New...", p. 152. Para uma análise profunda da Convenção *vide* ainda a obra de ROY GOODE ("The Cape Town... (2002)", p. 7; "The Cape Town... (2004)", p. 757; "The International...", pp. 18ss; "Rule...", p. 557; "The Cape Town... (2013)", pp. 221ss); JAMES FAWCETT, JONATHAN HARRIS E MICHAEL BRIDGE, *International...*, pp. 1135ss; EVA-MARIA KIENINGER, "Introduction...", p. 25; CHRISTIANE WENDEHORST, "Sachenrecht...", p. 221; SJEF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 96.

É certo que na Convenção apenas foi possível estabelecer um sistema de protecção *fraca*, mas a simples criação de um sistema tabular vem demonstrar que a União Europeia pode realizar alguma actividade nesta matéria. É neste contexto que julgamos que, enquanto não for possível a criação de um *sistema registal europeu*, está ao alcance a geração de uma *base de dados integrada da informação predial*, à semelhança do que a UE instituiu recentemente para as insolvências.

Isto é, se é verdade que o EULIS permite que operadores *acedam e compreendam* os dados inscritos no Registo Predial nacional, importa reconhecer que não há uma facilidade e transparência do registo. Ora, esta transparência seria melhorada numa base de dados europeia que, no fundo, mapeasse as inscrições do espaço europeu. Assim, um qualquer interessado poderia, na plataforma central, solicitar informação sobre dado prédio, reencaminhando o sistema para o Registo Nacional respectivo. Esta proposta parece ser antecipada por SJEF VAN ERP, "The Cape Town...", p. 108: "*no harmonization of the law on security interests (or mortgages) will be possible without the creation of a European registration system or, at least, a Europe-wide integrated system of national registries*" [sublinhado nosso].

#### IV. A INSOLVÊNCIA E A EXECUÇÃO: PROBLEMAS SEM SOLUÇÃO OU DIFICULDADES MENORES?

Como vimos *supra*, o direito executivo e o direito da insolvência são muito diferentes no espaço europeu e não propomos a modificação da sua aplicação territorial. Na verdade, é sabido que estes ramos jurídicos se associam a objectivos macroeconómicos e a uma política legislativa própria, razões que fundamentam não apenas a sua aplicação territorial como o facto de alguma doutrina sustentar a imposição constitucional de aplicação da *lex fori*. Assim, em face da *disparidade legal* e do *desconhecimento sistémico* do sistema judicial do país de situação da coisa, poderemos enfrentar aqui um *problema sem solução*, capaz de condenar ao insucesso o propósito de integração dos mercados hipotecários<sup>1435</sup>.

No que concerne à *execução*, a territorialidade e disparidade da lei reduz a eficácia da nossa proposta. A acrescer, a crise imobiliária de 2008 terá criado um óbice adicional no domínio hipotecário: vários países adoptaram medidas legislativas de ordem social restringindo a possibilidade de execução da hipoteca quando os devedores estejam em situação económica difícil<sup>1436</sup>. Apesar de estas medidas se dirigirem ao crédito contraído por consumidores (e, portanto, estando fora do objecto do nosso estudo), a verdade é que acabam por gerar brechas na confiança que as instituições de crédito depositam nesta garantia, problema reforçado se essas normas constarem de lei estrangeira.

Importa não sobrevalorizar o raciocínio. Efectivamente, os prestamistas contam com a aplicação da *lex rei sitae* à execução não só no quadro da hipoteca mas também nas garantias pessoais e mesmo quando financiam transacções internas (pois o devedor pode ter património no estrangeiro). Tal nunca foi obstáculo à concessão de crédito nem é conhecida qualquer contrição na aceitação de cauções pessoais, mesmo sabendo que o património (do devedor ou do garante) será executado nos termos da lei do Estado onde se situe<sup>1437</sup>. Nessa medida, não parece ser a disparidade das normas executivas a responsável pela inexistência de um mercado europeu de garantias imobiliárias.

Aliás, só são conjecturáveis duas abordagens comunitárias neste domínio: a *harmonização* dos direitos executivos (que atenuasse a disparidade normativa dos sistemas

---

<sup>1435</sup> Neste sentido, MANUEL CASERO MEJÍAS, "La Eurohipoteca...", p. 171. Sobre a aplicação necessária da *lex rei sitae* à execução, *vide* o que dissemos *supra*, pp. 216ss, e bibliografia aí citada. Sobre as razões políticas subjacentes às opções falimentares de cada Estado, cfr. MANFRED BALZ, "The European...", p. 499, e o que dissemos *supra*, pp. 240ss e bibliografia aí indicada.

<sup>1436</sup> Veja-se o exemplo espanhol que, por via do *Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo*, protege da execução alguns devedores quanto a certos créditos hipotecários, impondo a reestruturação da dívida ou a dação em cumprimento por valores calculados por lei, ficando o devedor como arrendatário do prédio — cfr. o que dissemos *supra* na nota n.º 467 e bibliografia aí citada.

<sup>1437</sup> GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 28.

nacionais) ou a *mera monitorização* europeia da eficácia dos processos de execução, publicitando a duração e dos processos nos vários Estados-Membros.

Parece ser este segundo caminho o eleito pela Comissão, porquanto convidou os Estados-Membros a tomar medidas de aumento da celeridade dos processos executivos<sup>1438</sup> — o que confirma a nossa convicção de que se trata de uma dificuldade *menor* na criação do mercado único de garantias. Acresce que o primeiro não será verdadeiramente viável, porquanto o *princípio da autonomia processual* vem gerando alguma imunidade das normas processuais à actuação legiferante europeia<sup>1439</sup>.

Também no caso da *insolvência* os problemas não são tão graves quanto se poderia supor. Há que reconhecer que a intervenção europeia no direito internacional privado conferiu aos credores económicos a certeza de que só a lei da situação da coisa e os respectivos tribunais afectam a qualidade da garantia no caso de falência, pelo que desapareceu a *incerteza conflitual*<sup>1440</sup>. No fundo, um credor hipotecário está colocado na mesma ou em melhor situação do que numa situação puramente interna: por um lado, sabe que *só aqueles tribunais e aquela lei* regerão a situação de insolvência; por outro, goza de imunidade face a insolvências decretadas noutro Estado, podendo executar a coisa nos termos normais *mesmo depois de o devedor se ter tornado insolvente* e independentemente do que dispuser a lei reguladora da insolvência quanto à preferência da sua garantia.

O facto de não sobrevalorizarmos o obstáculo (e de o considerarmos *menor* face à disparidade de direito substantivo) não significa, porém, que ele não exista. Na verdade, o aceitante de uma hipoteca sobre imóvel no estrangeiro sabe que quer a execução quer a eventual insolvência serão regidas por normas porventura profundamente diferentes daquelas que conhece, em processos a decorrer num tribunal estrangeiro (possivelmente numa língua distinta), a implicar despesas adicionais na recuperação do crédito. Esta situação é, em si mesma, um obstáculo à aceitação de hipotecas em situações internacionais.

---

<sup>1438</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 10; GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration...*, p. 28, que claramente indica esta segunda via como preferível.

<sup>1439</sup> Sobre a autonomia processual, *vide* AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, "¿Constituye...", pp. 539ss.

<sup>1440</sup> Como vimos, essa incerteza não é totalmente afastada pela natureza não universal da aplicação das regras do Regulamento 1346/2000 e pela não abrangência dos procedimentos de *pré-insolvência*, problema que se solucionará em 2017, pela entrada em vigor do Regulamento (UE) 2015/848 — cfr. LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards...", p. 207; REINHARD DAMMANN, "En route...", pp. 23ss; G. MCCORMACK, "Reforming...", pp. 42ss; ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La propuesta...", p. 387; CATARINA SERRA, "«Abrindo»...", pp. 730ss, e "Insolvência...", pp. 105ss. Quanto à concretização do critério *centro dos interesses principais do credor*, a jurisprudência do Tribunal veio combater alguns dos focos de incerteza identificados, desde logo levando em consideração o que é *apreensível por terceiros* e não o local onde a sociedade é efetivamente administrada (cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "O «CIP»...", p. 142; LUÍS DE LIMA PINHEIRO, "O regulamento...", p. 1114, e Acórdão *Eurofood* (cit. nota n.º 483) n.º 31. O problema, aliás, será minorado pelo novo Regulamento, que estabelece não apenas a actual presunção de *centro dos interesses principais* do devedor para pessoas singulares: o local da sua *residência* (se for consumidor) ou o *local da sua actividade principal* (se exercer uma actividade comercial ou profissional independente) — n.º 1 do art. 3.º).

Simplemente, trata-se de um problema que, no estágio actual, não só não é determinante como não tem solução. No fundo, como reconhece a Comissão, “*as possibilidades de integração não são ilimitadas*”, pelo que não será possível, em domínios como a execução (onde é mais visível a *auctoritas* estadual), alcançar uma plena similitude face às relações puramente internas. O comércio internacional envolve necessariamente maiores riscos do que as transacções puramente internas, que os operadores económicos prevêem e estão dispostos a correr, sendo utópica a eliminação de toda e qualquer distorção<sup>1441</sup>.

Ademais, são procedentes todas as razões que analisámos sobre a preponderância do ordenamento jurídico de situação da coisa em matéria de execução e de insolvência: há, nestes processos, o exercício da violência pública do Estado, pelo que não se duvida de que é o país de situação da coisa aquele que o *pode fazer* através dos *termos que ele próprio estabelecer*. Apenas se discute se o fundamento desta evidente conclusão é *jusinternacional* ou *jusconstitucional*, não parecendo porém que deva ser modificada<sup>1442</sup>.

Não se olvide, ainda assim, que a prática demonstra, sobretudo por comparação às garantias pessoais, não ser este um obstáculo decisivo no seio do comércio internacional: será um problema a *reconhecer*, mesmo que impossível de *solucionar*.

Conhecem-se, todavia, duas propostas de solução à disparidade do direito falimentar.

A primeira assenta em termos próximos daqueles que propusemos a propósito do direito aplicável à hipoteca: *autonomia conflitual* do direito da insolvência, permitindo às sociedades, no momento da sua constituição, seleccionar a lei que virá a regular uma eventual insolvência. A ser possível, os credores de empresas multinacionais poderiam almejar alguma previsibilidade na lei aplicável ao processo de insolvência<sup>1443</sup>.

A segunda proposta é desenhada pelos defensores da *euro-hipoteca* e radica na a imunização da garantia face à insolvência<sup>1444</sup>. Para cativar a confiança dos credores, determinar-se-ia que *aquela garantia* não seria afectada de qualquer forma por um processo

---

<sup>1441</sup> COMISSÃO EUROPEIA, *Livro Branco sobre a integração...*, p. 3; ERIC KLESTA, "Experience...", p. 16 (que lembra existirem riscos "*which are naturally to be expected when launching any financial business anywhere*").

Reconheça-se, todavia, que parece haver uma tendência espontânea de harmonização do direito falimentar no que concerne ao seu objectivo. A propensão nos vários direitos europeus é a de privilegiar a recuperação da empresa (e não a sua liquidação), ideia que parece vir a aproximar as diversas soluções substantivas vigentes neste domínio (cfr. LAURA CARBALLO PIÑEIRO, "Towards...", p. 208; PIETRO FAZZINI E MATTEO WINKLER, "La proposta...", p. 142). Este propósito vem sendo apadrinhado pela Comissão Europeia (*vide* COMISSÃO EUROPEIA, *Comunicação... (insolvência)*, pp. 5-8). Também por essa razão, a reforma do Regulamento das Insolvências contempla respostas conflituais para procedimentos extrajudiciais de recuperação de empresas e admitirá que os processos secundários se possam dirigir também a medidas de saneamento e não necessariamente à liquidação (cfr. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ, "La propuesta...", p. 388).

<sup>1442</sup> Sobre estes fundamentos *vide*, mais profundamente, o que dissemos na nota n.º 454 e bibliografia aí citada.

<sup>1443</sup> Cfr. ROBERT K. RASMUSSEN, "A new...", p. 26.

<sup>1444</sup> SERGIO NASARRE AZNAR E OTMAR STÖCKER, "Propuesta...", parte VI.

falimentar, sendo executada nos termos habituais independentemente de se ter concluído pela falência do devedor.

Por nossa parte, e tendo em mente que o problema identificado não é tão determinante quanto os demais, julgamos que estas soluções têm méritos mas enfrentam ainda alguns problemas.

Esta última (a imunização da hipoteca à insolvência) geraria injustiça nos sistemas que permitam a afectação dos direitos dos credores hipotecários no procedimento de insolvência. No fundo, através daquela solução, a União estaria a imiscuir-se de forma preponderante numa opção falimentar nacional (de afectar ou não os credores hipotecários no processo de insolvência), gerando disparidade de protecção pela fonte *interna* ou *européia* da garantia escolhida. É certo que tal se aproxima da imunização da hipoteca face a direitos ocultos da *lex rei sitae*; mas é bastante mais gravosa: estar-se-ia a criar uma *super garantia* que prevaleceria não apenas sobre os direitos de *qualquer outro credor* como, porventura, de um *interesse macroeconómico de recuperação da empresa*, pois admitiria que o credor pudesse subverter quaisquer restrições à liquidação que o direito falimentar pudesse prever. No fundo, estar-se-ia a determinar em que termos são exercidas as opções falimentares do Estado territorial, o que parece ir muito além do permitido à UE, além do *necessário* à promoção do mercado hipotecário europeu e possivelmente violando princípios internacionais e constitucionais de delimitação do exercício da autoridade estadual.

Já a *autonomia conflitual* no direito falimentar, ideia que merece atenção, parece não ser realizável no momento presente. De facto, a proposta não tem logrado qualquer apoio, sendo sustentada por um único autor e desconsiderada pelas autoridades legiferantes.

*Por um lado*, recorde-se que seria o fim da coincidência *forum-ius* no quadro falimentar, o que levanta sérios problemas por força da natureza híbrida (processual e material) das respectivas regras. *Em segundo lugar*, é duvidoso se uma escolha deste tipo publicitada nos estatutos da sociedade acautelaria suficientemente a cognoscibilidade da *professio iuris* por todos os credores (sobretudo pequenos, em nome dos quais até se criaram excepções à universalidade do processo de insolvência). *Por fim*, a UE parece ter recusado esta via, ao determinar de forma cada vez mais rígida o Centro dos Interesses Principais e amputando crescentemente a possibilidade de os devedores condicionarem a respectiva concretização<sup>1445</sup>.

---

<sup>1445</sup> Veja-se o novo n.º 1 do art. 3.º do Regulamento (UE) 2015/848, que apenas admite a derrogação das presunções de concretização do critério do Centro dos Interesses Principais em casos contados, designadamente desconsiderando as mudanças de residência ou de sede ocorridas nos últimos três/seis meses anteriores à abertura do processo.

Sobre os problemas de publicidade do estatuto da sociedade, não deve comparar-se, de facto, este mecanismo de tutela de terceiros com o que propomos para a *professio iuris da hipoteca*. Ali, lembre-se, é o Registo Predial que

De todo o modo, e mesmo que estes argumentos não colham, atente-se que o problema que se coloca *não é* o da lei aplicável à insolvência. De facto, havendo ou não escolha, a insolvência pode muito bem ser regulada por lei diferente daquela da situação da coisa hipotecada — basta, como vimos, que o *centro dos interesses principais* do devedor não se situe naquele país. Simplesmente, os fundamentos que aconselham a preponderância do ordenamento de situação da coisa implicaram, no Regulamento das Insolvências, ao destaque da hipoteca do domínio falimentar — voltando a verificar-se a predominância do sistema jurídico territorial, que continuará a determinar *como se faz a execução da hipoteca (ou liquidação em processo secundário), independentemente da situação de insolvência*.

Assim, *mesmo* que a lei reguladora da insolvência pudesse ser escolhida pela sociedade falida, nada mudaria no quadro hipotecário: se a coisa onerada se situasse noutra Estado-Membro, seria a lei e sistema judiciário deste a determinar a *violência legítima* exercida sobre a coisa.

---

informa *todos os aspectos da hipoteca*, dependendo dele a respectiva existência; o comércio jurídico consulta o registo justamente *para conhecer quaisquer hipotecas* que possam existir, podendo por isso vir a ser informados de hipotecas que se sujeitem a leis estrangeiras. Nada disto sucede com os estatutos de uma sociedade.

## CONCLUSÕES FINAIS

O estudo que desenvolvemos conduziu-nos a um conjunto de conclusões.

1. Em primeiro lugar, conseguimos comprovar a existência de *verdadeiros obstáculos* à constituição internacional de hipotecas no espaço europeu, testemunhando o indício que os dados estatísticos deixavam antever. A vigência de regras hipotecárias marcadamente rígidas, forçosamente determinadas pelo comando da *lex rei sitae*, associada a uma ímpar disparidade de regulação no espaço europeu constitui o seu primeiro obstáculo. As diferenças de protecção do registo predial, bem como a sua opacidade internacional agravam o desincentivo à aceitação de hipotecas *noutros Estados-Membros*. Acresce uma realidade executiva e falimentar muito distinta (ainda que não subsistam riscos conflituais) e uma tremenda dificuldade na *contratação da hipoteca*: a formalidade mais rigorosa tem um âmbito de aplicação muitíssimo alargado e, do ponto de vista prático, o actual *status quo* obriga as partes a celebrar o negócio no Estado da situação da coisa, porventura perante oficial público em que não confiam e em língua que não conhecem.

2. Estas dificuldades lesam de sobremaneira os operadores económicos. Gera-se *compartimentação* dos mercados hipotecários nacionais com prejuízos generalizados: limita-se a concorrência entre as instituições de crédito, vedando-se a produção dos respectivos efeitos positivos (como o mais baixo preço do dinheiro e a maior oferta de financiamento hipotecário); os potenciais devedores ficam constrangidos a contratar com entidades nacionais, perdendo a capacidade negocial que haveria em face de um alargado leque de eventuais prestamistas; as instituições de crédito vêem-se constringidas às fronteiras do Estado onde exercem actividade, não encontrando condições para financiar operadores económicos de outros Estados-Membros aceitando uma hipoteca. Em suma, não se realiza o mercado único europeu.

3. O problema que tem merecido a maior atenção da doutrina é o da disparidade de lei aplicável. Todavia, as propostas até agora conhecidas (unificação do direito hipotecário, instituição de uma *euro-hipoteca*, titularização do crédito hipotecário, mobilização do princípio do reconhecimento mútuo) vêm padecendo de um de dois males: *ou* são impossíveis de realizar, *ou* são desadequadas ao problema que nos ocupou.



4. Assim, dedicando-nos em primeiro lugar àquele que parece ser o *principal problema* (a disparidade e rigidez do direito hipotecário), assentando na perspectiva tradicional de regulação das situações privadas internacionais (o método conflitual) e notando o fenómeno de *especialização no estatuto real* (conduzindo ao abandono da *lex rei sitae* em diversos domínios onde a sua aplicação se vem revelando prejudicial), propusemos a adopção de um novo elemento de conexão para a hipoteca: a vontade das partes.

5. A *professio iuris* não apenas cumpre, no quadro hipotecário, todas as funções que vêm levando à sua *irresistível extensão* (maior adequação à vontade das partes; superior certeza e segurança jurídicas; melhor eficiência de regulação, ao gerar concorrência legislativa) como constitui um *princípio geral de direito internacional privado europeu*, consubstanciando ferramenta de realização eficaz das liberdades fundamentais.

6. O problema que haveria a solucionar (a tutela de terceiros que, afastando-se a *situs rule*, poderiam ver afectada a cognoscibilidade do estatuto jurídico da coisa) não se afigura inultrapassável. De facto, a análise dos direitos hipotecários europeus demonstra que o Registo Predial é o mecanismo de publicidade eleito em todos os sistemas, alertando o comércio jurídico da existência e conteúdo da hipoteca. Ora, esta forma *racional* de publicidade presta igualmente na informação de sujeição da garantia a lei distinta: o registo constitutivo torna dispensável a *lex rei sitae* enquanto vertente conflitual do princípio da publicidade dos direitos reais porque, no caso da hipoteca, o *modo de publicidade* do direito interno é apto e adequado à identificação da lei aplicável.

Esta conclusão, aliás, foi já decretada em muitas outras experiências de autonomia conflitual no estatuto real (bem como sufragada pela doutrina), pois a derrogação da *lex rei sitae* depende da identificação da lei aplicável mediante sistema registal.

7. A necessidade de tutela de terceiros (e de garantia do registo enquanto mecanismo publicitário) implica porém que a autonomia venha a ser restringida face à sua amplitude máxima do domínio contratual. Desde logo, apenas deve permitir-se a escolha *expressa*, quanto a hipotecas sobre prédios situados *num Estado-Membro* (evitando riscos de desarmonia jurídica internacional) limitando-se a opção à *lei de um Estado-Membro* (pois tal garante a existência de registo constitutivo e admite a intervenção europeia no estabelecimento de patamares mínimos de protecção de devedor e terceiros), devendo recusar-se o *dépeçage* horizontal da hipoteca. Estas cautelas garantem que a atenuação do princípio da taxatividade

vigente na maioria dos direitos europeus é compensado por mecanismos de tutela igualmente capazes, não subsistindo óbices pela maior adequação conflitual.

8. A competência para esta intervenção está, demonstrámos, atribuída à União Europeia, organização colocada em posição óptima para combater (aqui como em todos os domínios onde vem intervindo no DIP) as desvantagens da abordagem ao nível conflitual, designadamente as importantes divergências que grassam em matéria de cognição do direito estrangeiro, qualificação e invocação da excepção de ordem pública internacional.

9. O sucesso da proposta, porém, depende de uma delimitada intervenção comunitária jurídico-material: a imunização da hipoteca submetida a lei diferente da situação da coisa face a ónus e gravames *ocultos* que, nos termos da *lex rei sitae*, pudessem sobre aquela prevalecer. Esta proposta (comum, aliás, às demais teses de solução do problema que nos ocupou e a muitos mecanismos de titularização do crédito hipotecário) parece revelar-se essencial para que potenciais credores estrangeiros aceitem a hipoteca enquanto garantia eficaz na redução do risco do crédito internacional.

10. Quanto aos problemas de *contratação internacional* da hipoteca (sobretudo atinentes à vigência de sistemas de notariado latino na maior parte dos Estados-Membros), a conclusão a inferir é de que se está já muito perto da sua cabal resolução. Na verdade, o sistema EULIS já permite o acesso à informação registal por titulares estrangeiros, importando somente *comunitarizar* o mecanismo. Da mesma forma, os projectos CROBECO e EUFides demonstram que a cooperação internacional entre o titular (do local da contratação) e o conservador (do local de situação do prédio) são a chave para a superação da maioria dos problemas colocados nesta sede.

Subsistirá, porém, a dificuldade de aceitação de documentos particulares constitutivos de hipotecas sobre prédios situados em países cuja lei imponha formalidade pública em *normas de aplicação necessária e imediata*, problema que não parece ter solução à vista.

11. Em matéria de Registo Predial, concluímos ainda haver necessidade de uma intervenção harmonizadora, possivelmente através de modelos normalizados que introduzissem nas tábuas a informação *da lei aplicável à hipoteca* e dos *vectores principais do seu regime jurídico*. Esta medida não seria nova, pois é similar à modelação de diversas certidões

sucessórias (e do certificado sucessório europeu) que mais não são do que a sistematização unificada da informação relativa à lei aplicável e respectivo conteúdo.

Já o designado *problema registal* (a variação dos efeitos da inscrição enquanto obstáculo intransponível à realização do mercado hipotecário europeu) não parece ter solução nos termos até agora sugeridos, pois nem a unificação do direito registal seria realizável, nem a instituição do *eurotítulo* (registo predial europeu) seria possível: a vigência do princípio da fé pública registal implicaria o colapso dos sistemas jurídicos que não prevêem mecanismos de guarda avançada, capazes de prevenir as *expropriações tabulares*.

Todavia, não parece que a variação da tutela registal seja problema decisivo: se assim fosse, os operadores económicos recusar-se-iam igualmente a adquirir *outros direitos reais imobiliários* sobre coisas situadas no estrangeiro, o que não temos notícia de acontecer. Nessa medida, parece que a manutenção desta disparidade não afectará a eficácia da nossa tese.

**12.** Também a prevalência do ordenamento jurídico territorial em matéria de execução e de insolvência, ainda que nefasta à circulação de hipotecas, não parece dever ser afastada. Não só as propostas de alteração deste *status quo* se afiguram muito questionáveis, — valendo, pelo contrário, todas as razões que fundamentam a primazia do sistema jurídico (processual e legislativo) do Estado de situação da coisa — como tal não é verdadeiramente um obstáculo decisivo à realização do mercado hipotecário europeu.

De facto, se assim fosse, não assistiríamos à aceitação de *garantias pessoais* — as que mais prevalecem no comércio internacional — pois também aí a execução corre justamente no país de situação das coisas vendidas judicialmente, vigorando todo o seu sistema jurídico.

# JURISPRUDÊNCIA CITADA

## I. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL INTERNACIONAL DE JUSTIÇA E DO TRIBUNAL PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL

Acórdão TIJ **Boll** (*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs [Pays-Bas c. Suède]*, Arrêt du 28 novembre 1958, C.I.J. Recueil 1958, p. 55), *cit.* nota n.º 156;

Acórdão TIJ **Droit d'Asile** (Arrêt du 20 novembre 1950, Recueil C. I. J, pp. 266ss [*Colombie c. Pérou*], *cit.* nota n.º 1132);

Acórdão TPJI **Emprunts Serbes** (Arrêt du 12 juillet 1929, Cour Permanente de Justice Internationale, Série A, n.º 20-21), *cit.* nota n.º 120.

Acórdão TPJI **Lotus** (Arrêt du 7 septembre 1927 de la Cour Permanente de Justice Internationale, *France c. Turquie*), *cit.* nota n.º 124;

## II. JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA:

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1982, **Adoui e Cornuaille**, processos apensos 115 e 116/81, *Colectânea da Jurisprudência*, 1982, pp. 1665 (*cit.* nota n.º 962);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 2006, **Reino Unido c. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (Agência Europeia para a Segurança das Redes e da Informação)**, proc. C-217/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, I-3771, (*cit.* nota n.º 784);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 2000, **Alemanha c. Parlamento Europeu e Conselho (publicidade e patrocínio dos produtos do tabaco)**, proc. C-376/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-8419, (*cit.* nota n.º 742);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 1995, **Alpine Investments**, proc. C-384/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-1141, (*cit.* nota n.º 898);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 1991, **Alsthom Atlantique**, proc. C-339/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-107ss, (*cit.* nota n.º 693);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, **Arblade**, processos apensos C-369/96 e C-376/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-8453, (*cit.* nota n.º 555);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Dezembro de 2005, *Reino Unido c. Parlamento Europeu e Conselho da União Europeia (Aromatizantes de fumo)*, proc. C-66/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2005, I-10553, (*cit. nota n.º 784*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Dezembro de 2003, *Barbier*, proc. C-364/01, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1998, *Bickel e Franz*, proc. C-274/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1998, pp. I-7637, (*cit. nota n.º 1277*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 1995, *Bordessa*, processos apensos C-358/93 e C-416/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1995, pp. I-361ss, (*cit. nota n.º 57*);

Conclusões da Advogada-Geral KOKOTT apresentadas em 14 de Julho de 2005, *Bouanich*, proc. C-265/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-923, (*cit. nota n.º 69*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1996, *Boukhalfa*, proc. C-214/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-2253, (*cit. nota n.º 911*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1980, *Boussac*, proc. 22/80, *Colectânea da Jurisprudência*, 1980, pp. 3427, (*cit. nota n.º 457*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Junho de 1986, *Brugnoni e Ruffinengo*, proc. n.º 157/85, *Colectânea de Jurisprudência*, 1986, pp. 2013, (*cit. nota n.º 62*);

Conclusões do Advogado-Geral ALBER apresentadas em 14 de Outubro de 1999, *C. Baars*, proc. C-251/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-2787, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Abril de 2000, *C. Baars*, proc. C-251/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-02787, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Setembro de 2006, *Cadbury Schweppes*, proc. C-196/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 2002, *Carpenter*, proc. C-60/00, *Colectânea de Jurisprudência*, 2002, I-6279, (*cit. nota n.º 1268*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2008, *Cartesio*, proc. C-210/06, *Colectânea de Jurisprudência*, 2008, pp. I-9641, (*cit. nota n.º 911*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, *Casati*, proc. 203/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981, pp. 2595, (*cit. nota n.º 11*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1979, *(Cassis de Dijon) Rewe-Zentral AG vs. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, proc. 120/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1979, pp. 649ss, (*cit. nota n.º 44*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, *Cinéthèque*, processos apensos n.º 60 e 61/84, *Recueil de jurisprudence*, 1985, pp. 2605, (*cit. nota n.º 966*);

Parecer do Tribunal de Justiça de 7 de Fevereiro de 2006, *Competência da Comunidade para celebrar a nova Convenção de Lugano relativa à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial*, n.º 1/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-1145, (*cit.* nota n.º 1270);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Fevereiro de 1989, *Cowan*, proc. 186/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 195ss, (*cit.* nota n.º 1277);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 1999, *Centros*, proc. C-212/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-1459ss, (*cit.* nota n.º 880);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Alemanha [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-54/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit.* nota n.º 1336);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1986, *Comissão c. Alemanha – Seguros*, proc. 205/84, *Colectânea da Jurisprudência*, 1986, pp. 3755, (*cit.* nota n.º 898);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Áustria [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-53/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit.* nota n.º 1336);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. Bélgica [2002]*, proc. C-503/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4809, (*cit.* nota n.º 728);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Bélgica [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-47/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit.* nota n.º 1366);

Acórdão do TJCE de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. França [2002]*, proc. C-483/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4781, (*cit.* nota n.º 728);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. França [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-50/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit.* nota n.º 580);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Maio de 1989, *Comissão c. Grécia [1989]*, proc. 305/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 1461, (*cit.* nota n.º 1282);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Grécia [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-61/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit.* nota n.º 1366);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Janeiro de 1988, *Comissão c. Itália [1988]*, proc. 63/86, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 29, (*cit.* nota n.º 1282);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Fevereiro de 1992, *Comissão c. Itália [1992]*, proc. C-235/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-777, (*cit. nota n.º 731*);

Acórdão do TJCE de 19 de Junho de 2008, *Comissão c. Luxemburgo*, proc. C-319/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-4323, (*cit. nota n.º 555*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2011, *Comissão c. Luxemburgo [requisito da nacionalidade para notários]*, proc. C-51/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, (*cit. nota n.º 1366*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Junho de 2002, *Comissão c. Portugal [Reprivatizações]*, proc. C-367/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-4731ss, (*cit. nota n.º 49*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 2010 *Comissão c. Portugal [Golden Shares]* proc. C-171/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2010, (*cit. nota n.º 728*);

Parecer do Tribunal de Justiça de 15 de Novembro de 1994, *Competência da Comunidade para concluir acordos internacionais em matéria de serviços e de protecção da propriedade intelectual*, Parecer n.º 1/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-05267, (*cit. nota n.º 784*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1997, *Dafeki*, proc. C-336/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-6761, (*cit. nota n.º 632*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Setembro de 1988, *Daily Mail*, proc. n.º 81/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 5483, (*cit. nota n.º 911*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 2000, *Dansommer*, proc. C-8/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-393, (*cit. nota 597*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Setembro de 1996, *Data Delecta*, proc. C-43/95, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-4661ss, (*cit. nota n.º 1277*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Março de 1980, *Debauve*, proc. 52/79, *Recueil de Jurisprudence*, 1980, pp. 833, (*cit. nota n.º 555*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1971, *Deutsche Grammophon*, proc. 78/70, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1971, pp. 183, (*cit. nota n.º 731*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2011, *eDate Advertising*, processos apensos C-509/09 e C-161/10, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, pp. I-10269, (*cit. nota n.º 914*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 2013, *Essent*, processos apensos C-105/12 a C-107/12, *Colectânea de Jurisprudência*, 2013, (*cit. nota n.º 731*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, *Établissements Consten*, processos apensos 56/64 e 58/64, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1966, pp. 423ss, (*cit. nota n.º 731*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 1976, *Eurocontrol*, proc. 29/76, *Colectânea da Jurisprudência*, 1976, pp. 1541, Edição especial portuguesa, pp. 629, n.º 5, (*cit. nota n.º 537*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 2006, *Eurofood*, proc. C-341/04, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, I-3813, (*cit. nota n.º 483*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2006, *Fidium Finanz*, proc. C-452/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 2001, *Finalarte*, processos apensos C-49/98, C-50/98, C-52/98 a C-54/98 e C-68/98 a C-71/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-7831, (*cit. nota n.º 910*);

Despacho do Tribunal de Justiça de 5 de Abril de 2001, *Gaillard* proc. C-518/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-2771, (*cit. nota n.º 597*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003 *Garcia Avello*, proc. C-148/02, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, pp. I-11613, (*cit. nota n.º 737*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1990, *GB-INNO-BM*, proc. C-362/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-667, (*cit. nota n.º 911*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2000, *Group Josi*, proc. C-412/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-5925, (*cit. nota 597*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008, *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-7639, (*cit. nota n.º 635*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 2008, *Gysbrechts*, proc. C-205/07, *Colectânea da Jurisprudência*, 2008, pp. I-9947, (*cit. nota n.º 942*);

Conclusões do advogado-geral GEELHOED apresentadas em 20 de Novembro de 2001, *Hans Reisch*, processos apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-2157, (*cit. nota n.º 47*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Março de 2002, *Hans Reisch*, processos apensos C-515/99 e C-527/99 a C-540/99, C-519/99 a C-524/99 e C-526/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-2157, (*cit. nota n.º 728*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Maio de 2007, *Holböck*, proc. C-157/05, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, (*cit. nota n.º 75*);



Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Julho de 1993, **Hubbard**, proc. C-20/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-3777, (*cit.* nota n.º 457);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Dezembro de 2010, **Ilonka Sayn-Wittgenstein**, proc. C-208/09, *Colectânea da Jurisprudência*, 2010, (*cit.* nota n.º 635);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 2000, **Ingmar**, proc. C-381/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp- I-9305, (*cit.* nota n.º 558);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Setembro de 2003, **Inspire Art**, proc. C-167/01, *Colectânea da Jurisprudência*, 2003, pp. I-10155, (*cit.* nota n.º 902);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 2009, **Intercontainer Interfrigo SC (ICF)** proc. C-133/08, *Colectânea da Jurisprudência*, 2009, pp. I-9687, (*cit.* nota n.º 1222);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Abril de 1998, **Jessica Safir**, proc. C-118/96, *Colectânea da Jurisprudência*, 1998, pp. I-1897, (*cit.* nota n.º 74);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2000, **Josef Corsten**, proc. C-58/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-7919, (*cit.* nota n.º 965);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Novembro de 1993, **Keck e Mithouard**, processos apensos C-267/91 e C-268/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993 pp. I-6097, (*cit.* nota n.º 555);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Outubro de 1978, **Koestler**, proc. 15/78, *Recueil de Jurisprudence*, 1978, (*cit.* nota n.º 555);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, **Konle**, proc. C-302/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-3099, (*cit.* nota n.º 47);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Março de 1993, **Konstantinidis**, proc. C-168/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-1191, (*cit.* nota n.º 635);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1990, **Krantz**, proc. C-69/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-583, (*cit.* nota n.º 946);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, **Kraus**, proc. C-19/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-1663, (*cit.* nota n.º 929);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1988, **Lambert**, proc. n.º 308/86, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 4369, (*cit.* nota n.º 25);

Despacho do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, **Lasertec**, proc. C-492/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, (*cit.* nota n.º 75);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 1984, **Luisi e Carbone**, processos apensos n.º 286/82 e 26/83, *Colectânea da Jurisprudência*, 1984, pp. 377 (*cit.* nota n.º 20);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Maio de 2011, *Malgožata Runevič-Vardyn e Łukasz Paweł Wardyn*, proc. C-391/09, *Colectânea da Jurisprudência*, 2011, pp. I-3787, n.º 94, (*cit. nota n.º 635*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 1999, *Manfred Trummer e Peter Mayer*, proc. C-222/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-1661ss, (*cit. nota n.º 49*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2001, *Mažgoleni*, proc. C-165/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 2001, pp. I-2189, (*cit. nota n.º 892*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Março de 1996, *Michel Guiot*, proc. C-272/94, *Colectânea da Jurisprudência*, 1996, pp. I-1905, (*cit. nota n.º 913*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1992, *Micheletti*, proc. C-369/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-4239, (*cit. nota n.º 1278*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2013, *Mohamed Aziz*, proc. C-415/11, *Colectânea de Jurisprudência*, 2013, (*cit. nota n.º 464*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 2007, *Möllendorf e Möllendorf-Niebuus*, proc. C-117/06, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, pp. I-8361, (*cit. nota n.º 728*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Outubro de 1993, *Motorradcenter*, proc. C-93/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-5009, (*cit. nota n.º 938*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Fevereiro de 1994, *Mund & Fester*, proc. C-398/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, pp. I-467, (*cit. nota n.º 457*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Março de 2005, *Owusu*, proc. C-281/02, *Colectânea da Jurisprudência*, 2005, pp. I-1383, (*cit. nota n.º 1270*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Julho de 1997, *Parodi*, proc. C-222/95, *Colectânea da Jurisprudência*, 1997, pp. I-3899, (*cit. nota n.º 13*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Fevereiro de 1968, *Parke Davis*, proc. 24/67, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1968, pp. 759, (*cit. nota 731*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Dezembro de 1976, *Pellegrini*, *Recueil de jurisprudence*, 1976, pp. 1807, (*cit. nota n.º 1311*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 1993, *Phil Collins*, processos apensos C-92/92 e C-326/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1993, pp. I-5145 (*cit. nota n.º 945*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Janeiro de 2002, *Portugaia*, proc. C-164/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-787, (*cit. nota n.º 910*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Outubro de 1999, *Questore di Verona c. Diego Zenatti*, Processo C-67/98, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-7289, (*cit. nota n.º 965*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Maio de 1992, *Ramrath*, proc. C-106/91, *Colectânea da Jurisprudência*, 1992, pp. I-3351, (*cit. nota n.º 929*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 1990, *Reichert*, proc. C-115/88, *Colectânea de Jurisprudência*, 1990, pp. I-27, (*cit. nota 597*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1974, *Reyners*, proc. 2/74, *Recueil de Jurisprudence*, 1974, pp. 631 (*edição especial portuguesa*, pp. 325), (*cit. nota n.º 1335*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Novembro de 1984, *Robert Fearon*, proc. 182/83, *Recueil de Jurisprudence*, 1984, pp. 3677, (*cit. nota n.º 731*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1985, *Rottwinkel*, proc. 241/83, *Recueil de jurisprudence*, 1985, pp. 99, (*cit. nota n.º 129*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Março de 1990, *Rush Portuguesa*, proc. C-113/89, *Colectânea da Jurisprudência*, 1990, pp. I-1417, (*cit. nota n.º 939*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 1991, *Säger*, proc. C-76/90, *Colectânea da Jurisprudência*, 1991, pp. I-4221, (*cit. nota n.º 555*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1977, *Sanders*, proc. 73/77, *Recueil de Jurisprudence*, 1977, pp. 2383, (*cit. nota n.º 597*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, *Sanx de Lera*, processos apensos C-163/94, C-165/94 e C-250/94, *Colectânea de Jurisprudência*, 1995, pp. I-4821, (*cit. nota n.º 60*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Março de 1994, *Schindler*, proc. C-275/92, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994 pp. I-1039 (*cit. nota n.º 966*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Fevereiro 1982, *Seco*, processos apensos 62/81 e 63/81, *Recueil de Jurisprudence*, 1982, pp. 223, (*cit. nota n.º 555*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1988, *Stanton*, proc. 143/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 3877, (*cit. nota n.º 929*);

Despacho do Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2007, *Skatteverket*, proc. C-102/05, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Maio de 2006, *Parlamento Europeu contra Conselho da União Europeia (Sociedade Cooperativa Europeia)* proc. C-436/03, *Colectânea de Jurisprudência*, 2006, pp. I-3733, (*cit. nota n.º 784*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2006, *Susanne Staubitz-Schreiber*, proc. C-1/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, pp. I-701, (*cit. nota n.º 481*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Novembro de 1995, *Svensson*, proc. C-484/93, *Colectânea da Jurisprudência* 1995, pp. I-3955, (*cit. nota n.º 62*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, proc. C-374/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 2006, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, proc. C-446/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*, proc. C-524/04, *Colectânea da Jurisprudência*, 2007, (*cit. nota n.º 75*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1978, *Thompson*, proc. 7/78, *Colectânea de Jurisprudência — Edição Especial Portuguesa*, 1978, pp. 765, (*cit. nota n.º 68*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1989, *Torfaen Borough*, proc. 145/88, *Colectânea da Jurisprudência*, 1989, pp. 3851, (*cit. nota n.º 966*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-9919, (*cit. nota n.º 892*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Outubro de 2013, *Unamar*, Processo C-184/12, *Colectânea da Jurisprudência*, 2013, (*cit. nota n.º 574*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Junho de 1999, *Unibank*, proc. C-260/97, *Colectânea da Jurisprudência*, 1999, pp. I-3715, (*cit. nota n.º 527*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 2000, *Ursula Elsen*, proc. C-135/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2000, pp. I-10409, (*cit. nota n.º 913*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Dezembro de 1974, *van Binsbergen*, proc. 33/74, *Colectânea da Jurisprudência — Edição especial portuguesa*, 1974, pp. 1299, (*cit. nota n.º 929*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Dezembro de 1974, *van Duyn*, proc. 41/74, *Colectânea da Jurisprudência*, 1974, pp. 1337, (*cit. nota n.º 961*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Fevereiro de 1963, *van Gend & Loos*, *Recueil de Jurisprudence*, 1963, pp. 23, (*cit. nota n.º 21*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 2006, *van Hilten*, proc. C-513/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2006, (*cit. nota n.º 49*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Agosto de 1994, *Vander Elst*, proc. C-43/93, *Colectânea da Jurisprudência*, 1994, I-3803, (*cit. nota n.º 898*);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 2010, *Vodafone*, proc. C-58/08, *Colectânea de Jurisprudência*, 2010, I-4999, (*cit.* nota n.º 784);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Novembro de 2002, *X e Y*, proc. C-436/00, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-10829, (*cit.* nota n.º 74);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1981, *Webb*, proc. 279/80, *Recueil de Jurisprudence*, 1981, pp. 3305, (*cit.* nota n.º 555);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Abril de 2014, *Weber c. Weber*, proc. C-438/12, *Colectânea da Jurisprudência*, 2014, (*cit.* nota 597);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Julho de 1988, *Wolf*, processos apensos 154/87 e 155/87, *Colectânea da Jurisprudência*, 1988, pp. 3897, (*cit.* nota n.º 929);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2004, *Wolff & Müller*, proc. C-60/03, *Colectânea da Jurisprudência*, 2004, pp. I-9553, (*cit.* nota n.º 910);

Acórdão do Tribunal de Justiça de 19 de Fevereiro de 2002, *Wouters*, proc. C-309/99, *Colectânea da Jurisprudência*, 2002, pp. I-1577, (*cit.* nota n.º 1335).

### III. JURISPRUDÊNCIA DE TRIBUNAIS NACIONAIS

#### 1. ALEMANHA

Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 17 de Dezembro de 1959, publicado na *Neue Juristische Wochenschrift*, 1960, n.º 24, pp. 1101-1103, (*cit.* nota n.º 159);

Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 20 de Março de 1963, publicado na *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, pp. 1200ss, (*cit.* nota n.º 1039);

Acórdão do *Oberlandesgericht* de Colónia, de 29 de Novembro de 1971, publicado na *Der Deutsche Rechtspfleger*, n.º 4, 1972, pp. 134, (*cit.* nota n.º 607);

Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 16.02.1981, proc. 8/80, publicado na *Neue Juristische Wochenschrift* 1981, pp. 1160, (*cit.* nota n.º 653);

Acórdão do *Bundesgerichtshof* de 11 de Março de 1991, publicado na *Neue Juristische Wochenschrift*, 1991, pp. 1415, (*cit.* nota n.º 1039);

#### 2. ESPANHA:

Resolução da Direcção-Geral dos Registos e Notariado de Espanha de 9 de Fevereiro de 1901, (*cit.* nota n.º 342);

Resolução da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado de Espanha de 16 de Março de 1929, (*cit.* nota n.º 316);

Resolução da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado de Espanha de 29 de Agosto de 1933, (*cit. nota n.º 342*);

Resolução da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado de Espanha de 8 de Abril de 2002, publicada na *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 678, 2003, (*cit. nota n.º 337*);

Acórdão do Tribunal Supremo de 17 de Outubro de 1986, (*cit. nota n.º 316*);

Resolução da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado de Espanha de 1 de junho de 2006, (*cit. nota n.º 324*);

Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo n.º 998/2011, de 19.06.2012, (*cit. nota n.º 603*).

### 3. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA:

Acórdão do *United States Court of Appeals* de 29 de Dezembro de 1987, 836 F. 2d 1055 (*cit. nota n.º 1008*).

### 4. FRANÇA:

Acórdão da *Cour de Cassation* de 2 de Março de 1999, *Land Service c. FMT production*, publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 2 pp. 305-308, (*cit. nota n.º 1089*);

Acórdão da *Cour de Cassation* de 21 de Junho de 1950, *Messageries maritimes*, publicado na *Revue Critique de Droit International privé*, vol. 39, pp. 609, (*cit. nota n.º 1230*);

Acórdão da *Cour de Cassation* de 3 de Maio de 1973, *Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV*, publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 63, 1974, pp. 100-103, (*cit. nota n.º 1039*);

Acórdão da *Cour de Cassation* a 24 de Fevereiro de 2004, *République fédérative du Brésil c. Mme L. de Azevedo Werneck*, publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 1, 2005, pp. 62, (*cit. nota n.º 158*);

Acórdão da *Cour de Cassation* de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*, publicado integralmente na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, 1966, pp. 238-254, (*cit. nota n.º 599*);

Acórdão da *Cour de Cassation* de 8 de Julho de 1969 (*Société DIAC*), (*cit. nota n.º 1039*);

Acórdão da *Cour de Cassation* (1<sup>re</sup> Ch. civ.) de 12 de Janeiro de 1994 (*Tonon*), (*cit. nota n.º 642*);

Acórdão do Tribunal de Grande Instância do *Seine* de 24 de Outubro de 1960, *von Wallenberg*, publicado na *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 61, pp. 507, (*cit. nota n.º 654*);

Acórdão da *Cour d'Appel de Chambéry* de 18 de Dezembro de 1901, publicado no *Journal de Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparée*, Ano 29, Tomo 29, pp. 790-794, (*cit.* nota n.º 651);

Acórdão da *Cour de Cassation* de 24 de Maio de 1933, publicado no *Journal du Droit International*, tomo 62, 1935, pp. 381 (*cit.* nota n.º 114).

## 5. ITÁLIA

Decisão do Tribunal de *Varese* de 13 de Janeiro de 2012, publicada na *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2013, n.º 3, pp. 798, (*cit.* nota n.º 1318).

## 6. PORTUGAL:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1991, proc. 080962, publicado no *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 412, 1992, pp. 470ss, (*cit.* nota n.º 460);

Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, n.º 76/92, (*cit.*, nota n.º 517);

Parecer do Conselho Técnico da Direcção-Geral dos Registos e do Notariado, proferido no processo n.º R. P. 161/2001 DSJ, *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 9/2002, pp. 13-17, (*cit.* nota n.º 615);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30 de Janeiro de 2003, proc. n.º 02B3896, (*cit.* nota n.º 240);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16 de Junho de 2005, proc. n.º 05B1547, (*cit.* nota n.º 638);

Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, P.º R.P. 161/2006 DSJ-CT, de 6 de Agosto de 2007, (*cit.* nota n.º 659);

Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado de 30 de Julho de 2009, proc. 67/2009, (*cit.* nota n.º 529);

Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, P.º C.P. 81/2009 SJC-CT, (*cit.* nota n.º 596);

Parecer do Conselho Técnico do Instituto dos Registos e do Notariado, P.º R.P. n.º 223/2010 SJC-CT, de 26 de Maio de 2011, (*cit.* nota n.º 546);

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 14 de Fevereiro de 2012, 5298/08.3TBLRA-B.C1, (*cit.* nota n.º 460);

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de Janeiro de 2013, proc. 367-D/1999.P1, (*cit.* nota n.º 460).

## 7. REINO UNIDO:

Acórdão da House of Lords, *Armour and Another v. Thyssen Edelstahlwerke AG*, 1991, All E. R. 481 (H. L.), (*cit.* nota n.º 1039);

Acórdão do Court of Appeal of England and Wales, *Colorado*, de 12 de Fevereiro de 1923, (*cit.* nota n.º 1036);

Acórdão do Sheriff Court of Glasgow and Strathkelvin at Glasgow, *Hammer und Söhne v. H. W. T. Realisations Ltd.*, 1985, Sheriff Court Reports, 21, (*cit.* nota n.º 1039);

Acórdão do Sheriff Court of Glasgow and Strathkelvin at Glasgow *Zahnrad Fabrik Passau GmbH v. Terex Ltd.* [1986] S. L. T., 84, (*cit.* nota n.º 1039).

## 8. SUÍÇA:

Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 2 de Fevereiro de 1954, *Ammon c. Royal Dutch Company*, publicado no BGE — *Bundesgerichtsentscheide*, 80, II, pp. 53-71, (*cit.* nota n.º 159);

Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 24 de Fevereiro de 1938, *Gertsch c. Kinoretti*, publicado no BGE — *Bundesgerichtsentscheide*, 73, II, pp. 415-420, (*cit.* nota n.º 404);

Acórdão do Supremo Tribunal Federal Suíço de 20 de Dezembro de 2005, publicado no BGE — *Bundesgerichtsentscheide*, 132, III, pp. 285-290, (*cit.* nota n.º 1208).





## BIBLIOGRAFIA CITADA:

- AALBERTS, MANUEL B., "The Globalization and Europeanization of Mortgage Markets", *International Journal of Urban and Regional Research*, vol. 33, n.º 2, 2009, pp. 389-410;
- ABARCA JUNCO, ANA PALOMA, "Las cosas en el tráfico jurídico externo", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.ª Edición, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 271-295;
- , "Algunos problemas en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 45-57;
- ABATE, ANTONINO, "Droit communautaire, privatisations, déréglementations", *Revue du Marché Unique Européen*, vol. 3/1994, 1994, pp. 11-73;
- ABREU, JORGE COUTINHO DE, "Aspectos do Direito Económico da União Europeia (apontamentos a propósito do diálogo UE — Mercosul)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIV, 1998, pp. 705-728;
- , *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, Introdução, Actos de Comércio, Comerciantes, Empresas e Sinais distintivos, 9.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- , *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, Das Sociedades, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2015;
- ACHON BRUÑÉN, M.ª JOSÉ, "Adecuación del procedimiento judicial hipotecario a la normativa europea: sentencia del TJUE de 14 de marzo de 2013", *Diario La ley*, 25 de Março de 2013, 2013, pp. 1-10;
- ADAM, ROBERTO, "La cooperazione in materia di giustizia e affari interni tra comunitarizzazione e metodo intergovernativo", *Il Diritto dell'Unione Europea*, Anno III, n.º 2/3, 1998, pp. 481-509;
- ADAN DOMÈNECH, FEDERIC, *La ejecución hipotecaria*, J.M. Bosch Editor, 2008;
- AFRELL, LARS / WALLIN-NORMAN, KARIN, "Direct or Indirect Holdings — a Nordic Perspective", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 277-284;
- AGBOYIBOR, PASCAL, "French Obligations Foncières and MBS FCCs following recent amendments to the Securitisation Law", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 3-12;

- AGO, ROBERTO, "I principi generali del diritto internazionale privato nella più recente dottrina germanica", *Rivista di Diritto Internazionale*, Anno XXVI — Serie III, vol. XIII, 1934, pp. 197-232;
- , *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, Milano, 1934;
- , "Règles Générales des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1936-IV, Tomo 58, 1936, pp. 243-469;
- , *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè, Milano, 1955;
- AGUILAR GRIEDER, HILDA, "La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (Março de 2010), 2010, pp. 308-338;
- , "Alcance de los controvertidos artículos 3 y 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008: Perspectiva de lege lata y propuestas de lege ferenda", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 45-67;
- AGUILAR NAVARRO, M., "Algunos supuestos políticos del Derecho Internacional Privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XIII, n.º 1-2-3, 1960, pp. 45-82;
- , "Droit international public et Droit international privé", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 3-25;
- AKKERMANS, BRAM, *The Principle of Numerus Clausus in European Property Law*, Intersentia, Antuérpia, 2008;
- , "Property Law in European Union Law", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 22 de Julho de 2015, pp. 35-43;
- , "Property law and internal market", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 199-246;
- , "EU Property Law: a (final) verdict on the meaning of Article 345 TFEU!?", *Maastricht European Private Law Blog*, 2013, disponível na internet via <http://www.mepli.eu/2013/10/eu-property-law-a-final-verdict-on-the-meaning-of-article-345-tfeu/>, consultado em 22 de Julho de 2015, p. 1;
- AKKERMANS, BRAM / RAMAËKERS, EVELINE, "Article 345 TFEU (ex Article 195 EC), Its Meanings and Interpretations", *European Law Journal*, vol. 16, n.º 3, 2010, pp. 292-314;
- , "Free Movement of Goods and Property Law", *European Law Journal*, vol. 19, n.º 2, 2013, pp. 237-266;

- ALBIGES, CHRISTOPHE / DUMONT-LEFRAND, MARIE-PIERRE, *Droit des sûretés*, 2.<sup>a</sup> Edição, Dalloz, Paris, 2009;
- ALBIÑANA CILVETI, IGNACIO, "La cesión de créditos hipotecarios: Régimen jurídico, Obstáculos y Soluciones", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 23/2009, 2009, pp. 85-91;
- ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES, "El derecho aplicable a los contratos internacionales en los Estados del Mercosur", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLII nueva serie, n.º 125 (Maio — Agosto), 2009, pp. 631-666;
- , "Utilidad y problemas actuales del crédito documentario", *Documentos de Trabajo del Centro de Investigación y Docencia Económicas*, n.º 44, 2010, disponible na internet via [http://libreriaticide.com/?P=docs\\_trabajo&PRODFamily=dt&PRODclassification=202](http://libreriaticide.com/?P=docs_trabajo&PRODFamily=dt&PRODclassification=202), consultado em 22 de Julho de 2015, pp. 1-18;
- , "La falta de confianza en el comercio electrónico", *Documentos de Trabajo del Centro de Investigación y Docencia Económicas*, n.º 60, 2012, disponible na internet via <http://www.cide.edu>, consultado em 21 de Fevereiro de 2014, pp. 1-23;
- , "Une relecture de la Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux à la lumière du règlement «Rome I»", *Journal du Droit International*, Ano 139, n.º 1, 2012, pp. 3-40;
- , "La tendencia a favorecer el desarrollo del arbitraje comercial internacional mediante el debilitamiento de las normas internacionalmente imperativas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Año XLVIII nueva serie, n.º 139 (Janeiro — Abril), 2014, pp. 13-38;
- ALDEN, ROBBY, "Modernizing the Situs Rule for Real Property Conflicts", *Texas Law Review*, vol. 65, 1986-1987, pp. 585-633;
- ALFARO ÁGUILA-REAL, JESÚS, "La Unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: Perspectiva", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 107-127;
- ALLAROUSSE, VÉRONIQUE, "A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 23, 1991, pp. 479-516;
- ALMEIDA, CARLOS FERREIRA DE, *Publicidade e Teoria dos Registos*, Almedina, Coimbra, 1966;
- , "O Código dos Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7 (Abril de 2000), 2000, pp. 20-47;

- , "Registo de Valores Mobiliários", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 51-138;
- ALMEIDA, FRANCISCO FERREIRA DE, *Direito Internacional Público*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- ALMEIDA, JOSÉ CARLOS MOITINHO DE, *Direito Comunitário: A ordem jurídica comunitária — As liberdades fundamentais na CEE*, Centro de Publicações do Ministério da Justiça, Lisboa, 1985;
- ALMEIDA, LUÍS MANUEL MOREIRA DE, "Presente e Futuro do Notariado em Portugal", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 18-30;
- ALPA, GUIDO, "European Community Resolutions and the Codification of «Private Law»", *European Review of Private Law*, vol. 8, n.º 2, 2000, pp. 321-332;
- ÁLVAREZ, CÉSAR, "La Hipoteca Flotante", *Noticias de Actualidad Jurídica*, n.º 11/2008, 2008, pp. 2-3;
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, SANTIAGO, "Pasado, Presente y Futuro del Derecho Internacional Privado Comunitario", *Dereito — Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 5, n.º 1, 1996, pp. 9-48;
- , "Derecho Internacional Privado y Derecho Privado Europeo", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 157-190;
- ÁLVAREZ RUBIO, JUAN JOSÉ, "El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 15, 2008, disponível na internet via <http://www.reei.org>, consultado em 28 de Junho de 2012, pp. 1-33;
- AMARAL, DIOGO FREITAS DO / PIÇARRA, NUNO, "O Tratado de Lisboa e o Princípio do Primado do Direito da União Europeia: Uma «evolução na continuidade»", *Revista de Direito Público*, N.º 1, 2009, pp. 9-56;
- AMORES CONRADI, MIGUEL / TORRALBA MENDIOLA, ELISA, "El DIPr ante la globalización: repercusiones y algunas tendencias (en una perspectiva española)", *A Internacionalização do Direito no Novo Século — Studia Iuridica n.º 94*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 73-126;
- AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL, "Hipoteca en garantía de reconocimiento de deuda", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 631, 1995, pp. 1951-1990;

- , "La cesión de los créditos hipotecarios", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3447-3471;
- ANCEL, BERTRAND / MUIR WATT, HORATIA, "La désunion européenne: le Règlement dit «Bruxelles II»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 3, 2001, pp. 403-457;
- ANCEL, PASCAL, *Droit des sûretés*, 2.ª Edição, Éditions Litec, Paris, 2000;
- ANDRADE, FRANCISCO CARNEIRO PACHECO DE, "A Assinatura Dinâmica face ao Regime Jurídico das Assinaturas Electrónicas", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LIII, n.º 299, 2004, pp. 347-367;
- ANDRADE, MANUEL DE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. III, (policopiado), Coimbra, 1948;
- , *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. II, 9.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2003;
- ANDRADE, MARGARIDA COSTA, "A Propriedade Fiduciária", *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 55-84;
- , "O penhor financeiro com direito de disposição de valores mobiliários", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 70, 2010, pp. 351-393;
- , "(Alguns) Aspectos Polémicos da Posse de Bens Imóveis no Direito Português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registrais*, n.º 1, 2013, pp. 83-120;
- , "Observações ao regime jurídico do direito de superfície (e dúvidas que daí resultaram)", *Direito Penal: Fundamentos dogmáticos e político-criminais — Homenagem ao Prof. Peter Hünerfeld*, MANUEL DA COSTA ANDRADE, JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, HELENA MONIZ E SÓNIA FIDALGO, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 1289-1346;
- , "Duas questões a propósito do direito de retenção do promitente-comprador: a prevalência sobre a hipoteca e a sobrevivência à execução", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registrais*, n.º 2, 2014, pp. 39-83;
- , "Tipicidade ou atipicidade dos Direitos Reais? (Algumas considerações)", *Direito Notarial e Registral: Homenagem às Varas de Registros Públicos da Comarca de São Paulo*, TÂNIA MARA AHUALLI E MARCELO BENACCHIO, Quartier Latin, São Paulo, 2015, (no prelo);
- ANDRADE, MARIA AMÉLIA SINEIRO DE, "O Sistema Europeu de Bancos Centrais — Algumas considerações", *Boletim de Ciências Económicas*, vols. XXXIX a XLI,

- 1996/1997/1998, pp. 211-294 (vol. XXXIX); pp. 329-404 (vol. XL); pp. 277-346 (vol. XLI);
- ANDRADE, PEDRO GUERRA E, "Anotação aos artigos 63.º a 66.º TFUE — Os capitais e os pagamentos", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 364-370;
- ANGELICI, CARLO, "Garanzie Reali — II", *Enciclopedia giuridica*, Vol. XV, Roma, 1989, pp. 1-10;
- ANNUNZIATA, FILIPPO, "Verso una disciplina comune delle garanzie finanziarie", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LVI — Nuova serie, n.º 2 (Marzo-Aprile), 2003, pp. 177-223;
- AÑOVEROS TERRADAS, BEATRIZ, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 119-131;
- ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA, *Os títulos de crédito — uma introdução*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- APEL, EMMANUEL, *European Monetary Integration 1958-2002*, Routledge, Londres, 1998;
- ARAGÃO, ALEXANDRA, "A governância na Constituição Europeia: uma oportunidade perdida?", *Constituição Europeia; colóquio ibérico: homenagem ao Doutor Francisco Lucas Pires — Studia Iuridica n.º 84*, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 105-166;
- ARAÚJO, A. M. BORGES DE, *Prática Notarial*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003;
- ARAÚJO, NÁDIA, *Contratos Internacionais*, 3.ª Edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2004;
- ARENAS GARCÍA, RAFAEL, "Relaciones entre cooperación de autoridades y reconocimiento", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 0, 2000, pp. 231-260;
- , "La función del registro mercantil en el derecho internacional de sociedades", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo 2, 2002, pp. 47-79;
- , "Denegación de la inscripción de un documento en el registro de la propiedad español por el hecho de ser extranjero", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 337-349;
- , "La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo VI, 2006, pp. 393-415;

- , "El Derecho Internacional Privado y el Estado en la era de la globalización: la vuelta a los orígenes", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, FRANCISCO JAVIER QUEL LÓPEZ E JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO, Vitoria, 2008, pp. 19-94;
- , "Abolition of Exequatur: Problems and Solutions — Mutual Recognition, Mutual Trust and Recognition of Foreign Judgements: too many words in the sea", *Yearbook of Private International Law*, vol. 12, 2010, pp. 351-375;
- , "Sombras y luces en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de DIPr de sociedades", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 739-759;
- , "Acceso de Documentos Públicos Extranjeros al Registro de la Propiedad Español", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 359-384;
- ARESTIS, PHILIP / BROWN, ANDREW / SAWYER, MALCOM, "From common market to EMU: an historical perspective on European economic and monetary integration", *The Euro — Evolution and Prospects*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2001, pp. 5-33;
- ÁRIAS, FRANCISCO, "O Notariado no Mundo", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 31-37;
- ARIJA SOUTULLO, CARMEN, *El Tercer Adquirente de Bienes Hipotecados*, Tirant lo blanch, Valencia, 2002;
- ARISTONICO GARCÍA, JOSÉ, "Las funciones notariales en España y en Europa. La doble calificación de las escrituras", *El Mundo — Nueva Economía*, n.º 109, 2002, pp. 1-3;
- ARJONA GUAJARDO-FAJARDO, JOSÉ LUIS, "Accesoriedad y Causalidad, como notas de la hipoteca en nuestro derecho", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3501-3519;
- ARMBRÜSTER, CHRISTIAN, "La revendication de biens culturels du point de vue du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 4, 2004, pp. 723-743;
- ARMINJON, P., "Les lois politiques et le droit international privé", *Revue de Droit International Privé*, vol. XXV, 1930, pp. 385-396;



- ARRIETA SEVILLA, LUIS JAVIER, "A comparative approach to the Torrens Title system", *Australian Property Law Journal*, vol. 20, 2012, pp. 203-223;
- , "La inscribibilidad de escrituras públicas extranjeras a la luz de la primera doctrina hipotecaria", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 399-429;
- ARRUÑADA, BENITO, "The Economics of Notaries", *European Journal of Law and Economics*, vol. 3, n.º 1, 1996, pp. 5-37;
- ASCENSÃO, JOSÉ DE OLIVEIRA, *A Tipicidade dos Direitos Reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968;
- , *Direito Civil — Reais*, 5.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;
- , "A Sociedade da Informação", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 163-184;
- , "O actual conceito de valor mobiliário", *Revista da Ordem dos Advogados*, vol. 61, n.º 1, 2001, pp. 5-32;
- , "Contratação Electrónica", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 43-68;
- , *Direito Civil — Teoria Geral*, Vol. II, Acções e Factos Jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- , *O Direito — Introdução e Teoria Geral*, 13.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2005;
- , "O novíssimo conceito de valor mobiliário", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 139-162;
- AUBRY, J., "De la notion de territorialité en droit international privé", *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé*, Tomos 27, 28 e 29, 1900-1901-1902, pp. 690-704 (1900); 1255-1273 e 1643-1671 (1901); 1209-1243 (1902);
- AUDINET, EUGÈNE, "Domaine et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats à titre onéreux", *Mélanges Antoine Pillet*, Sirey, Paris, 1929, pp. 57-87;
- AUDIT, BERNARD, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit (sur la «crise» des conflits de lois)", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-III, Tomo 186, 1984, pp. 219-397;
- , "Le droit international privé à la fin du XX<sup>e</sup> siècle: progrès ou recul", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 2 (Abril-Junho), 1998, pp. 421-488;
- AUDIT, BERNARD / D'AVOUT, LOUIS, *Droit International Privé*, 6.ª Edição, Economica, Paris, 2010;

- AUDIT, MATHIAS, "Régulation du marché intérieur et libre circulation de lois", *Journal du Droit International*, Ano 133, n.º 4, 2006, pp. 1333-1363;
- AVASILENCEI, CATALINA, "La codification des conflits de lois dans le nouveau Code civil roumain: une nouvelle forme en attente d'un contentieux", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 2, 2012, pp. 247-275;
- AYNÈS, LAURENT / CROCQ, PIERRE, *Les Sûretés — La publicité foncière*, Editions juridiques associées, Paris, 2003;
- AZEVEDO, EDUARDA ALMEIDA DE, "Os Investimentos Estrangeiros e a Livre Circulação de Capitais", *Assuntos Europeus*, vol. 3, n.º 3, 1984, pp. 373-388;
- AZOFRA, FERNANDO, "Hipotecas flotantes", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 707, 2008, pp. 1179-1243;
- AZOFRA PALENZUELA, VALENTÍN, "El sistema de la Directiva 88/361/CEE y los instrumentos jurídicos para la libre circulación de capitales", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 53-61;
- BAADE, HANS W., "The Operation of Foreign Public Law", *Texas International Law Journal*, vol. 30, 1995, pp. 430-498;
- BACHMANN, GREGOR, "Optionsmodelle im Privatrecht", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 63, n.º 1, 2008, pp. 11-20;
- BADIALI, GIORGIO, "Le droit international privé des Communautés Européennes", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1985-II, Tomo 191, 1985, pp. 9-182;
- BALASSA, BELA, *Teoria da Integração Económica*, Tradução de Maria Filipa Gonçalves e Maria Elsa Ferreira, Livraria Clássica Editora, Lisboa, 1961;
- BALLADORE PALLIERI, G., *Diritto Internazionale Privato*, 2.ª Edição, Giuffrè Editore, Milano, 1950;
- BALLARINO, TITO, "Norme di Applicazione Necessaria e Forma degli Atti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 707-729;
- , *Forma degli atti e diritto internazionale privato*, CEDAM, Padova, 1970;
- , "La CEE e il diritto internazionale privato", *Diritto Comunitario e degli Scambi Internazionali*, Anno CCI, n.º 1, 1982, pp. 1-13;
- , "Disciplina della forma", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 163-177;
- , *Diritto Internazionale Privato*, 2.ª Edição, CEDAM, Padova, 1996;

- , "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCVI, n.° 4, 2013, pp. 1116-1145;
- BALZ, MANFRED, "The European Union Convention on Insolvency Proceedings", *American Bankruptcy Law Journal*, Vol. 70, 1996, pp. 485-532;
- BANDRAC, MONIQUE / CROCQ, PIERRE, "Sûretés. Publicité Foncière.", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 96, n.° 2 (Abril-Junho), 1997, pp. 467-477;
- BANGERMANN, MARTIN, "Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 2, n.° 3, 1994, pp. 377-380;
- BARATA, FILIPE SANTOS, *As Obrigações Hipotecárias*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- BARATTA, ROBERTO, "Verso la «Comunitarizzazione» dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLI, n.° 3, 2005, pp. 573-606;
- , "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.° 1/2007, 2007, pp. 4-11;
- , "Réflexions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 3-22;
- BARBOSA, MAFALDA MIRANDA, *Direito Real de Habitação Periódica e Protecção do Consumidor*, Centro de Estudos Notariais e Registais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via [http://www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730\\_malfaldacastanheiraneves.pdf](http://www.fd.uc.pt/cenor/images/textos/publicacoes/20100730_malfaldacastanheiraneves.pdf), consultado em 14 de Março de 2012;
- BARIATTI, STEFANIA, "La cooperazione giudiziaria in materia civile dal terzo pilastro dell'Unione europea al Titolo IV del Trattato CE", *Il Diritto dell'Unione Europea*, Ano VI, n.° 2-3, 2001, pp. 261-310;
- , "Prime considerazioni sugli effetti dei principi generali e delle norme materiali del Trattato CE sul diritto internazionale privato comunitario", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXIX, n.° 3-4, 2003, pp. 671-706;
- , "La futura disciplina delle obbligazioni non contrattuali nel quadro della comunitarizzazione del diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLI, n.° 1, 2004, pp. 7-24;

- , "Le Garanzie Finanziarie nell'Insolvenza Transnazionale: l'Attuazione della Direttiva 2002/47/CE", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XL, n.º 3, 2004, pp. 841-876;
- , "Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLII, n.º 2, 2006, pp. 361-376;
- , "The Hague Securities Convention: Introductory Remarks", *La loi applicable aux titres intermédiés: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Geneva, 2006, pp. 17-23;
- , "Filling the gaps of EC Conflicts of Laws Instruments: the case of jurisdiction over actions related to insolvency proceedings", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 23-38;
- , "Forum shopping, abus du droit et droit international privé européen: quelques réflexions", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 161-173;
- , "Reconnaissance et droit de l'Union Européenne", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 61-66;
- BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU — The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2004;
- BARNARD, CATHERINE / DEAKIN, SIMON, "Market Access and Regulatory Competition", *Jean Monnet Working Papers*, n.º 9/01, 2001, pp. 1-40;
- BARREIRA, MARIA DE FÁTIMA COSTA, "Pela integração do notariado europeu", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 133-137;
- BARSOZZI, ROBERTO, "Diritti reali nel diritto internazionale privato", *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Tomo V, UTET, Torino, 2002, pp. 409-436;
- BARTELS, STEVEN, "An Abstract or Causal System", *Rules for the transfer of Movable, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 59-67;
- BARTHE, MARIE-ANNICK, *Économie de l'Union européenne*, 3.<sup>a</sup> Edição, Economica, Paris, 2006;

- BARTIN, ÉTIENNE-ADOLPHE, "De l'impossibilité d'arriver à la suppression définitif des Conflits de Lois", *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 225-255, 466-495, 720-738;
- , "La théorie des qualifications", *Études de Droit International Privé*, Chevalier-Marescq Éditeurs, Paris, 1899, pp.1-82;
- , *Principes de Droit International Privé*, Tomo I, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1930;
- , *Principes de Droit International Privé*, Tomo III, Éditions Domat-Montchrestien, Paris, 1935;
- BARTLAM, MARTIN, "Understanding the UK Covered Bonds Structure", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 13-23;
- BASEDOW, JÜRGEN, "Wirtschaftskollisionsrecht — Theoretischer Versuch über die ordnungspolitischen Normen des Forumstaates", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 8-40;
- , "Zwischen Amt und Wettbewerb — Perspektiven des Notariats in Europa", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 55, n.º 3, 1991, pp. 409-435;
- , "Le marché unique, programme de déréglementation", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 45, n.º 3, 1993, pp. 619-633;
- , "Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, n.º 1, 1995, pp. 1-55;
- , "Un droit commun des contrats pour le marché commun", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.º 1, 1998, pp. 7-28;
- , "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 200, n.º 3/4, 2000, pp. 445-492;
- , "EC Regulations in European Private Law", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siehr*, JÜRGEN BASEDOW, ISAAK MEIER, ANTON K. SCHNYDER, TALIA EINHORN E DANIEL GIRSBERGER, T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 17-31;
- , "The communitarization of the conflict of laws under the Treaty of Amsterdam", *Common Market Law Review*, vol. 37, n.º 3, 2000, pp. 687-708;
- , "Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 1, 2001, pp. 35-49;
- , "Spécificité et coordination du droit international privé communautaire", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 275-305;

- , "The Gradual Emergence of European Private Law", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 1-18;
- , "EC Conflict of Laws — A matter of coordination", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 17-30;
- , "Lex Mercatoria e diritto internazionale privato dei contratti: una prospettiva economica", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 55-74;
- , "The Communitarisation of Private International Law", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 455-460;
- , "Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union européenne", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 3, 2010, pp. 427-456;
- , "Das fakultative Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 50-62;
- , "Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 75, n.º 1, 2011, pp. 32-59;
- , "The Law of Open Societies — Private Ordering and Public Regulation of International Relations", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 360, 2012, pp. 9-516;
- , "The Optional Instrument of European Contract Law: Opting-in through Standard Terms — A reply to Simon Whittaker", *European Review of Contract Law*, vol. 8, 2012, pp. 82-87;
- , "15 Years of European Private International Law — Achievements, Conceptualization and Outlook", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 175-183;
- , "La reconnaissance des situations juridiques en droit des affaires (sociétés et sûretés)", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 221-230;

- BASTOS, NUNO CASTELLO-BRANCO, "Das obrigações nas regras de conflitos do Código Civil", *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 651-685;
- BATIFFOL, HENRI, "Statut personnel et statut réel", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 1932, pp. 597-602;
- , "Chronique de Jurisprudence Française en matière de Conflits de Lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 30, 1935, pp. 614-632;
- , "Le profit qu'on peut tirer en France des règles américaines des conflits de lois sur les contrats", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1937-1938, pp. 48-74;
- , *Les Conflits de Lois en Matière de Contrats*, Sirey, Paris, 1938;
- , "Form and Capacity in International Contracts", *The Conflict of Laws and International Contracts*, SUMMER INSTITUTE ON INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, University of Michigan Law School, Michigan, 1949, pp. 103-111;
- , "Public policy and the autonomy of the parties: interrelations between imperative legislation and the doctrine of party autonomy", *The Conflict of Laws and International Contracts*, SUMMER INSTITUTE ON INTERNATIONAL AND COMPARATIVE LAW, University of Michigan Law School, Michigan, 1949, pp. 68-81;
- , "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 21 de Junho de 1950 (*État français c. Comité de la Bourse d'Amsterdam et Mouren*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol XXXIX, 1950, pp. 609-615;
- , *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, Paris, 1956;
- , "La règle de droit en droit international privé", *La règle de droit*, CH. PERELMAN, Bruylant, Bruxelles, 1971, pp. 214-225;
- , "Le Pluralisme des Méthodes en Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 73-149;
- , "L'avenir du droit international privé", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis.*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 315-331;
- , "L'état du droit international privé en France et dans l'Europe continental de l'Ouest", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis.*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 11-31;
- , "Subjectivisme et Objectivisme dans le droit international privé des contrats", *Choix d'Articles. Rassemblés par ses amis*, LGDJ, Paris, 1976, pp. 250-263;

- , "Actualité des intérêts du droit international privé", *Festschrift für Konrad Zweigert*, HERBERT BERNSTEIN, ULRICH DROBNIG E HEIN KÖTZ, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1981, pp. 23-35;
- , "De l'usage des principes en Droit International Privé", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 103-119;
- BATIFFOL, HENRI / FRANCESCAKIS, PH., "L'arrêt Boll de la Cour internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 259-276;
- BATIFFOL, HENRI / LAGARDE, PAUL, *Droit International Privé*, Tomo II, 7.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, Paris, 1976;
- , *Traité de Droit International Privé*, Tomo I, 8.<sup>a</sup> Edição, LGDJ, Paris, 1993;
- BAUDRY-LACANTINERIE, GABRIEL / LOYNES, P. DE, *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXV (Tomo I), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome I, 3.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1906;
- , *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXVI (Tomo II), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome II, 3.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1906;
- , *Traité Théorique et Pratique de Droit Civil*, Vol. XXVII (Tomo III), Du Nantissement, des Privilèges et des Hypothèques et de l'expropriation forcée — Tome III, 3.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1906;
- BAUR, JÜRGEN / STÜRNER, ROLF, *Sachenrecht*, 17.<sup>a</sup> Edição, Beck, Munique, 1999;
- BAZINAS, SPIROS V., "The UNCITRAL Draft Legislative Guide on Secured Transactions", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 141-154;
- BEALE, HUGH, "The «Europeanisation» of Contract Law", *Exploring the Boundaries of Contract*, ROGER HALSON, Dartmouth, Aldershot, 1996, pp. 23-47;
- BEALE, JOSEPH H., "What law governs the validity of a contract", *Harvard Law Review*, vol. XXIII, n.º 1-4, 1909, pp. 1-11, 79-103, 194-205, 260-272;
- BEAUMONT, PAUL, "European Court of Justice and Jurisdiction and Enforcement of Judgements in Civil and Commercial Matters", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, 1999, pp. 223-229;
- BEBSCHUK, LUCIAN ARYE, "Federalism and the Corporation: the desirable limits on State competition in corporate law", *Harvard Law Review*, vol. 105, n.º 7, 1992, pp. 1435-1510;



- BECHINI, UGO, "Firma Digitale, Documento Elettronico e *Lex Attestationis*: un nuovo (circoscritto) caso di dépeçage?", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 25, n.º 3, 2011, 767-787;
- BECHINI, UGO / GRASSEN, DOMINIK, "A New Approach to Improving the Interoperability of Electronic Signatures in Cross-Border Legal Transactions", *Michigan State Journal of International Law*, vol. 17, n.º 3, 2008, pp. 703-720;
- BECKER, MICHAEL, *Das nationale Recht der Sicherheiten im Spannungsfeld zwischen Rechtstradition und europäischer Rechtsangleichung*, disponível na internet via <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.notar.at%2Fuploads%2Fendgavortragbecker.pdf&ei=9RprUM3JIsXRhAfq9ICQDg&usg=AFQjCNH6ZloeQpphEllzO5VjBOOJPTxGGw>, consultado em 2 de Outubro de 2012;
- BÉGUIN, JACQUES, "Un îlot de résistance à l'internationalisation: le droit international des procédures collectives", *L'internationalisation du droit — Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 31-56;
- BELL, ABRAHAM / PARCHOMOVSKY, GIDEON, "Of Property and Federalism", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2005, pp. 72-115;
- BELLET, PIERRE, "La jurisprudence du Tribunal de la Seine en matière d'exequatur des jugements étrangers", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1962-1964, pp. 251-290;
- BENDITO CAÑIZARES, MARIA TERESA, "Comentario al Artículo 104 de la Ley Hipotecaria", *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 6 (Artículos 131 a 137 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2000,
- BENJAMIN, JOANNA, "Determining the situs of interests in immobilised securities", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47, 1998, pp. 923-934;
- BENVENUTI, PAOLO, "Commento all'art. 51 della Legge n. 218, 31 maggio 1995, Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XIX, n.º 5/6, 1996, pp. 1325-1334;
- BÉRAUDO, JEAN-PAUL, "Faut-il avoir peur du contrat sans loi?", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 93-112;
- , "Le règlement des litiges relatifs à un trust", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 1-22;

- BERGAMINI, ELISABETTA, "Evoluzioni nel diritto di famiglia dell'Unione europea: il regolamento 1259/2010 sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale", *Studi sull'integrazione europea*, vol. VII, 2012, pp. 181-201;
- BERGÉ, JEAN-SYLVESTRE, "Interactions du droit international et européen", *Journal du Droit International*, Ano 136, n.º 3, 2009, pp. 903-922;
- BERMANN, GEORGE A., "Public Law in the Conflict of Laws", *American Journal of Comparative Law*, vol. 34, 1986, pp. 157-192;
- , "European Community Law from a U. S. Perspective", *Tulane Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, 1995, pp. 1-13;
- BERNARD, CAMILLE, "Les problèmes posés par les demandes d'exequatur de décisions d'autorités religieuses étrangères en matière de divorce et de séparation de corps", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1977-1979, pp. 59-88;
- BERNARDEAU, LUDOVIC, "Droit communautaire et lois de police: à la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, Ingmar, aff. C-381/98", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 2001, pp. 328ss;
- BERNASCONI, CHRISTOPHE, "Indirectly Held Securities: a new venture for the Hague Conference of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. III, 2001, pp. 63-100;
- , *The Law Applicable to Dispositions of Securities held through Indirect Holding Systems — Report presented to the Group of Experts*, Hague Conference on Private International Law, Hague, 2001;
- , "La Convention de La Haye, une chance pour l'Europe", *L'Agefi*, 9 de Dezembro, 2004, p. 2;
- , "The Electronic Apostille Program (e-APP): Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 199-212;
- BERNASCONI, CHRISTOPHE / POTOK, RICHARD, "PRIMA Convention brings certainty to cross-border deals", *International Financial Law Review*, vol. 22, 2003, pp. 11-14;
- BERNASCONI, CHRISTOPHE / SIGMAN, HARRY C., "The Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities held with an Intermediary (Hague Securities Convention)", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 117-140;

- BERROCAL LANZAROT, ANA ISABEL, "La Protección del Deudor Hipotecario en el Actual Contexto de Crisis Económica", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 58, 2012, pp. 13-209;
- BETLEM, GERRIT / HONDIUS, EWOU, "European Private Law after the Treaty of Amsterdam", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 1, 2001, pp. 3-20;
- BETTI, EMILIO, "Autonomia privata e competenza della «lex loci actus» nelle obbligazioni civili e commerciali", *Rivista di Diritto Internazionale*, Anno XXII, Serie III, Vol. IX, 1930, pp. 3-44;
- BIAGIONI, GIACOMO, "Artículo 3.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 629-636;
- , "Artículo 5.º — Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1470-1484;
- , "Artículo 6.º — Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro Franzina (ed)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1484-1487;
- , "Artículo 9.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 788-804;
- , "Tecniche internazionalprivatistiche fondate sulla volontà delle parti nel diritto dell'Unione Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 15-34;
- BISCOTTINI, GIUSEPPE, "L'efficacité des actes administratifs étrangers", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 635-721;
- BLANCO PÉREZ-RUBIO, LOURDES, "La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario", *Revista de Derecho Privado*, n.º 5 (Setembro 2003), 2003, pp. 630-657;
- BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR, "Forma de los Actos Jurídicos (Capítulo XIV)", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12.ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 3-14;

- , "Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Bubigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 413-431;
- , "Del cándido europeísmo al turismo documental: reflexiones a propósito de la inscripción en el registro de la propiedad de una escritura autorizada por notario alemán", *Diario La ley*, Año XXXIII, n.º 7940 — 9 Outubro 2012, 2012, pp. 3ss;
- , "La Autonomía de la Voluntad en las Relaciones Plurilocalizadas. Autonomía de la Voluntad. Elección de Ley Aplicable: Consentimiento y Forma de los Actos", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 1-166;
- , "La función notarial desde la perspectiva de la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 123-149;
- BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La Hipoteca Inmobiliaria y el Derecho Hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000;
- BLOCH, PASCALE / VAUPLANE, HUBERT DE, "Loi applicable et critères de localisation de titres multi-intermédiés dans la Convention de la Haye du 13 décembre 2002", *Journal du Droit International*, Año 132, n.º 1, 2005, pp. 3-40;
- BOELE-WOELKI, KATHARINA, "Principles and Private International Law — The UNIDROIT Principles of European Contract Law: How to apply them to international contracts", *Uniform Law Review*, vol. 1, n.º 4, 1996, pp. 652-678;
- , "The road towards a european family law", *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 1.1, 1997, disponível na internet via <http://www.ejcl.org/11/art11-1.html>, consultado em 9 de Junho de 2015, pp. 1-15;
- , "Unification and Harmonization of Private International Law", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, ISAAK MEIER, ANTON K. SCHNYDER, TALIA EINHORN E DANIEL GIRSBERGER, T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 61-77;

- , "Unifying and harmonizing substantive law and the role of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 340, 2009, pp. 271-461;
- BOELE-WOELKI, KATHARINA / VAN OOIK, RONALD H., "The Communitarization of Private International Law", *Yearbook of Private International Law*, vol. IV, 2002, pp. 1-36;
- BOGDAN, MICHAEL, "The E. C. law of international insolvency", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, Anos 11 e 12, n.º 4, 2001-2002, pp. 452-459;
- , "Do Swedish Civil Status Records Qualify to be Recognized in the Other EU Member States?", *Liber Amicorum Ole Lando*, MICHAEL JOACHIM BONELL, MARIE-LOUISE HOLLE E PETER ARNT NIELSEN, DJØF, Copenhagen, 2012, pp. 59-67;
- BÖHRINGER, WALTER, "Comparison of the Land Registry System in Central Europe with Other Forms of Property Law: Introduction to the Basic Features of Central European Land Registry and Apartment Ownership", *Notarius International*, vol. 2, n.º 4, 1997, pp. 166-177;
- BOLLÉE, SYLVAIN, "L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96, n.º 2, 2007, pp. 307-355;
- BONATTO, FERNANDA MURARO, "O Regulamento n.º 1259/2010 da União Europeia: breves considerações sobre a lei aplicável em matéria de divórcio e separação judicial e a autonomia das partes na escolha da lei aplicável", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 2-27;
- BONFANTI, ANGELICA, "Le procedure concorsuali internazionali tra il Regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 17, n.º 2-3, 2003, pp. 407-426;
- BONNEAU, THIERRY / DRUMMOND, FRANCE, *Droit des Marchés Financiers*, 3.<sup>a</sup> Edição, Economica, Paris, 2010;
- BONOMI, ANDREA, "La riserva della proprietà nel diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Ano XXVIII, n.º 4, 1992, pp. 777-818;
- , "La nécessité d'harmonisation du droit des garanties réelles mobilières", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 497-515;
- , *Le norme imperative nel diritto internazionale privato*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1998;
- , "La Convention de la Haye sur les titres, une nouvelle avancée de l'autonomie des parties en droit international privé", *La loi applicable aux titres intermédiaires: La Convention de la*

- Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 9-13;
- , "Le droit international privé entre régionalisme et universalisme", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 16, n.º 3, 2006, pp. 295-309;
- , "Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziaria in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Vol. XIV*, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 1-54;
- , "Prime considerazioni sul regime delle norme di applicazione necessaria nel nuovo Regolamento Roma I sulla legge applicabile ai contratti", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 107-123;
- , "Le choix de la loi applicable à la succession dans la proposition de règlement communautaire", *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2010, pp. 243-271;
- , "Successions Internationales: conflit de lois et de juridictions", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 350, 2010, pp. 71-418;
- , "Il Regolamento Europeo sulle successioni", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 2, 2013, pp. 293-324;
- BORRÁS, ALEGRÍA, "Non discrimination à raison du sexe et modification du droit international privé espagnol", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 80, n.º 3, 1991, pp. 626-634;
- , "Derecho Internacional Privado y Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LI, n.º 2, 1999, pp. 383-426;
- , "Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d'Avenir", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 317, 2005, pp. 313-536;
- , "De la exigencia de legalización a la libre circulación de documentos", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27-46;
- BOUCAULT, CARLOS EDUARDO DE ABREU / POLIDO, FABRÍCIO, "Amílcar de Castro e as lições do Direito Internacional Privado e Comparado: memória dos 120 anos da Faculdade de Direito da UFMG", *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n.º 40, 2012, pp. 103-130;

- BOULANGER, FRANÇOIS, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06", *Recueil Dalloz*, n.º 12, 2009, pp. 845-848;
- BOURDELOIS, BÉATRICE, "Relations familiales internationales et *professio iuris*", *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 137-154;
- BOUZA VIDAL, NURIA, "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS E SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 551-570;
- , "Los Efectos del Procedimiento de Insolvencia Transfronterizo en los Derechos sobre Valores Anotados en Cuenta: Distintos Modelos de Regulación", *Estudos em homenagem à profesora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 79-101;
- , "Artículo 10, apartado 1", *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Vol. 2: Artículos 8 a 16 del Código Civil, ALEGRÍA BORRÁS E ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, Edersa, Madrid, 2004,
- , "Artículo 10, apartado 2", *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, Vol. 2: Artículos 8 a 16 del Código Civil, ALEGRÍA BORRÁS E ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, Edersa, Madrid, 2004,
- , "La Armonización de la Publicidad Registral de las Garantías Mobiliarias: una alternativa a la *lex rei sitae*", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 255-265;
- BRANCÓS NÚÑEZ, ENRIQUE, "El europeísmo equivocado de la sentencia 391/06, de 22 noviembre de 2006, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección cuarta", *La Notaría*, n.º 37-38, 2007, pp. 119-150;
- BRAND, RONALD, "Evolving competence for private international law in Europe: the external effects of internal developments", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 163-179;
- , "The Rome I Regulation Rules on Party Autonomy for Choice of Law: A U. S. Perspective", *University of Pittsburgh Legal Studies Research Papers*, n.º 2011-29, 2011, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1973162>, consultado em 11 de Junho de 2012, pp. 1-45;

- BREDIN, JEAN-DENIS, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 25 de Janeiro de 1966, Royal Dutch", *Journal du Droit International*, Ano 93, 1966, pp. 631-641;
- BRIDGE, MICHAEL, "English Conflicts Rules for Transfers of Movable: A Contract-based Approach?", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 123-143;
- , "The English law of security: creditor-friendly but unreformed", *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 81-97;
- BRIDGEMAN, CURTIS, "Are Mortgage Contracts Promises?", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, QI ZHOU, SEVERINE SAINTIER E KEITH ROWLEY, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 67-82;
- BRIERLY, JAMES LESLIE, *The Law of Nations: an Introduction to the International Law of Peace*, 6.<sup>a</sup> Edição, The Clarendon Press, Oxford, 1963;
- BRIGGS, ADRIAN, *Agreements on jurisdiction and choice of law*, Oxford University Press, Oxford, 2008;
- BRINKMANN, MORITZ, "The Position of Secured Creditors in Insolvency", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 249-272;
- BRITO, MARIA HELENA, "O Contrato de Agência", *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, pp. 105-135;
- , "Os Contratos Bancários e a Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", *Revista da Banca*, n.º 28, 1993, pp. 75-124;
- , *A Representação nos Contratos Internacionais — Um contributo para o estudo do princípio da coerência do direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 1999;
- , "Sobre a Aplicação no Espaço do Novo Código dos Valores Mobiliários", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 7 (Abril de 2000), 2000, pp. 50-73;
- , "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável a certos direitos respeitantes a valores mobiliários depositados num intermediário", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. V, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 91-126;
- , "Falências Internacionais. Algumas considerações a propósito do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Edição Especial — Novo Direito da Insolvência, 2005, pp. 183-220;



- , "O Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 305-356;
- , "Direito Aplicável ao Contrato Internacional de Trabalho. Algumas Considerações a Propósito do Código do Trabalho", *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*, Coimbra Editora — Tribunal Constitucional, Coimbra, 2007, pp. 105-143;
- , "A Convenção de Haia sobre a lei aplicável ao Trust e ao seu reconhecimento. Breve apresentação", *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1641-1651;
- , "O Direito Internacional Privado no Código Civil", *Estudos Comemorativos dos 10 anos da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Vol. II, DIOGO FREITAS DO AMARAL, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA E MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 355-380;
- , "A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, JOSÉ LEBRE FREITAS, RUI PINTO DUARTE, ASSUNÇÃO CRISTAS, VÍTOR PEREIRA DAS NEVES E MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133;
- BRITO, WLADIMIR, *Direito Internacional Público*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- BROGGINI, GERARDO, "Trust e Fiducia nel Diritto Internazionale Privato", *Europa e diritto privato*, n.º 2, 1998, pp. 399-422;
- , "Le garanzie nei contratti internazionale", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LIII — Nuova serie, n.º 3, 2000, pp. 335-360;
- BRONZE, FERNANDO JOSÉ PINTO, *Lições de Introdução ao Direito*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- BROUSSE, ISABELLE BARRIÈRE, "Le Traité de Lisbonne et le droit international privé", *Journal du Droit International*, Ano 137, n.º 1 (Janeiro/Março), 2010, pp. 3-34;
- BROUWER, ONNO, "Free Movement of Foodstuffs and Quality Requirements: has the Commission got it wrong?", *Common Market Law Review*, vol. 25, n.º 2, 1988, pp. 237-262;

- BROZOLO, LUCA G. RADICATI DI, "La legge regolatrice delle operazioni bancarie secondo la Convenzione comunitaria dl 19 giugno 1980", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, 1983, pp. 83-114;
- , "L'ambito di applicazione della legge del paese di origine nella libera prestazione dei servizi bancari nella CEE", *Il Foro Italiano*, vol. CXIII, Parte Quarta, n.° 1, 1990, pp. 453-477;
- , "Foreign Public Law before Italian Courts", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986)*, FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 85-111;
- , "L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de liberté de circulation", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n.° 3, 1993, pp. 401-424;
- , "Libre Circulation dans la CE et règles de conflit", *L'eupéanisation du droit international privé*, PAUL LAGARDE E BERND VON HOFFMANN, Bundesanzeiger, Köln, 1996, pp. 87-103;
- , "La legge regolatrice dei titoli di credito", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LI — Nuova serie, n.° 4 (Luglio-Agosto), 1998, pp. 434-458;
- , "Arbitrage Commercial International et Lois de Police", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 315, 2005, pp. 275-501;
- BUCHER, ANDREAS / BONOMI, ANDREA, *Droit International Privé*, 2.<sup>a</sup> Edição, Helbing & Lichtenhahn, Zurique, 2004;
- BULLO, L. / MANENTE, M., "Delle ipoteche", *Codice Civile e Leggi Collegate — Commento Giurisprudenziale Sistemico*, Tomo I, G. CIAN E ALBERTO TRABUCCHI, CEDAM, Padova, 2010, pp. 5091-5160;
- BUREAU, DOMINIQUE, "La fin d'un îlot de résistance — Le Règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.° 4, 2002, pp. 613-679;
- BUREAU, DOMINIQUE / MUIR WATT, HORATIA, *Droit international privé*, Vol. I, Partie générale, 2.<sup>a</sup> Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010;
- , *Droit international privé*, Vol. II, Partie spéciale, 2.<sup>a</sup> Edição, Presses Universitaires de France, Paris, 2010;
- BUSSANI, MAURO, "Le droit civil des sûretés réelles. Le modèle Italien des sûretés", *European Review of Private Law*, vol. 6, n.° 1, 1998, pp. 23-50;

- , "In search of a European Private Law (Trento Project)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 79-100;
- CABRILLAC, MICHEL, "La reconnaissance en France des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 487-505;
- CABRILLAC, MICHEL / MOULY, CHRISTIAN, *Droit des Sûretés*, 5.<sup>a</sup> Edição, Éditions Litec, Paris, 1999;
- CAETANO, MARCELLO, *Manual de Direito Administrativo*, Tomo I, Introdução — Organização Administrativa — Actos e Contratos Administrativos, Almedina, Coimbra, 1980;
- CALHEIROS, JOSÉ MARIA, "A Integração e o Sector Bancário", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 196-227;
- CALLÉ, PIERRE, *L'acte public en droit international privé*, Economica, Paris, 2004;
- , "L'acte authentique établi à l'étranger — Validité et exécution en France", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 3, 2005, pp. 377-412;
- , "Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 54-66;
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS, "El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 52-133;
- , "La Autonomía de la Voluntad como Principio Informador del Derecho Internacional Privado en la Sociedad Global", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 167-301;
- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS / BLANCO-MORALES LIMONES, PILAR, "Las garantías contractuales (fianza, garantías autónomas y cartas de patrocinio en el comercio internacional)", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1186-1274;

- CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS / CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, "El Convenio de Roma sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de Junio de 1980", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137;
- , "Contrato Internacional, Nueva *Lex Mercatoria* y Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 1539-1567;
- , *Mercado Único y Libre Competencia en la Unión Europea*, Colex, Madrid, 2003;
- , "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71;
- , *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Ed. Comares, Granada, 2011;
- CALVO VIDAL, ISIDORO ANTONIO, "La Circulación del Documento Público Notarial", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo I — Derecho de la persona, familia y sucesiones, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 49-96;
- CÁMARA LAPUENTE, SERGIO, "El «Núcleo Común del Derecho Privado Europeo» (Proyecto de Trento)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 227-234;
- , "El hipotético «Código Civil Europeo»: ¿Por qué, Cómo y Cuando?", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 347-379;
- , "El Trust y la Fiducia: Posibilidades para una Armonización Europea", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 1099-1172;
- , "Un Derecho Privado o un Código Civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 47-106;
- , "Registration of Interests as a Formality of Contracts: Comparative Remarks on Land Registers within the Frame of European Private Law", *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 6, 2005, pp. 797-839;
- CÁMARA, PAULO, "A Operação de Titularização", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 65-94;

- , *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009;
- CAMPOS, ANA RITA ALMEIDA, "Titularização de créditos — Algumas notas sobre titularização sintética", *Revista da Banca*, n.º 60, 2005, pp. 77-92;
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE, "A alienação em garantia", *Revista Doutrinária do Instituto Italo-Brasileiro de Direito Privado e Agrário Comparado*, 2000, pp. 63-76;
- , "A Titularização de Créditos: Bases Gerais", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 9-15;
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE / MONTEIRO, MANUEL, *Titularização de Créditos — Anotações ao Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro*, Almedina, Coimbra, 2001;
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE / PINTO, CLÁUDIA SAAVEDRA, *Créditos Futuros, Titularização e Regime Fiscal*, Almedina, Coimbra, 2007;
- CAMPOS, DIOGO LEITE DE / TOMÉ, MARIA JOÃO CARREIRO VAZ, *A propriedade fiduciária (trust): estudo para a sua consagração no direito português*, Almedina, Coimbra, 1999;
- CAMPOS, ISABEL MENÉRES, *Da hipoteca: caracterização, constituição e efeitos*, Almedina, Coimbra, 2003;
- , "Duas questões sobre a efectividade da hipoteca: a caducidade do arrendamento com a venda judicial e o conflito com o direito do credor hipotecário com o direito de retenção", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 309-331;
- , "O Direito Português da Hipoteca", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 725-742;
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE, "Um instrumento jurídico de integração europeia — A Convenção de Bruxelas de 27 de Setembro de 1968 sobre Competência Judiciária, Reconhecimento e Execução das Sentenças", *Documentação e Direito Comparado*, n.º 22, 1985, pp. 75-235;
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE / CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE, *Contencioso Comunitário*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2002;
- CAMPOS, JOÃO MOTA DE / CAMPOS, JOÃO LUIZ MOTA DE / PEREIRA, ANTÓNIO PINTO, *Manual de Direito Europeu, O sistema institucional, a ordem jurídica, o ordenamento económico da União Europeia*, 7.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- CAMPOS, MANUEL FONTAINE, "Livre Circulação de Capitais", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 377-397;

- CAMPUZANO DÍAZ, BEATRIZ, "Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation", *Latest Developments in EU Private International Law*, BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ, MARCIN CZEPELAK, ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT E ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Intersentia, Cambridge, 2011, pp. 23-48;
- CAMY ESCOBAR, JESÚS, "Principios fundamentales de la hipoteca", *Regesta — Boletim da Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos*, Año 16, n.º 6 e 7, 1995, pp. 190-192;
- CANALS BRAGE, FERNANDO, "Comentario al Artículo 144 de la Ley Hipotecaria", *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 8 (Artículos 138 a 197 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2000,
- , "La ampliación del Derecho Real de hipoteca en garantía de la ampliación del crédito garantizado: algunas observaciones a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 79, n.º 678 (Julho 2003), 2003, pp. 2255-2296;
- , "La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 LH reformado por Ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos de asiento de inscripción del derecho real de hipoteca (más un apéndice con notas a la Resolución de la DGRN de 24 de julio de 2008)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 86, n.º 711, 2009, pp. 143-213;
- CANALS PRATS, DAMIÁN, "Comentario al Artículo 136 de la Ley Hipotecaria", *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Vol. 7 (Artículos 131 a 137 de la Ley Hipotecaria), MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, Endesa, Madrid, 2004,
- CANNADA-BARTOLI, LUIGI, "Sul trasferimento di beni fuori commercio nel diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXII, n.º 3, 1989, pp. 618-631;
- CANOTILHO, JOAQUIM GOMES, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2003;
- CARBALLO PIÑEIRO, LAURA, "El traslado del centro de los intereses principales del deudor", *Anuario de Derecho Concursal*, vol. 9, 2006, pp. 497-520;
- , "Procedimientos concursales y competencia Internacional", *DeCITA — Direito do comércio internacional = Derecho del comercio internacional*, n.º 11, 2009, pp. 9-33;
- , "La *vis attractiva concursus* nel diritto concorsuale europeo", *Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali*, Año LXXXVI, n.º 3-4, 2010, pp. 360-379;
- , "Acción Pauliana e Integración Europea: Una propuesta de ley aplicable", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXIV, n.º 1, 2012, pp. 43-72;

- , "Towards the reform of the European Insolvency Regulation: codification rather than modification", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 2, 2014, pp. 207-215;
- CARBONE, SERGIO MARIA, "Il «Contratto senza Legge» e la Convenzione di Roma del 1980", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIX, 1983, pp. 279-287;
- , "Conflitti di Leggi e tra Giurisdizioni nella disciplina dei trasferimenti di pacchetti azionari di riferimento", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXV, n.º 4, 1989, pp. 777-790;
- , "Il regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Diritto Processuale Civile e Commerciale Comunitario*, SERGIO MARIA CARBONE, MANLIO FRIGO E LUIGI FUMAGALLI, Giuffrè, Milano, 2004,
- , "Lex Mercatus e Lex Societatis tra principi di diritto internazionale privato e disciplina dei mercati finanziari", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIII, n.º 1, 2007, pp. 27-62;
- , "Autonomia privata del diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 3, 2013, pp. 569-592;
- CARBONE, SERGIO MARIA / LUZZATTO, RICCARDO, "Contratti Internazionali, Autonomia Privata e Diritto Materiale Uniforme", *Diritto del Commercio Internazionale*, n.º 7.4, 1993, pp. 755-789;
- CARLIER, JEAN-YVES, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruylant, Bruxelles, 1992;
- CARNELUTTI, FRANCESCO, "La figura giuridica del notaio", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno IV, 1950, pp. 921-930;
- CARPI MARTÍN, REBECA, *La Hipoteca en Garantía de Deuda Ajena*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2002;
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER, *El Contrato Internacional (fraccionamiento versus unidad)*, Civitas, Madrid, 1992;
- , "Derechos Reales (Capítulo XXIX)", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 12.ª Edição, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA E JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ, Ed. Comares, Granada, 2011, pp. 863-912;
- , "La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional", *Diario La ley*, Año XXXIII, n.º 7874 — 27 Abril 2012, 2012, pp. 1913ss;
- , "La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis*

- Iglesias Bubigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470;
- , "Règle de conflit et théorie économique", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 3, 2012, pp. 521-538;
- , "La Autonomía de la Voluntad en la Contratación Internacional", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 603-766;
- , "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, n.º 1, 2014, pp. 5-44;
- CARREAU, DOMINIQUE, "Le système monétaire international privé: UEM et euromarchés", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 274, 1998, pp. 309-392;
- CARRILLO SALCEDO, J. A., "Le Renouveau du Particularisme en Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1978-II, Tomo 160, 1978, pp. 181-263;
- CARRUTHERS, JANEEN M., *The Transfer of Property in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005;
- , "Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 61, 2012, pp. 881-913;
- CARRUTHERS, JANEEN M. / CRAWFORD, ELIZABETH B., "Variations on a Theme of Rome II. Reflections on Proposed Choice of Law Rules for Non-Contractual Obligations", *Edinburgh Law Review*, vol. 65, 2005, pp. 65-97 e 238-266;
- CARUSO, DANIELA, "Private Law and Public Stakes in European Integration: the Case of Property", *European Law Journal*, vol. 10, n.º 6, 2004, pp. 751-765;
- CARUSO, FRANCESCO, "Considerazioni generali su unificazione e uniformizzazione delle legislazioni statali in diritto comunitario", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 3-31;
- CARVALHO, DORA MARTINS DE, "A comercialização da hipoteca", *Revista Forense*, Ano 79, vol. 282, 1983, pp. 43-65;
- CARVALHO, ORLANDO DE, "Negócio Jurídico Indirecto (Teoria Geral)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento X, 1952, pp. 1-149;



- , "Terceiros para efeitos de registo", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXX, 1994, pp. 97-106;
- , "Princípios e Características do Direito das Coisas", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 1-20;
- , *Direito das Coisas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;
- CARY, WILLIAM L., "Federalism and Corporate Law", *The Yale Law Journal*, vol. 83, n.º 4, 1974, pp. 663-705;
- CASERO MEJÍAS, MANUEL, "El Crédito Hipotecario en la CEE", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 580, 1987, pp. 807-833;
- , "La Eurohipoteca", tradução de «Die Eurohypothek», OTMAR STÖCKER, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 620, 1994, pp. 91-182;
- CASTELLANI, LUCA G., "The adoption of the CISG in Portugal: benefits and perspectives", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 2-13;
- CASTRO, CARLOS OSÓRIO DE, *Valores Mobiliários — Conceito e Espécies*, 2.ª Edição, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1998;
- CATALAYUD SIERRA, ADOLFO, "Régimen jurídico de la subrogación activa o de acreedor tras la Ley 41/2007", *La Notaría*, n.º 49/50 (Janeiro de 2008), 2008, pp. 11-39;
- CAVERS, DAVID E., *The Choice-of-Law Process*, The University of Michigan Press, Michigan, 1966;
- CAVERS, DAVID F., "Trusts *inter vivos* and the conflict of laws", *Harvard Law Review*, vol. 44, 1930, pp. 161-202;
- , "Contemporary Conflicts Law in American Perspective", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1970-III, Tomo 131, 1970, pp. 75-308;
- CERRATO GURI, ELISABET, "El valor probatorio de los documentos públicos no judiciales y extranjeros en el proceso civil español", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 475-495;
- CERVELLI, STEFANIA, *Trascrizione ed ipoteca*, Giuffrè Editore, Milão, 2002;
- CHALHUB, MELHIM NAMEM, *Trust: perspectivas do direito contemporâneo na transmissão da propriedade para administração de investimentos e garantia*, Renovar, Rio de Janeiro; São Paulo, 2001;

- CHAPUT, YVES, "Vers un droit de la faillite européenne?", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 571-580;
- CHESHIRE, G. C. / BURN, E. H. / CARTWRIGHT, J., *Cheshire and Burn's modern law of real property*, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- CHESTERMAN, M. R., "Choice of law aspects of liens and similar claims in international sale of goods", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 22, n.º 1, 1973, pp. 213-253;
- CHOI, STEPHEN J. / GUZMAN, ANDREW T., "Portable Reciprocity: Rethinking the International Reach of Securities Regulation", *Southern California Law Review*, vol. 71, n.º 5, 1998, pp. 903-951;
- CHONG, ADELIN, "The common law choice of law rules for resulting and constructive trusts", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 855-884;
- CICERO, CRISTIANO, *L'Ipoteca*, Giuffrè Editore, Milão, 2000;
- CLANCY, MICHAEL P., "The Organisation and Function of the Profession of Notary in the United Kingdom", *Notarius International*, vol. 5, n.º 3, 2000, pp. 102-106;
- CLAROTTI, PAOLO, "Un pas décisif vers le marché commun des banques", *Revue du Marché Commun*, n.º 330 (Setembro-Outubro 1989), 1989, pp. 453-464;
- CLAVEL, SANDRINE, *Droit International Privé*, 2.ª Edição, Dalloz, Paris, 2010;
- COLLAÇO, ISABEL DE MAGALHÃES, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado — Aspectos Fundamentais*, Vol. I, Lisboa, 1954;
- , *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. I, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958;
- , *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. II, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1958;
- , *Direito Internacional Privado — Lições*, Vol. III, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1959;
- , *O Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1963;
- , *Da qualificação em direito internacional privado*, Lisboa, 1964;
- , "Os reflexos do movimento de integração económica no Direito Privado e no Direito Internacional Privado", *Da execução das decisões arbitrais e judiciais em direito internacional: Noveno Congreso, Lisboa, 2-11 de Novembro de 1972*, Secretaría General, Madrid, 1972, pp. 1-17;

- , "Prefácio à obra", *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, McGraw-Hill, Lisboa, 1991, pp. XIII-XVII;
- COLLIER, J. G., *Conflict of Laws*, 3.<sup>a</sup> Edição, Cambridge University Press, Cambridge, 2001;
- COLLINS, HUGH, "Good Faith in European Contract Law", *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 14, n.º 2, 1994, pp. 229-254;
- , "European Private Law and the Cultural Identity of States", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 353-365;
- , *The European Civil Code — The way forward*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008;
- COLLINS, LAWRENCE, "Contractual Obligations — The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 25, 1976, pp. 35-57;
- COMISSÃO EUROPEIA, *Relatório sobre o programa de ação da Comunidade para a segunda fase, de 24 de Outubro de 1962*, Serviço de Publicações das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1962;
- , *Nécessité et Modalités d'une action dans le domaine des capitaux — Mémoire de la Commission au Conseil, 5 de Março 1969*, COM(69)200, Bruxelas, 1969;
- , *White Paper "Completing the Internal Market" — COM(85)310 Final*, Bruxelas, 1985;
- , *Relatório sobre a concorrência nos serviços das profissões liberais — COM(2004)83*, Bruxelas, 2004;
- , *Livro Verde "O crédito hipotecário na UE" — COM(2005)327 Final*, Bruxelas, 2005;
- , *Feedback on the Consultation on the Green Paper on Mortgage Credit — a MARKT/H3/JR D(2006) — 23 Maio 2006*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/index_en.htm), consultado em 24 de Setembro de 2012;
- , *Livro Branco sobre a integração dos mercados de crédito hipotecário na UE — COM(2007)807 Final*, Bruxelas, 2007;
- , *Livro Verde "Reduzir os trâmites administrativos para os cidadãos: Promover a livre circulação dos documentos públicos e o reconhecimento dos efeitos dos actos de registo civil" — COM(2010)/747*, Bruxelas, 2010;
- , *Livro Verde sobre as opções estratégicas para avançar no sentido de um direito europeu dos contratos para os consumidores e as empresas — COM(2010)/348*, Bruxelas, 2010;
- , *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho e ao Comité Económico e Social Europeu — Uma nova abordagem europeia da falência e insolvência das empresas — COM(2012) 742*, Bruxelas, 2012;

- , *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (CE) n.º 1346/2000 do Conselho, relativo aos processos de insolvência* — COM(2012) 744, Bruxelas, 2012;
- , *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à promoção da livre circulação dos cidadãos e das empresas através da simplificação da aceitação de certos documentos públicos na União Europeia e que altera o Regulamento (UE) n.º 1024/2012* — COM(2013) 228 final, Bruxelas, 2013;
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW / STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE, "Communication on European Contract Law", *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2002, pp. 133-199;
- CONFORTI, BENEDETTO, "La volontà delle parti come criterio di collegamento", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 145-153;
- CORAPI, DIEGO, "Le droit italien sur la mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 931-939;
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Direitos Reais*, Lex, Lisboa, 1991;
- , *Da modernização do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2004;
- , *Manual de Direito Bancário*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- , *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. I, Introdução, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- , *Tratado de Direito Civil Português*, Vol. III, Parte Geral — Coisas, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- CORDEWENER, ALEX, "Free Movement of Capital between EU Member States and Third Countries: How Far Has the Door Been Closed?", *EC Tax Review*, vol. 18, n.º 2009/6, 2009, pp. 260-263;
- CORDEWENER, ALEX / KOFLER, GEORG / SCHINDLER, CLEMENS PHILIPP, "Free Movement of Capital and Third Countries: Exploring the Outer Boundaries with *Lasertec, A and B* and *Holböck*", *European Taxation*, vol. 47, n.º 8-9, 2007, pp. 371-376;
- CORES, CARLOS DE / GABRIELLI, ENRICO, *El Nuevo Derecho de las Garantías Reales — Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Temis, Bogotá, Madrid, Buenos Aires, 2008;
- CORNELOUP, SABINE, *La publicité des situations juridiques — une approche franco-allemande du droit interne et du droit international privé*, LGDJ, Paris, 2003;
- CORNETTE, FANNY, "Le «centre des intérêts principaux» des personnes physiques dans le cadre de l'application du Règlement Insolvabilité dans le départements de la Moselle,

- du Bas-Rhin et du Haut-Rhin", *Journal du Droit International*, vol. 140, n.º 4, 2013, pp. 1115-1125;
- CORRALES, MARCELO, "Mercosur: E-Signatures In Mercosur Countries", *Revista de Derecho Informático*, n.º 116, 2008, disponível na internet via [http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img\\_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf](http://www.alfa-redi.com//apc-aa-alfaredi/img_upload/9507fc6773bf8321fcad954b7a344761/corrales.pdf) consultado em 27 de Agosto de 2009, pp. 1-43;
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER, "Parecer sobre os pontos de um questionário relativo à transferência da propriedade nas vendas internacionais de objectos mobiliários", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 28, 1952, pp. 56-82;
- , "Unidade do Estatuto Pessoal", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. XXX, 1954, pp. 101-130;
- , "Homenagem à memória de Machado Villela", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo X, n.º 53/56, 1961, pp. 281-289;
- , *Lições de Direito Comercial*, Vol. III, Letra de Câmbio, Universidade de Coimbra, 1966;
- , "¿Nuevos rumbos para el Derecho Internacional Privado?", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 223-254;
- , "A revisão do Código Civil e o direito internacional privado", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 279-307;
- , "La doctrine des droits acquis dans un système de règles de conflit bilaterales", *Estudos Vários de Direito*, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1982, pp. 59-104;
- , "O método conflitual em direito internacional privado e as soluções alternativas", *Revista de Direito Comparado Luso-Brasileiro*, vol. I, 1982, pp. 1-24;
- , "Considerações sobre o método do Direito Internacional Privado", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. III, Coimbra, 1983, pp. 1-92;
- , "Direito Internacional Privado", *Pólis: enciclopédia Verbo da sociedade e do Estado — Antropologia cultural, direito, economia, ciência política*, JOÃO BIGOTTE CHORÃO, Verbo, Lisboa, 1984, pp. 462-487;
- , "Da arbitragem comercial internacional", *Revista de Direito e Economia*, Anos X/XI, 1984-1985, pp. 3-51;
- , "Conflitos de leis em matéria de direitos sobre coisas corpóreas", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 117 e Ano 118, n.ºs 3728 a 3732, 1985-1986, Vol. 117: pp. 298-302, 325-329, 357-361; Vol. 118: pp. 115-119, 138-142 e 165-169;

- , "Le principe de l'autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais", *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, HANS-JOACHIM MUSIELAK E KLAUS SCHURIG, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart, 1987, pp. 119-146;
- , "A Convenção de Roma e os contratos internacionais", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 9, 1990, pp. 1-16;
- , "Algumas considerações acerca da Convenção de Roma de 19 de Junho de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 122, n.ºs 3787, 3788 e 3789, 1990, pp. 289-292, 321-322, 362-366;
- , "A venda internacional de objectos de arte e a protecção do património cultural", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 125 e 126, n.ºs 3823 a 3831, 1993-1994, pp. 289-293, 321-325, 353-357 (Ano 125); pp. 288-212, 234-237, 266-270, 296-103, 162-166 (Ano 126);
- , *Direito Internacional Privado — Alguns Problemas*, Almedina, Coimbra, 1997;
- , *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2000;
- CORREIA, MIGUEL PUPO, "Sociedade de Informação e Direito: A Assinatura Digital", *Revista de Derecho Informático*, n.º 12, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, consultado em 9 de Junho de 2009, pp. 1ss;
- , "Documentos Electrónicos e Assinatura Digital: As Novas Leis Portuguesas", *Revista de Derecho Informático*, n.º 23 (Junho de 2000), 2000, disponível na internet via <http://www.alfa-redi.org/>, consultado em 9 de Junho de 2009, pp. 1ss;
- , *Assinatura Electrónica e Certificação Digital*, Associação Portuguesa de Direito Intelectual, disponível na internet via <http://www.apdi.pt>, consultado em 17 de Julho de 2009;
- CORRUBLE, PHILIPPE / REYNIS, BERNARD, "Pour une régulation des professionnels au service d'un marché efficient des transferts de propriété immobilière dans l'Union européenne", *La Semaine Juridique — Edition générale*, vol. 82, n.º 28-29, 2008, pp. 24-28;
- CORTESE, BERNARDO, "Artículo 11.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 809-817;
- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA, "Alienação fiduciária em garantia e aquisição de casa própria", *Direito e Justiça — Revista da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Católica Portuguesa*, vol. I, n.º 1, 1980, pp. 41-57;
- , *Direito das Obrigações*, 12.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011;

- COSTA, MÁRIO JÚLIO ALMEIDA / CURA, ANTÓNIO VIEIRA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 6.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- COSTA, SALVADOR, *O Concurso de Credores — Sobre as várias espécies de concurso de credores e de garantias creditícias*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- COUCHEZ, GÉRARD, "Les incidences de la réforme des voies d'exécution sur le droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1995-1998, pp. 123-151;
- COUNCIL OF THE NOTARIATS OF THE EUROPEAN UNION, *CROBECO Project — Position of the Notaries of Europe (18 de Novembro de 2011)*, disponível na internet via <http://www.notaries-of-europe.eu/files/position-papers/2011/Position-CNUE-CROBECO-18-11-11-final-EN.pdf>, consultado em 17 de Julho de 2015;
- COURBE, PATRICK, *Droit International Privé*, Armand Colin, Paris, 2000;
- COUTINHO, FRANCISCO PEREIRA, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;
- CRABIT, E., "La directive sur le commerce électronique. Le project «mediterrané»", *Revue de Droit de l'Union Européenne*, n.º 4/2000, 2000, pp. 749-833;
- CRAIG, PAUL / DE BÚRCA, GRÁINNE, *EU Law — Text, Cases and Materials*, 4.<sup>a</sup> Edição, Oxford University Press, Oxford, 2008;
- CRÔNE, RICHARD, "Problèmes pratiques des contrats européens", *Le droit privé européen*, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, Paris, 1998, pp. 61-75;
- , "La réception d'un acte authentique étranger en France", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 77-96;
- CROUCHER, P. E. N., "Trusts of Moveables in Private International Law", *Modern Law Review*, vol. 4, 1940, pp. 111-120;
- CRUZ, SEBASTIÃO, *Da «Solutio»: Terminologia, Conceito e Características, e análise de vários institutos afins*, Coimbra, 1962;
- , *Direito Romano (Ius Romanorum)*, Vol. I, Introdução e Fontes, 4.<sup>a</sup> Edição, Dislivro, Coimbra, 1984;
- CUARTERO RUBIO, M.<sup>a</sup> VICTORIA, "Técnicas de Unificación del D.I.Pr. en la C.E.E.", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 247-256;
- CUMING, RONALD, "The Internationalization of Secured Financing Law: the Spreading Influence of the Concepts UCC, Article 9 and its Progeny", *Making Commercial Law — Essays in Honour of Roy Goode*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pp. 499-523;

- CUNHA, CAROLINA, "Valores Mobiliários vs. Letras e Livranças: virtudes de um confronto pouco usual", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, JOSÉ LEBRE FREITAS, RUI PINTO DUARTE, ASSUNÇÃO CRISTAS, VÍTOR PEREIRA DAS NEVES E MARTA TAVARES DE ALMEIDA, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 673-700;
- , *Letras e Livranças — Paradigmas Actuais e Recompreensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 2012;
- CUNHA, LUÍS PEDRO, "A Comunidade Europeia enquanto União Aduaneira — Disposições Fundamentais e Instrumentos da Política Comercial Comum", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XXXIX, 1996, pp. 295-379;
- CUNHA, PAULO, *Da Garantia das Obrigações*, Tomo I, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939;
- , *Da Garantia das Obrigações*, Tomo II, Livraria Moraes, Lisboa, 1938-1939;
- CUNHA, PAULO DE PITTA E, *Economia Política*, Lições Policopiadas, Lisboa, 1973;
- , "A influência do F. M. I. na orientação das políticas cambiais e na formulação de programas de estabilização", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, Vol. IV, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Número Especial, Coimbra, 1980, pp. 463-484;
- , "A Experiência do Sistema Monetário Europeu", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 379-388;
- , "A Integração Económica Internacional e a Unificação Monetária", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 153-157;
- , "Conceito de Integração Económica Internacional", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 65-84;
- , "Os Pressupostos da Integração Monetária", *Integração Europeia — Estudos de Economia, Política e Direito Comunitários*, Imprensa Nacional — Casa da Moeda, Lisboa, 1993, pp. 143-152;
- , "A Organização Mundial do Comércio na Estrutura da Ordem Económica Internacional", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 57, n.º 3, 1997, pp. 959-967;
- , "Monetary Union and Differentiation. The external dimension", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XXXVIII, n.º 1, 1997, pp. 113-120;
- , "Reflexões sobre a União Europeia", *De Maastricht a Amesterdão — Problemas da União Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 11-23;



- , "O Euro", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XLI, n.º 2, 2000, pp. 599-610;
- , "As grandes linhas do Tratado de Lisboa", *Sombras sobre a Integração Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 2013, pp. 279-292;
- CUNHA, PAULO DE PITTA E / RUIZ, NUNO, "O ordenamento comunitário e o direito interno português", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 55, n.º 2 (Jul. 1995), 1995, pp. 341-352;
- CURA, ANTÓNIO VIEIRA, "Fiducia cum creditore (Aspectos Gerais)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Suplemento n.º XXXIV, 1990, pp. 4-306;
- , "Compra e Venda e Transferência da Propriedade no Direito Romano Clássico e Justinianeu (a raiz do «sistema do título e do modo»)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pp. 69-112;
- , "Transmissão da propriedade e aquisição de outros direitos reais (Algumas considerações sobre a história do «sistema do título e do modo»)", *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura*, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, RUY DE ALBUQUERQUE, MARTIM DE ALBUQUERQUE E PEDRO ROMANO MARTINEZ, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2003, pp. 373-400;
- , "A «fiducia» romana e a alienação fiduciária em garantia do direito actual", *O Sistema Contratual Romano: de Roma ao direito actual*, JORGE MIRANDA E EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2010, pp. 171-213;
- CURRIE, BRAINERD, "Full Faith and Credit to Foreign Land Decrees", *The University of Chicago Law Review*, vol. 21, 1954, pp. 620-679;
- , *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, Durham, 1963;
- D'ABREU, TEIXEIRA, *Estudos sobre o Código Civil Português*, Vol. II, Das relações civis internacionais, Imprensa Académica, Coimbra, 1894;
- D'AURIA, CLAUDIO / PITTALUGA, GIOVANNI B., "Financial markets and monetary integration", *Monetary Union, Employment and Growth — The impact of the Euro as a Global Currency*, PIER CARLO PADOAN, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2000, pp. 37-57;
- D'AVOUT, LOUIS, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 24 de Fevereiro de 2004 (*République fédérative du Brésil c. Mme L. de Azevedo Werneck*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.º 1, 2005, pp. 62-74;
- , *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Economica, Paris, 2006;

- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06", *Journal du Droit International*, Ano 136, n.º 1, 2009, pp. 203-216;
- D'OLIVEIRA, HANS ULRICH JESSURUN, "Towards a 'European' Private International Law?", *The common law of Europe and the future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Dauterive, 1992, pp. 31-41;
- , "The EU and a Metamorphosis of Private International Law", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 111-136;
- DAHAN, FRÉDÉRIQUE, "La *Floating Charge*: Reconnaissance en France d'une sûreté anglaise", *Journal du Droit International*, Ano 123, n.º 2, 1996, pp. 381-404;
- DAKOLIAS, MARIA, "The Second Banking Directive: the Issue of Reciprocity", *Legal Issues of European Integration*, vol. 18, n.º 2, 1991, pp. 69-100;
- DALMBERT, OSCAR, *Traité théorique et pratique de la Purge des Privilèges et Hypothèques*, 3.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1914;
- DAMASCELLI, DOMENICO, "La «circulation» au sein de l'espace judiciaire européen des actes authentiques en matière successorale", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 2, 2013, pp. 425-432;
- DAMMAN, JENS C., "Freedom of Choice in European Corporate Law", *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, 2004, pp. 477-544;
- DAMMANN, REINHARD, "Fiducie-sûreté et conflit de lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2008-2010, pp. 17-54;
- , "En route vers la modernisation du règlement européen relatif aux procédures d'insolvabilité", *La Semaine Juridique — Entreprise et Affaires*, 2013, pp. 22-28;
- DANIELE, LUIGI, "Legge applicabile e diritto uniforme nel Regolamento Comunitario relativo alle procedure di insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVIII, n.º 1, 2002, pp. 33-50;
- , "Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 289-318;
- DASSESE, MARC / ISAACS, STUART / PENN, GRAHAM, *EC Banking Law*, 2.<sup>a</sup> Edição, Lloyd's of London Press, Ltd., Londres, 1994;

- DAVÌ, ANGELO, "L'autonomie de la volonté en droit international privé des successions dans la perspective d'une future réglementation européenne", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XL, n.° 2, 2004, pp. 473-498;
- DAVÌ, ANGELO / ZANOBETTI, ALESSANDRA, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione Europea", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.° 2, 2013, pp. 5-139;
- DAVID, NICOLAS, "Les clauses de stabilité dans les contrat pétroliers. Questions d'un praticien", *Journal du Droit International*, vol. 113, n.° 1, 1986, pp. 79-107;
- DAVID, RENÉ, "The Methods of Unification", *American Journal of Comparative Law*, vol. 16, n.° 1 e 2, 1968, pp. 13-27;
- , "Il Diritto del Commercio Internazionale: un nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova *lex mercatoria*?", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XXII, Parte Prima, 1976, pp. 577-590;
- DAVIES, IWAN, "The New *Lex Mercatoria*: International Interests in Mobile Equipment", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 151-173;
- DE BOECK, CH., "Les conflits de lois en matière de droits réels dans le cas de faillite", *Revue de Droit International Privé*, Tomo IX, 1913, pp. 283-320 e 793-816;
- DE BOER, M., "The EEC Contracts Convention and the Dutch Courts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, n.° 1, 1990, pp. 24-62;
- , "Party Autonomy and its limitations in the Rome II Regulation", *Yearbook of Private International Law*, vol. 9, 2007, pp. 19-29;
- , "The Purpose of Uniform Choice-of-Law Rules: The Rome II Regulation", *Netherlands International Law Review*, vol. LVI, 2009, pp. 295-332;
- , "Living apart together: the relationship between public and private international law", *Netherlands International Law Review*, vol. LVII, 2010, pp. 183-207;
- DE CESARI, PATRIZIA, *Autonomia della volontà e legge regolatrice delle successioni*, CEDAM, Milão, 2001;
- , "Giurisdizione, Riconoscimento ed Esecuzione delle Decisioni nel Regolamento Comunitario relativo alle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIX, n.° 1, 2003, pp. 55-84;
- , "«Disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente» e «Norme di applicazione necessaria» nel Regolamento Roma I", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 257-272;

- DE NOVA, RODOLFO, *L'Estinzione delle Obbligazioni Convenzionali nel Diritto Internazionale Privato*, Libreria Treves, Pavia, 1930;
- , "Conflits de lois et normes fixant leur propre domaine d'application", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 377-401;
- , "I Conflitti di Leggi e le Norme Sostanziali Funzionalmente Limitate", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 699-706;
- , "Norme autolimitate e autonomia delle parti", *Multitudo Legum Ius Unum — Festschrift für Wilhelm Wengler zum 65. Geburtstag*, Vol. II, JOSEF TITTEL, Inter Recht, Berlin, 1973, pp. 617-634;
- , "Quando un contratto è «Internazionale?»", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIV, 1978, pp. 665-680;
- DEAKIN, SIMON, "Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?", *European Law Journal*, vol. 12, n.° 4, 2006, pp. 440-454;
- DEBY-GÉRARD, FRANCE, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, Dalloz, Paris, 1973;
- DEFALQUE, LUCETTE / PERTEK, JACQUES / STEINFELD, PHILLIPE / VIGNERON, PHILIPPE, *Libre circulation des personnes et des capitaux. Rapprochement des législations*, Commentaire J. Mégret (Vol. 3; Tomo 2), Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, Bruxelles, 2007;
- DEGUÉE, JEAN-PIERRE / DEVOS, DIEGO, "La loi applicable aux titres intermédiés: l'apport de la Convention de la Haye de décembre 2002", *Revue de Droit Commercial Belge*, n.° 1 (Janvier), 2006, pp. 5-32;
- DELANY, V. T. H., "Charitable Trusts and the Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 10, 1961, pp. 385-400;
- DELAUME, G.-R., "L'autonomie de la volonté en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 39, 1950, pp. 321-340;
- DERRUPPÉ, JEAN, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (Société DLAC)", *Journal du Droit International*, Ano 97, 1970, pp. 916-923;
- DESANTES REAL, MANUEL, "España ante el proceso de elaboración del derecho internacional privado «intracomunitario»", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 204-224;
- DESBOIS, H., "Des Conflits de lois en matière de transfert de propriété", *Journal du Droit International*, Ano 58, 1931, pp. 281-321;

- DESCHAMPS, MICHEL, "Conflict-of-Laws Rules for Security Rights: What Should Be the Best Rules?", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 284-296;
- DEVROE, W., "Privatizations and Community Law: Neutrality versus Policy", *Common Market Law Review*, vol. 34, n.º 2, 1997, pp. 267-306;
- DIAS, LUÍS MANUEL AGUIAR, *O Descarrilamento e a Regeneração do Sistema Monetário Europeu*, Almedina, Coimbra, 1997;
- DIAS, RUI PEREIRA, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas — Uma análise de direito material e de direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007;
- , "O acórdão *Cartesio* e a liberdade de estabelecimento das sociedades", *Direito das Sociedades em Revista*, Ano II, vol. 3, 2010, pp. 215-236;
- , "Suing Corporations in a Global World: a role for transnational jurisdiction cooperation?", *Yearbook of Private International Law*, vol. 14, 2012-2013, pp. 493-517;
- DÍAZ FRAILE, JUAN MARÍA, "La libre circulación de capitales y su incidencia en el crédito hipotecario: la CEE y otras comunidades internacionales", *Regesta — Revista de Direito Registral*, vol. 13, n.º 2, 1992, pp. 116-132;
- DICEY, ALBERT VENN / MORRIS, JOHN HUMPHREY CARLILE, *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. I, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000;
- , *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. II, 13.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2000;
- , *Dicey and Morris on the conflict of laws*, Vol. II, 14.ª Edição, Sweet & Maxwell, Londres, 2006;
- DICKINSON, ANDREW, "European Private International Law: embracing new horizons or mourning the past?", *Journal of Private International Law*, vol. 1, 2005, pp. 197-236;
- , *The Rome II regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford University Press, Oxford, 2008;
- DIDIER, PAUL, "La problématique du droit de la faillite internationale", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, n.º 3, 1989, pp. 201-206;
- DIÉNA, GIULIO, *I Diritti Reali nel Diritto Internazionale Privato*, Unione Tipografico — Editrice, Torino, 1895;
- , "Les conflits de lois en matière de droits réels à l'Institut de Droit International", *Revue de Droit International Privé et de Droit Pénal International*, vol. VII, 1911, pp. 561-586;
- DIMATTEO, LARRY A., "Harmonization of International Sales Law", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, QI ZHOU, SEVERINE SAINTIER E KEITH ROWLEY, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 559-579;

- DIRIX, ERIC, "Remedies of Secured Creditors outside Insolvency", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 223-241;
- DODGE, WILLIAM S., "Extraterritoriality and Conflict-of-Laws Theory: An Argument for Judicial Unilateralism", *Harvard International Law Journal*, vol. 39, n.º 1, 1998, pp. 101-169;
- DOMÍNGUEZ LUELMO, ANDRÉS, "Derechos de Garantía sobre Bienes Muebles", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 967-985;
- DONATI, DONATO, *Stato e Territorio*, Athenaeum, Roma, 1924;
- DORDI, CLAUDIO, "La Convenzione dell'Unione Europea sulle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIII, n.º 2, 1997, pp. 333-366;
- DOUCHY-OUDOT, MÉLINA / GUINCHARD, EMMANUEL, "Espace judiciaire civil européen", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 47, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 2011, pp. 871-883;
- DOURADO, ANA PAULA, *Lições de Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010;
- DREWICS-TULODZIECA, AGNIESZKA, "Foreword", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 3-4;
- , "The position of an owner of a real estate, which is encumbered with non-accessory right to property, based on the example of regulations in Poland", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 54-60;
- DREWICS-TULODZIECA, AGNIESZKA / JENSEN, ULF / MUÑIZ ESPADA, ESTHER / NASARRE AZNAR, SERGIO / SÁNCHEZ JORDÁN, ELENA / STÖCKER, OTMAR, *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, Mortgage Credit Foundation — Mortgage Bulletin 21/2005, Warsaw, 2005;
- , "Working Paper Basic Guidelines for a Eurohypothec", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 6-22;
- DREWICS-TULODZIECA, AGNIESZKA / STÖCKER, OTMAR, "Der Rang erstrangiger Hypotheken", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 6-26;

- DREYFUS, GEORGES, *L'Acte Juridique en Droit Privé International — Étude sur les Conflits de Lois*, Arthur Rousseau Éditeur, Paris, 1904;
- DROBNIG, ULRICH, "Conflict of Laws and the European Economic Community", *American Journal of Comparative Law*, vol. 15, 1966-1967, pp. 204-229;
- , "Eigentumsvorbehalte bei Importlieferungen nach Deutschland", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 32, 1968, pp. 450-472;
- , *American-German Private International Law*, 4.<sup>a</sup> Edição, Oceana Publications, New York, 1972;
- , "Mobiliarsicherheiten im Internationalen Wirtschaftsverkehr", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 468-489;
- , "The recognition of non-possessory security interests created abroad in Private International Law", *General Reports to the 10th International Congress of Comparative Law*, Akadémiai Kiadó, Budapest, 1981, pp. 289-310;
- , "Ein Vertragsrecht für Europa", *Festschrift fuer Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag*, JÜRGEN BAUR, KLAUS HOPT E PETER MAILAENDER, De Gruyter, Berlin, 1990, pp. 1141-1154;
- , "Scope and general rules of a European Civil Code", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 489-496;
- , "Secured Credit in International Insolvency Proceedings", *Texas International Law Journal*, vol. 33, n.º 1, 1998, pp. 53-70;
- , "European Private International Law after the Treaty of Amsterdam: Perspectives for the Next Decade", *King's College Law Journal*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 190-201;
- , "The law governing credit security", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelas, 2000, pp. 57-82;
- , "Property Law in a Future European Civil Code", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 103-115;
- , "German Conflict Rules on Security Interests in Movable Assets", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 145-158;

- , "Security Rights in Movables", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUUD HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 741-755;
- , "Transfer of Property", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUUD HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 725-740;
- , "Unified Rules on Proprietary Security — in the World and in Europe", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 667-678;
- , "European Conflict Rules for the Mutual Recognition of Security Rights in Goods", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 165-185;
- DROBNIG, ULRICH / GOODE, ROY, "Security for payment in export and import transactions", *Commercial Operations in Europe*, ROY GOODE E K. R. SIMMONDS, A. W. Sijthoff, Leyden, 1978, pp. 339-371;
- DROBNIG, ULRICH / MAKAROV, ALEXANDER, "Chapter 2: Sources", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2011, pp. 3-34;
- DROZ, GEORGES A. L., *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, Paris, 1972;
- , "Les règles du Traité CEE sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, Bruxelles, 1981, pp. 49-76;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Janeiro de 1985, *Rottwinkel*, proc. 241/83", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 75, n.º 1, 1986, pp. 128-143;
- , "Problèmes soulevés par l'établissement, en Angleterre ou aux Etats-Unis, d'un mandat d'hypothéquer un immeuble français", *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, Paris, 1991, pp. 93-101;
- , "Regards sur le droit international privé comparé — Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1991-IV, Tomo 229, 1991, pp. 13-424;
- , "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 29 de Novembro de 1994 (*Bousmaha c. Ministério Público*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 3, 1995, pp. 543-547;



- , "L'Activité Notariale Internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 280, 1999, pp. 9-133;
- DUARTE, MARIA LUÍSA, "O Tratado de Lisboa — Uma visita guiada ao novo estatuto jurídico da União Europeia", *Estudos sobre o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 7-89;
- , *União Europeia — Estática e dinâmica da ordem jurídica eurocomunitária*, Almedina, Coimbra, 2011;
- , *Direito Internacional Público e Ordem Jurídica Global do Século XXI*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- DUARTE, RUI PINTO, "Direito Comunitário e Direitos Reais", *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Vol. IV, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 451-466;
- , *Curso de Direitos Reais*, 3.<sup>a</sup> Edição, Príncípa, Cascais, 2013;
- DUTOIT, BERNARD, "The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts", *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 39-65;
- , "Le droit international privé des obligations non contractuelles à l'heure européenne: le Règlement Rome II", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 309-329;
- DUTTA, ANATOL, "Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 547-606;
- DUURSMA-KEPPLINGER, HENRIETTE-CHRISTINE / DUURSMA, DIETER / CHALUPSKY, ERNST, *Europäische Insolvenzverordnung — Kommentar*, Springer, Wien, 2002;
- DYER, ADAIR, "Introductory note on the Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition", *Uniform Law Review*, I, 1985, pp. 274-284;
- EDWARD, DAVID / HOSKINS, MARK, "Article 90: Deregulation and EC Law. Reflections arising from the XVI FIDE Conference", *Common Market Law Review*, vol. 32, n.º 1, 1995, pp. 157-186;
- EHLERMANN, CLAUDIUS DIETER, "Compétition entre systèmes réglementaires", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 387, 1995, pp. 220-227;
- EHRENZWEIG, ALBERT A., *A Treatise on the Conflict of Laws*, West Publishing Co., St. Paul, 1962;

- , *Private International Law — A Comparative Treatise on American International Conflicts Law, Including the Law of Admiralty. General Part*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1967;
- , "Specific Principles of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1968-II, Tomo 124, 1968, pp. 167-370;
- EIDENMÜLLER, HORST, "Free Choice in International Corporate Law: European and German Corporate Law in European Competition between Corporate Law Systems", *An Economic Analysis of Private International Law*, JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 187-205;
- , "Secured Creditors in Insolvency Proceedings", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 273-283;
- , "Recht als Produkt", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 64, n.º 13, 2009, pp. 641-653;
- , "The Transnational Law Market, Regulatory Competition, and Transnational Corporations", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 18, n.º 2, 2011, pp. 707-749;
- EINSELE, DOROTHEE, "Rechtswahlfreiheit im Internationalen Privatrecht", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 60, n.º 3, 1996, pp. 417-447;
- , "The Book-Entry in a Securities Account: Linchpin of a Harmonised Legal Framework of Securities Held with an Intermediary", *Uniform Law Review*, vol. 9, n.º 1, 2004, pp. 41-50;
- , "Security Interests in Financial Instruments", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 350-363;
- ELVIRA BENAYAS, MARÍA JESUS, "Las competencias externas de la UE y el Derecho internacional privado tras el Dictamen del Tribunal de Justicia relativo al Convenio de Lugano", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 16, 2008, disponível na internet via <http://www.reei.org>, consultado em 19 de Fevereiro de 2015, pp. 1-19;
- EMILIOU, NICHOLAS, "Subsidiarity: an effective barrier against «the enterprises of ambition?»", *European Law Review*, vol. 17, n.º 5, 1992, pp. 383-407;
- ENGEL, ANDREAS, "Internationales Sachenrecht: Verjährung nach Statutenwechsel", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 34, n.º 6, 2014, pp. 520-524;
- ERBER-FALLER, SIGRUN, "Electronic Legal Transactions and Digital Signatures in Germany", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 47-58;

- ERNST, ULRICH, "Das polnische IPR-Gesetz von 2011 — Mitgliedstaatliche Rekodifikation in Zeiten supranationaler Kompetenzwahrnehmung", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 3, 2012, pp. 597-638;
- ESPINASSOUS, VALENTINE, *L'uniformisation du droit substantiel et le conflit de lois*, LGDJ, Paris, 2010;
- ESPINIELLA MENÉNDEZ, ÁNGEL, "La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXV, n.º 2, 2013, pp. 387-391;
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS, *La Quiebra Internacional*, Bosch, Barcelona, 1993;
- , "El Derecho Internacional Privado y la nueva Ley Española de Enjuiciamiento Civil de 7 de Enero de 2000", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVII, n.º 2, 2001, pp. 279-320;
- , "Application of Foreign Law — Harmonization of Private International Law in Europe and Application of Foreign Law: the «Madrid Principles» of 2010", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 273-297;
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS / BARONA VILAR, SILVIA / HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Contratación Internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994;
- ESPLUGUES MOTA, CARLOS / IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS / PALAO MORENO, GUILLERMO, "General Report on the Application of Foreign Law by Judicial and Non-Judicial Authorities in Europe", *Application of Foreign Law*, CARLOS ESPLUGUES MOTA, JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES E GUILLERMO PALAO MORENO, Sellier — European Law Publishers, München, 2011, pp. 3-94;
- EUROHYPOTHEC RESEARCH GROUP, *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/fin-services-retail/docs/home-loans/comments/priv-es\\_eurohypotheq-es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/fin-services-retail/docs/home-loans/comments/priv-es_eurohypotheq-es.pdf), consultado em 24 de Março de 2015;
- EUROPEAN BANKING INDUSTRY COMMITTEE, *EBIC's Position on the Commission Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, Bruxelas, 2005;
- EUROPEAN LAND REGISTRY ASSOCIATION, *Common Conveyancing Reference Framework*, disponível na internet via <http://www.eurogeographics.org/sites/default/files/CommonConveyancingReferenceFramework.pdf>, consultado em 1 de Julho de 2015;

- FACH GÓMEZ, KATIA, "Transposición de la Directiva 94/47: La Ley española 42/98 sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico. Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado", *Noticias de la Unión Europea*, Año XVI, n.º 187/188, 2000, pp. 9-16;
- , "Obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado: tendencias actuales y perspectivas de futuro en el ámbito europeo", *XXX Curso de Derecho Internacional*, COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, Organización de los Estados Americanos, Washington D.C., 2004, pp. 317-333;
- FALCÃO, LUCAS FERNANDES, *Do Direito Internacional Privado*, Dissertação Inaugural para o acto de Conclusões Magnas na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1868;
- FALLON, MARC, "Les règles d'applicabilité en Droit International Privé", *Mélanges Offerts à Raymond Vander Elst*, Vol. I, Editions Nemesis, Bruxelles, 1986, pp. 285-322;
- , "Variations sur le Principe d'Origine, entre droit communautaire et droit international privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 187-221;
- , "Groupe européen de droit international privé — Quatrième réunion, Barcelone, 29septembre - 1er octobre 1994", *Revue Belge de Droit International*, vol. XXVII, n.º 2, 1994, pp. 717-721;
- , "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré — L'expérience de la Communauté Européenne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 253, 1995, pp. 9-282;
- , "Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles", *European Review of Private Law*, vol. 7, n.º 1, 1999, pp. 45-68;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 89, n.º 4, 2000, pp. 710-737;
- , "L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 331-341;
- FALLON, MARC / KINSCH, PATRICK / KOHLER, CHRISTIAN, *Le droit international privé européen en construction — Building European Private International Law*, Vingt ans de travaux du GEDIP — Twenty Years' Work by GEDIP, Intersentia, Cambridge, 2011;

- FALLON, MARC / MEEUSEN, JOHAN, "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.º 3, 2002, pp. 435-490;
- , "Private International Law in the European Union and the Exception of Mutual Recognition", *Yearbook of Private International Law*, vol. 4, 2002, pp. 37-66;
- FAUS, MANUEL, "Hipoteca en garantía de varias obligaciones", *Breviario Civil*, Vol. II — Derechos reales especiales, Editorial VLex, 2008, disponível na internet via <http://vlex.com/vid/43915063>, consultado em 18 de Junho de 2010,
- FAWCETT, JAMES / HARRIS, JONATHAN / BRIDGE, MICHAEL, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005;
- FAZZINI, PIETRO / WINKLER, MATTEO, "La proposta di modifica del regolamento sulle procedure di insolvenza", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 27, n.º 1, 2013, pp. 141-165;
- FEDERAÇÃO HIPOTECÁRIA EUROPEIA, *HYPOSTAT 2014 — A review of europe's mortgage and housing markets*, disponível na internet via [http://www.hypo.org/PortalDev/Objects/6/Files/Hypostat\\_2014.pdf](http://www.hypo.org/PortalDev/Objects/6/Files/Hypostat_2014.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015;
- FEDOZZI, PROSPERO, "Quelques considérations sur l'idée d'ordre public international", *Journal du Droit International*, Ano 24, 1897, pp. 69-78 e pp. 495-507;
- , "De l'efficacité extraterritoriale des lois et des actes de droit public", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1929-II, Tomo 27, 1929, pp. 141-242;
- , *Trattato di Diritto Internazionale*, Vol. IV, Il Diritto Internazionale Privato — Teorie Generali e Diritto Civile, CEDAM, Padova, 1935;
- FELDTHUSEN, R. K., "National Report for Denmark", *Principles of European Trust Law*, Vol. I, DAVID J. HAYTON, SEBASTIANUS CONSTANTINUS JOHANNES JOSEPHUS KORTMANN E HENDRIK VERHAGEN, Kluwer Law International — W. E. J. Tjeenk Willink, Hague — Deventer, 1999, pp. 173-193;
- FERACI, ORNELLA, "L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n.º 2, 2013, pp. 424-491;
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO, *Direitos Reais*, 6.ª Edição, Quid iuris, Lisboa, 2010;
- , *Teoria Geral do Direito Civil*, Vol. II, Fontes, Conteúdo e Garantia da Relação Jurídica, 5.ª Edição, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010;
- FERNANDES, LUÍS CARVALHO / LABAREDA, JOÃO, *Insolvências Transfronteiriças*, Quid iuris?, Lisboa, 2003;

- FERNANDES, MARIA JOÃO MATIAS, "O direito aplicável aos negócios relativos a instrumentos financeiros: a disciplina introduzida pelo novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais («Roma I»)", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 149-172;
- FERNANDES, PEDRO PIRES, *Da Euro-hipoteca: Exposição da proposta e suas características principais*, Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, (policopiado), Coimbra, 2008;
- FERNÁNDEZ DE PALENCIA, ELENA BELLOD, "Apuntes sobre la novación y la accesoriadad en la hipoteca de máximo", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3581-3601;
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS, "Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 17, n.º 3, 1990, pp. 785-826;
- , "La aplicación del derecho extranjero por los notarios", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XXXV, 1996, pp. 175-209;
- , "Lex Mercatoria y autonomía conflictual en la contratación transnacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo IV, 2004, pp. 35-78;
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS / ARENAS GARCÍA, RAFAEL / MIGUEL ASENSIO, PEDRO, *Derecho de los Negocios Internacionales*, Iustel, Madrid, 2011;
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS / SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3.ª Edição, Editorial Civitas, Madrid, 1996;
- , *Derecho Internacional Privado*, Thomson — Civitas, Madrid, 2004;
- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, ANA, "Aproximación a un concepto autónomo de propiedad sucesoria en el Reglamento núm. 650/2012", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 377-388;
- FERRARI, FRANCO, "La loi applicable à défaut de choix par les parties selon l'article 4 de la proposition de Règlement Rome I", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 115-149;
- , "Tendance insulariste et lex forisme malgré un droit uniforme de la vente", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 2, 2013, pp. 323-358;
- FERREIRA, AMADEU JOSÉ, *Valores Mobiliários Escriturais — Um novo modo de representação e circulação de direitos*, Almedina, Coimbra, 1997;

- FERREIRA, ANTÓNIO PEDRO A., *Direito Bancário*, Quid iuris, Lisboa, 2005;
- FERREIRA, EDUARDO PAZ, "O Banco Mundial cinquenta anos depois de Bretton Woods", *Revista da Banca*, n.º 33 (Janeiro/Março de 1995), 1995, pp. 61-94;
- , "A Constituição Económica e a União Económica e Monetária: da Construção do Socialismo ao Credo Monetarista", *Em Torno da Revisão do Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 179-204;
- , *União Económica e Monetária: um guia de estudo*, Quid iuris?, Lisboa, 1999;
- FERREIRA, JOSÉ DIAS, *Código Civil Portuguez Annotado*, Vol. I, 2.<sup>a</sup> Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894;
- , *Código Civil Portuguez Annotado*, Vol. III, 2.<sup>a</sup> Edição, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1894;
- FERREIRINHA, FERNANDO NETO / SILVA, ZULMIRA NETO LINO DA, *Manual de Direito Notarial*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2005;
- FERRERI, SILVIA, "Unificazione, uniformazione", *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Vol. XIX, UTET, Torino, 2004, pp. 504-514;
- FESSLER, HELMUT, "O notariado latino nos países de Leste após a queda do Muro de Berlim", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 63-67;
- FÍNEZ RATÓN, JOSÉ MANUEL, "Garantías Reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3829-3839;
- FIorentini, FRANCESCA, "La riforma francese delle garanzie nella prospettiva comparatistica", *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2006, pp. 1155-1202;
- FITCHEN, JONATHAN, "Authentic Instruments and European Private International Law in Civil and Commercial Matters: is now the time to break new ground?", *Journal of Private International Law*, vol. 7, n.º 1, 2011, pp. 33-100;
- , "«Recognition», Acceptance and Enforcement of Authentic Instruments in the Succession Regulation", *Journal of Private International Law*, vol. 8, n.º 2, 2012, pp. 323-358;
- FLEISCHER, HOLGER, "Optionales europäisches Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 235-252;
- FLESSNER, AXEL, "Fakultatives Kollisionsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 34, 1970, pp. 547-584;

- , "Dingliche Sicherungsrechte nach dem Europäischen Insolvenzübereinkommen", *Festschrift für Ulrich Drobnig zum siebzigsten Geburtstag*, JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E HEIN KÖTZ, Mohr Siebeck, Tübingen, 1998, pp. 277-287;
- , "Friktionen zwischen der internationalen und der europäischen Vereinheitlichung des Privatrechts", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 23-37;
- , "Security Interests in Receivables — A European Perspective", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 336-349;
- , "Choice of Law in International Property Law — New Encouragement from Europe", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 11-39;
- FLETCHER, IAN F., *Insolvency in Private International Law*, Oxford University Press, Oxford, 1999;
- , "A culling of sacred cows: the impact of the EC insolvency regulation on English conflict of laws", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 167-186;
- , "Choice of Law Rules", *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, GABRIEL MOSS, IAN F. FLETCHER E STUART ISAACS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 45-65;
- FLETCHER, IAN F. / ANDERSON, HAMISH, "The Insolvency Issues", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 257-288;
- FLYNN, LEO, "Coming of Age: the free movement of capital case law 1993-2002", *Common Market Law Review*, vol. 39, n.º 4, 2002, pp. 773-805;
- FOËX, BENEDICT, "L'Eurohypothèque", *L'Européanisation du droit privé: Vers un Code civil européen?*, FRANZ WERRO, Editions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1998, pp. 481-496;
- FONT I MAS, MARIA, "La autenticidad formal de los documentos públicos en España como obstáculo a las relaciones internacionales y la propuesta de reglamento sobre la simplificación de la aceptación de documentos públicos en la UE", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 47-83;



- FONTANA, RENATA, "Direct Investments and Third Countries: Things are Finally Moving... in the Wrong Direction", *European Taxation*, vol. 47, n.º 10, 2007, pp. 431-436;
- FORNASIER, MATEO, "»28.« versus »2. Regime«— Kollisionsrechtliche Aspekte einen optionalen europäischen Vertragsrechts", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 401-442;
- FORNER DELAYGUA, JOAQUIN, "Ley aplicable y ley respetable", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 417-427;
- FOUCHARD, PHILIPPE, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (*Société DLAC*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 60, 1971, pp. 75-86;
- , "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 3 de Maio de 1973 (*Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV*)", *Journal du Droit International*, Ano 102, 1975, pp. 74-82;
- FOX, MERRIT B., "Securities Disclosure in a Globalizing Market: Who Should Regulate Whom", *Michigan Law Review*, vol. 95, n.º 8, 1997, pp. 2498-2632;
- FOYER, JACQUES, "Les mesures d'assistance éducative en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, n.º 1, 1965, pp. 39-66;
- FRANCESCAKIS, PH., "Comentário ao Acórdão do Areópago n.º 121/1951, sobre a forma do testamento", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 42, 1953, pp. 371-376;
- , "Comentário ao Acórdão do Hoge Raad der Nederlanden de 21 de Novembro de 1952, *Nederlandse Belegging Maatschappij c. Kaufmann*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 47, 1958, pp. 512-519;
- , *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*, Sirey, Paris, 1958;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de grande instance de la Seine de 24 de Outubro de 1960, *von Wallenberg*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 51, 1962, pp. 507-512;
- , "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, 1966, pp. 238-264;
- , "Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 55, n.º 1, 1966, pp. 1-18;
- , "Lois d'Application Immédiate et Règles de Conflit", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno III, 1967, pp. 691-698;

- , "Conflits de Lois (principes généraux)", *Répertoire de droit international*, Vol. I, Dalloz, Paris, 1968, pp. 470-497;
- , "Observations au Rapport sur l'application du droit public étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 56, 1975, pp. 192-201;
- FRANKENSTEIN, ERNST, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1926;
- , *Internationales Privatrecht*, Vol. II, Dr. Walther Rothschild, Berlin, 1929;
- FRANZINA, PIETRO, "Il ruolo della rete giudiziaria europea nell'applicazione e nello sviluppo degli strumenti della cooperazione giudiziaria in materia civile", *Verso un "ordine comunitario" del processo civile — Atti del Convegno interinale della Società italiana di Diritto internazionale (Como, 23 novembre 2007)*, NERINA BOSCHIERO E PAOLO BERTOLI, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008, pp. 185-199;
- , "Articolo 4.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 706-712;
- , "Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio n. 593, dell'17 Giugno 2008 (ROMA I)", *Codice Civile e Leggi Collegate — Commento Giurisprudenziale Sistemato*, Tomo II, G. CIAN E ALBERTO TRABUCCHI, CEDAM, Padova, 2010, pp. 6115-6173;
- , "L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, n.º 2, 2011, pp. 488-496;
- , "The Law Applicable to Divorce and Legal Separation under Regulation (EU) n.º 1259/2010 of 20 December 2010", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 85-129;
- , "The proposed new rule of special jurisdiction regarding rights *in rem* in moveable property: a good option for a reformed Brussels I Regulation?", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 25, n.º 3, 2011, pp. 789-808;
- FREY, BRUNO S. / EICHENBERGER, REINER, "FOCJ: Competitive Governments for Europe", *International Review of Law and Economics*, vol. 16, 1996, pp. 315-327;
- FREYRIA, CHARLES, "La notion de conflit de lois en droit public", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1962-1964, pp. 103-132;
- FREZZA, PAOLO, *Le Garanzie delle Obbligazioni — Corso di Diritto Romano*, Vol. II, Le Garanzie Reali, CEDAM, Padova, 1963;

- FRIGO, MANLIO, "Ethical rules and codes of honour related to museum activities: a complementary support to the private international law approach concerning the circulation of cultural property", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 371-389;
- FRISON-ROCHE, MARIE-ANNE, "La conception renouvelée du notariat par la perspective de régulation économique", *Le notariat et la mondialisation, congrès du Mouvement Jeune Notariat*, 2007, pp. 50-56;
- FUMAGALLI, LUIGI, "Il Regolamento Comunitario sulle Procedure di Insolvenza", *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI (Seconda Serie), n.º 3, 2001, pp. 677-709;
- FUSARO, ANDREA, "Le linee di tendenza del diritto europeo dell'ipoteca: Euroipoteca e ipoteca ricaricabile", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LXII — Nuova serie, n.º 5 (Settembre-Ottobre), 2009, pp. 553-566;
- FUZIER, PIERRE-ÉRIC, "La réforme des sociétés de crédit foncier", *Revue de Droit Bancaire et de la Bourse*, n.º 75, 1999, pp. 155-159;
- GAA, THOMAS M., "Harmonization of International Bankruptcy Law and Practice: Is It Necessary? Is It Possible?", *International Lawyer*, vol. 27, n.º 4, 1993, pp. 881-909;
- GAILLARD, EMMANUEL / TRAUTMAN, DONALD THEODORE, "La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 75, n.º 1, 1986, pp. 1-31;
- , "Trusts in Non-Trust Countries: Conflict of Laws and the Hague Convention on Trusts", *American Journal of Comparative Law*, vol. 35, 1987, pp. 307-340;
- GALANTI, ENRICO / MARANGONI, MARIO, "La disciplina italiana dei Covered Bond", *Quaderni di Ricerca Giuridica della Consulenza Legale — Banca d'Italia*, n.º 58, 2007, pp. 5-85;
- GAMBARO, ANTONIO, "Perspectives on the codification of the law of property", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 497-504;
- GAMBARO, ANTONIO / GIARDINA, ANDREA / PONZANELLI, GIULIO, "Commentario alla Convenzione relativa alla Legge sui Trusts ed al loro Riconoscimento", *Le nuove leggi civili commentate*, Ano XVI, n.º 6, 1993, pp. 1211-1349;
- GANDOLFI, GIUSEPPE, "Pour un code européen des contrats", *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, vol. 91, n.º 4, 1992, pp. 707-736;

- GANNAGÉ, PIERRE, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454;
- GARAU SOBRINO, FEDERICO, "La no-doctrina constitucional sobre la alegación y prueba del derecho extranjero", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 430-443;
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, "El Anteproyecto de Código Europeo de Contratos (Proyecto Gandolfi o del Grupo de Pavía)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 205-215;
- GARCÍA DE PARADA, PEDRO CARRIÓN, "Los documentos notariales en los nuevos reglamentos europeos: el Reglamento de sucesiones y la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y la de efectos patrimoniales de las parejas registradas", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 183-234;
- GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, Civitas, Madrid, 1988;
- GARCÍA MÁS, FRANCISCO JAVIER, "O controlo da legalidade — seu significado", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 73-80;
- GARCIA VILLAREJO, AVELINO, "Las Uniones Monetarias y la Cohesión Económica y Social: el ejemplo europeo", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. XLII, 1999, pp. 27-89;
- GARCÍA-ARANGO Y DÍAZ-SAAVEDRA, CÉSAR, "Patología actual la hipoteca de máximo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 593, 1989, pp. 1113-1152;
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO, "El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales: una aproximación económica", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XLVII, n.º 2, 1995, pp. 11-39;
- , "Regulatory Competition: A Private International Law Approach", *European Journal of Law and Economics*, vol. 8, n.º 3, 1999, pp. 251-270;
- , "El Convenio de la Haya sobre la ley aplicable a ciertos derechos sobre valores depositados en un intermediario", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Año XXII, n.º 90, 2003, pp. 163-189;

- , "La Directiva sobre Acuerdos de Garantía Financiera y el Gobierno de los Riesgos Conflictuales", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 6289-6305;
- , "The UNIDROIT Project on Intermediated Securities: Direct and Indirect Holding Systems", *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1/2006, 2006, pp. 1-21;
- GARDELLA, ANNA, "La circolazione dei beni culturali: la disciplina comunitaria e il progetto di legge di attuazione della Direttiva CEE 93/7", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 10, n.º 2-3, 1996, pp. 327-359;
- , "Nuove prospettive per la protezione internazionale dei beni culturali: La Convenzione dell'Unidroit del 24 Giugno 1995", *Diritto del Commercio Internazionale*, vol. 12, n.º 4, 1998, pp. 997-1030;
- , "Conflitti di leggi e ambito di applicazione della Convenzione di Roma del 1980 nei trasferimenti di pacchetti azionari", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Parte Seconda, Vol. LIV, n.º 6 (Novembro-Dezembro), 2001, pp. 689-698;
- , "La legge applicabile alle garanzie finanziarie tra localizzazione e autonomia privata: una prima ricognizione dopo l'attuazione della Direttiva 2002/47/CE", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, vol. LXVIII (Nuova Serie), n.º 5, 2005, pp. 583-625;
- , *Le garanzie finanziarie nel diritto internazionale privato*, Giuffrè Editore, Milão, 2007;
- , "Articolo 3.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 611-629;
- , "Articolo 4.º — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali ('Roma I'): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.º 3/4, 2009, pp. 713-717;
- GARDEÑES SANTIAGO, MIGUEL, "El Desarrollo del Derecho Internacional Privado tras el Tratado de Amsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n.º 11, 2002, pp. 231-249;
- GAROFALO, LUCIANO, "Volontà delle parti e norme imperative nella Convenzione di Roma sulla legge applicabile ai contratti e nel nuovo sistema italiano di diritto internazionale privato", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXII, n.º 3, 1996, pp. 469-498;

- , "Diritto comunitario e conflitti di leggi — Spunti sulle nuove tendenze del diritto internazionale privato contemporaneo emergenti dal Regolamento Roma II", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 413-431;
- GARRIDO, JOSÉ M., "Some Reflections on the EU Bankruptcy Convention and its Implications for Secured and Preferential Creditors", *International Insolvency Review*, vol. 7, n.º 2, 1998, pp. 79-94;
- GARRIGA SUAÚ, GEORGINA, "La autonomía de la voluntad conflictual y los accidentes de circulación por carretera transfronterizos", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 463-473;
- GARRO, ALEJANDRO M., "Chapter 8: Recordation of Interests in Land", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, ATHANASSIOS N. YIANNPOULOS, RENÉ DAVID, E. EGAWA, R. GRAVESON, V. KNAPP, ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, Y. NODA, S. ROZMARYN, V. M. TSCCHIKVADZE, HAROLDO VALLADÃO, H. YNTEMA, ANN ARBOR, ULRICH DROBNIG E KONRAD ZWEIGERT, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 2004, pp. 3-197;
- GAUDEMET-TALLON, HELÈNE, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 8 de Julho de 1969 (*Société DLAC*)", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 1970-II, 1970, n.º 16182;
- , "Le nouveau droit international privé européen des contrats (Commentaire de la convention C.E.E. n.º 80/934 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980)", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 17, 1981, pp. 215-285;
- , "Droit privé et droit communautaire: quelques réflexions", *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 437, 2000, pp. 228-242;
- , "Quel droit international privé pour l'Union Européenne?", *International Conflict of Laws for the Third Millennium — Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, PATRICK J. BORCHERS E JOACHIM ZEKOLL, Transnational Publishers, New York, 2001, pp. 317-338;
- , "De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 159-181;

- , "Le droit international privé des contrats dans un ensemble régional: l'exemple du droit communautaire", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 119-137;
- , "De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 303-325;
- , *Compétence et exécution des jugements en Europe*, LGDJ, Paris, 2010;
- GAVALDA, CHRISTIAN / PARLEANI, GILBERT, *Droit des Affaires de l'Union Européenne*, 2.<sup>a</sup> Edição, Litec, Paris, 1998;
- GDANSKI, MARTIN, "Taking Security in France", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 59-89;
- GEBAUER, MARTIN, "Internationales Privatrecht und Warenverkehrsfreiheit in Europa", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 15, n.º 3, 1995, pp. 152-156;
- GEIMER, REINHOLD, "Eintragungsfähigkeit einer von einem deutschen Notar errichteten Kaufvertragsurkunde im spanischen Eigentumsregister", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 5, 2013, pp. 479-481;
- GENEVIEVE, M. KELLY, "Public policy and general interest exceptions in the jurisprudence of the European Court of Justice", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 17-39;
- GERMAIN, MICHEL / KESSEJIAN, CATHERINE, "La loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire. Le projet de convention de La Haye de décembre de 2002", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 1, 2004, pp. 49-81;
- GIALDINO, A. CURTI, "La volonté des parties en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1972-III, Tomo 137, 1972, pp. 743-938;
- GIARDINA, ANDREA, "La Convenzione Comunitaria sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali e il Diritto Internazionale Privato Italiano", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXIV, 1981, pp. 795-820;
- , "Volontà delle parti, prestazione caratteristica e collegamento più significativo", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, CEDAM, Milão, 1983, pp. 3-24;

- GIDI, ANTONIO, "Vers un procès civil transnational: une première réponse aux critiques", *Vers un procès civil universel? Les règles transnationales de procédure civile de l'American Law Institute*, PHILIPPE FOUCHARD, Panthéon-Assas, Paris, 2001, pp. 139-150;
- GIHL, TORSTEN, "Lois politiques et droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1953-II, Tomo 83, 1953, pp. 163-254;
- GILISSEN, JOHN, *Introdução Histórica ao Direito*, Tradução de A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros, 6.<sup>a</sup> Edição, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 2011;
- GIRSBERGER, DANIEL, "The Hague Convention on Indirectly Held Securities — Dynamics of the making of a modern private international law treaty", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 139-153;
- GIULIANO, MARIO, "La Loi d'Autonomie: le Principe et sa Justification Théorique", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XV, 1979, pp. 217-235;
- GIULIANO, MARIO / LAGARDE, PAUL, "Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles", *Journal Officiel des Communautés Européennes*, C-282, de 31.10.1980, 1980, pp. 1-50;
- GLAESNER, ADRIAN, "Der Kapital- und Zahlungsverkehr", *EU-Kommentar*, 2.<sup>a</sup> Edição, JÜRGEN SCHWARZE, Nomos, Baden, 2009, pp. 764-802;
- GLENDON, MARY ANN, "The Sources of Law in a Changing Legal Order", *Creighton Law Review*, vol. 17, 1983-1984, pp. 663-698;
- GLEYZE, FRANCIS, "France — Société de crédit foncier", *European Covered Bond Fact Book*, 9.<sup>a</sup> Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 265-270;
- GOJON, JEAN-FRANÇOIS, "Loi réelle et loi de la créance dans le crédit hypothécaire: un concours encore incertain", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 169-181;
- GOLDMAN, BERTHOLD, "Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1969-III, Tomo 128, 1969, pp. 631-729;
- GOLDSTEIN, GERALD / MUIR WATT, HORATIA, "La méthode de la reconnaissance à lueu de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés", *Journal du Droit International*, vol. 137, n.º 4, 2010, pp. 1085-1125;
- GOMES, JOSÉ LUÍS CARAMELO, "Unification in the Field of Property Law from the Perspective of European Law", *Rules for the transfer of Movable, a candidate for European*



- Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 239-248;
- , *Lições de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2009;
- GOMES, MANUEL JANUÁRIO DA COSTA, *Assunção Fidejussória de Dívida — sobre o sentido e o âmbito da vinculação como fiador*, Almedina, Coimbra, 2000;
- GÓMEZ BUENDÍA, CARMEN, "Noción de documento público extrajudicial en Derecho español: antecedentes históricos y su proyección en el derecho actual", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 235-262;
- GONÇALVES, ANABELA DE SOUSA, "A responsabilidade civil extracontratual em direito internacional privado — breve apresentação das regras gerais do Regulamento (CE) n.º 864/2007", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXI, n.º 329, 2012, pp. 357-390;
- , *Da Responsabilidade Extracontratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2013;
- GONÇALVES, GABRIEL ÓRFÃO, "Temas da Acção Executiva", *Themis — Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa*, Ano V, n.º 9, 2004, pp. 253-302;
- GONÇALVES, LUÍS COUTO, "Terceiros para efeitos de registo e a segurança jurídica", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 927-936;
- GONDRA ROMERO, JOSÉ MARIA, "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Europea, desde una perspectiva sistemático-funcional", *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*, EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS E SANTIAGO MUÑOZ MACHADO, Editorial Civitas, Madrid, 1986, pp. 275-312;
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, "La determinación del crédito en la garantía hipotecaria: hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 681, 2004, pp. 249-270;
- GONZÁLEZ BEILFUSS, CRISTINA, *El Trust: La institución anglo-americana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997;
- GONZÁLEZ CAMPOS, JULIO, "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5239-5270;

- , "Diversification, Spécialisation, Flexibilisation et Matérialisation des Règles de Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 287, 2000, pp. 9-426;
- , "La loi applicable au transfert de la propriété des biens culturels: spécialisation et matérialisation des règles du droit international privé", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 187-208;
- , "Diritto Privato Uniforme e Diritto Internazionale Privato", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 33-64;
- , "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-droit international privé", *Festschrift für Erik Jayme*, Vol. I, Sellier — European Law Publishers, München, 2004, pp. 263-275;
- GONZÁLEZ, JOSÉ, "Dupla qualificação: o alcance do princípio da legalidade na qualificação notarial e registal", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 206ss;
- GONZÁLEZ LAGUNA, MIGUEL, "La hipoteca cambiaria", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 533, 1979, pp. 869-899;
- GONZÁLEZ MARTÍN, NURIA / ALBORNOZ, MARÍA MERCEDES, "Comercio electrónico, Online Dispute Resolution y desarrollo", *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías*, n.º 12, 2014, pp. 3-21;
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, MANUEL, "Sobre la legitimidad del procedimiento notarial de ejecución hipotecaria", *La venta extrajudicial de bien hipotecado*, ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, Colmares, Granada, 2012, pp. 33-71;
- GOODE, ROY, "A Credit Law for Europe", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 23, 1974, pp. 227-291;
- , "The Nature and Transfer of Rights in Dematerialised and Immobilised Securities", *The Future for the Global Securities Market*, FIDELES ODITAH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 107-130;
- , "The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment: a Driving Force for International Asset-Based Financing", *Uniform Law Review*, vol. 7, n.º 1, 2002, pp. 3-15;
- , "The Cape Town Convention on International Interests in Mobile Equipment", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOU

- HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, *Kluwer Law International*, Haia, 2004, pp. 757-767;
- , "The International Interest as an Autonomous Property Interest", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 1, 2004, pp. 18-25;
- , "Rule, Practice and Pragmatism in Transnational Commercial Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 54, 2005, pp. 539-562;
- , "The Cape Town Convention and Protocols and the Conflict of Laws", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 221-234;
- GOODE, ROY / KANDA, HIDEKI / KREUZER, KARL, *Explanatory Report on the Hague Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary*, Bureau Permanent — Conférence de la Haye de Droit International Privé, Haia, 2003;
- GOODRICH, HERBERT F., "Two States and Real Estate", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 89, n.º 4, 1941, pp. 417-429;
- GORÉ, MARIE, "L'Acte Authentique en Droit International Privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1998-1999, pp. 23-48;
- GORJÃO-HENRIQUES, MIGUEL, *Direito da União*, História, Direito, Cidadania, Mercado Interno e Concorrência, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014;
- GORLA, GINO / ZANELLI, PIETRO, *Del Pegno; Delle Ipoteche*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca (a cura di Francesco Galgano) — Libro Sesto: Della Tutela Dei Diritti, 4.ª Edição, Zanichelli Editore — Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna — Roma, 1992;
- GOTHOT, PIERRE, "Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 60, 1971, pp. 1-36; 209-243; 415-450;
- GOURIO, ALAIN, "Le nouveau cadre juridique juridique du crédit aux particuliers en Europe", *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 4, n.º 2, 2003, pp. 128-147;
- GRAÇA, DIOGO MACEDO, *Os Contratos de Garantia Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010;
- GRAULICH, PAUL, "Règles de Conflit et Règles d'Application Immédiate", *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Vol. II, Émile Bruylant / Sirey, Bruxelles / Paris, 1963, pp. 629-644;
- GRIGERA NAÓN, HORACIO A., "International Contract Law, «Lois de Police» and Self-Applying Rules: an Argentine Outlook", *Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut*, n.º 19, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Saarbrücken, 1983, pp. 5-25;

- , "Les règles de droit limitant leur propre domaine d'application: Doctrine comparée et droit argentin", *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration — Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, GERHARD LÜKE, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, pp. 185-212;
- GRIMALDI, MICHEL, "Le garanzie reali in Francia. Problemi e prospettive", *Rivista Critica del Diritto Privato*, Anno XVII, n.º 3, 1999, pp. 391-414;
- , "L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire", *La Semaine Juridique — Edition générale*, n.º 20-9, 2006, pp. 33ss;
- GRIMALDI, MICHEL / REYNIS, BERNARD, "L'acte authentique électronique", *Repertoire du Notariat Deffrénois*, n.º 17/03, 2003, pp. 1023-1042;
- GRUBER, URS PETER / BACH, IVO, "The Application of Foreign Law — A progress report on a new european project", *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 157-169;
- GRÜNBERGER, MICHAEL, "Alles obsolet? — Anerkennungsprinzip vs. klassisches IPR", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 81-160;
- GRUNDMANN, STEFAN, "Binnenmarktkollisionsrecht — vom klassischen IPR zur Integrationsordnung", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 64, n.º 3, 2000, pp. 457-477;
- , "The Structure of European Contract Law", *European Review of Private Law*, vol. 9, n.º 4, 2001, pp. 505-528;
- GRUPO-FÓRUM RELATIVO AO CRÉDITO HIPOTECÁRIO, *The Integration of the EU Mortgage Credit Markets — Report of the Forum Group on Mortgage Credit*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/2004-report-integration_en.pdf), consultado em 20 de Agosto de 2012;
- GUCCIONE, ALESSANDRO, "I Contratti di Garanzia Finanziaria", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXI, n.º 4, 2008, pp. 799-841;
- GUERREIRO, J. A. MOUTEIRA, "O Estatuto do Conservador", *Boletim dos Registos e do Notariado*, n.º 4 (Abril) — Anexo, 2003, pp. 1-15;
- , "O título e o registo: âmbito das respectivas qualificações e funções", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 95-105;
- , "A Actividade Notarial e Registral na Perspectiva do Direito Português", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 291-323;

- , "A Publicidade Registral e a Segurança do Comércio Jurídico Imobiliário", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 593-601;
- , "Formalizar, Desformalizar, Desburocratizar, Simplificar nos Registos e no Notariado: Quid iuris?", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 465-491;
- , "O Registo Imobiliário — necessário instrumento do progresso económico-social", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 237-257;
- , "Publicidade e Princípios do Registo", *Temas de Registos e de Notariado*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 17-60;
- , "A usucapião e o registo: devemos repensar o tema?", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2013, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 2-43;
- , *Ensaio sobre a Problemática da Titulação e do Registo à luz do Direito Português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2014;
- GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, "Comentario al Artículo 1.875 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII (Artículos 1822 a 1886 del Código Civil), 2.ª Edição, MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, 2004,
- , "Comentario al Artículo 1.880 del Código Civil", *Comentarios al Código Civil*, Tomo XXIII (Artículos 1822 a 1886 del Código Civil), 2.ª Edição, MANUEL ALBALADEJO E SILVIA DIEZ ALABART, 2004,
- GUILLAUME, FLORENCE, "Incompatibilité du trust avec le droit suisse? Un mythe s'effrite", *Revue suisse de droit international et européen*, vol. 10, n.º 1, 2000, pp. 1-36;
- , "L'*electio iuris* comme règle de rattachement des titres intermédiés, ses effets sur les droits des tiers et ses conséquences dans une procédure d'insolvabilité", *La loi applicable aux titres intermédiés: La Convention de la Haye du 5 juillet 2006 — une opportunité pour la place financière suisse?*, ANDREA BONOMI, ELEANOR CASHIN RITAINE E BART VOLDERS, Schulthess, Genebra, 2006, pp. 67-83;
- GUILLOUARD, L., *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo I, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1897;
- , *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo II, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1898;
- , *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo III, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1899;
- , *Traité des Privilèges et Hypothèques*, Tomo IV, 2.ª Edição, Pedone, Paris, 1900;
- GUIMARÃES, MARIA RAQUEL, "A compra e venda «transnacional» de bens de consumo: algumas reflexões sobre as iminentes novidades legislativas", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2013, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 2-19;

- GUINCHARD, EMMANUEL, *La Conception française de la territorialité de l'exécution en danger*, (policopiado), Paris, 1998;
- , "Procédures individuelles d'exécution", *Droit et pratique des voies d'exécution*, 6.<sup>a</sup> Edição, SERGE GUINCHARD E TONY MOUSSA, Dalloz, Paris, 2009, pp. 1874-1899;
- , "Unfinished Business: Rome II in Practice and the Need for a Hague Convention on Non-Contractual Obligations", *European Law Review*, vol. 40, 2015, pp. 100-109;
- GUINCHARD, EMMANUEL / LAMONT-BLACK, SIMONE, "Environmental Law — the Black Sheep in Rome II's Drive for legal Certainty? Article 7 of Regulation (EC) No. 864/2007 on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations in Context", *Environmental Law Review*, vol. 11, 2009, pp. 161-172;
- GUTMAN, KATHLEEN, "The Commission's 2010 Green Paper on European Contract Law: Reflections on Union Competence in Light of the Proposed Options", *European Review of Contract Law*, vol. 7, n.º 2, 2011, pp. 151-172;
- GUTZWILLER, MAX, "Le développement historique du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1929-IV, Tomo 29, 1929, pp. 287-400;
- , *Internationalprivatrecht, Das Gesamte Deutsche Recht in Systematischer Darstellung* (org. por Rudolf Stammler) — vol. VIII, Stilke, Berlin, 1931;
- GUYNN, RANDALL D., *Modernizing Securities Ownership, Transfer and Pledging Laws*, Capital Markets Forum, Londres, 1996;
- GUYNN, RANDALL D. / MARCHAND, NANCY J., "Transfer or Pledge of Securities held through Depositories", *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, HANS VAN HOUTTE, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 47-72;
- GUZMAN, ANDREW T., "Choice of Law: New Foundations", *The Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2001-2002, pp. 883-940;
- GUZMÁN ZAPATER, MÓNICA, "El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el derecho internacional privado comunitario?", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 2, n.º 3, 1998, pp. 137-170;
- , "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 5, n.º 10, 2001, pp. 405-438;
- , "Las obligaciones contractuales", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.<sup>a</sup> Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 297-340;

- , "Problemas de aplicación de las normas de derecho internacional privado", *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, 5.<sup>a</sup> Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 187-226;
- , "La ley nacional e intervención notarial en sucesiones", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 303-357;
- , "La libre circulación de documentos públicos relativos al estado civil en la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 85-122;
- HABERSACK, MATHIAS, "Die Akzessorietät — Strukturprinzip der europäischen Zivilrechte und eines künftigen europäischen Grundpfandrechts", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 52, n.º 18, 1997, pp. 857-865;
- HAHN, CLAUDIA, "La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II; L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 187-204;
- HANCOCK, MOFFAT, "In the Parish of St. Mary le Bow, in the Ward of Cheap — Choice-of-Law Problems Resolved by Statutory Construction: The Charitable Testamentary Gift Cases", *Stanford Law Review*, vol. 16, 1963-1964, pp. 561-628;
- , "Equitable Conversion and the Land Taboo in Conflict of Laws", *Stanford Law Review*, vol. 17, 1964-1965, pp. 1095-1127;
- , "Full Faith and Credit to Foreign Laws and Judgements in Real Property Litigation: The Supreme Court and the Land Taboo", *Stanford Law Review*, vol. 18, 1966, pp. 1299-1322;
- , "Conceptual Devices for Avoiding the Land Taboo in Conflict of Laws: The Disadvantages of Disingenuousness", *Stanford Law Review*, vol. 20, 1967-1968, pp. 1-40;
- HANOTIAU, BERNARD, *Le droit international privé américain*, LGDJ, Paris — Bruxelles, 1979;
- HARRIS, JONATHAN, "The Trust in Private International Law", *Reform and Development of Private International Law — Essays in honour of Sir Peter North*, JAMES FAWCETT, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 187-213;

- , "Mandatory Rules and Public Policy under the Rome I Regulation", *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, FRANCO FERRARI E STEFAN LEIBLE, Sellier. European Law Pub, Munique, 2009, pp. 269-342;
- HARTKAMP, ARTHUR, "The Principles of European Contract Law (Lando Commission)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 53-58;
- , "Modernisation and Harmonisation of Contract Law: Objectives, Methods and Scope", *Uniform Law Review*, vol. 8, n.º 1/2, 2003, pp. 81-89;
- , "Principles of Contract Law", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 125-143;
- HARTLEY, TREVOR C., "Foreign Public Law and Private International Law: English Report", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986)*, FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 13-27;
- , "Pleading and Proof of Foreign Law: the Major European Systems Compared", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45, 1996, pp. 271-292;
- , *International Commercial Litigation — Texts, Cases and Materials on Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- , "Conflict of Laws and the Common European Sales Law", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 525-533;
- HAUSMANN, RAINER, "Pleading and Proof of Foreign Law — a Comparative Analysis", *The European Legal Forum*, vol. 8, n.º 1, 2008, pp. 1-13;
- HAY, PETER / LANDO, OLE / ROTUNDA, RONALD, "Conflict of Laws as a Technique for Legal Integration", *Integration Through Law — Europe and the American Federal Experience*, Vol. I, Tomo II, MAURO CAPPELLETTI, MONICA SECCOMBE E JOSEPH WEILER, Walter de Gruyter, Berlin, 1986, pp. 161-258;
- HAYTON, DAVID J., "The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their recognition", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 260-282;
- , "The Significance of the Hague Convention on Trusts and on Succession: a Common Law Perspective", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, ANDREAS BUCHER,



- TEUN STRUYCKEN E MICHEL VERWILGHEN, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 121-134;
- HAZARD, GEOFFREY C. / TARUFFO, MICHELE / STÜRNER, ROLF / GIDI, ANTONIO, "Introduction to the Principles and Rules of Transnational Civil Procedure", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 33, n.º 3, 2001, pp. 769-784;
- HEIDERHOFF, BETTINA, "Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 127-138;
- HEINI, ANTON, "Das neue deutsche IPR für ausservertragliche Schuldverhältnisse und für Sachen von 1999 im Vergleich mit dem schweizerischen IPRG", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, ISAAK MEIER, ANTON K. SCHNYDER, TALIA EINHORN E DANIEL GIRSBERGER, T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 251-261;
- HEINZE, CHRISTIAN, "Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-127;
- HEISS, HELMUT, "Vom EU- zum gesamteuropäischer Privatrecht? — Privatrechtsharmonisierung in der sich erweiternden Union", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht* JÜRGEN BASEDOW, ULRICH DROBNIG, REINHARD ELLGER, KLAUS HOPT, HEIN KÖTZ, RAINER KULMS E ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 123-140;
- , "Party Autonomy", *Rome I Regulation — The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, FRANCO FERRARI E STEFAN LEIBLE, Sellier. European Law Pub, Munique, 2009, pp. 1-16;
- , "Optionales europäisches Versicherungsvertragsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 316-338;
- HEISS, HELMUT / DOWNES, NOEMÍ, "Non-Optional Elements in an Optional European Contract Law. Reflections from a Private International Law Perspective", *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 5, 2005, pp. 693-712;
- HEISS, HELMUT / KAUFMANN-MOHI, EMESE, "«Qualifikation» — Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E

- HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 181-199;
- HENRIQUES, PAULO VIDEIRA, "Terceiros para efeitos do artigo 5.º do Código do Registo Predial", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Volume Comemorativo do 75.º Tomo, 2003, pp. 389-452;
- HEREDIA CERVANTES, IVÁN, "El artículo 5 del reglamento comunitario 1346/2000 sobre procedimientos de insolvencia: cuestiones relativas a los derechos reales sobre créditos", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo III, 2003, pp. 223-234;
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, AURORA, "Los contratos internacionales de construcción «Llave en mano»", *Contratos Internacionales*, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA E PILAR BLANCO-MORALES LIMONES, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1743-1811;
- HERON, JACQUES, "Publicisation d'un droit et détermination de la méthode de règlement (exemple de la protection des mineurs et des procédures collectives)", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1990-1991, pp. 65-91;
- HERTIG, GÉRARD, "Regulatory Competition for EU Financial Services", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.º 2, 2000, pp. 349-375;
- HESSELINK, MARTIJN, "The European Commission's Action Plan: Towards a more Coherent European Contract Law", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 4, 2004, pp. 397-419;
- HESSELINK, MARTIJN / RUTGERS, JACOBIE W. / BOOYS, TIM DE, "The legal basis for an optional instrument on European contract law", *Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series*, n.º 2007/4, 2007, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1091119>, consultado em 17 de Outubro de 2014, pp. 1-83;
- HEUZÉ, VINCENT, *La vente internationale de marchandises — Droit Uniforme*, Traité des Contrats — sous la direction de Jacques Ghestin, LGDJ, Paris 2000;
- , "De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 393-415;
- , "D'Amsterdam à Lisbonne, l'État de droit à l'épreuve des compétences communautaires en matière de conflits de lois", *La Semaine Juridique — Edition générale*, vol. 82, n.º 30, 2008, pp. 20-23;
- HEYMANN, JEREMY, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Economica, Paris, 2010;

- HIGUERA GONZÁLEZ, LUIS MARIA DE LA, "Fundamento Filosófico de la Autonomía de la Voluntad", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo III-1 — Derecho patrimonial 1, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 109-184;
- HILTY, RETO M., "Optionales europäisches Vertragsrecht (»28. Modell«): »Geistiges Eigentum«", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 339-373;
- HOFFMANN, BERND VON, "The Europeanization of Private International Law", *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 13-17;
- , "The Relevance of European Community Law", *European Private International Law*, BERND VON HOFFMANN, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998, pp. 19-37;
- HOFFMANN, BERND VON / THORN, KARTSTEN, *Internationales Privatrecht*, 9.ª Edição, C. H. Beck, Munique, 2007;
- HOLLEAUX, DOMINIQUE, "Anotação ao Acórdão da *Cour de Cassation* de 24 de Outubro de 1973, *Nanceau c. DLAC*", *Journal du Droit International*, vol. 101, 1974, pp. 592-601;
- , "Anotação ao Acórdão do *Tribunal de Grande Instance de Paris* de 12 de Janeiro de 1978, *Epoux Öhlund-Orcel c. Ministère Public*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 102-111;
- HOMEM, MARIANA CARVALHO, "A formação dos contratos no comércio electrónico", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2013, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 1-49;
- HOPKINS, BERT E., "The extraterritorial effect of probate decrees", *Yale Law Journal*, vol. 53, 1943-1944, pp. 221-270;
- HORN, NORBERT, "Ein Jahrhundert Bürgerliches Gesetzbuch", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, Heft 1/2000, 2000, pp. 40-46;
- HÖRSTER, HEINRICH EWALD, "A função do registo como meio «de protecção do tráfico jurídico»", *Regesta — Boletim da Associação Portuguesa de Conservadores dos Registos*, Ano VII, n.ºs 70 e 71, 1986, pp. 273-286 e 293-311;
- , *A Parte Geral do Código Civil Português — Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, Coimbra, 2003;
- , "Simulação. Simulação relativa. Formalismo legal.", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 19, 2007, pp. 3-28;

- HUBER, PETER, "Internationales Insolvenzrecht in Europa", *Zeitschrift für Zivilprozeß*, vol. 114, n.º 2/2001, 2001, pp. 133-166;
- , "European Private International Law, Uniform Law and the Optional Instrument", *ERA Forum*, n.º 2, 2003, pp. 85-98;
- ICARD, PHILIPPE, *Droit Matériel et Politiques Communautaires*, Editions ESKA, Paris, 1999;
- IDOT, LAURENCE, "Un nouveau droit communautaire des procédures collectives: Le règlement (CE) n.º 1346/2000 du 29 mai 2000", *La Semaine Juridique — Entreprise et Affaires*, n.º 42, 2000, pp. 1648-1652;
- IGLESIAS BUHIGUES, JOSÉ LUIS, "Espacio de libertad, de seguridad y de justicia", *Cuadernos de Integración Europea*, n.º 4 (Março 2006), 2006, pp. 34-46;
- , "Luces y sombras de la cooperación judicial en materia civil en la UE", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 535-552;
- INÁCIO, PATRÍCIA, *A livre circulação de capitais e os países terceiros. Possíveis justificações*, Relatório de mestrado em direito — Ciências Jurídico-Económicas, (policopiado), Lisboa, 2009;
- ISAACS, STUART / TOUBE, FELICITY / SEGAL, NICK / MARSHALL, JENNIFER, "The Effect of the Regulation on Cross-Border Security and Quasi-Security", *The EC regulation on insolvency proceedings: a commentary and annotated guide*, GABRIEL MOSS, IAN F. FLETCHER E STUART ISAACS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 91-130;
- ISRAËL, JONA, "Conflicts of Law and the EC after Amsterdam — A Change for the Worse?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, n.º 1, 2000, pp. 81-99;
- JACKSON, DAVID, "Mandatory Rules and Rules of «ordre public»", *Contract Conflicts*, PETER NORTH, North-Holland Publishing Company, Amesterdão, 1982, pp. 59-79;
- JACQUET, JEAN-MICHEL, "Retour sur la règle de conflit de lois en matière de contrats", *Journal du Droit International*, Ano 118, n.º 3, 1991, pp. 679-689;
- JÄKEL, BURKHARD, "Outlines of Security Interests under German Law", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 91-119;
- JALLES, MARIA ISABEL, "A plurilocalização e a deslocalização espacial das situações jurídicas internacionais", *Revista de Direito e Economia*, Ano I, n.º 1, 1975, pp. 65-95;
- JÄNTERÄ-JAREBORG, MAARIT, "Foreign Law in National Courts — A Comparative Perspective", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 304, 2003, pp. 181-385;

- JARASS, HANS D., "A unified approach to the fundamental freedoms", *Services and free movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MADAS ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 141-162;
- JARDIM, MÓNICA, *A Garantia Autónoma*, Almedina, Coimbra, 2002;
- , "O sistema registal germânico", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXVIII, 2002, pp. 381-437;
- , "Herdeiros e legatários testamentários e o art. 5.º do Código do Registo Predial", *Comemorações dos 35 anos do código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I — Direito da Família e das Sucessões, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2004, pp. 915-960;
- , "A privatização do notariado em Portugal", *Revista de Direito Imobiliário*, n.º 58, 2005, pp. 278-300;
- , "Efeitos decorrentes do registo da penhora convertido em definitivo nos termos do art. 119.º CRPred.", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 9, 2005, pp. 23-42;
- , "A importância do documento autêntico na transmissão e constituição dos direitos reais — controlo da legalidade", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202;
- , "A segurança jurídica gerada pela publicidade registal em Portugal e os credores que obtêm o registo de uma penhora, de um arresto ou de uma hipoteca judicial", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIII, 2007, pp. 383-482;
- , "A segurança jurídica preventiva como corolário da actividade notarial", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 193-202;
- , "O Registo de Acções e Decisões Judiciais — Qualificação do Registo e os Poderes do Conservador", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXIII, 2007, pp. 591-613;
- , "O sistema registal austríaco", *Ars Iudicandi: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves — Studia Iuridica n.º 91*, Vol. II, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, JOAQUIM GOMES CANOTILHO E JOSÉ FRANCISCO DE FARIA COSTA, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2008, pp. 329-365;
- , "A euro-hipoteca e os diversos sistemas registais europeus", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXV, 2009, pp. 743-763;

- , "O sistema registal francês", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. I, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 967-1022;
- , "Propriedade Horizontal e Conjuntos Imobiliários", *Actas do II Seminário Luso-Brasileiro de Direito Registral*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 109-137;
- , *Efeitos substantivos do Registo Predial — Terceiros para efeitos do Registo Predial*, Almedina, Coimbra, 2013;
- , "Os direitos reais e os direitos pessoais: distinções e aproximações", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 1, 2013, pp. 45-82;
- , "A eficácia constitutiva do assento registal da hipoteca ou a constituição da hipoteca enquanto exceção ao princípio da consensualidade", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registais*, n.º 2, 2014, pp. 85-118;
- JARDIM, MÓNICA / ANDRADE, MARGARIDA COSTA / PATRÃO, AFONSO, *80 Perguntas sobre a Hipoteca Imobiliária*, Coimbra Editora — CENoR, Coimbra, 2015;
- JAYME, ERIK, "L'autonomie de la volonté des parties — Rapport définitif", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 64, Tomo I, 1991, pp. 62-79;
- , "Transposition und Parteiwille bei grenzüberschreitenden Mobiliarsicherheiten", *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, ULRICH HUBER E ERIK JAYME, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992, pp. 241-253;
- , "Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 251, 1995, pp. 9-268;
- , "Choice-of-Law Clauses in International Contracts: Some thoughts on the reform of art. 3 of Rome Convention", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 53-61;
- , "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLII, n.º 2, 2006, pp. 353-360;
- , "Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies", *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10;
- JAYME, ERIK / KOHLER, CHRISTIAN, "Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG nach Maastricht", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 12, 1992, pp. 346-356;

- , "L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 1, 1995, pp. 1-40;
- , "Europäisches Kollisionsrechts 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 21, n.º 6, 2001, pp. 501-514;
- JAYME, ERIK / NEUSS, JOBST JOACHIM / HANSEN, HANS JOACHIM, *Dicionário Jurídico e Económico — Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache*, Parte II (Alemão-Português), Beck, Munique, 1990;
- JEREZ DELGADO, CARMEN, "La inscripción de documentos notariales extranjeros en el Registro de la Propiedad: perspectivas jurídica y política (a la espera de un pronunciamiento del Tribunal Supremo y de un instrumento europeo)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 715, 2009, pp. 2531-2559;
- JESSUP, PHILIP C., *A Modern Law of Nations*, The Macmillan Company, New York, 1948;
- JIMÉNEZ BLANCO, PILAR, "La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 365-404;
- , "Valor probatorio de los documentos públicos en la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 431-473;
- JITTA, JOSEPHUS, *La méthode du Droit International Privé*, Haia, 1890;
- JOBARD-BACHELLIER, MARIE-NOËLLE / BERGÉ, JEAN-SYLVESTRE, "La réception du droit communautaire en droit des conflits de lois", *La réception du droit communautaire en droit privé des États membres*, JEAN-SYLVESTRE BERGÉ E MARIE-LAURE NIBOYET, Bruylant, Bruxelles, 2003, pp. 182-205;
- JOERGES, CHRISTIAN, "Vorüberlegungen zu einer Theorie des internationalen Wirtschaftsrechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 43, 1979, pp. 6-79;
- , "European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty", *Europe After Maastricht — An Ever Closer Union?*, RENAUD DEHOUSSE, Law Books in Europe, München, 1994, pp. 29-62;
- , "The Europeanisation of Private Law as a Rationalisation Process and as a Contest of Disciplines — an Analysis of the Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 175-191;
- , "On the Legitimacy of Europeanising Private Law: Considerations on a Law of Justi(ce)-fication (*Justum Facere*) for the EU Multi-Level System", *Towards a European Civil Code*,

- 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUDE HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 159-189;
- , "Rethinking European Law's Supremacy: A Plea for a Supranational Conflict of Laws", *Rethinking European Law's Supremacy*, European University Institute, Badia Fiesolana, San Domenico, 2005, disponível na internet via <http://www.iue.it>, consultado em 19 de Fevereiro de 2014, pp. 3-28;
- , "Constitutionalism in Postnational Constellations: Contrasting Social Regulation in the EU and in the WTO", *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation*, CHRISTIAN JOERGES E ERNST-ULRICH PETERSMANN, Hart Publishing, Oxford, 2006, pp. 491-527;
- , "Democracy and European Integration: a legacy of tensions, a re-conceptualisation and recent true conflicts", *A Europa e os Desafios do Século XXI*, PAULO DE PITTA E CUNHA E LUÍS SILVA MORAIS, Almedina — Instituto Europeu da Faculdade de Direito de Lisboa, Coimbra, 2008, pp. 111-150;
- JOHNSON, A., "The Law Applicable to Shares", *The Law of Cross-Border Securities Transactions*, HANS VAN HOUTTE, Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pp. 3-27;
- JORDANO FRAGA, FRANCISCO, "Transmisión del crédito cedido y de la hipoteca accesoría en el régimen vigente de la cesión de créditos hipotecarios", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 653, 1999, pp. 1275-1334;
- JORQUERA GARCÍA, LUIS, "Regulación de los préstamos y créditos de carácter financiero y los depósitos y cuentas corrientes, en la Directiva 88/361, de 24 de Junio de 1988, de la Comunidad Económica Europea, para la aplicación del artículo 67 del Tratado", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 105-116;
- JUBERA HIGUERO, BEATRIZ SÁENZ, "Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007 de reforma o modernización del mercado hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 707, 2008, pp. 1245-1274;
- JUENGER, FRIEDRICH K., "Nonpossessory Security Interests in American Conflicts Law", *Commercial Law Journal*, vol. 84, 1979, pp. 63-74;
- , "Conflict of Laws: A Critique of Interest Analysis", *American Journal of Comparative Law*, vol. 32, 1984, pp. 1-50;
- , *Choice of Law and Multistate Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht / Boston / London, 1993;



- , "The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons", *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, n.º 2, 1994, pp. 381-393;
- , "Private International Law or International Private Law?", *King's College Law Journal*, vol. 5, 1994-1995, pp. 45-62;
- , "Contract Choice of Law in the Americas", *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, pp. 195-208;
- , "Two European Conflicts Conventions", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 28, n.º 3, 1998, pp. 527-542;
- , "The *lex mercatoria* and private international law", *Uniform Law Review*, vol. 5, n.º 1, 2000, pp. 171-187;
- , "A Historical Overview", *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Transnational Publishers, Inc., New York, 2001, pp. 3-43;
- JÚNIOR, EDUARDO DOS SANTOS, "Sobre o conceito de contrato internacional", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 161-192;
- JURCYS, PAULIUS, *Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective*, SSRN, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2127081>, consultado em 20 de Fevereiro de 2014;
- JUSTO, ANTÓNIO SANTOS, *As Garantias Reais das Obrigações (Direito Romano)*, (policopiado), Coimbra, 1988;
- , "A Execução: Pessoal e Patrimonial (Direito Romano)", *O Direito*, Ano 125, n.º III-IV, 1993, pp. 277-300;
- , *Direito Privado Romano*, Vol. III, Direitos Reais (Studia Iuridica n.º 26), Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1997;
- , *Introdução ao Estudo do Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006;
- , "Direitos Reais — A base romanística dos direitos português e brasileiro", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 29-56;
- , "A segurança jurídica do comércio e a função do notariado (direito romano)", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.º 36 (1.º Semestre de 2009), 2010, pp. 45-64;
- , *Direito Privado Romano*, Vol. II, Direito das Obrigações (Studia Iuridica n.º 76), 4.ª Edição, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011;
- , *Direitos Reais*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

- , "Penhor (Pignus Datum)", *Lusíada — Direito*, n.º 5/6, 2012, pp. 249-307;
- , "Hipoteca (Direito Romano)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, tomo II (Parte I); vol. 89, tomo I (Parte II), 2012-2013, pp. 541-581 (2012) e 2013-2068 (2013);
- JUUTILAINEN, TEEMU, "Coherence through Uniform Private Law of Property", *Coherence and Fragmentation in European Private Law*, PIA LETTO-VANAMO E JAN SMITS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012,
- JUVET, ISABELLE, *Des sûretés mobilières conventionnelles en droit international privé*, Peter Lang, Berna, 1991;
- KAHN, FRANZ, *Die einheitliche Kodifikation des internationalen Privatrechts durch Staatsverträge*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1904;
- , "Gesetzeskollisionen — Ein Beitrag zur Lehre des internationalen Privatrechts", *Abhandlungen zum internationalen Privatrecht*, Vol. I, org. por OTTO LENEL e HANS LEWALD, Duncker & Humblot, München und Leipzig, 1928, pp. 1-123;
- KAHN-FREUND, OTTO, "General Problems of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974-III, Tomo 143, 1974, pp. 139-474;
- , "Common Law and Civil Law — Imaginary and Real Obstacles to Assimilation", *New Perspectives for a Common Law of Europe*, MAURO CAPPELLETTI, Sijthoff / Bruylant, Florença, 1978, pp. 137-168;
- KAINDL, RUDOLF, "Die Eurohypothek", *Österreichische Noratiats Zeitung*, Ano 125, n.º 12/93, 1993, pp. 277-280;
- KÄLBERER, WOLFGANG, "Introduction", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 33-35;
- KÄLBERER, WOLFGANG / STOCKER, OTMAR, "Germany — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 287-294;
- KANZLEITER, "§925", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 6, 6.ª Edição, ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2013, n.º. 1-56;
- KARAQUILLO, JEAN-PIERRE, *Étude de quelques manifestations des lois d'application immédiate dans la jurisprudence française de droit international privé*, Presses Universitaires de France, Limoges, 1977;

- KASSIS, ANTOINE, *Le nouveau droit international européen des contrats internationaux*, LGDJ, Paris, 1993;
- KAY, HERMA HILL, "Testing the Modern Critics Against Moffat Hancock's Choice of Law Theories", *California Law Review*, vol. 73, 1985, pp. 525-545;
- KAYE, PETER, *The New Private International of Contract of the European Community*, Dartmouth, Aldershot, 1993;
- KEGEL, GERHARD, "The Crisis of conflict of laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1964-II, Tomo 112, 1964, pp. 96-268;
- , "Die selbstgerechte Sachnorm", *Gedächtnisschrift für Albert A. Ebrenzweig*, ERIK JAYME E GERHARD KEGEL, C. F. Müller Juristischer, Karlsruhe — Heidelberg, 1976, pp. 51-87;
- , "Zum heutigen Stand des IPR — Theorie und Rechtspolitik", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra — Número Especial, Coimbra, 1986, pp. 243-278;
- , "The Rôle of Public Law in Private International Law: German Report", *Colloque de Bâle sur le rôle du droit public en droit international privé (20 et 21 mars 1986)*, FRÉDÉRIC-EDOUARD KLEIN, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, pp. 29-62;
- KEGEL, GERHARD / SCHURIG, KLAUS, *Internationales Privatrecht*, 8.<sup>a</sup> Edição, Beck, Munique, 2000;
- KENNEDY, DUNCAN, "The Stages of the Decline of the Public/Private Distinction", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 1349-1357;
- KERBER, WOLFGANG, "The deregulation of globalizing markets: interjurisdictional competition within the European Union", *Fordham International Law Review*, vol. 23, 2000, pp. S217-S249;
- KESSEDJIAN, CATHERINE, "Le droit international privé et l'intégration juridique européenne", *Intercontinental Cooperation Through Private International Law — Essays in Memory of Peter E. Nygh*, TALIA EINHORN E KURT SIEHR, Asser Press, Haia, 2004, pp. 187-196;
- , "The Conflict of Laws Principles in French Law with Respect to Security Interests in Movable Assets", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 159-185;
- , "Party Autonomy and Characteristic Performance in the Rome Convention and the Rome I Proposal", *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, JÜRGEN BASEDOW, HARALD BAUM E YUKO NISHITANI, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-125;

- KHAIRALLAH, GEORGES, *Les sûretés mobilières en droit international privé*, Economica, Paris, 1984;
- , "La volonté dans le droit international commun des régimes matrimoniaux", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 197-208;
- KIENINGER, EVA-MARIA, "Securities in Movable Property within the Common Market", *European Review of Private Law*, vol. 4, n.º 1, 1996, pp. 41-66;
- , "Introduction: security rights in movable property within the common market and the approach of the study", *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 6-37;
- , "Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts", *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 208, n.º 2/3, 2008, pp. 182-226;
- , "Ermittlung und Anwendung ausländischen Rechts", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 479-501;
- KILSZTAJN, SAMUEL, "O Acordo de Bretton Woods e a evidência histórica. O sistema financeiro internacional no pós-guerra", *Revista de Economia Política*, vol. 9, n.º 4 (Outubro-Dezembro), 1989, pp. 88-99;
- KJAER, POUL F., *Three-dimensional Conflict of Laws in Europe*, Discussionpapier 2/2009, ZERP — Zentrum für Europäische Rechtspolitik / Universität Bremen, Bremen, 2009;
- KLAUSNER, MICHAEL, "Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts", *Virginia Law Review*, vol. 81, 1995, pp. 757-852;
- KLEIN, FRÉDÉRIC-EDOUARD, "La reconnaissance en droit international privé helvétique des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 507-536;
- KLERMAN, DANIEL, *Jurisdiction, Choice of Law and Property*, USCGould School of Law, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2422470>, consultado em 5 de Maio de 2014;
- KLESTA, ERIC, "Experience in Cross-Border Residential Mortgage Lending in the EU: Examples from Portugal and Greece", *Housing Finance International*, December 2003, 2003, pp. 15-20;
- KOCH, HARALD, "Private International Law: A 'Soft' Alternative to the Harmonisation of Private Law?", *European Review of Private Law*, vol. 3, n.º 2, 1995, pp. 329-342;
- KOHLER, CHRISTIAN, "La Cour de Justice des Communautés Européennes et le Droit International Privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1993-1995, pp. 71-87;

- , "Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 1, 1999, pp. 1-30;
- , "Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e il diritto internazionale privato comunitario", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 65-94;
- , "Le droit de l'Union Européenne face à la diversité culturelle: tensions et solutions", *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 62, n.º 2, 2009, pp. 473-493;
- , "Le choix de la loi applicable au divorce — Interrogations sur le règlement «Rome III» de l'Union européenne", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 2011, pp. 208-217;
- , "La reconnaissance de situations juridiques dans l'Union européenne: le cas du nom patronymique", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 67-83;
- KOHLER, MARIUS / BUSCHBAUM, MARKUS, "La «reconnaissance» des actes authentiques prévue pour les successions transfrontalières — Réflexions critiques sur une approche douteuse entamée dans l'harmonisation des règles de conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 4, 2010, pp. 629-651;
- KÖNDGEN, JOHANNES / STÖCKER, OTMAR, "Die Eurohypothek – Akzessorietät als Gretchenfrage?", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 2/2005, 2005, pp. 112-120;
- KONSTANTINOS, D. KERAMEUS, "Distribution Proceedings and Relationships among Creditors in a Comparative Perspective", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, ISAAK MEIER, ANTON K. SCHNYDER, TALIA EINHORN E DANIEL GIRSBERGER, T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 311-328;
- KORNET, NICOLE, "The Common European Sales Law and the CISG: Complicating or Simplifying the Legal Environment", *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2012/4, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2012310>, consultado em 19 de Abril de 2013, pp. 1-18;
- KÖTZ, HEIN, "A common private law for Europe: perspectives for the reform of European legal education", *The common law of Europe and tge future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Daventer, 1992, pp. 31-41;

- KOUTIKOV, VLADIMIR, "Règles substantielles d'application immédiate et autonome en droit international privé", *Recueil d'études et de documentation édité en collaboration avec l'Union des travailleurs scientifiques de Bulgarie*, ASSOCIATION BULGARE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET PUBLIC, Sofia-Press, Sofia, 1978, pp. 3-16;
- KRAMER, XANDRA E., "The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations: The European private international law tradition continued", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, n.º 4, 2008, pp. 414-424;
- KREUZER, KARL, "*Lex Communis Europea de Collisione Legum*: Utopie ou nécessité?", *España y la codificación internacional del Derecho internacional privado*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramon Carande, Madrid, 1991, pp. 225-246;
- , "La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 84, n.º 3, 1995, pp. 465-505;
- , "La propriété mobilière en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 259, 1996, pp. 9-317;
- , "Die Europäisierung des internationalen Privatrechts", *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2.<sup>a</sup> Edição, PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 457-542;
- , "La comunitarizzazione del diritto internazionale privato in materia di obbligazioni extracontrattuali («Roma II»)", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 421-447;
- , "Conflict-of-Laws Rules for Security Rights in Tangible Assets in the European Union", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 297-317;
- , "Innovative Features of the Hague Securities Convention", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 271-285;
- KRONKE, HERBERT, "Capital Markets and Conflict of Laws", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 286, 2000, pp. 245-385;
- , "Transnational Commercial Law: General Doctrines, Thirty Years On", *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropboller zum 70. Geburtstag*, DIETMAR BAETGE, JAN VON HEIN E MICHAEL VON HINDEN, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 39-57;
- , "Connecting Factors and Internationality in Conflict of Laws and Transnational Commercial Law", *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber*

- Amicorum Kurt Siebr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, TALIA EINHORN, DANIEL GIRSBERGER E SYMEON SYMEONIDES, Schulthess, Zurich, 2010, pp. 57-70;
- KROPHOLLER, JAN, *Internationales Privatrecht*, 3.<sup>a</sup> Edição, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1997;
- KROPHOLLER, JAN / VON HEIN, JAN, "From approach to rule-orientation in American tort conflicts?", *Law and Justice in a Multistate World — Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER E SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 317-340;
- , *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9.<sup>a</sup> Edição, Verlag Recht und Wirtschaft, Frankfurt am Main, 2011;
- KUIPERS, JAN-JAAP, "Bridging the Gap — The Impact of the EU on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 3, 2012, pp. 562-596;
- KULLERKUPP, KAI, "Private Autonomy in Property Law: Can the Parties 'Design' their transfer?", *Rules for the transfer of Movable, a candidate for European Harmonisation or National Reform?*, WOLFGANG FABER E BRIGITTA LURGER, Sellier Law Publishers, Munique, 2008, pp. 47-57;
- LABAYLE, HENRI, "Un espace de liberté, de sécurité et de justice", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, Vol. 33, n.º 4, 1997, pp. 105-173;
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, "Dictamen sobre la naturaleza de la función registral y la figura del registrador", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 530, 1979, pp. 75-183;
- LADEIRO, JOÃO, *Novo regime jurídico das obrigações hipotecárias*, (policopiado), Instituto de Direito Bancário, da Bolsa e dos Seguros da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2006;
- LAFER, FRED S. / SIEGEL, ALAN, "Trust of moveables in the Conflict of Laws", *New York University Law Review*, vol. 36, 1961, pp. 713-722;
- LAFUENTE SÁNCHEZ, RAÚL, "Hacia un sistema unitario europeo en materia de ley aplicable a las sucesiones internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 350-370;
- LAGARDE, PAUL, "Le «dépeçage» dans le droit international privé des contrats", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XI, 1975, pp. 649-677;
- , "The European Convention On The Law Applicable To Contractual Obligations: An Apologia", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n.º 1, 1981-1982, pp. 91-104;

- , "Anotação aos Protocolos de 19 de Dezembro de 1988 sobre a Convenção de Roma de 1980 sobre lei aplicável às obrigações contratuais", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 78, n.º 2, 1989, pp. 414-421;
- , "Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 80, n.º 2, 1991, pp. 287-340;
- , "Recensão a «BASEDOW, Das kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt» e a «SONNENBERGER, Europarecht und Internationales Privatrecht»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 85, n.º 4, 1996, pp. 853-856;
- , "Sur la loi applicable au transfert de propriété. Requiem critique pour une convention mort-née", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, ANDREAS BUCHER, TEUN STRUYCKEN E MICHEL VERWILGHEN, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 151-172;
- , "Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne", *Études offertes à Jacques Ghestin — Le contrat au debut du XXIe siècle*, LGDJ, Paris, 2001, pp. 511-525;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Novembro de 2002, *Überseering*, proc. C-208/00", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 92, n.º 3, 2003, pp. 508-536;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.º 1, 2004, pp. 184-202;
- , "Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.º 2, 2004, pp. 225-243;
- , "Éléments pour un droit international privé communautaire des régimes matrimoniaux et des successions", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 149-164;
- , "Retour sur la loi applicable à l'opposabilité des transferts conventionnels de créances", *Études offertes à Jacques Béguin — Droit et actualité*, LITEC, Paris, 2005, pp. 415-432;



- , "La qualification des biens en meubles ou immeubles dans le droit international privé du patrimoine familial", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 209-226;
- , "Recensão a «JÜRGEN BASEDOW / TOSHIYUKI KONO, *An Economic Analysis of Private International Law*»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 96, n.º 3, 2007, pp. 665-669;
- , "La reconnaissance: mode d'emploi", *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques — Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 481-501;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Outubro de 2008 *Grunkin e Paul*, proc. C-353/06", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, n.º 1, 2009, pp. 80-93;
- , "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 4, 2012, pp. 691-732;
- , "Instrument optionnel international et droit international privé — Subordination ou Indépendance?", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 287-298;
- , "The movement of civil-status records in Europe, and the European Commission's Proposal of 24 April 2013", *Yearbook of Private International Law*, vol. XV, 2013-2014, pp. 1-12;
- , "Name Law — is there a need to legislate?", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeo, Bruxelles, 2015, pp. 208-230;
- LAINÉ, ARMAND, *Introduction au Droit International Privé*, Tomo I, Librairie Cotillon, Paris, 1888;
- , *Introduction au Droit International Privé*, Tomo II, Librairie Cotillon, Paris, 1892;
- LALANI, SHAHEEZA, "Establishing the content of foreign law: a comparative study", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 20, n.º 1, 2013, pp. 75-112;
- LALIVE, PIERRE, *The Transfer of Chattels in the Conflict of Laws: a comparative study*, Clarendon Press, Oxford, 1955;
- , "Droit public étranger et ordre public suisse", *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis qui in fungendo professoris munere annos iam XXXV docendo consumpsit*, vol. III, 1964, pp. 189-208;
- , "Sur l'application du droit public étranger", *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, Vol. XXVII, 1971, pp. 103-142;

- , "Le droit public étranger et le droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1973-1975, pp. 215-257;
- , "L'application du droit public étranger", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 56, 1975, pp. 156-183;
- , "Les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public — Rapport et projet de résolution", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, Vol. 57, Tomo II, 1977, pp. 2-18;
- , "Tendances et méthodes en droit international privé: cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1977-II, Tomo 155, 1977, pp. 1-425;
- , "Sur une notion de «Contrat international»", *Multum non Multa — Festschrift für Kurt Lipstein anlass seines 70. Geburtstages*, PETER FEUERSTEIN E CLIVE PARRY, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1980, pp. 135-155;
- , "Sur le retour des biens culturels illicitement exportés", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 283-298;
- , "Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain", *Schweizerische Zeitschrift für internationale und europäisches Recht / Revue suisse de droit international et de droit européen*, Ano 4, 1/2/94, 1994, pp. 3-29;
- LANDO, OLE, "Chapter 24: Contracts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, RENÉ DAVID, E. EGAWA, R. GRAVESON, V. KNAPP, ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, Y. NODA, S. ROZMARYN, V. M. TSCHCHIKVADZE, HAROLDO VALLADÃO, HESSEL YNTEMA, KONRAD ZWEIGERT E ULRICH DROBNIG, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1976, pp. 3-159;
- , "Party Autonomy in the EC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, Bruxelles, 1981, pp. 191-208;
- , "The Conflict of Laws of Contracts — General Principles", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-VI, Tomo 189, 1984, pp. 225-447;
- , "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Common Market Law Review*, vol. 24, n.° 2, 1987, pp. 159-214;
- , "Principles of European Contract Law — An Alternative or a Precursor of European Legislation", *Rechts Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 56, n.° 2, 1992, pp. 261-273;

- , "Teaching a European Code of Contracts", *The common law of Europe and the future of legal education — Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique*, BRUNO DE WITTE E CAROLINE FORDER, Kluwer, Davenport, 1992, pp. 223-237;
- , "Salient features of European contract law", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLAMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelles, 2000, pp. 3-16;
- , "The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261;
- , "Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification?", *Uniform Law Review*, vol. 8, n.º 1-2, 2003, pp. 123-133;
- , "Culture and Contract Laws", *European Review of Contract Law*, n.º 1, 2007, pp. 1-20;
- , "The Draft Hague Principles on the Choice of Law in International Contracts and Rome I", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 299-310;
- LARANJEIRO, CARLOS, "A União Económica e Monetária no Tratado da União Europeia", *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XXXV, 1992, pp. 205-249;
- , *Lições de Integração Monetária Europeia*, Almedina, Coimbra, 2000;
- LARRONDO LIZARRAGA, JAVIER, *Hipotecas y anotaciones preventivas en la intermediación inmobiliaria*, Bosch, Barcelona, 2001;
- LARSSON, GERHARD, *Land registration and cadastral systems — Tools for land information and management*, Longman Scientific & Technical, Essex, 1991;
- LASOK, D. / STONE, P. A., *Conflict of Laws in the European Community*, Professional Books Limited, Oxon, 1987;
- LASTENOUSE, PIERRE, "Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 4, 1995, pp. 79-120;
- LAVOURAS, MATILDE, "Harmonização fiscal e liberdade de circulação de capitais na União Europeia", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LI, 2008, pp. 3-62;
- LE BOS, YVES-ÉDOUARD, *Renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, Dalloz, Paris, 2010;

- LEANDRO, ANTONIO, "La legge regolatrice degli effetti reali del trasferimento di strumenti finanziari tramite intermediari", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXIX, n.° 2, 2006, pp. 383-404;
- , "Articolo 4.° — Commentario al Regolamento (CE) n. 593/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 17 giugno 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I): Francesco Salerno, Pietro Franzina (eds.)", *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXII, n.° 3/4, 2009, pp. 637-671;
- , "Amending the European Insolvency Regulation to Strengthen Main Proceedings", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 50, n.° 2, 2014, pp. 317-340;
- LEBOULANGER, PHILIPPE, "La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit positif français", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 50, n.° 2, 1998, pp. 401-420;
- LECHNER, KURT, "EU Regulation 650/2012 on successions and on the creation of a European Certificate of Succession", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeo, Bruxelles, 2015, pp. 114-149;
- LEFRANC, DAVID, "La spécificité des règles de conflit de lois en droit communautaire dérivé (aspects de droit privé)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 94, n.° 3, 2005, pp. 413-446;
- LEGRAND, PIERRE, "Sens et non-sens d'un Code civil européen", *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 48, n.° 4, 1996, pp. 779-812;
- , "Against a European Civil Code", *Modern Law Review*, vol. 60, 1997, pp. 44-62;
- , "Le primat de la culture", *Le droit privé européen*, PASCAL DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Economica, Paris, 1998, pp. 1-19;
- , "A Diabolical Idea", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 245-272;
- LEHMANN, MATHIAS, "Vorschlag für eine Reform der Rom II-Verordnung im Bereich der Finanzmarktdelikte", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.° 5, 2012, pp. 399-405;
- LEHNE, KLAUS-HEINER, "Perspectives of European Private Law", *ERA Forum*, n.° 2, 2002, pp. 87-88;

- LEIBLE, STEFAN, "Parteiautonomie im IPR — Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?", *Festschrift für Erik Jayme*, Vol. I, Sellier — European Law Publishers, München, 2004, pp. 485-503;
- , "Vías para la unificación del Derecho privado europeo", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 59, n.º 4, 2006, pp. 1589-1609;
- , "La importancia de la autonomía conflictual para el futuro de los contratos internacionales", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1, 2011, pp. 214-233;
- , "Kollisionsrecht und vertikaler Regulierungswettbewerb", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 76, n.º 2, 2012, pp. 374-400;
- LEIBLE, STEFAN / MÜLLER, MICHAEL, "A General Part for European Private International Law?", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 137-152;
- LEIFELD, JANIS, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2010;
- LEIN, EVA, "A Further Step Towards a European Code of Private International Law — The Commission Proposal for a Regulation in Succession", *Yearbook of Private International Law*, Vol. 11, 2009, pp. 107-141;
- LEITÃO, LUÍS MENEZES, "Negociações e responsabilidade pré-contratual nos contratos comerciais internacionais", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, n.º I, 2000, pp. 49-71;
- , "O artigo 9 do *Uniform Commercial Code* e a sua aptidão como modelo de uniformização do sistema de garantias", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 679-692;
- , *Garantias das Obrigações*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- , *Direitos Reais*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- LEITE, INÊS FERREIRA, *O Conflito de Leis Penais — Natureza e Função do Direito Penal Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- LELAKIS, VASSILI, "La Libération Complète des Mouvements de Capitaux ao sein de la Communauté", *Revue du Marché Commun*, n.º 320 (Setembro-Outubro), 1988, pp. 441-449;
- LENAERTS, KOEN / VAN NUFFEL, PIET, *Constitutional Law of the European Union*, Sweet & Maxwell, Londres, 1999;
- LEQUETTE, YVES, "De Bruxelles à la Haye (Acte II): Réflexions critiques sur la compétence communautaire en matière de droit international privé", *Vers de nouveaux équilibres entre*

- ordres juridiques — Mélanges en l'honneur de Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, Paris, 2008, pp. 503-544;
- LERDO DE TEJADA, MANUEL ESPEJO, "Autonomía Privada y Garantías Reales", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 3747-3770;
- LEVEL, PATRICE, "Le contrat dit sans loi", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1964-1966, pp. 209-243;
- LEWALD, M. HANS, "Droit International Privé de l'Allemagne (Conflits de Lois)", *Répertoire de Droit International*, Tome VII, ALBERT DE LA PRADELLE E J.-P. NIBOYET, Sirey, Paris, 1930, pp. 293-387;
- , "Règles Générales des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1939-III, Tomo 69, 1939, pp. 1-147;
- LIANG, WENWEN, "The applicable law to rights *in rem* under the act on the law applicable to foreign-related civil relations of the People's Republic of China", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 353-368;
- LICINI, CESARE, "L'Euroipoteca Cartolare (a proposito di un istituto giuridico che... non esiste ancora)", *Quadrimestre — Rivista di Diritto Privato*, n.º 3, 1993, pp. 765-798;
- LIENHARD, ALAIN / PISONI, PASCAL, *Code des procédures collectives commenté*, 10.<sup>a</sup> Edição, Dalloz, Paris, 2012;
- LIMA, FERNANDO PIRES DE / VARELA, JOÃO ANTUNES, *Código Civil Anotado*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1987;
- , *Código Civil Anotado*, Vol. II, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;
- LIPSTEIN, KURT, "The Hague Conventions on Private International Law, Public Law and Public Policy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 8, 1959, pp. 506-522;
- , "Conflict of Laws 1921-1971: the way ahead", *Cambridge Law Journal*, vol. 31, n.º 1, 1972, pp. 67-120;
- , *Principles of the Conflict of Laws National and International*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1981;
- , "Chapter 23: Trusts", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, RENÉ DAVID, E. EGAWA, R. GRAVESON, V. KNAPP, ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, Y. NODA, S. ROZMARYN, V. M. TSCHCHIKVADZE, HAROLDO VALLADÃO, HESSEL YNTEMA, ULRICH DROBNIG E KONRAD ZWEIGERT, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1994, pp. 1-42;

- LÖBER, KLAUS, "The Changing Legal Landscape for Clearing and Settlement in the European Union", *Uniform Law Review*, vol. 19, n.º 1-2, 2005, pp. 155-188;
- LOMMICKA, EVA, "The Home Country Control Principle", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 295-319;
- LONDON ECONOMICS, *The Costs and Benefits of Integration of EU Mortgage Markets — Report for European Commission, DG-Internal Market and Services*, London, 2005;
- LOPES, DULCE, *O Princípio da Proporcionalidade no Direito Comunitário (Uma Perspectiva de Controlo)*, (policopiado), Coimbra, 2003;
- , "A articulação de competências entre União e Estados-Membros no Tratado de Lisboa", *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 91-114;
- LOPES, DULCE / PEREIRA, MAFALDA SEABRA / DIAS, RUI PEREIRA / SOUSA, LUÍS VERDE DE / RIBEIRO, GERALDO, *Parte especial de Direito Internacional Privado — Direitos Reais*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via <https://woc.uc.pt/fduc/classbackoffice/editinfomaterial.do?idfile=1301>, consultado em 16 de Setembro de 2009;
- , *Parte especial de Direito Internacional Privado — Estatuto Negocial*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, disponível na internet via <http://woc.uc.pt/fduc>, consultado em 10 de Dezembro de 2009;
- LOPES, JOAQUIM BARATA, "A segurança jurídica — Registos e notariado, factores de estabilidade económica", *I Encontro dos Notários e Conservadores dos países de língua portuguesa*, 2007, disponível na internet via [http://encplp.gov.cv/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_details&gid=4](http://encplp.gov.cv/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=4), consultado em 22 de Julho de 2009,
- LOPES, JOAQUIM DE SEABRA, *Direito dos Registos e do Notariado*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, AURELIO, "¿Constituye la aplicación de la lex fori en defecto de prueba del Derecho extranjero designado por una norma de conflicto unionista un incumplimiento del Derecho de la Unión Europea?", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 537-554;
- LOQUIN, ÉRIC, "La règle de conflit générale en matière de délit dans le Règlement du 11 juillet 2007 (Rome II)", *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux*

- obligations non contractuelles*, SABINE CORNELOUP E NATALIE JOUBERT, Litec, Paris, 2008, pp. 35-53;
- LORENZEN, ERNEST G., "Validity and Effects of Contracts in the Conflict of Laws", *Yale Law Journal*, vol. 30, n.º 6 e 7, 1921, pp. 565-580 e 655-673;
- LOUIS-LUCAS, P., "La distinction du fond et de la forme dans le règlement des conflits de lois", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 175-205;
- LOUSSOUARN, YVON, "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 25 de Janeiro de 1966, *Royal Dutch*", *Recueil Dalloz*, 1966, pp. 390-394;
- , "Cours Général de Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1973-II, Tomo 139, 1973, pp. 271-385;
- , "Les incidences des Communautés Européennes sur la conception française du droit international privé", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 10, 1974, pp. 708-727;
- , "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1982-1983, pp. 91-120;
- LOUSSOUARN, YVON / BOUREL, PIERRE / VAREILLES-SOMMIÈRES, PASCAL DE, *Droit International Privé*, 8.<sup>a</sup> Edição, Dalloz, Paris, 2004;
- LOUSSOUARN, YVON / BREDIN, JEAN-DENIS, *Droit du Commerce International*, Sirey, Paris, 1969;
- LOW, GARY, "Unitas via Diversitas. Can the Common European Sales Law Harmonize through Diversity?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 19, n.º 1, 2012, pp. 132-147;
- LOW, SIMON / SEBAG-MONTEFIORE, MATTHEW / DÜBEL, ACHIM, *Study on the Financial Integration of European Mortgage Markets*, Mercer Oliver Wyman — European Mortgage Federation, London, 2003;
- LOWENFELD, ANDREAS F., "Public Law in the International Arena: Conflict of Laws, International Law and some suggestions for their interaction", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-II, Tomo 163, 1979, pp. 311-445;
- , "Revolt Against Intellectual Tyranny", *Stanford Law Review*, vol. 38, 1985-1986, pp. 1411-1430;
- LUBY, MONIQUE, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Junho de 1999, *Konle*, proc. C-302/97", *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 496-497;



- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Março de 1999, *Manfred Trummer*, proc. C-222/97", *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 495-496;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1999, *Arblade*, processos apensos C-369/96 e C-376/96", *Journal du Droit International*, vol. 127, n.º 2, 2000, pp. 493-494;
- LUCKOW, ANDREAS, "Charts on business structures", *Basic Guidelines for a Eurohypothec — Outcome of the Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICKS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 24-38;
- LUEKE, WOLFGANG, "The New European Law on International Insolvencies: a German Perspective", *Emory Bankruptcy Developments Journal*, vol. 17, 2000-2001, pp. 369-405;
- LUPOI, MAURIZIO, *Trusts*, 2.ª Edição, A. Giuffrè, Milano, 2001;
- LUPOI, MICHELE ANGELO, "A (Not so Simple Matter of) Jurisdiction: the Relationship between Regulations (EU) No. 1346/2000 and No. 44/2001", *Cross Border Insolvency, Intellectual Property Litigation, Arbitration and Ordre Public*, ROLF STÜRNER E MASANORI KAWANO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2011, pp. 63-71;
- , "Commentario al Regolamento CE 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza", *Commentario Breve alla Legge Fallimentare (e alle leggi sulle procedure concorsuali)*, 6.ª Edição, ALBERTO MAFFEI ALBERTI, CEDAM, Milão, 2013, pp. 2086-2154;
- LUQUE JIMÉNEZ, MARIA DEL CARMEN, "Una nueva modalidad de hipoteca: la hipoteca inversa", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 711, 2009, pp. 215-260;
- LURGER, BRIGITTA, "The Unification of Property Law in the European Union", *Festschrift Tuğrulansay zum 75. Geburtstag*, SABIH ARKAN E YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 167-187;
- LUZZATTO, RICCARDO, *Stati Giuridici e Diritti Assoluti nel Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 1965;
- , "L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità", *Verso una disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti*, TULLIO TREVES, 1983, pp. 57-66;
- , "Riflessioni Sulla C. D. Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 613-625;

- LWOWSKI, HANS-JÜRGEN, "«Quiet» Creation of Security Interests or Filing", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 174-179;
- M. OÑA, MARIA DEL, "La directiva 2002/47/CE, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera: ley aplicable a los acuerdos de garantía sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LIV, n.º 2, 2002, pp. 1058-1060;
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA, "Problemas na Aplicação do Direito Estrangeiro — Adaptação e Substituição", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. XXXVI, 1960, pp. 327-351;
- , *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 1998;
- , *Lições de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1999;
- , *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002;
- MACHADO, JOÃO BAPTISTA / RAMOS, RUI MOURA, "Parecer — Direito Internacional Privado", *Colectânea de Jurisprudência*, Ano 10, n.º 5, 1985, pp. 11-23;
- MACHADO, JÓNATAS, *Direito Internacional — Do Paradigma Clássico ao Pós-11 de Setembro*, 4.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013;
- , *Direito da União Europeia*, 2.ª Edição, Coimbra Editora — Wolters Kluwer, Coimbra, 2014;
- MACQUEEN, HECTOR, "Europeanisation of Contract Law and the Proposed Common European Sales Law", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, QI ZHOU, SEVERINE SAINTIER E KEITH ROWLEY, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 529-558;
- MADALENO, CLÁUDIA, *A vulnerabilidade das garantias reais — a hipoteca voluntária face ao direito de retenção e ao arrendamento*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- MÁDL, FERENC, "State in the Economy and Problems of State Immunity with Special Regard to Economic Integration", *Gedächtnisschrift für Albert Ehrenzweig*, ERIK JAYME E GERHARD KEGEL, C. F. Müller Juristischer Verlag, Karlsruhe — Heidelberg, 1976, pp. 89-108;
- MADURO, MIGUEL POIARES, *We the Court*, Hart Publishing, Oxford, 1998;
- , "Harmony and Dissonance in Free Movement", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 41-68;

- , "So close and yet so far: the paradoxes of mutual recognition", *Journal of European Public Law*, vol. 14, n.º 5, 2007, pp. 814-825;
- MAFFEI, ANTOINE, "De la nature juridique des titres dématérialisés en droit français", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 237-249;
- MAGALHÃES, JOÃO FERNANDO FERNANDES, "O notariado como sistema de segurança e de prevenção de conflitos", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 57-61;
- MAIO, HENRIQUE, *Da qualificação em direito internacional privado — O problema da qualificação e a experimentação de critérios mobilizáveis nos quadros do DIP*, (policopiado), Coimbra, 2013;
- MAIOR, PAULO VILA, *A União Económica e Monetária: Ilusão ou Realidade*, (policopiado), Coimbra, 1995;
- MAKAROV, ALEXANDER, "Les cas d'application des règles de conflit étrangères", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 44, 1955, pp. 431-457;
- MALAGUTI, MARIA CHIARA, "Brevi riflessioni sui moderni criteri di unificazione del diritto alla luce della disciplina sui titoli detenuti presso intermediari", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 627-642;
- MALAGUTAS, PEDRO FERREIRA, "O Novo Regime Jurídico das Obrigações Hipotecárias em Portugal", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Especial Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento*, 2006, pp. 99-111;
- MALATESTA, ALBERTO, "Principio dello Stato di origine e norme di conflitto dopo la direttiva 2006/123/CE sui servizi nel mercato interno: una partita finita?", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIII, n.º 2, 2007, pp. 293-312;
- , "Cultural diversity and Private International Law", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 643-657;
- MANCINI, P. S., *Diritto Internazionale — Prelezioni*, Giuseppe Marghieri Editore, Napoli, 1873;
- , "De l'utilité de rendre obligatoires pour tous les Etats, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du Droit international privé pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles", *Journal du Droit International*, Ano 1, 1874, pp. 221-239 e 285-304;
- MANKOWSKI, PETER, "Binnenmarkt-IPR — Eine Problemskizze", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, JÜRGEN BASEDOW, ULRICH DROBNIG,

- REINHARD ELLGER, KLAUS HOPT, HEIN KÖTZ, RAINER KULMS E ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 595-615;
- MANN, F. A., "The Law Governing State Contracts", *The British Year Book of International Law*, Ano 21, 1944, pp. 11-33;
- , "The Proper Law of the Contract", *The International Law Quarterly*, vol. 3, 1950, pp. 60-73;
- , "Conflict of Laws and Public Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1971-I, Tomo 132, 1971, pp. 107-196;
- , "The Proper Law in the Conflict of Laws", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, n.º 3, 1987, pp. 437-453;
- , "L'exécution internationale des droits publics", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 77, n.º 1, 1988, pp. 1-27;
- , "Zur Wirkung des Eigentumsvorbehalts in England und Schottland", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 44, n.º 10, 1991, p. 608;
- MANSEL, HEINZ-PETER, "Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 70, n.º 4, 2006, pp.651-731;
- , "Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 241-292;
- MANSEL, HEINZ-PETER / COESTER-WALTJEN, DAGMAR / HENRICH, DIETER / KOHLER, CHRISTIAN, "Stellungnahme im Auftrag des Deutschen Rats für Internationales Privatrecht zum Grünbuch der Europäischen Kommission — Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentliche Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsunterlagen erleichtern — KOM (2010) 747 endg.", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 335-341;
- MARCOS, RUI, "Ars Notariae", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 795-804;
- MARCUELLO SALTO, JUAN IGNACIO, "Los principales procedimientos concursales del derecho comparado europeo en el marco del derecho internacional privado actual", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 149-188;

- MARÍN LÓPEZ, ANTONIO, "Las normas de aplicación necesaria en derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXIII, n.º 1, 1970, pp. 19-41;
- MARKENSINIS, BASIL S., "Why a code is not the best way to advance the cause of European legal unit?", *European Review of Private Law*, vol. 5, 1997, pp. 519-524;
- MARQUES, JOÃO PAULO REMÉDIO, "Locação Financeira Restitutiva (*Sale and Lease-Back*)", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXVII, 2001, pp. 575-632;
- MARQUES, JOSÉ DIAS, *Direito Internacional Privado — Apontamentos das Lições ao 5.º Ano do Instituto Superior de Ciências Económicas e Financeiras de 1954-1955*, (policopiado), 1955;
- MARQUES, MÁRIO CASTRO, "O Comércio Electrónico — Algumas questões jurídicas", *O Comercio Electrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, GLÓRIA TEIXEIRA, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 39-55;
- MARTÍN CASALS, MIQUEL, "El «European Group on Tort Law» y la elaboración de unos «Principios Europeos del Derecho de la Responsabilidad Civil» (Grupo de Tilburg/Viena o Spier/Koziol)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 217-226;
- MARTIN-SERF, ARLETTE, "La faillite internationale: Une réalité économique pressante, un enchevêtrement juridique croissant", *Journal du Droit International*, vol. 122, n.º 1, 1995, pp. 31-99;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO, "Privilégios Creditórios", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. II, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 111-130;
- MARTINEZ, PEDRO ROMANO / PONTE, PEDRO FUZETA DA, *Garantias de Cumprimento*, 5.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2006;
- MARTÍNEZ SANZ, FERNANDO, "Principios de Derecho Europeo de los Contratos (Comisión Lando)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 193-198;
- MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Títulos de Crédito e Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2008;
- , "O «CIP» (Centro dos Interesses Principais) e as Sociedades: um capítulo europeu", *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, vol. 1, 2009, pp. 133-151;
- , *Um Curso de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2015;
- MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2004;

- , *Manual de Direito da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 2014;
- MARTINS, MARGARIDA SALEMA D'OLIVEIRA, *O Princípio da Subsidiariedade em Perspectiva Jurídico-Política*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- MARTINS, PATRÍCIA FRAGOSO, "Princípio do Primado do Direito da União", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.<sup>a</sup> Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 41-91;
- MARTINY, DIETER, "Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private International Law", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 2, 2012, pp. 119-133;
- MARTY, GABRIEL / RAYNAUD, PIERRE, *Droit Civil*, Tomo III, Vol. 1, Les Sûretés — La publicité foncière, Sirey, Paris, 1971;
- MASEDA RODRÍGUEZ, JAVIER, "Le juego de las normas imperativas en el Reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones no contractuales: límites a la aplicación de la *lex causae*", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 25, 2013, disponível na internet via <http://www.reei.org>, consultado em 28 de Junho de 2014, pp. 1-45;
- MASSÉNAT, VÉRONIQUE MOISSINAC, *Les conflits de procédures et de décisions en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2007;
- MATIAS, ARMINDO SARAIVA, *Garantias Bancárias Activas e Passivas*, Edições Scripto, Lisboa, 1999;
- , "Titularização — Um novo instrumento financeiro", *Galileu — Revista de Economia e Direito*, vol. IV, n.º 1, 1999, pp. 77-90;
- , "Registo predial: princípios estruturantes e efeitos", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 31-55;
- , "Obrigações Hipotecárias e Titularização de Créditos Hipotecários", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 621-637;
- MATOS, ALBINO, "O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 81-86;
- MATOS, ISABEL ANDRADE DE, *O Pacto Comissório — Contributo para o estudo do âmbito da sua proibição*, Almedina, Coimbra, 2006;
- MATTEI, UGO, "A transaction costs approach to the European Code", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 537-540;

- , "Should Europe Codify Trust?", *Themes in Comparative Law: In Honour of Bernard Rudden*, PETER BIRKS E ARIANNA PRETTO, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 235-251;
- MATTEI, UGO / BUSSANI, MAURO, "Le fonds commun du droit privé européen", *Revue internationale de droit comparé*, 2000, pp. 29-48;
- MATTERA, ALFONSO, "L'élimination des barrières techniques et la mise en oeuvre de la reconnaissance mutuelle", *Revue du Marché Commun*, n.° 334, 1990, pp. 80-92;
- , "Les principes de «proportionnalité» et de la «reconnaissance mutuelle» dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt «Thieffry» aux arrêts «Vlassopoulou», «Mediaweb» et «Dennemeyer»", *Revue du Marché Unique Européen*, n.° 4, 1991, pp. 191-203;
- , "Le principe de la reconnaissance mutuelle: instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales", *Revue du Marché Unique Européen*, n.° 2, 1998, pp. 5-17;
- MATULIONYTÉ, RITA, "Calling for Party Autonomy in Intellectual Property Infringement Cases", *Journal of Private International Law*, vol. 9, n.° 1, 2013, pp. 77-99;
- MAURY, JACQUES, "Recensão a «FRANCESCAKIS, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 602-608;
- MAX PLANCK INSTITUTE FOR COMPARATIVE AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW, "Comments on the European Commission's Green Paper on the conversion of the Rome Convention of 1980 on the law applicable to contractual obligations into a Community instrument and its modernization", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 68, n.° 1, 2004, pp. 1-118;
- , "Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of the European certificate of succession", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 74, n.° 3, 2010, pp. 522-720;
- MAYER, PIERRE, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Dalloz, Paris, 1973;
- , "Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 68, 1979, pp. 1-29, 349-388 e 537-583;

- , "Les conflits de lois en matière de réserve de propriété après la loi du 12 mai 1980", *La Semaine Juridique — Edition générale*, 16, 1981, n.º 3019;
- , "Les lois de police étrangères", *Journal du Droit International*, Ano 108, n.º 1, 1981, pp. 277-345;
- , "Le Rôle du Droit Public en Droit International Privé", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 38, n.º 2, 1986, pp. 467-485;
- , "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 547-573;
- MAYER, PIERRE / HEUZÉ, VINCENT, *Droit international privé*, 10.<sup>a</sup> Edição, Montchrestien, Paris, 2010;
- MAZEAUD, HENRI / MAZEAUD, LÉON / MAZEAUD, JEAN / CHABAS, FRANÇOIS, *Leçons de Droit Civil*, Tomo III, Vol. 1, Sûretés — Publicité foncière, Editions Montchrestien, Paris, 1999;
- MCCONNAUGHAY, PHILIP J., "Reviving the «Public Law Taboo» in International Conflict of Laws", *Stanford Journal of International Law*, vol. 35, 1999, pp. 255-312;
- MCCORMACK, G., "Reforming the European Insolvency Regulation: a Legal and Policy Perspective", *Journal of Private International Law*, vol. 10, n.º 1, 2014, pp. 41-67;
- MEEUSEN, JOHAN, "Instrumentalisation of Private International Law in the European Union: Towards a European Conflicts Revolution?", *European Journal of Migration and Law*, vol. 9, n.º 3, 2007, pp. 287-305;
- , "Who is afraid of European Private International Law?", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 685-700;
- MEIJERS, E. M., "La question du Renvoi", *Bulletin de l'Institut juridique international*, Vol. 38, 1938, pp. 191-231;
- MELO, ANTÓNIO BARBOSA DE, *Notas de Contencioso Comunitário*, (policopiado), Coimbra, 1986;
- MENDES, ARMINDO RIBEIRO, "Um novo instrumento financeiro: as obrigações hipotecárias", *Revista da Banca*, n.º 15 (Julho/Setembro), 1990, pp. 59-100;
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, FERNANDO, "Mortgage Gate: As incertezas sobre a exequibilidade das hipotecas geridas pelo *Mortgage Electronic Registration System* nos Estados Unidos", *Registro Público de Imóveis Eletrônico — Riscos e Desafios*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012, pp. 30-125;
- MENEZES, MARIA TEREZA DE SÁ DE, *O Euro e a Harmonização do Direito Bancário*, (policopiado), Coimbra, 1999;



- MENGOZZI, PAOLO, "Norme di Applicazione Necessaria e Progetto di Convenzione CEE sulla Legge Applicabile alle Obligazioni Contrattuali", *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. CXCVII, 1979, pp. 3-41;
- MENGOZZI, PIERALBERTO, "Règles communautaires et règles impératives en tant que «limites» et «contre-limites» imposées à l'autonomie contractuelle", *Revue du Marché Unique Européen*, n.º 1, 1999, pp. 169-200;
- MENTI, PAOLO, *Ex chartula — nozioni introduttive ai titoli di credito*, Giappichelli Editore, Torino, 2011;
- MERZ, SANDRO, *Manuale Pratico dei Privilegi, delle Prelazioni e delle Garanzie*, CEDAM, Milão, 1995;
- MESQUITA, M. HENRIQUE, *Direitos Reais*, (policopiado), Coimbra, 1967;
- , *Obrigações Reais e Ónus Reais*, Almedina, Coimbra, 2000;
- MESQUITA, MARIA JOSÉ RANGEL DE, *A União Europeia após o Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2010;
- , *A Actuação Externa da União Europeia depois do Tratado de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2011;
- , *Introdução ao Contencioso da União Europeia — Lições*, Almedina, Coimbra, 2013;
- MESSINA, PATRIZIO, "Covered bonds as a new opportunity opened up in the Italian market (Law 80/2005)", *Covered Bonds*, Orrick, 2006, disponível na internet via <https://orrick.com/Events-and-Publications/Documents/764.pdf>, consultado em 26 de Fevereiro de 2015, pp. 24-32;
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, "Staatliche Souveränität und offene Märkte — Konflikte bei der extraterritorialen Anwendung von Wirtschaftsrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 205-255;
- MESTRE, JACQUES, "Les conflits de lois relatifs aux sûretés personnelles", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1986-1988, pp. 58-74;
- MEZGER, E., "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 3 de Maio de 1973 (Nederlandsche Middenstand Financieringsbank NV)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 63, 1974, pp. 100-109;
- MIAJA DE LA MUELA, ADOLFO, "Las normas materiales de Derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVI, n.º 3, 1963, pp. 425-457;
- , "Soluciones «sanas» a los conflictos de leyes: «favor negotii» y respeto a los derechos adquiridos", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XVII, 1964, pp. 16-38;
- , "El Derecho Publico Extranjero en el Trafico Privado Internacional", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, n.º 1-4, 1972, pp. 247-288;

- , *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Introducción y Parte General, 7.<sup>a</sup> Edição, Atlas, Madrid, 1976;
- MICHAELS, RALF, "EU Law as Private International Law? Maastricht the Country-of-Origin Principle as Vested-Rights Theory", *Journal of Private International Law*, vol. 2, n.º 2, 2006, pp. 195-242;
- , "The New European Choice-of-Law Revolution", *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1607-1644;
- MIGUEL ASENSIO, PEDRO, "Integración Europea y Derecho Internacional Privado", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 413-445;
- , "La evolución del derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Amsterdam", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. L, n.º 1, 1998, pp. 373-376;
- , "El Derecho Internacional Privado ante la Globalización", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, 2001, pp. 37-87;
- , *Derecho Privado de Internet*, 3.<sup>a</sup> Edição, Civitas, Madrid, 2002;
- , "Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 57-77;
- MILLS, ALEX, "The Private History of International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, n.º 1, 2006, pp. 1-50;
- , "The Dimensions of Public Policy in Private International Law ", *Journal of Private International Law*, vol. 4, n.º 2, 2008, pp. 201-236;
- , *The Confluence between Public and Private International Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009;
- , "Federalism in the European Union and the United States: Subsidiarity, Private Law and Conflict of Laws", *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 369-455;
- , *Towards a Public International Perspective on Private International Law: Variable Geometry and Peer Governance*, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2025616>, consultado em 14 de Novembro de 2014;
- MIRANDA, FRANCISCO PONTES DE, "La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique au Brésil", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1932-I, Tomo 39, 1932, pp. 551-677;
- MIRANDA, JORGE, *Curso de Direito Internacional Público*, 5.<sup>a</sup> Edição, Principia, Estoril, 2012;

- MISTELIS, LOUKAS, "Is Harmonisation a Necessary Evil? — The Future of Harmonisation and New Sources of International Trade Law", *Foundations and Perspectives of International Trade Law*, IAN F. FLETCHER, LOUKAS MISTELIS E MARISE CREMONA, Sweet and Maxwell, Londres, 2001, pp. 3-27;
- MIZARAS, VYTAUTAS / SMALIUKAS, ANDRIUS / GOLDAMMER, YVONNE / JURCYS, PAULIUS, *Security Rights in Immovable Property in European Private Law — National Report for Lithuania*, SSRN, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1873707>, consultado em 20 de Fevereiro de 2014;
- MO, JOHN, "Developing uniform rules for commercial contracts in Greater China: challenges and possibilities", *Uniform Law Review*, vol. 18, n.º 1, 2013, pp. 128ss;
- MOLNAR-MEZEI, ALEXA, "Austria — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 201-205;
- MONACO, RICCARDO, *L'efficacia della legge nello spazio (Diritto Internazionale Privato)*, Trattato di Diritto Civile Italiano — Vol. I, Tomo IV (dir. FILIPPO VASSALLI), Unione Tipografico — Editrice Torinese, Torino, 1952;
- MONTANARI, MASSIMO, *I titoli di credito*, Giappichelli Editore, Torino, 2011;
- MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO, "A defesa do consumidor no limiar do século XXI", *Globalização e Direito — Studia Iuridica n.º 73*, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 35-47;
- , "Sobre o direito do consumidor em Portugal e o anteprojecto de Código do Consumidor", *Estudos de Direito do Consumidor — n.º 7*, Centro de Direito do Consumo — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2005, pp. 245-262;
- , *Contrato de Agência — Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010;
- MONTEIRO, JORGE SINDE, "Assinatura Electrónica e Certificação (A Directiva 1999/93/CE e o Decreto-Lei n.º 290-D/99, de 2 de Agosto)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 133, n.º 3918, 2001, pp. 261-278;
- , "Conclusões", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 291-298;
- , "Um Código Civil para a Europa — Prefácio", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora

- Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 17-18;
- MONTEIRO, MANUEL, "O recente regime português da Titularização de Créditos", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 193-233;
- MORAIS, LUÍS SILVA, *O Mercado Comum e os Auxílios Públicos — Novas Perspectivas*, Almedina, Coimbra, 1993;
- MOREIRA, GUILHERME, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II, Das Obrigações, Coimbra Editora, Coimbra, 1925;
- MOREIRA, TERESA, "Anotação ao art. 206.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 805-809;
- MORRIS, JOHN HUMPHREY CARLILE, "The Proper Law of a Contract: A Reply", *The International Law Quarterly*, Vol. 3, 1950, pp. 197-207;
- MORSE, C. G. J., "Retention of title in English private international law", *Journal of Business Law*, Março, 1993, pp. 168-184;
- MORSE, ROBIN, "Party Autonomy in International Insurance Contract Law", *International Insurance Contract Law in the EC*, FRITZ REICHERT-FACILIDES E HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Kluwer, Davenport, 1993, pp. 23-51;
- MORTGAGE FUNDING EXPERT GROUP, *Report of 22 December 2006*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market](http://ec.europa.eu/internal_market), consultado em 29 de Setembro de 2012;
- MOSCONI, FRANCO, "Norme di applicazione necessaria e norme di conflitto di origine convenzionale", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. III, 1967, pp. 730-733;
- MOSCONI, FRANCO / CAMPIGLIO, CRISTINA, *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. II, Parte Speciale, UTET Giuridica, Torino, 1997;
- , *Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Vol. I, Parte Generale e Contratti, 4.ª Edição, UTET Giuridica, Torino, 2007;
- MOSTERMANS, ELLEN, "Party Autonomy: Why and When?", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 123-141;
- MOTA, HELENA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2012;

- , "A autonomia conflitual e o reenvio no âmbito do Regulamento (UE) n.º 650/2012, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 4 de Julho de 2012", *Revista Electrónica de Direito*, n.º 1, 2014, disponível na internet via <http://www.cije.up.pt/revistared>, consultado em 15 de Abril de 2014, pp. 2-22;
- MOTULSKY, M., "Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1948-1952, pp. 13-31;
- MOULY, CHRISTIAN, "Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne?", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 37, n.º 4, 1985, pp. 895-945;
- , "La publicité des sûretés réelles mobilières", *European Review of Private Law*, vol. 6, n.º 1, 1998, pp. 51-70;
- MUIR WATT, HORATIA, "La revendication internationale des biens culturels: à propos de la décision américaine *Eglise Autocéphale*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 1, 1992, pp. 1-34;
- , "Les principes généraux en droit international privé français", *Journal du Droit International*, vol. 124, n.º 2, 1997, pp. 403-415;
- , "Extraterritorialité des mesures conservatoires *in personam* (à propos de l'arrêt de la *Court of Appeal, Crédit Suisse Fides Trust v. Cuoghi*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 86, n.º 1, 1998, pp. 27-50;
- , "Le rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international de décisions)", *Revue générale des procédures*, n.º 4 (1998) e n.º 2 (1999), 1998-1999, pp. 711ss (1998) e 1291-1306 (1999);
- , "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 20 de Março de 2001, *Anulação de actos públicos estrangeiros*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 4, 2001, pp. 698-704;
- , "Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets: a matter of political economy", *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, 2003, pp. 383-409;
- , "Aspects économiques du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 307, 2004, pp. 25-383;
- , "The Challenge of Market Integration for European Conflicts Theory", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 191-204;
- , "Concurrence d'ordres juridiques et conflits de lois de droit privé", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 615-633;

- , "L'entrave à la prestation transfrontière de services: réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des États membres", *Études offertes à Jacques Béguin — Droit et actualité*, LITEC, Paris, 2005, pp. 545-565;
- , "«Party Autonomy» in international contracts: from the making of a myth to the requirements of global governance", *European Review of Contract Law*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 250-283;
- , "La fonction économique du droit international privé", *Revue Internationale de Droit Économique*, Tomo XXIV, n.º 1, 2010, pp. 103-121;
- MUIR WATT, HORATIA / BROZOLO, LUCA G. RADICATI DI, "Party Autonomy and Mandatory Rules in a Global World", *Global Jurist Advances*, Vol. 4, n.º 1, Article 2, 2004, pp. 1-5;
- MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN, "EC Directives as a Means of Private Law Unification", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 77-89;
- MUÑIZ ESPADA, ESTHER, "Algunas consideraciones sobre la nueva ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 2677-2694;
- , *Bases para una propuesta de Eurohipoteca*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005;
- MUÑIZ ESPADA, ESTHER / NASARRE AZNAR, SERGIO / SÁNCHEZ JORDÁN, ELENA, "Armonización del Mercado Hipotecario según el Grupo de Investigación Eurohypothec: A Common Mortgage for Europe", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXXXV, 2009, pp. 639-665;
- NASARRE AZNAR, SERGIO, "La conveniencia de la regulació d'un dret real de garantia immobiliària no accessori a Catalunya", *La Notaria*, n.º 11/2001, 2001, pp. 211-220;
- , "La reforma del Derecho registral inglés", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 683, 2004, pp. 1285-1314;
- , *Looking for a model for a Eurohypothec*, European University Institute, disponible na internet via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/BackgroundPaperEurohypothec.pdf>, consultado em 9 de Outubro de 2012;
- , "The Eurohypothec: a common mortgage for Europe", *The Conveyancer and the Property Lawyer*, 2005, pp. 32-52;

- , *Eurohypothec & Eurotrust*, Discussionspapier 7/2008, ZERP — Zentrum für Europäische Rechtspolitik / Universität Bremen, Bremen, 2008;
- , "The Integration of the Mortgage Markets in Europe (part 1)", *Silesian Journal of Legal Studies*, vol. 3, 2011, pp. 39-57;
- , "The need for the integration of the mortgage market in Europe", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 79-121;
- NASARRE AZNAR, SERGIO / STÖCKER, OTMAR, "Propuesta de regulación de un derecho real de garantía inmobiliaria no accesorio. El ejemplo de Europa central", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 671, 2002, pp. 915-948;
- , "Un pas més en la «mobilització» de la hipoteca: la naturalesa i la configuració jurídica d'una hipoteca independent", *Revista Catalana de Dret Privat*, n.º 1, 2002, pp. 51-79;
- NASCIMENTO, PEDRO SOARES DO, "Redução por inoficiosidade e expurgação da hipoteca: Reflexões sobre os arts. 722.º e 2175.º do Código Civil", *Estudos em Memória do Professor Doutor José Dias Marques*, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO E RUY DE ALBUQUERQUE, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 731-772;
- NATUCCI, ALESSANDRO, *Astrazione causale e contratto autonomo di garanzia*, CEDAM, Milão, 1992;
- NAVAS OLÓRIZ, JOSÉ IGNACIO, "Venta extrajudicial de bienes hipotecados", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 121-130;
- NEUHAUS, PAUL HEINRICH, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1962;
- NEUMEYER, KARL, "Le droit administratif international", *Revue générale de droit international public*, 1911, pp. 492-499;
- , "Internationales Privatrecht", *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft*, E. KOHLRAUCH E W. KASKEL, Springer, Berlin, 1923, pp. 1-33;
- , "Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations", *Revue Critique de Droit International Privé*, vols. 46 e 47, 1957-1958, pp. 579-604 (vol. XLVI) e pp. 553-578 (vol. XLVII);
- NEVES, A. CASTANHEIRA, "As Fontes do Direito e o Problema da Positividade Jurídica", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vols. LI e LII, 1975-1976, pp. 115-204 (vol. LI) e 195-240 (Vol. LII);
- NIBOYET, J.-P., *Des Conflits de Lois relatifs à l'acquisition de la propriété et des droits sur les meubles corporels à titre particulier*, Recueil Sirey, Paris, 1912;

- , "La Théorie de l'Autonomie de la Volonté", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1927-I, Tomo 16, 1927, pp. 16-116;
- , *Manuel de Droit International Privé*, 2.<sup>a</sup> Edição, Recueil Sirey, Paris, 1928;
- , "Les conflits de lois relatifs aux immeubles situés aux frontières des États (frontières internationales et interprovinciales)", *Revue de Droit International et de Legislation Comparé*, 1933, pp. 468-487;
- , *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo I, Sources — Nationalité — Domicile, Recueil Sirey, Paris, 1938;
- , *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo III, Théorie Général, Recueil Sirey, Paris, 1944;
- , "Le Code Civil en préparation et les règles de solution des conflits de lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, Ano 7, 1945-1946, pp. 13-52;
- , *Traité de Droit International Privé Français*, Tomo IV, La Territorialité, Recueil Sirey, Paris, 1947;
- , "Le conflit des autorités: la règle «auctor regit actum»", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 37, 1948, pp. 397-423;
- NIEDERER, WERNER, *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Polygraphischer Verlag AZ, Zurich, 1954;
- NORTH, PETER, "Is European Harmonisation of Private International Law a Myth or a Reality? A British Perspective", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 29-48;
- , "Reform, but not Revolution — General Course on Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1990-I, Tomo 220, 1990, pp. 9-288;
- , "Choice in Choice of Law", *King's College Law Journal*, Vol. 3, 1992, pp. 29-48;
- , "The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations (1980): Its History and Main Features", *Essays in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 23-50;
- , "Varying the Proper Law", *Essays in Private International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1993, pp. 51-67;
- NORTH, PETER / FAWCETT, JAMES, *Cheshire and North's Private International Law*, 13.<sup>a</sup> Edição, Butterworths, Londres, 1999;



- NOURISSAT, CYRIL, "Brèves observations sur un autre aspect de la «communautarisation» de la pratique notariale", *Mélanges en l'Honneur de Mariel Revillard — Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 227-244;
- , "L'acte authentique saisi par le droit européen", *Petites Affiches*, n.º 173, 29 de Outubro de 2007, 2007, pp. 42ss;
- , "Sur l'élaboration d'une source perturbatrice: à propos du droit international privé communautaire", *Recueil Dalloz*, n.º 16, 2007, pp. 1098-1101;
- NOURISSAT, CYRIL / CALLÉ, PIERRE / PASQUALIS, PAOLO / WAUTELET, PATRICK, "Pour la reconnaissance des actes authentiques au sein de l'espace de liberté, de sécurité et de justice", *Petites Affiches*, n.º 68, 4 de Abril de 2012, 2012, pp. 6ss;
- NUNES, ANTÓNIO AVELÃS, "A Institucionalização da União Económica e Monetária e os Estatutos do Banco de Portugal", *Boletim de Ciências Económicas*, Vol. XLV-A, 2002, pp. 65-98;
- NUNES, ANTÓNIO J. AVELÃS, *A Moeda*, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002;
- , *O Crédito*, Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002;
- NÚÑEZ IGLESIAS, ÁLVARO, "El préstamo hipotecario transfronterizo: la eurohipoteca", *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, n.º 93, 2001, pp. 369-383;
- , "Alternativa a la ejecución hipotecaria judicial", *La venta extrajudicial de bien hipotecado*, ÁLVARO NÚÑEZ IGLESIAS, Colmares, Granada, 2012, pp. 1-31;
- , "La suspensión de los lanzamientos en la ejecución hipotecaria", *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 1, 2014, pp. 69-89;
- NUSSBAUM, ARTHUR, *Deutsches Internationales Privatrecht*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1932;
- NUYTS, ARNAUD, "Le droit de rétention en droit international privé: quelques observations sur le rôle de la loi de l'obligation, de la loi réelle, et de la loi du lieu d'exécution", *Revue générale de droit civil belge*, vol. 6, n.º 1, 1992, pp. 30-54;
- , "L'application des lois de police dans l'espace (Réflexions au départ du droit belge de la distribution commerciale et du droit communautaire)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, 1999, pp. 31-74 e 245-265;
- NYGH, PETER, *Autonomy in International Contracts*, Clarendon Press, Oxford, 1999;
- O'CALLAGHAN, XAVIER, "La hipoteca inmobiliaria. Concepto, caracteres y clases", *Compendio de Derecho Civil*, Tomo 3 — Derechos reales e hipotecario, 2002,
- O'HARA, ERIN ANN, "Economics, Public Choice, and the Perennial Conflict of Laws", *The Georgetown Law Journal*, vol. 90, 2001-2002, pp. 883-940;

- O'HARA, ERIN ANN / RIBSTEIN, LARRY E., "From Politics to Efficiency in Choice of Law", *University of Chicago Law Review*, vol. 67, 2000, pp. 1151-1232;
- OGUS, ANTHONY, "Competition between National Legal Systems: a Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48, 1999, pp. 405-418;
- OLIVEIRA, ELSA DIAS, *A protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Almedina, Coimbra, 2002;
- , *Da responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado*, Almedina, Coimbra, 2011;
- , "Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em direito internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 139-162;
- OLIVEIRA, GUILHERME DE, "Um direito da família europeu? (Play it again, and again... Europe!)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 117-126;
- OLIVEIRA, MÁRIO ESTEVES DE, "A Publicidade, o Notariado e o Registo Públicos de Direitos Privados", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares*, Coimbra, 2001, pp. 471-530;
- OOI, MAISIE, *Shares and Securities in the Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2003;
- , "The Hague Securities Convention: a critical reading of the road map", *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, n.º 4, 2005, pp. 467-490;
- OPPETTI, BRUNO, "Le trust dans le droit du commerce international", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 62, n.º 1, 1973, pp. 1-20;
- ORTINO, MATTEO, "The role and functioning of mutual recognition in the European market of financial services", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 56, n.º 2, 2007, pp. 309-338;
- ORTIZ VIDAL, MARÍA DOLORES, "El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 143-151;
- , "Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre 2008, *Grunkin-Paul*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, 2009, pp. 357-366;
- , "Espacio Judicial Europeo y Tratado de Lisboa: Hacia un Nuevo Derecho Internacional Privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 376-402;

- , "Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 304-316;
- OTERO, PAULO, "Normas administrativas de conflitos: As situações jurídico-administrativas transnacionais", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. II, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 781-790;
- PADESCA, ANA LUÍSA BALMORI, "Elección de ley y estatuto personal", *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado — Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, Tomo V — Derecho internacional privado e interregional, LORENZO PRATS ALBENTOSA, Consejo General del Notariado — Wolters Kluwer España, Madrid, 2013, pp. 359-388;
- PADOVINI, FABIO, "Il Certificato Successorio Europeo", *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2013, pp. 729-746;
- PAIS, SOFIA OLIVEIRA, "Princípio do Efeito Direto", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.ª Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 15-39;
- PAJOR, TOMASZ, "La nouvelle loi polonaise de droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 101, n.º 1, 2012, pp. 5-13;
- PALAO MORENO, GUILLERMO, "El Marco Común de Referencia como sistema opcional 28º: Algunas reflexiones desde el derecho internacional privado", *Estudios Jurídicos en Homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Vol. II, FRANCISCO DE P. BLASCO GASCÓ, MARIO E. CLEMENTE MEORO, FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO, LORENZO PRATS ALBENTOSA E RAFAEL VERDERA SERVER, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 1905-1922;
- , "Autonomía de la voluntad y mediación en conflictos transfronterizos en el Real Decreto-Ley 5/2012", *Diario La ley*, Año XXXIII, N.º 7847 — 27 de Abril de 2012, 2012, pp. 10-12;
- PALERMO, GIANFRANCO, "Il contratto «ad effetti reali» nell'esperienza del diritto uniforme", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 219-242;
- PAMBOUKIS, CHARALAMBOS, *L'Acte Public Étranger en Droit International Privé*, LGDJ, Paris, 1993;
- , "L'acte quasi public en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 82, n.º 4, 1993, pp. 565-590;

- , "Comentário ao Acórdão da Cour de Cassation de 12 de Janeiro de 1994 (*Tonon*)", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n.º 3, 1994, pp. 557-568;
- , "Droit International Privé Holistique: Droit Uniforme et Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 330, 2007, pp. 9-474;
- , "La renaissance-métamorphose de la méthode de reconnaissance", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 97, n.º 3, 2008, pp. 513-560;
- , "Les actes publics et la méthode de reconnaissance", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 133-146;
- PAREDES PÉREZ, JOSÉ IGNACIO, "Alcance y contenido de la noción de equivalencia en el derecho internacional privado", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XII, 2012, pp. 91-126;
- PARLAMENTO EUROPEU, *Comparative Study on Authentic Instruments, National Provisions of Private Law, Circulation, Mutual Recognition and Enforcement, Possible Legislative Initiative by the European Union*, Study of the European Parliament n.º IP/C/JURI/IC/2008-019, (PE/408329), elaborado pelo Council of the Notariats of the European Union, disponível na internet via <http://www.cnue-nouvelles.be/en/000/actualites/aae-etude-acte-authentique-final-25-11-2008-en.pdf>, consultado em 6 de Dezembro de 2012;
- PARRA, CARMEN, "El concepto de documento extrajudicial con fuerza ejecutiva en la Unión Europea", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 263-284;
- PARTSCH, PHILIPPE-EMMANUEL, *Le droit international privé européen — De Rome à Nice*, Larcier, Bruxelas, 2003;
- PASA, BARBARA, "La propuesta de reglamento sobre libre circulación de los 'documentos públicos' en la Unión Europea y el notariado latino", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 151-182;
- PASCHALIDIS, PASCHALIS, *Freedom of Establishment and Private International Law for Corporations*, Oxford University Press, Oxford, 2012;
- PASQUALIS, PAOLO, *The movement of notarial instruments in the European legal area*, Parlamento Europeo, disponível na internet via <http://www.europartl.europa.eu/studies>, consultado em 23 de Janeiro de 2015;

- PASSARELLI, LUCIANO LOPES, *Teoria Geral da Certidão Registral Imobiliária*, Quinta Editorial, São Paulo, 2010;
- PATAUT, ETIENNE, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Março de 2001, *Mazzoleni*, proc. C-168/98", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 90, n.º 3, 2001, pp. 495-512;
- , "Le renouveau de la théorie des droits acquis", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 71-114;
- , "La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé", *La Reconnaissance des situations en droit international privé*, PAUL LAGARDE, Pedone, Paris, 2013, pp. 147-176;
- PATOCCHI, PAOLO MICHELE, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel*, Georg — Librairie de l'Université, Geneva, 1985;
- PATON, ANDREW G. / GROSSO, ROSANNA, "The Hague convention on the law applicable to trusts and on their recognition: implementation in Italy", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 43, 1994, pp. 654-661;
- PATRÃO, AFONSO, "O Tribunal Administrativo das Nações Unidas", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, LXXXII, 2006, pp. 639-693;
- , "O Direito Derivado da União Europeia à luz do Tratado de Lisboa", *Temas de Integração*, n.º 26, 2008, pp. 139-167;
- , *Responsabilidade Extracontratual da Comunidade Europeia*, Almedina, Coimbra, 2008;
- , "Reflexões sobre a lei aplicável ao *Trust* sobre imóveis situados em Portugal e ao seu reconhecimento", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 357-427;
- , "Assinaturas Electrónicas, Documentos Electrónicos e Garantias Reais — Reflexões sobre a viabilidade de constituição de garantias imobiliárias por meios electrónicos à luz da lei portuguesa", *RevCEDOUA — Revista do Centro de Estudos de Direito do Ordenamento, do Urbanismo e do Ambiente*, Ano XV, n.º 29, 2012, pp. 47-83;
- , "Contratos de financiamento imobiliário no direito português", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registrais*, n.º 1, 2013, pp. 223-267;
- , "Poderes e deveres de Notário e Conservador na Cognição de direito estrangeiro", *Cadernos do CENoR — Centro de Estudos Notariais e Registrais*, n.º 2, 2014, pp. 9-38;
- PATRÃO, AFONSO / TEIXEIRA, MADALENA, "As implicações das catástrofes naturais no Registo Predial Electrónico", *Actas do V Seminário Luso-Brasileiro de Direito Notarial e*

- Registral*, Instituto dos Registradores Imobiliários Brasileiros, Rio de Janeiro, 2011, (no prelo);
- PATRÍCIO, JOSÉ SIMÕES, *Regime Jurídico do Euro*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998;
- , *Do Euro ao Código Civil Europeu?*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001;
- , *Direito Bancário Privado*, Quid iuris, Lisboa, 2004;
- PAU PEDRÓN, ANTONIO, "The Register as an Instrument of Security in Property Transactions", *Land Law in Comparative Perspective*, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 87-95;
- PAZ-ARES, CÁNDIDO / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO, "Conflictos de Leyes y Garantías sobre valores anotados en intermediarios financieros", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 238, 2000, pp. 1479-1517;
- PEDROZA, ANTÓNIO GUIMARÃES, *Introdução ao Estudo do Direito Privado Internacional*, Imprensa da Universidade, Coimbra, 1878;
- PERCHINUNNO, REMIGIO, "Brevi note in tema di forma", *La Convenzione di Roma sulla Legge Applicabile alle Obbligazioni Contrattuali*, Consiglio Nazionale del Notariato — Giuffrè Editore, Milano, 1983, pp. 181-188;
- PEREIRA, ALEXANDRE DIAS, *Comércio eletrónico na sociedade da informação: da segurança técnica à segurança jurídica*, Almedina, Coimbra, 1999;
- PEREIRA, ANDRÉ DIAS, "A característica da inércia dos direitos reais: brevíssima reflexão sobre o princípio da publicidade", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita — Studia Iuridica n.º 95*, Vol. II, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pp. 479-496;
- PEREIRA, ANDRÉ GONÇALVES / QUADROS, FAUSTO DE, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997;
- PEREIRA, FERNANDO PAULINO, "La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union européenne: bilan et perspectives", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 99, n.º 1, 2010, pp. 1-36;
- , "Les ponts entre la conférence de la Haye de droit international privé et les instruments conclus dans le cadre de l'Union Européenne", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegria Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 697-710;
- PEREIRA, JOEL TIMÓTEO RAMOS, *Compêndio Jurídico da Sociedade da Informação*, Quid iuris, Lisboa, 2004;

- PÉREZ DE LAS HERAS, BEATRIZ, *El Mercado Interior Europeo — Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Univesidad de Deusto, Bilbao, 2004;
- PÉREZ DE NANCLARES, JOSÉ MARTÍN Y, "La delimitación de competencias entre la Unión Europea y los Estados Miembros: sobre el difícil equilibrio entre la flexibilidad, la eficacia y la transparencia", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n.º 12, 2002, pp 343-391;
- , "La falta de competencia de la UE para elaborar un Código Civil Europeo: sobre los límites a la armonización en materia de Derecho Civil", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 129-156;
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS / ALGUER, JOSÉ, *Derecho de Cosas*, Traducción de MARTIN WOLFF, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts — Sachenrecht*, con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas, 8.ª Edição, Barcelona, 1937;
- PÉREZ VERA, ELISA, "Validez formal de los actos y negocios jurídicos", *Derecho Internacional Privado*, Vol. II, 2.ª Edição, ANA PALOMA ABARCA JUNCO, Colex, Madrid, 2004, pp. 65-84;
- , "La Conferencia de la Haya hoy, vista desde ayer", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 711-726;
- PERREAU-SAUSSINE, LOUIS, *L'immeuble et le droit international privé — Étude des méthodes*, Defrénois, Paris, 2006;
- PETERS, CEES / GOOIJER, JAN, "The Free Movement of Capital and Third Countries: Some Observations", *European Taxation*, vol. 45, 2005, pp. 475-481;
- PFEIFFER, THOMAS, "Der Stand des Internationalen Sachenrechts nach seiner Kodifikation", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 20, 2000, pp. 270-281;
- PHILIP, ALLAN, "Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law", *Multum non Multa — Festschrift für Kurt Lipstein anlässlich seines 70. Geburtstages*, PETER FEUERSTEIN E CLIVE PARRY, C. F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1980, pp. 241-249;
- , "Mandatory Rules, Public Law (political rules) and Choice of Law in the EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", *Contract Conflicts*, PETER NORTH, North-Holland Publishing Company, Amesterdão, 1982, pp. 81-110;

- PICARRA, NUNO, "O Tratado de Lisboa e o Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça", *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa — Aspectos Centrais*, NUNO PICARRA, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 127-155;
- PICCIOTTO, ARTURO, *Lineamenti generali del sistema tavolare, principali differenze con il sistema della trascrizione e procedimento in affari tavolari*, disponível na internet via <http://tribunaletrieste.it/documenti/relazioni/persito2.htm>, consultado em 5 de Janeiro de 2013;
- PICOD, FABRICE, "La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, vol. 34, n.º 2, 1998, pp. 169-189;
- PICONE, PAOLO, *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, CEDAM, Padova, 1986;
- , "Autonomia della volontà e pluralità dei metodi dei coordinamento tra ordinamenti", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 515-559;
- , "Caratteri ed Evoluzione del Metodo Tradizionale dei Conflitti di Leggi", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXI, n.º 1, 1998, pp. 5-68;
- , "I metodi di coordinamento tra ordinamenti nel progetto di riforma del diritto internazionale italiano", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 3-53;
- , "La legge applicabile alle successioni", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 55-100;
- , "La riforma italiana del diritto internazionale privato", *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, CEDAM, Milano, 1998, pp. 103-135;
- , "Diritto Internazionale Privato Comunitario e Pluralità dei Metodi di Coordinamento tra Ordinamenti", *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, PAOLO PICONE, CEDAM, Padova, 2004, pp. 485-525;
- PIDWELL, PEDRO, "A Insolvência Internacional e a Arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXVII, 2011, pp. 765-802;
- PIERCE, DAVID G., "Post-Formation Choice of Law in Contract", *Modern Law Review*, vol. 50, 1987, pp. 176-201;
- PILLET, ANTOINE, *De l'Ordre Public en Droit International Privé*, Larose et Forcel, Grenoble — Paris, 1890;
- , "Le droit international privé. Essai d'un système général de solution des conflits de lois", *Journal du Droit International Privé et de la Jurisprudence Comparé*, vol. 21, 22 e 23, 1894-1895-1896, pp. 417-435 e 711-754 (vol. XXI), pp. 241-259, 500-517 e 929-952 (vol. XXII), pp. 415-430 (vol. XXIII)



- , *Principes de Droit International Privé*, Pedone, Paris, 1903;
- , *Traité Pratique de Droit International Privé*, Vol. I, Recueil Sirey, Paris, 1923;
- , "Théorie Continentale des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1924-I, Tomo 2, 1924, pp. 447-495;
- , *Traité Pratique de Droit International Privé*, Vol. II, Recueil Sirey, Paris, 1924;
- PINHEIRO, LUÍS DE LIMA, *Conjugação do Estatuto Contratual e do Estatuto Real em Direito Internacional Privado*, (policopiado), Lisboa, 1986;
- , *A venda com reserva de propriedade em Direito Internacional Privado*, McGraw-Hill, Lisboa, 1991;
- , "Apontamento sobre as normas de aplicação necessária perante o direito internacional privado português e o artigo 21.º do Código Civil de Macau", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 60, vol. I (Janeiro de 2000), 2000, pp. 23-48;
- , *Contrato de Empreendimento Comum (Joint Venture) em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2003;
- , "Alocução proferida na sessão de abertura", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 11-16;
- , *Direito Comercial Internacional*, Almedina, Coimbra, 2005;
- , "O Direito de Conflitos e as Liberdades Comunitárias de Estabelecimento e de Prestação de Serviços", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 79-109;
- , "A competência internacional exclusiva dos tribunais portugueses", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 403-433;
- , "A triangularidade do direito internacional privado", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 225-293;
- , "Circulação de Decisões Judiciais e Integração Supranacional e Internacional", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 389-402;
- , "Contratos de Estado", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 105-132;

- , "Federalismo e Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 331-356;
- , "O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em Matéria Matrimonial e de Responsabilidade Paternal", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2006, pp. 517-546;
- , "O regulamento comunitário sobre insolvência — uma introdução", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, 2006, pp. 1101-1152;
- , "Reconhecimento autónomo de decisões estrangeiras e controlo do direito aplicável", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 435-464;
- , "The «denationalization» of transnational relationships", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. I — Direito de Conflitos, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 173-193;
- , "Concorrência entre sistemas jurídicos na União Europeia e Direito Internacional Privado", *O Direito*, Ano 139.º, n.º II, 2007, pp. 255-281;
- , "Exclusive Jurisdiction", *Brussels I Regulation — European Commentaries on Private International Law*, ULRICH MAGNUS E PETER MANKOWSKI, Sellier — European Law Publishers, Munique, 2007, pp. 345-365;
- , "Choice of Law on Non-Contractual Obligations between Communitarization and Globalization. A first assessment of EC Regulation Rome II", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XLIV, n.º 1, 2008, pp. 5-42;
- , "Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pp. 363-416;
- , "Direito aplicável às operações bancárias internacionais", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 233-282;
- , "Direito aplicável às operações sobre instrumentos financeiros", *Estudos de Direito Internacional Privado*, Vol. II — Contratos, Obrigações Extracontratuais, Insolvência, Operações Bancárias, Operações Sobre Instrumentos Financeiros e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 349-400;

- , *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Direito de Conflitos — Parte Especial, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- , "O novo regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) — Uma Introdução", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias — Studia Iuridica n.º 101*, Vol. IV, MANUEL DA COSTA ANDRADE, MARIA JOÃO ANTUNES E SUSANA AIRES DE SOUSA, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2010, pp. 833-899;
- , "Rome I Regulation: Some Controversial Issues", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 242-257;
- , "Um direito internacional privado comum?", *25 Anos na União Europeia — 25 anos de Instituto Europeu*, Lisboa, 2011, disponível na internet via [http://www.ideff.pt/xms/files/Noticias/25\\_anos/Prof.\\_Doutor\\_Luis\\_de\\_Lima\\_Pineiro.pdf](http://www.ideff.pt/xms/files/Noticias/25_anos/Prof._Doutor_Luis_de_Lima_Pineiro.pdf), consultado em 27 de Janeiro de 2015, pp. 1-7;
- , *Direito Internacional Privado*, Vol. III, Competência Internacional e Reconhecimento de Decisões Estrangeiras, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- , "Ordem pública internacional, ordem pública transnacional e normas imperativas que reclamam aplicação ao mérito da causa", *Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação*, n.º 5, 2012, pp. 121-148;
- , "The methodology and the general part of the Portuguese Private International Law Codification: a possible source of inspiration for the European Legislator?", *Yearbook of Private International Law*, vol. XIV, 2012-2013, pp. 153-172;
- , "A Convenção de Viena sobre a Venda Internacional de Mercadorias perante as ordens jurídicas portuguesa e dos países africanos lusófonos", *O Direito*, Ano 146.º, n.º II, 2014, pp. 297-310;
- , *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2014;
- PINNA, ANDREA, "Drafting a Civil Code — Aims and methods", *Tilburg Foreign Law Review*, vol. 9, n.º 3, 2001-2002, pp. 337-357;
- PINTO, CARLOS A. DA MOTA, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005;
- , *Direitos Reais — Segundo as preleções do Prof. Doutor C. A. Mota Pinto ao 4.º Ano Jurídico de 1970-71 (por Álvaro Moreira e Carlos Fraga)*, Almedina, Coimbra, 2009;

- PINTO, EDUARDO VERA-CRUZ, "O Direito das Obrigações em Roma", *Revista Jurídica da Associação Académica da Faculdade de Direito da Lisboa*, n.º 18 a 23, 1995-1999, n.º 18-19: pp. 19-125; n.º 20: pp. 139-159; n.º 21: pp. 185-156; n.º 22: pp. 197-201; n.º 23: pp. 139-167;
- PINTO, FERNANDO FERREIRA, *Lições de Direito Processual Civil*, Ecla Editora, Lisboa, 1992;
- PINTO, GUSTAVO PESSOA, *História do Notariado Português*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (policopiado), Coimbra, 2009;
- PINTO, PAULO DA MOTA, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008;
- PIO XII, "Discurso por ocasião do V Congresso da União do Notariado Latino", *Revista de Notariado e Registo Predial*, Ano 32, n.º 4, 1959, pp. 37-42;
- PIPKORN, JÖRN, "Les méthodes de rapprochement des législations à l'intérieur de la CEE", *L'influence des Communautés européennes sur le droit international privé des États membres*, Larcier, Bruxelas, 1981, pp. 13-47;
- PIRES, FLORBELA DE ALMEIDA, *Conflitos de Leis — Comentário aos artigos 14.º a 65.º do Código Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009;
- PIRES, FRANCISCO LUCAS, "A política social comunitária como exemplo do princípio da subsidiariedade", *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Ano XXXIII (VI da 2.ª Série), n.º 3-4, 1991, pp. 239-259;
- PIRODDI, PAOLA, "Competenza giurisdizionale e legge applicabile alle locazioni immobiliari nelle Convenzioni di Bruxelles e di Roma", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXI, n.º 1, 1995, pp. 41-86;
- PISANI, ANDREA PROTO, "Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile", *Il Foro Italiano*, vol. CXXIII, Parte Quinta, n.º 1, 2000, pp. 1-11;
- PISSARRA, NUNO ANDRADE, "Normas de Aplicação Imediata e Direito Comunitário", *Normas de Aplicação Imediata, Ordem Pública Internacional e Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 9-140;
- , "Breves Considerações sobre a Lei Aplicável ao Contrato de Seguro", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 10-50;
- PIZARRO, SEBASTIÃO NÓBREGA, *Comércio Electrónico: Contratos Electrónicos e Informáticos*, Almedina, Coimbra, 2005;
- PLANIOL, MARCEL / RIPERT, GEORGES, *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII, 1ère partie, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1927;

- PLOEGER, HENDRIK / VAN LOENEN, BASTIAAN, "EULIS — At the Beginning of the Road to Harmonization of Land Registry in Europe", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 3, 2004, pp. 379-387;
- , "Harmonization of Land Registry in Europe", *TS18 — Comparative Aspects of Land Administration Systems, From Pharaohs to Geoinformatics*, 2005, disponível na internet via [http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts\\_18/ts18\\_02\\_ploeger\\_vanloenen.pdf](http://www.fig.net/pub/cairo/papers/ts_18/ts18_02_ploeger_vanloenen.pdf), consultado em 28 de Dezembro de 2012, pp. 1-12;
- , *Response to the Green Paper on Mortgage Credit in the EU*, disponível na internet via [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl\\_ploeger\\_vanloenen-en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/comments/priv-nl_ploeger_vanloenen-en.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015;
- , "The European Real Estate Market — Transparency, Security and Certainty through registration by EuroTitle", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 183-198;
- POCAR, FAUSTO, "La Comunitarizzazione del Diritto Internazionale Privato: una «European Conflict of Laws Revolution»?", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXVI, n.º 4, 2000, pp. 873-884;
- POILLOT-PERUZZETTO, SYLVAIN, "Le créancier et la «faillite européenne»: commentaire de la Convention des Communautés européennes relative aux procédures d'insolvabilité", *Journal du Droit International*, vol. 124, n.º 3, 1997, pp. 757-781;
- , "Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2002-2004, pp. 65-116;
- , "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Outubro de 2003, *Garcia Avello*, proc. C-148/02", *Journal du Droit International*, vol. 131, n.º 4, 2004, pp. 1219-1237;
- POLIDO, FABRÍCIO, "Aplicação do Direito Estrangeiro pelos Tribunais Domésticos: Uma Vertente Técnica e Cooperativa do Direito Internacional Privado", *Arbitragem e Comércio Internacional — Estudos em Homenagem a Luiz Olavo Baptista*, UMBERTO CELLI JUNIOR, MARISTELA BASSO E ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 1155-1212;
- POLIDO, FABRÍCIO / SILVA, LUCAS DA, "Evolução das Iniciativas de Regulação Transnacional dos Contratos Internacionais Eletrônicos", *Direito Internacional do nosso Tempo*, Vol. III, CAMILLA CAPUCIO, DAVID FRANÇA RIBEIRO DE CARVALHO, JORGE MASCARENHAS LASMAR, LEANDRO DE ALENCAR RANGEL, MARIA DE LOURDES

- ALBERTINI QUAGLIA, MARINANA ANDRADE E BARROS E WAGNER MENEZES, Arraes Editores, Belo Horizonte, 2013, pp. 175-190;
- PONS RAFOLS, XAVIER, "Unificación, Armonización y Flexibilidad: algunas reflexiones en torno a la primera cooperación reforzada establecida en el marco de la Unión Europea", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 749-766;
- PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, Éditions Confluences (reimpressão de 2004), Bordeaux, 1801;
- PORTO, MANUEL LOPES, "A União Monetária e os Processos de Convergência", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 99-127;
- , *Teoria da Integração e Políticas Comunitárias face aos desafios da globalização*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- , "Anotação ao art. 26.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 270-271;
- POTOK, RICHARD, "Legal certainty for securities held as collateral", *International Financial Law Review*, vol. 18, n.º 12 (Dezembro), 1999, pp. 12-16;
- , "The Hague Securities Convention — Closer and Closer to a Reality", *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 19, 2004, pp. 57-71;
- PRETELLI, ILARIA, "La legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali nel Regolamento «Roma II»", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziarica in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Vol. XIV*, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 409-475;
- , "Cross-Border Credit Protection Against Fraudulent Transfers of Assets — *Actio Pauliana* in the Conflict of Laws", *Yearbook of Private International Law*, vol. 13, 2011, pp. 589-640;
- PRŮM, ANDRÉ, "Avancées du droit communautaire dans les procédures collectives du secteur financier", *Revue de droit bancaire et financier*, vol. 3, n.º 5, 2002, pp. 243-245;
- PUENTE EGIDO, JOSÉ, "El Hecho y el Derecho en el Sistema Conflictual Español — Breves Reflexiones", *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration — Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, GERHARD LÜKE, GEORG RESS E MICHAEL WILL, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, 1983, pp. 581-597;

- QUADRI, ROLANDO, "Leggi Politiche e Diritto Internazionale Privato", *Studi Critici di Diritto Internazionale*, Vol. I — Diritto Internazionale Privato, Giuffrè, Milano, 1958, pp. 363-376;
- , *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, 3.<sup>a</sup> Edição, Liguori Editore, Napoli, 1961;
- QUADROS, FAUSTO DE, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário após o Tratado da União Europeia*, Almedina, Coimbra, 1995;
- , "Avaliação global do sistema orgânico e institucional da União Europeia após o Tratado de Lisboa", *O Tratado de Lisboa — Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 33-45;
- , *Direito da União Europeia*, 3.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- QUADROS, FAUSTO DE / MARTINS, ANA MARIA GUERRA, *Contencioso da União Europeia*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2007;
- QUADROS, INÊS, "Livre Circulação de Mercadorias", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.<sup>a</sup> Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 253-270;
- QUEIRÓ, AFONSO RODRIGUES, *Lições de Direito Administrativo*, Vol. I, (policopiado), Coimbra, 1976;
- , "Eficácia espacial das normas de direito administrativo", *Estudos de Direito Público*, Vol. II, Tomo I, Acta Universitatis Conimbricensis, Coimbra, 2000, pp. 201-2012;
- QUEIROLO, ILARIA, "L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza", *Comunicazioni e Studi — Istituto di Diritto Internazionale della Università di Milano*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 903-957;
- , "L'influenza del Regolamento comunitario sul difficile coordinamento tra legge fallimentare e legge di riforma del diritto internazionale privato", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 835-848;
- QUELHAS, JOSÉ MANUEL, "Dos Objectivos da União Bancária", *Boletim de Ciências Económicas*, vol. LV, 2012, pp. 235-298;
- QUINONES ESCÁMEZ, ANA, "Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade al Portugaia*)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 6, n.º 12, 2002, pp. 435-453;
- RAAPE, LEO, "Les rapports juridiques entre parents et enfants comme point de départ d'une explication pratique d'anciens et de nouveaux problèmes fondamentaux du droit

- international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1934-IV, Tomo 50, 1934, pp. 401-544;
- , *Internationales Privatrecht*, 5.<sup>a</sup> Edição, Franz Vahlen G. m. b. H., Berlim, 1961;
- RABEL, ERNST, *The Conflict of Laws — A comparative study*, Vol. I, Callaghan & Company, Chicago, 1945;
- , *The Conflict of Laws — A comparative study*, Vol. II, Callaghan & Company, Chicago, 1947;
- , "Observations sur l'utilité d'une unification du droit de la vente au point de vue des besoins du commerce international", *Gesammelte Aufsätze*, Vol. III — Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung, Mohr, Tübingen, 1967, pp. 477-484;
- RACINE, JEAN-BAPTISTE, "Pourquoi unifier le droit des contrats en Europe?", *ERA Forum*, vol. 3, n.º 2, 2002, pp. 67-77;
- RADA, DIMITRI DE, "Codice Civile Europeo: tra necessità e rilievi critici", *Rivista di Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, vol. CXI, n.º 2, 2013, pp. 323-369;
- RAMAEKERS, EVELINE, *European Union Property Law — From Fragments to a System*, Intersentia, Cambridge — Antwerp, 2013;
- RAMBERG, CHRISTINA, "E-Commerce", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUDE HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 229-244;
- RAMOS, F. SILVEIRA, *Dicionário Jurídico Alemão-Português*, Almedina, Coimbra, 1995;
- RAMOS, JOSÉ BONIFÁCIO, "O artigo 5.º do Código de Registo Predial e a compra e venda imobiliária", *O Direito*, Ano 143, n.º V, 2011, pp. 965-991;
- , *Direitos Reais — Relatório*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2013;
- , "A reforma do Código Civil no âmbito do Direito das Coisas", *O Direito*, Ano 146.º, n.º II, 2014, pp. 332411-;
- RAMOS, RUI MOURA, "Aspectos Recentes do Direito Internacional Privado Português", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Afonso Rodrigues Queiró*, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1984, pp. 377-420;
- , *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1990;
- , "Recensão a «ANTONIO ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, *Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo*\"", *Revista de Direito e Economia*, vols. XVI a XIX, 1990-1993, pp. 881-898;



- , *Direito Internacional Privado e Constituição — Introdução a uma análise das suas relações*, 2.<sup>a</sup> Reimpressão, Coimbra Editora, Coimbra, 1991;
- , "A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação de Portugal e o papel da organização na codificação internacional do direito internacional privado", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 251-275;
- , "Dos direitos adquiridos em direito internacional privado", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 11-53;
- , "L'adhésion du Portugal aux conventions communautaires en matière de droit international privé", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 143-170;
- , "La protection de la partie contractuelle la plus faible en droit international privé portugais", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 197-241;
- , "Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal", *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 295-323;
- , "Remarques sur les développements récents du droit international privé portugais en matière de protection des consommateurs", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, ANDREAS BUCHER, TEUN STRUYCKEN E MICHEL VERWILGHEN, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 235-251;
- , "Les Nouveaux Aspects de la Libre Circulation des Personnes. Vers une citoyenneté européenne", *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 249-303;
- , "O Acto Único Europeu", *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 143-178;
- , "Previsão Normativa e Modelação Judicial nas Convenções Comunitárias relativas ao Direito Internacional Privado", *O Direito Comunitário e a Construção Europeia*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 93-124;
- , "Reenvio Prejudicial e Relacionamento entre Ordens Jurídicas na Construção Comunitária", *Das Comunidades à União Europeia — Estudos de Direito Comunitário*, 2.<sup>a</sup> Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 213-237;

- , "The Private International Law Rules of the New Special Administrative Region of Macau of the People's Republic of China", *Louisiana Law Review*, vol. 60, 2000, pp. 1281-1295;
- , "Conclusões", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 307-317;
- , *Direito Comunitário (Programa, conteúdos e métodos de ensino)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003;
- , "Direito ao nome, direito internacional privado e direito comunitário", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 111-125;
- , "A Reforma de 1977 e o Direito Internacional Privado da Família", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 203-221;
- , "Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 99-105;
- , "Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interacção", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 145-202;
- , "La transposition des directives communautaires en matière de protection du consommateur et le droit international privé portugais", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 223-240;
- , "Linhas Gerais da Evolução do Direito Internacional Privado Português", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 275-325;
- , "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 241-273;
- , "O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado. Desenvolvimentos Recentes", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 39-58;

- , "The new EC rules on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 7-38;
- , "Perspectiva do Direito Internacional Privado no limiar do novo século", *A Internacionalização do Direito no Novo Século — Studia Iuridica n.º 94*, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2009, pp. 127-144;
- , "A arbitragem internacional no novo direito português da arbitragem", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 88, Tomo II, 2012, pp. 583-604;
- , "Anotação aos arts. 18.º a 23.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 257-263;
- , "L'arbitrage étranger et la reconnaissance des sentences arbitrales étrangères dans le nouveau droit portugais de l'arbitrage", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 397-408;
- , "O Direito Internacional Privado das Sucessões na União Europeia. Primeiras Reflexões", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I, 2013, pp. 69-114;
- , "Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia", *Scientia Iuridica - Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXII, n.º 332, 2013, pp. 413-461;
- , "A evolução recente do direito internacional privado da família", *Direito da Família e Direito dos Menores: Que direitos no século XXI?*, MARIA EDUARDA AZEVEDO E ANA SOFIA GOMES, Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2014, pp. 67-82;
- , "As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 144, n.º 3989, 2014, pp. 82-103;
- RASMUSSEN, ROBERT K., "A new approach to transnational insolvencies", *Michigan Journal of International Law*, vol. 19, n.º 1, 1997, pp. 1-36;
- RAUCH, WOLFGANG / ZIMMERMANN, STEFFEN, *Grundschild und Hypothek*, 2.ª Edição, Beck, Munique, 1998;
- RAUSCHER, THOMAS, *Internationales Privatrecht*, Müller, Heidelberg, 2012;
- REESE, WILLIS L. M., "American Choice of Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 30, 1982, pp. 135-146;
- , "The Influence of Substantive Policies on Choice of Law", *Festschrift für Frank Vischer*, PETER BÖCKLI, KURT EICHENBERGER, HANS HINDERLING E HANS PETER TSCHUDI, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1983, pp. 287-292;

- REGHIZZI, ZENO CRESPI, *Lex Rei Sitae e Disciplina delle Garanzie Mobiliari nel Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè Editore, Milano, 2007;
- REICH, NORBERT, "Competition between legal orders: a new paradigm of EC Law?", *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 5, 1992, pp. 861-896;
- REID, KENNETH G. C., "National Report for Scotland", *Principles of European Trust Law*, Vol. I, DAVID J. HAYTON, SEBASTIANUS CONSTANTINUS JOHANNES JOSEPHUS KORTMANN E HENDRIK VERHAGEN, Kluwer Law International; W. E. J. Tjeenk Willink, Hague; Deventer, 1999, pp. 67-84;
- REIG FABADO, ISABEL, "Libre circulación de decisiones concursales en la Unión Europea", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 235-264;
- REIS, ALBERTO DOS, *Processo de Execução*, Vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 1954;
- REIS, JOÃO, "Contrato de trabalho plurilocalizado e Ordem pública internacional", *Questões Laborais*, Ano III, 1996, pp. 157-187;
- REITHMANN, CHRISTOPH, "Urkunden ausländischer Notare in inländischen Verfahren", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 32, n.º 2, 2012, pp. 133-137;
- RÉMERY, JEAN PIERRE, "La faillite comme instrument de construction européenne: Acquis et perspectives", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 27-51;
- REMIEN, OLIVER, "European Private International Law, the European Community and its Emerging Area of Freedom, Security and Justice", *Common Market Law Review*, vol. 38, n.º 1, 2001, pp. 53-86;
- , "Tura novit curia und die Ermittlung fremden Rechts im europäischen Rechtsraum der Artt. 61ff. EGV — für ein neues Vorabentscheidungsverfahren bei mitgliedstaatlichen Gerichten", *Aufbruch nach Europa: 75 Jahre Max-Planck-Institut für Privatrecht*, JÜRGEN BASEDOW, ULRICH DROBNIG, REINHARD ELLGER, KLAUS HOPT, HEIN KÖTZ, RAINER KULMS E ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, pp. 617-631;
- , "Immobiliarsachenrecht in Europa – Skizze eines unvermessenen Gebiets", *Festschrift Tuğrulansay zum 75. Geburtstag*, SABIH ARKAN E YONGALIK AYNUR, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2006, pp. 307-321;

- , "Variationen zum Thema Eingriffsnormen nach Art. 9 Rom I-VO und Art. 16 Rom II-VO unter Berücksichtigung neuerer Rechtsprechung zu Art. Römer Übereinkommen", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 334-347;
- REQUEJO ISIDRO, MARTA, "Contratación electrónica internacional: delimitación y coordinación de los instrumentos sobre la ley aplicable", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIX, 2003,
- , "Libertades comunitarias y registro civil: algunos casos de incidencia mutua y pautas de solución", *Derecho Registral Internacional — Homenaje a la memoria del Profesor Rafael Arroyo Monteiro*, PEDRO MIGUEL ASENSIO, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 95-107;
- , "Foreign Notary Deed in Spain", *Conflict of Laws.Net*, 2 de Agosto de 2012, 2012, disponível na internet via <http://conflictoflaws.net/2012/foreign-notary-deed-in-spain/>, consultado em 16 de Agosto de 2012, pp. 1ss;
- REVILLARD, MARIEL, "La légalisation des actes", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 552-556;
- , "Comentário ao Acórdão da *Cour de Cassation* (1er Ch. civ.) de 23 mai 2006, *Viénot c. Beaussier*", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, n.º 4, 2006, pp. 841-847;
- , *Droit International Privé et Communautaire: Pratique Notariale*, 6.ª Edição, Defrénois, Paris, 2006;
- , "L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: regards sur les récents instruments internationaux", *A Commitment to Private International Law — Essays in honour of Hans van Loon*, Intersentia, Cambridge, 2013, pp. 487-502;
- REYNIS, BERNARD, "O papel das novas tecnologias na autenticação", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 175-182;
- RIBEIRO, GERALDO, "A Convenção de Haia de 2000 relativa à protecção dos Incapazes Adultos", *Revista do Ministério Público*, 2011, pp. 11-85;
- , "A obrigação de alimentos devidos a menores nas relações transfronteiriças. Uma primeira abordagem ao Regulamento (CE) n.º 4/2009 e ao Protocolo da Haia de 2007", *Lex Familiae — Revista Portuguesa de Direito da Família*, Ano 10, n.º 20, 2013, pp. 83-114;

- , "A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários", *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293;
- RIBEIRO, MANUEL DE ALMEIDA, "Anotação ao art. 81.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 422-425;
- RIBSTEIN, LARRY E. / KOBAYASHI, BRUCE H., "An Economic Analysis of Uniform State Laws", *Journal of Legal Studies*, vol. XXV, n.º 1, 1996, pp. 131-199;
- RICA ARENAL, RAMÓN DE LA, "La obligación personal y la responsabilidad real en las modalidades de hipoteca", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo IV, 1948, pp. 287-327;
- RICHTER, MARIO STELLA, "I Titoli di Credito nel Nuovo Sistema di Diritto Internazionale Privato", *Banca Borsa e Titoli di Credito*, Anno LIX, Nuova Serie — vol. XLIX, Fasc. VI, 1996, pp. 767-791;
- RIDDELL, MALCOLM / CAPPIELLO, ANTONIO, "Does the Rest of the World Need the «Civil Law Notary Model»? — A preliminary answer from the Real Estate Crises in the United States and China", *Studi e Materiali — Consiglio Nazionale del Notariato*, Suppl. 1/2008, 2008, pp. 77-83;
- RIGAUX, FRANÇOIS, "La force probante des écrits en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 50, n.º 1, 1961, pp. 1-82;
- , "Le conflit mobile en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1966-I, Tomo 117, 1966, pp. 329-444;
- , "Le droit international privé face au droit international", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 65, 1976, pp. 261-299;
- , "Droit économique et conflits de souverainetés", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationale Privatrecht*, vol. 52, n.º 1-2, 1988, pp. 104-156;
- , "Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale — Cours général de droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1989-I, Tomo 213, 1989, pp. 9-407;
- , "Le pluralisme en droit international privé", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, MANUEL PÉREZ GONZÁLES, LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA, VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA E GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1419-1436;

- , "New problems of private international law in the single market", *King's College Law Journal*, vol. 4, 1993-1994, pp. 23-43;
- , "Droit International Privé et Droit Communautaire", *L'internationalisation du droit — Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, Paris, 1994, pp. 341-354;
- , "Du chaos à l'emergence ", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 767-771;
- RIGAUX, FRANÇOIS / FALLON, MARC, *Droit International Privé*, 3.<sup>a</sup> Edição, De Boeck & Larcier, Bruxelas, 2005;
- RINGE, WOLF-GEORG, "Forum Shopping under EU Insolvency Regulation", *European Business Organization Law Review*, vol. 9, 2008, pp. 579-620;
- , "Company Law and Free Movement of Capital", *Cambridge Law Journal*, vol. 69, n.º 2, 2010, pp. 378-409;
- RITAINE, ELEANOR CASHIN, "Common Frame of Reference and Property Law: a General Introduction", *The Future of European Property Law*, SJEFF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 1-19;
- ROCA SASTRE, RAMÓN / ROCA-SASTRE MUCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Fundamentos de la Publicidad Registral, 8.<sup>a</sup> Edição, Bosch, Barcelona, 1995;
- , *Derecho Hipotecario*, Tomo IV, Dinámica Registral, 8.<sup>a</sup> Edição, Bosch, Barcelona, 1997;
- , *Derecho Hipotecario*, Tomo VIII, Hipotecas, 8.<sup>a</sup> Edição, Bosch, Barcelona, 1998;
- ROCA TRÍAS, ENCARNA, "El «Study Group a European Civil Code» (Proyecto Von Bar)", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 199-204;
- ROCHA, ARMANDO, "Livre Prestação de Serviços", *Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia — Uma abordagem jurisprudencial*, 3.<sup>a</sup> Edição, SOFIA OLIVEIRA PAIS, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 358-377;
- ROCHA, JOSÉ CARLOS GOUVEIA, *Manual Teórico e Prático do Notariado*, 4.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2003;
- ROCÍO DIÉGUEZ, OLIVA, *La eurohipoteca: luces y sombras de la pretendida unificación en materia hipotecaria*, eScholarship, disponível na internet via <http://escholarship.org/uc/item/2s48r5vn>, consultado em 9 de Julho de 2015;
- RODRIGUES, PEDRO NUNES, *Direito Notarial e Registral — O novo regime jurídico do notariado privado*, Almedina, Coimbra, 2005;

- RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS, "El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en derecho internacional privado", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, 2010, pp. 186-202;
- RODRÍGUEZ BENOT, ANDRÉS / YBARRA BORES, ALFONSO, "La armonización del crédito hipotecario en la Unión Europea", *Revista Análiza de Derecho del Turismo*, n.º 5, 2011, pp. 115-145;
- RODRÍGUEZ BOIX, FRANCISCO, *La notificación al deudor de la cesión del crédito hipotecario después de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre*, disponible na internet via <http://www.notariosyregistradores.com>, consultado em 27 de Outubro de 2010;
- RODRÍGUEZ CALVO, JOSÉ, "Las transacciones inmobiliarias en España realizadas por extranjeros", *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, MARIA FONT I MAS, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 385-398;
- RODRÍGUEZ OTERO, LINO, *Instituciones de Derecho Hipotecario*, Tomo III, Dijusa, Madrid, 2007;  
—, *Cuestiones de Derecho Inmobiliario: el derecho real y su publicidad, la tradición, la relatividad de la propiedad y el carácter de la inscripción — La valoración de nuestro sistema* Dijusa, Madrid, 2008;
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, ISABEL, "La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012", *InDret - Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-58;
- ROGERS, JAMES STEVEN, "Of Normalcy and Anomaly: thoughts on choice of law for the indirect holding system", *Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, Special Supplement — 13, 1998, pp. 47-51;
- RÖGNER, HERBERT, "Inconsistencies between the Hague Securities Convention and German Law", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 2/06, 2006, pp. 98-106;
- ROLIN, M. ALBÉRIE, "Des conflits de lois en matière d'obligations et des deliberations de l'Institut de Droit International sur cette question — projet", *Revue de Droit International et de Legislation Comparé*, 40ème Année, 1908, pp. 573-615;
- ROMANO, GIAN PAOLO, "La bilatéralité éclipsee par l'autorité — Développements récents en matière d'état des personnes", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 95, n.º 3, 2006, pp. 457-519;
- ROMANO, ROBERTA, "Empowering Investors: a Market Approach to Securities Regulation", *Yale Law Journal*, vol. 107, n.º 8, 1997-1998, pp. 2359-2430;



- ROQUE, MIGUEL PRATA, *A Dimensão Transnacional do Direito Administrativo*, AAFDL, Lisboa, 2014;
- RÖSLER, HANNES, "Europeanisation of Private Law Through Directives — Determining Factors and Modalities of Implementation", *European Journal of Law Reform*, vol. XI, n.º 3, 2010, pp. 305-322;
- ROSSI, LUCIA SERENA, "L'Incidenza dei Principi del Diritto Comunitario sul Diritto Internazionale Privato: dalla «comunitarizzazione» alla «costituzionalizzazione»", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XL, n.º 1, 2004, pp. 63-84;
- ROSSOLILLO, GIULIA, *Mutuo Riconoscimento e Tecniche Conflittuali*, CEDAM, Milão, 2002;
- ROTH, WULF-HENNING, "Der Einfluß des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Internationale Privatrecht", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 55, n.º 4, 1990, pp. 623-673;
- , "Die Freiheiten des EG-Vertrages und das nationale Privatrecht", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 1, 1994, pp. 5-33;
- , "The European Court of Justice's Case Law on Freedom to Provide Services: is *Keck* relevant?", *Services and Free Movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MADS ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 1-24;
- , "Secured Credit and the Internal Market: The Fundamental Freedoms and the EU's Mandate for Legislation", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 36-67;
- RÖTHEL, ANNE, "Internationales Sachenrecht im Binnenmarkt", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 58, n.º 21, 2003, pp. 1027-1035;
- , "Il Regolamento Roma III: Spunti per una materializzazione dell'autonomia delle parti", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLIX, n.º 4, 2013, pp. 883-898;
- RUBINO, DOMENICO, *L'Ipoteca Immobiliare e Mobiliare*, Trattato di Diritto Civile e Commerciale — Vol. XIX (dir. ANTONIO CICU e FRANCESCO MESSINEO), Giuffrè Editore, Milão, 1956;
- RUHL, GIESELA, "Allgemeiner Teil und Effizienz. Zur Bedeutung des ökonomischen Effizienzkriteriums im europäischen Kollisionsrecht", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 161-180;
- RÜHL, GIESELA, "Party Autonomy in the Private International Law of Contracts", *Conflict of Laws in a Globalized World*, ECKART GOTTSCHALK, RALF MICHAELS, GIESELA RÜHL E JAN VON HEIN, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 153-183;

- , "Choice of Law by the Parties in European Private International Law", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law* JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/paper=1989512>, consultado em 28 de Outubro de 2014, pp. 1-8;
- , "The Common European Sales Law: 28<sup>th</sup> Regime, 2<sup>nd</sup> Regime or 1<sup>st</sup> Regime?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 1, 2012, pp. 148-163;
- , "Unilateralism in European Private International Law", *Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, JÜRGEN BASEDOW, KLAUS HOPT E REINHARD ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/paper=1989540>, consultado em 28 de Outubro de 2014, pp. 1-8;
- RUIZ, NUNO, "O Princípio da Subsidiariedade e a Harmonização de Legislações na Comunidade Europeia", *A União Europeia na Encruzilhada*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 129-138;
- RUTGERS, JACOBIE W., "Registered European Security Instrument in a Multilingual European Union", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 153-163;
- SACCO, RODOLFO, "La diversità nel diritto (a proposito dei problemi di unificazione)", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLVI, n.º 1, 2000, pp. 15-30;
- SAGAERT, VINCENT, "Party Autonomy in French and Belgian Law — The Interconnection between Substantive Property Law and Private International Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 119-141;
- SAGGIO, ANTONIO, "Diritto Internazionale Privato e Diritto Uniforme nel sistema comunitario", *Rivista di Diritto Europeo*, n.º 2 (Aprile-Giugno), 1996, pp. 215-263;
- SALERNO, FRANCESCO, "Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXXIV, n.º 1, 1998, pp. 5-50;
- SAMEIRO, PEDRO, "O direito de retenção e a situação do credor hipotecário", *Revista da Banca*, n.º 26, 1993, pp. 89-97;
- SAMTLEBEN, JÜRGEN, "Teixeira de Freitas e a autonomia das partes no direito internacional privado latino-americano", *Scientia Iuridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo XXXIII, 1984, pp. 344-366;

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARIA PAZ, "Comentário ao Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Março de 2013, *Mohamed Aziz*, proc. C-415-11", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 17, n.º 44, 2013, pp. 327-344;
- SÁNCHEZ JORDÁN, ELENA, "Garantías sobre Bienes Inmuebles: La Eurohipoteca", *Derecho Privado Europeo*, SERGIO CÁMARA LAPUENTE, Editorial Colex, Madrid, 2003, pp. 987-1007;
- , "La Eurohipoteca", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Thomson — Civitas, Madrid, 2003, pp. 4277-4297;
- SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO, "La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz", *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Bubiñes*, CARLOS ESPLUGUES MOTA E GUILLERMO PALAO MORENO, Tirant lo blanch, Valencia, 2012, pp. 133-145;
- , "Common European Sales Law and Private International Law: some critical remarks", *Journal of Private International Law*, vol. 9, n.º 2, 2013, pp. 191-217;
- , "De Bruselas a la Haya, pasando por Roma y Viena: la normativa común de compraventa europea", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 821-832;
- SANTOS, ANTÓNIO FURTADO DOS, "Direito Internacional Penal e Direito Penal Internacional", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 92, 1960, pp. 159-247;
- SANTOS, ANTÓNIO MARQUES DOS, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 1991;
- , *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado — Esboço de uma Teoria Geral*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 1991;
- , "Breves considerações sobre a adaptação em direito internacional privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 51-128;
- , "Sur une proposition italienne d'élaboration de d'un Code européen des contrats", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 159-166;

- , "Testamento Público", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, Almedina, Coimbra, 1998, pp. 207-220;
- , *Direito Internacional Privado: sumários*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1999;
- , *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2001;
- , "Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil", *Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. I, RUI MOURA RAMOS, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 379-429;
- , "A Aplicação do Direito Estrangeiro", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 33-53;
- , "A Convenção de Roma e as Operações Bancárias", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 227-256;
- , "Alguns Princípios de Direito Internacional Privado e de Direito Internacional Público do Trabalho", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 93-130;
- , "As novas regras de Direito Internacional Privado de Macau", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 311-346;
- , "Constituição e Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 55-77;
- , "Direito Aplicável aos Contratos Celebrados através da Internet e Tribunal Competente", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 159-225;
- , "Direito Internacional Privado", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 1-31;
- , "Lei Aplicável a uma Sucessão por Morte Aberta em Hong Kong", *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Público*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 347-373;
- SANTOS, FILIPE CASSIANO DOS, *Direito Comercial Português*, Vol. I, Dos actos de comércio às empresas, o regime dos contratos e mecanismos comerciais no Direito Português, Coimbra Editora, Coimbra, 2007;
- SANTOS MORÓN, MARÍA JOSÉ, "Forma contractual y «desarmonización» comunitaria", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 2, 2010, pp. 202-220;

- SANTOS, PEDRO CASSIANO / FIGUEIREDO, ANDRÉ, "O Mercado Português da Titularização de Créditos: Diversificação e Maturidade", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 357-397;
- SANZ IGLESIAS, ÁNGEL, "Tribulaciones del pequeño deudor hipotecario", *El Notario del Siglo XXI*, n.º 48, 2013, pp. 1-7;
- SAUTER, WOLF, "The Economic Constitution of the European Union", *Columbia Journal of European Law*, Vol. 4, 1998, pp. 27-68;
- SAVATIER, RENÉ, "Le Marché commun au regard du droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 48, 1959, pp. 237-258;
- , "Les aspects de droit international privé de la Communauté Économique Européenne", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1960-1962, pp. 17-37;
- SBORDONE, FRANCESCO, "Potere di scelta della legge applicabile al contratto e funzione delle norme di diritto internazionale privato", *Il diritto civile oggi — Atti del 1.º Convegno Nazionale della Società Italiana degli Studiosi del Diritto Civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2005, pp. 211-219;
- , "Contratti internazionali, regole «a-nazionali» e diritto internazionale privato", *Gazzetta Forense*, Nov-Dez 2008, 2008, pp. 133-140;
- SCHACK, HAIMO, "Das neue Internationale Eheverfahrensrecht in Europa", *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 65, n.º 4, 2001, pp. 615-633;
- SCHÄFER, HANS-BERND / LANTERMANN, KATRIN, "Choice of Law from an Economic Perspective", *An Economic Analysis of Private International Law*, JÜRGEN BASEDOW E TOSHIYUKI KONO, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 87-119;
- SCHAUB, MARTIEN, *European Legal Aspects of E-commerce*, Europa Law Publishing, Amesterdão, 2004;
- SCHERBER, NINA, *Europäische Grundpfandrechte in der nationalen und internationalen Insolvenz im Rechtsvergleich*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2004;
- SCHILLING, THEODOR J. R., "Some European decisions on non-possessory security rights in private international law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 1985, pp. 87-114;
- SCHMID, CHRISTOPH, "Options under EU Law for the Implementation of a Eurohypothec", *Basic guidelines for a Eurohypothec — Outcome of Eurohypothec workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 61-68;

- SCHMID, CHRISTOPH / HERTEL, CHRISTIAN, *Real Property Law and Procedure in the European Union — General Report*, European University Institute; European Private Law Forum; Deutsches Notarinstitut, disponível na internet via <http://www.eui.eu/Documents/DepartmentsCentres/Law/ResearchTeaching/ResearchThemes/EuropeanPrivateLaw/RealPropertyProject/GeneralReport.pdf>, consultado em 21 de Novembro de 2012;
- SCHNITZER, ADOLF F., "Le trust et la fondation dans les conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, 1965, pp. 479-489;
- SCHOCKWEILER, FERNAND, "La codification du droit international privé dans la Communauté Européenne", *E Pluribus Unum — Liber Amicorum Georges A. L. Droz on the Progressive Unification of Private International Law*, ALEGRÍA BORRÁS, ANDREAS BUCHER, TEUN STRUYCKEN E MICHEL VERWILGHEN, Martinus Nijhoff Publishers, Haia, 1996, pp. 391-404;
- SCHULZE, RAINER, "Le droit privé commun européen", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 47, n.º 1, 1995, pp. 7-32;
- SCHURIG, KLAUS, "Zwingendes Recht, »Eingriffsnormen« und neues IPR", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 54, n.º 2, 1990, pp. 217-250;
- SCHWAB, KARL HEINZ / PRÜTTING, HANNS, *Sachenrecht*, 32.ª Edição, Beck, Munique, 2006;
- SCHWARCZ, STEVEN L., "Indirectly Held Securities and Intermediary Risk", *Uniform Law Review*, vol. 6, n.º 2, 2001, pp. 283-300;
- SCHWARTZ, IVO, "Voies d'uniformisation du droit dans la Communauté européenne: règlements de la Communauté ou conventions entre les États membres?", *Journal du Droit International*, vol. 105, n.º 4, 1978, pp. 751-804;
- SCHWIND, FRITZ, *Internationales Privatrecht — Lehr- und Handbuch*, Manz Verlag, Wien, 1990;
- SECRETARIAT UNIDROIT, "Explanatory Notes to the Preliminary Draft UNIDROIT Convention on Harmonised Substantive Rules regarding Securities Held with an Intermediary", *Uniform Law Review*, vol. 10, n.º 1/2, 2005, pp. 36-115;
- SEGRÉ, CLAUDIO, *The Development of a European Capital Market, Report of a Group of experts appointed by the EEC Commission*, Comissão Europeia, disponível na internet via [http://aei.pitt.edu/31823/1/Dev\\_Eur\\_Cap\\_Mkt\\_1966.pdf](http://aei.pitt.edu/31823/1/Dev_Eur_Cap_Mkt_1966.pdf), consultado em 9 de Julho de 2015;
- SEPALLA, CHRISTOPHER, *The ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG) in Practice*, disponível na internet via

- [http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala\\_0601.asp](http://www1.fidic.org/resources/contracts/seppala_0601.asp), consultado em 25 de Março de 2015;
- SERRA, ADRIANO VAZ, "Penhor", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 58, 1956, pp. 17-292;
- , "Hipoteca", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 62 e 63, 1957, pp. 5-364 e 193-396;
- SERRA, CATARINA, *O Regime Português da Insolvência*, 5.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2012;
- , "Insolvência transfronteiriça — Comentários à Proposta de alteração do Regulamento europeu relativo aos processos de insolvência, com especial consideração do Direito português", *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 10, 2013, pp. 97-143;
- , "«Abrindo» o Regulamento Europeu sobre Insolvência Transfronteiriça — Algumas questões sobre o âmbito de aplicação do regulamento na perspectiva do direito português", *Para Jorge Leite*, Vol. II — Escritos Jurídicos, JOÃO REIS, JOÃO LEAL AMADO, FRANCISCO LIBERAL FERNANDES E REGINA REDINHA, Coimbra Editora, Coimbra, 2014, pp. 729-742;
- SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL, "¿Indivisibilidad y accesoriedad de la hipoteca? Dos cuestiones candentes del Derecho hipotecario en la doctrina de nuestro Tribunal Supremo", *La Notaría*, n.ºs 53 e 54, 2008, pp. 137-140;
- SERVAIS, DOMINIQUE, *Um Espaço Financeiro Europeu — Liberalização dos movimentos de capitais e integração financeira; Realização da União Económica e Monetária*, 4.ª Edição, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1995;
- , *Intégration des marchés financiers*, Commentaire J. Mégret, 3.ª Edição, Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, Bruxelas, 2007;
- SHAW, GISELA, "Notaries in England and Wales: modernising a profession frozen in time", *International Journal of the Legal Profession*, vol. 7, n.º 2, 2000, pp. 141-155;
- , "Notaries in England and Wales: What future in a climate of globalisation?", *Notarius International*, n.º 1-2/2006, 2006, pp. 38-45;
- SIEHR, KURT, "Die Parteiautonomie im Internationalen Privatrecht", *Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag*, PETER FORSTMOSER, HANS GIGER, ANTON HEINI E WALTER SCHLUEP, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurique, 1989, pp. 485-510;
- , "Internationales Sachenrecht — Rechtsvergleichendes zu seiner Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft", *Vergleichende Rechtswissenschaft — Archiv für Internationales Wirtschaftsrecht*, vol. 104, n.º 2, 2005, pp. 145-162;
- , "The *Lex Originis* for Cultural Objects in European Private International Law", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 879-891;

- SIGMAN, HARRY C., "Perfection and Priority of Security Rights", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 143-165;
- SILVA, ANÍBAL CAVACO, *Portugal e a Moeda Única*, Verbo, Lisboa, 1997;
- SILVA, JOÃO CALVÃO DA, "Contrato-Promessa — Análise para reformulação do Decreto-Lei n.º 236/80", *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 349, 1985, pp. 53-113;
- , *Responsabilidade Civil do Produtor*, Almedina, Coimbra, 1990;
- , "Garantias Acessórias e Garantias Autónomas", *Estudos de Direito Comercial (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 327-361;
- , *Direito Bancário*, Almedina, Coimbra, 2001;
- , "Globalização e Direito da Banca, da Bolsa e dos Seguros: uma resposta europeia", *Globalização e Direito — Studia Iuridica n.º 73*, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2003, pp. 125-162;
- , *Cumprimento e Sanção Pecuniária Compulsória*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2007;
- , "Instituições de Crédito Hipotecário, Obrigações Hipotecárias e Obrigações sobre o Sector Público", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho — Studia Iuridica n.º 102*, Vol. I — Responsabilidade: entre Passado e Futuro, FERNANDO ALVES CORREIA, JÓNATAS MACHADO E JOÃO CARLOS LOUREIRO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012, pp. 663-683;
- , *Banca, Bolsa e Seguros*, Tomo I, Direito Europeu e Português, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- , *Titul[ariz]ação de Créditos — Securitization*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013;
- SILVA, JOÃO NUNO CALVÃO DA, *Mercado e Estado — Serviços de Interesse Económico Geral*, Almedina, Coimbra, 2008;
- , "Tratado de Lisboa (Algumas Notas)", *Temas de Integração*, N.º 26 (2.º Semestre de 2008), 2008, pp. 115-138;
- , "Nacionalidade como requisito de acesso ao notariado e não transposição da directiva relativa ao reconhecimento das qualificações profissionais pelo Estado português", *Revista do Notariado*, n.º 1, 2009, pp. 67-85;
- , "Anotação ao art. 345.º TFUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 1212-1214;
- SILVA, NUNO ASCENSÃO, "Do estatuto pessoal — Unidade e Dispersão (Algumas notas a propósito da comemoração dos 35 anos do Código Civil)", *Comemorações dos 35 anos do*



- código civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. II — A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Coimbra Editora — Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, pp. 549-649;
- SILVA, PAULA COSTA E, "A contratação automatizada", *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pp. 289-306;
- SILVEIRA, ALESSANDRA, *Princípios de Direito da União Europeia — Doutrina e Jurisprudência*, 2.<sup>a</sup> Edição, Quid Iuris, Lisboa, 2011;
- SIMLER, PHILIPPE / DELEBECQUE, PHILIPPE, *Droit Civil — Les sûretés; La publicité foncière*, Dalloz, Paris, 2000;
- SIMON-DEPITRE, MARTHE, "Les règles matérielles dans le conflits de lois", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 63, 1974, pp. 591-606;
- SLOT, PIET JAN, "Harmonisation", *European Law Review*, vol. 21, n.º 5, 1996, pp. 378-387;
- SMART, PHILIP, "Rights in Rem, Article 5 and the EC Insolvency Regulation: An English Perspective", *International Insolvency Review*, vol. 15, n.º 1, 2006, pp. 17-55;
- SMIT, DANIEL S., "The relationship between the free movement of capital and the other EC Treaty freedoms in third country relationships in the field of direct taxation: a question of exclusivity, parallelism or causality?", *EC Tax Review*, vol. 16, n.º 6, 2007, pp. 252-267;
- SMITS, JAN, "A European Private Law as a Mixed Legal System", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, 1998, pp. 328-340;
- , "How to predict the differences in uniformity between different areas of a future European private law? An evolutionary approach", *The Economics of Harmonizing European Law*, ALAIN MARCIANO E JEAN-MICHEL JOSSELIN, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, pp. 50-69;
- , "Diversity of Contract Law and the European Internal Market", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 153-186;
- , "Beyond Euroscepticism: on the choice of legal regimes as empowerment of citizens", *Utrecht Law Review*, vol. 6, n.º 3, 2010, pp. 68-74;
- , "Optional Law: a plea for multiple choice in private law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 17, n.º 4, 2010, pp. 347-352;
- , "Plurality of Sources in European Private Law, or: How to Live With Legal Diversity?", *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2011/14, 2011, disponível

- na internet via <http://ssrn.com/abstract=1802350>, consultado em 17 de Outubro de 2014, pp. 1-16;
- , "A Radical View of Legal Pluralism", *Maastricht European Private Law Institute Working Papers*, n.º 2012/1, 2012, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=1983869>, consultado em 17 de Outubro de 2014, pp. 1-12;
- , "The Common European Sales Law (CESL) Beyond Party Choice", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, vol. 20, n.º 4, 2012, pp. 904-917;
- , "Party Choice and the Common European Sales Law, or: How to Prevent the CESL from Becoming a Lemon on the Law Market", *Common Market Law Review*, vol. 50, n.º 1/2, 2013, pp. 51-68;
- , "Problems of Uniform Sales Law — Why the CISG may not promote international trade", *Maastricht Working Papers — Faculty of Law*, 2013/1, 2013, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2197468>, consultado em 13 de Fevereiro de 2015, pp. 1-11;
- , "Who Does What? On Cameron, Rutte and the Optimal Distribution of Competences Among the European Union and the Member States", *Varieties of European Economic Law and Regulation: Liber Amicorum for Hans Micklitz*, KAI PURNHAGEN E PETER ROTT, Springer, Heidelberg, 2014, pp. 343-357;
- SMULDERS, BEN / GLAZENER, PAUL, "Harmonization in the Field of Insurance Law through the Introduction of Community Rules of Conflict", *Common Market Law Review*, vol. 29, n.º 4, 1992, pp. 775-797;
- SNELL, JUKKA / ANDENAS, MADS, "Exploring the Outer Limits: Restrictions on the Free Movement of Goods and Services", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 69-139;
- SNIJDERS, W., "The organisation of the drafting of a European Civil Code: a walk in imaginary gardens", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 483-488;
- SOARES, ALFREDO DE AZEVEDO, "O notariado como garante da segurança jurídica numa sociedade democrática", *O notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 87-93;
- SOARES, ANTÓNIO GOUCHA, "Uma união cada vez mais estreita", *Análise Social — Revista do Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa*, vol. XXXIV, n.ºs 2 e 3, 1999, pp. 397-423;

- SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO, "A liberdade de estabelecimento das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, n.º 15 e 16, 2003, pp. 283-321;
- , "O Acórdão Inspire Art Ltd: novo incentivo jurisprudencial à mobilidade das sociedades na União Europeia", *Temas de Integração*, n.º 17, 2004, pp. 123-159;
- SOARES, MARIA ÂNGELA BENTO / RAMOS, RUI MOURA, *Contratos Internacionais — Compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*, Almedina, Coimbra, 1986;
- SOERGEL, OTTO / STÖCKER, OTMAR, "EU-Osterweiterung und dogmatische Fragen des Immobiliarsachenrechts — Kausalität, Akzessorietät und Sicherungszweck", *Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft*, n.º 5/2002, 2002, pp. 412-420;
- SOLLA SASTRE, MARÍA JULIA, "Fuerza codificadora y doctrina codificadora en el artículo 1875 del Código Civil: la inscripción constitutiva del Derecho real de hipoteca", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 676, 2003, pp. 1115-1174;
- SONNENBERGER, HANS JÜRGEN, "Europarecht und Internationales Privatrecht", *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft: Archiv für internationales Wirtschaftsrecht*, Jahr 95, n.º 1, 1996, pp. 3-47;
- , "La loi allemande du 21 mai 1999 sur le droit international privé des obligations non contractuelles et des biens", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 88, n.º 4, 1999, pp. 647-668;
- , "L'harmonisation du droit des contrats est-elle nécessaire? — Le pour et le contre", *ERA Forum*, vol. 3, n.º 2, 2002, pp. 62-67;
- , "Anerkennung statt Verweisung? Eine neue internationalprivatrechtliche Methode?", *Festschrift für Ulrich Spellenberg*, JÖRN BERNREUTHER, ROBERT FREITAG, STEFAN LEIBLE, HARALD SIPPEL E ULRIKE WANTZEK, Sellier European Law Publishers, München, 2010, pp. 371-391;
- , "Grenzen der Verweisung durch europäisches internationales Privatrecht", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, vol. 31, n.º 4, 2011, pp. 325-335;
- , "Eingriffsnormen", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 429-444;
- SOUSA, ANTÓNIO FRADA DE, *Conflito de Clausulados e Consenso nos Contratos Internacionais*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1999;
- , *A europeização do Direito Internacional Privado*, (policopiado), Porto, 2012;
- SOUSA, MARCELO REBELO DE, "Anotação ao art. 3.º TUE", *Tratado de Lisboa Anotado e Comentado*, MANUEL LOPES PORTO E GONÇALO ANASTÁCIO, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 30-32;

- SOUSI-ROUBI, BLANCHE, *Droit bancaire européen*, Dalloz, Paris, 1995;
- SOUZA, EDUARDO PACHECO RIBEIRO DE, *As restrições voluntárias na transmissão de bens imóveis: cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade*, Quinta Editorial, São Paulo, 2012;
- SPARKES, PETER, "European Land Law: too narrow for second home owners in Spain", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, pp. 29-34;
- SPERDUTI, GIUSEPPE, "Ordine Pubblico Internazionale e Ordine Pubblico Interno", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XXXVII, 1954, pp. 82-91;
- , "Sul limite dell'ordine pubblico", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XLIII, 1960, pp. 303-308;
- , "Norme di Applicazione Necessaria e Ordine Pubblico", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XII, n.º 3, 1976, pp. 469-490;
- , "Droit international privé et droit public étranger", *Journal du Droit International*, vol. 104, n.º 1, 1977, pp. 5-15;
- , "Observations au Rapport et projet de résolution sur les demandes fondées par une autorité étrangère ou par un organisme public étranger sur les dispositions de son droit public", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, vol. 57, Tomo II, 1977, pp. 26-31;
- SPIER, JAAP, "European Group on Tort Law", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 59-64;
- STADLER, ASTRID, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraction*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1996;
- STÄHL, KRISTINA, "Free movement of capital between Member States and third countries", *EC Tax Review*, vol. 13, n.º 2, 2004, pp. 47-56;
- STANIMIROVIC, VESNA, *La cédula hypothécaire comme garantie de la banque, en particulier le transfert de propriété à titre de sûreté*, disponível na internet via <http://www.unige.ch/droit/mbl/upload/pdf/MEMOIREVesnaStanimirovic.pdf>, consultado em 5 de Março de 2013;

- STARACE, VINCENZO, "La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. LXXXV, n.º 2, 2002, pp. 295-308;
- STASSINOPOULOS, NICOLÁS, "A opção pelo notariado latino", *O Notariado em Portugal, na Europa e no Mundo — O notariado do século XXI, Desafios da Modernidade*, Ordem dos Notários, Lisboa, 2007, pp. 139-143;
- STEPHAN, PAUL, "The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 743-797;
- STEVENS, ROBERT, "The English Conflict of Laws Rules", *Cross-Border Security and Insolvency*, MICHAEL BRIDGE E ROBERT STEVENS, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 205-222;
- , "Party Autonomy and Property Rights", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 83-100;
- STÖCKER, OTMAR, "La Eurohipoteca: un medio para unificar el Derecho Hipotecario en Europa", *Anales (I) 1996-1997: Centro para la investigación y desarrollo del derecho registral inmobiliario y mercantil*, ALFONSO HERNÁNDEZ MORENO, Cedecs, Madrid, 1998, pp. 14-24;
- , "The Eurohypothech — Accessoriness as legal dogma", *Basic Guidelines for a Eurohypothech — Outcome of the Eurohypothech workshop November 2004/April 2005*, AGNIESZKA DREWICS-TULODZIECA, Mortgage Credit Foundation, Warsaw, 2005, pp. 39-53;
- , "Real estate liens as security for cross-border property finance. The Eurohypothech — a security instrument with real prospects", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 703, 2007, pp. 2255-2277;
- STÖCKER, OTMAR / STÜRNER, ROLF, *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, Band III, 3.ª Edição, Verband Deutscher Pfandbriefbanken, Berlin, 2012;
- STOLL, HANS, "Rechtskollisionen beim Gebietswechsel beweglicher Sachen", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 38, 1974, pp. 450-467;
- , "Zur gesetzlichen Regelung des internationalen Sachenrechts in Artt. 43-46 EGBGB", *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, n.º 4, 2000, pp. 259-270;
- STONE, PETER, *EU Private International Law — Harmonization of Laws*, Elgar European Law, Cheltenham, 2006;
- STORY, JOSEPH, *Commentaries on the Conflict of Laws*, 3.ª Edição, L. H. Bridgham, Boston, 1912;

- STRUYCKEN, A. V. M., "Quelques réflexions sur la juridiction gracieuse en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1986-1988, pp. 105-143;
- , "Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 257-383;
- , "Le droit international privé d'origine communautaire et les États tiers", *Revue des Affaires Européennes - Law & European Affairs*, vol. 11-12, n.° 4, 2001-2002, pp. 469-479;
- , "Convention on the Law Applicable to Certain Rights in Respect of Securities Held with an Intermediary", *Netherlands International Law Review*, vol. L, n.° 1, 2003, pp. 103-113;
- , "Co-ordination and co-operation in respectful disagreement", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 311, 2004, pp. 9-552;
- STRUYCKEN, TEUN, "The *Numerus Clausus* and Party Autonomy in the Law of Property", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 59-82;
- STURM, FRITZ, "Neue Vorschläge zur IPR-Reform", *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, vol. 27, n.° 23, 1974, pp. 1036-1037;
- , "Personnes, famille et successions dans la Loi du 25 juillet portant réforme du droit international privé allemand", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 76, n.° 1, 1987, pp. 33-76;
- STÜRNER, ROLF, "Das Grundpfandrecht zwischen Akzessorietät und Abstraktheit un die europäische Zukunft", *Festschrift für Rolf Serick zum 70. Geburtstag*, ULRICH HUBER E ERIK JAYME, Verlag Recht und Wirtschaft, Heidelberg, 1992, pp. 377-388;
- SULPASSO, BIANCA CASSANDRA, "Comparazione Giuridica ed Uniformazione delle Legislazione: le garanzie mobiliari", *Rivista di Diritto Civile*, Anno XLI, n.° 4, 1995, pp. 567-594;
- SYKES, ALAN O., "Regulatory Competition or Regulatory Harmonization? A silly question?", *Journal of International Economic Law*, vol. 3, n.° 2, 2000, pp. 257-264;
- SYMEONIDES, SYMEON, "On the Side of the Angels: Choice of Law and Stolen Cultural Property", *Private Law in the International Arena — Liber Amicorum Kurt Siebr*, JÜRGEN BASEDOW, ISAAK MEIER, ANTON K. SCHNYDER, TALIA EINHORN E DANIEL GIRSBERGER, T. M. C. Asser Press, Haia, 2000, pp. 747-761;
- , "Party Autonomy and Private-Law Making in Private International Law", *Liber Amicorum Konstantinus Kerameus*, Sakkoulas — Kluwer, Atenas, 2006, disponível na internet via

- <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.946007>, consultado em 24 de Fevereiro de 2015, pp. 1-25;
- , "The American Revolution and the European Evolution in Choice of Law: Reciprocal Lessons", *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1741-1799;
- , "Party Autonomy in Rome I and II From a Comparative Perspective", *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siebr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, TALIA EINHORN, DANIEL GIRSBERGER E SYMEON SYMEONIDES, Schulthess, Zurique, 2010, pp. 513-550;
- , "L'autonomie de la volonté dans les principes de La Haye sur le choix de la loi applicable en matière de contrats internationaux", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 102, n.º 4, 2013, pp. 807-842;
- T'KINT, FRANÇOIS, "La mise en oeuvre des sûretés dans le cadre d'une faillite internationale en droit belge", *Liber Amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, Bruxelas, 2004, pp. 1073-1083;
- T'KINT, FRANÇOIS / DERIJKE, WERNER, "Sûretés et procédures collectives: étude de droit comparé", *Faillite et Concordat Judiciaire: Un droit aux contours incertains et aux interférences multiples*, Bruylant, Bruxelas, 2002, pp. 521-544;
- TALLON, DENIS, "Vers un Droit Européen du Contrat?", *Mélanges offerts à André Colomer*, Litec, Paris, 1993, pp. 485-494;
- TAMAMES, RAMÓN / HUERTA, BEGOÑA G., *Estrutura Económica Internacional*, Tradução de J. Freitas e Silva, 5.ª Edição, Dom Quixote, Lisboa, 2000;
- TAPIA SÁNCHEZ, Mª ROSA, "El contrato de préstamo bancario. El préstamo sindicado", *La contratación bancaria*, ENRIQUE GARDEA SOLER E ADOLFO SEQUEIRA MARTÍN, Dyckinson, Madrid, 2007, pp. 754-772;
- TAUDIN, LOUIS, "Les notaires dans une Europe unie", *Revue d'économie financière*, Numéro especial «Le Traité de Maastricht: quelles conséquences pour l'Europe financière?», 1992, pp. 323-338;
- TAVARES, JOSÉ, *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1922;
- , *Os Princípios Fundamentais do Direito Civil*, Vol. II, Pessoas, cousas, factos jurídicos, Coimbra Editora, Coimbra, 1928;
- TEBBENS, HARRY DUINTJER, "Private International Law and the Single European Market: Coexistence or Cohabitation", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private*

- International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Dauterive, 1990, pp. 49-69;
- , "Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 83, n.º 3, 1994, pp. 451-481;
- , "Vers une «Libre Circulation» des actes authentiques dans l'Union Européenne. Reflexions à propos d'un arrêt du Tribunal Supremo d'Espagne du 19 Juin 2012", *Entre Bruselas y la Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado — Liber Amicorum Alegría Borrás*, JOAQUIN FORNER DELAYGUA, CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS E RAMÓN VIÑAS FARRÉ, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 309-321;
- TELES, MIGUEL GALVÃO, "UNIDROIT Preliminary Draft Convention on substantive rules regarding securities held with an intermediary", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VI, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 427-474;
- TENENBAUM, ALINE, "Réflexions sur la Convention de la Haye du 13 décembre 2002 sur la loi applicable à certains droits sur des titres détenus auprès d'un intermédiaire", *Revue des Sociétés*, n.º 4/2004, 2004, pp. 835-854;
- TENREIRO, MÁRIO, "O Espaço Europeu de Justiça Civil", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 31-43;
- TERNER, PAUL, "Perspectives of a European Law of Succession", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 14, n.º 2, 2007, pp. 147-178;
- THOMA, IOANNA, "La définition et l'exercice des compétences externes de la Communauté Européenne au domaine de la coopération dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière", *European Review of Private Law*, vol. 10, n.º 3, 2002, pp. 397-416;
- TILMANN, WINFRIED / VAN GERVEN, WALTER, "The competence of the EU to create a uniform European law of obligations and property and the potential legal bases", *The Private Law Systems in the EU: discrimination on grounds of nationality and the need for a European Civil Code*, PARLEMENTO EUROPEU — DIRECTORATE GENERAL FOR RESEARCH, Bruxelles, 2000, pp. 183-203;
- TIMBAL, P. C., "La contribution des auteurs et de la pratique coutumière au droit international privé du moyen âge", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 44, 1955, pp. 17-32;



- TISON, MICHEL, "Unravelling the General Good Exception: The Case of Financial Services", *Services and Free Movement in EU Law*, MADS ANDENAS E WULF-HENNING ROTH, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 321-381;
- TOMASZEWSKI, MACIEJ, "La désignation, postérieure à la conclusion du contrat, de la loi qui le régit", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 61, 1972, pp. 567-601;
- TOMÉ, MARIA JOÃO CARREIRO VAZ, "O *Trust* e a Titularização de Créditos — Breves Considerações", *Titularização de Créditos*, DIOGO LEITE DE CAMPOS, Instituto de Direito Bancário, Lisboa, 2000, pp. 165-190;
- TOMILLO URBINA, JORGE LUIS, "Admisibilidad de la hipoteca cambiaria en el Derecho positivo español", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 179-180, 1986, pp. 157-183;
- TORGA, MAARJA, "Party autonomy of the spouses under the Rome III Regulation in Estonia — can private international law change substantive law?", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 2012/4, n.º 4, 2012, pp. 547-554;
- TORINO, RAFFELE, "La proposta di regolamento per un diritto comune europeo della vendita (Common European Sales Law)", *La cittadinanza europea*, Anno IX, n.º 2, 2012, pp. 153-173;
- TOSATO, GIAN LUIGI, "L'integrazione europea ai tempi della crisi dell'Euro", *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCV, n.º 3, 2012, pp. 681-703;
- TOTH, A. G., *The Oxford Encyclopaedia of European Community Law*, Vol. II, Oxford University Press, Oxford, 2005;
- TOUBIANA, ANNIE, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé (contrats internationaux et dirigisme étatique)*, Dalloz, Paris, 1972;
- TRABUCCHI, ALBERTO, *Istituzioni di Diritto Civile*, 32.<sup>a</sup> Edição, CEDAM, Padova, 1991;
- TRACHTMAN, JOEL, "International Regulatory Competition, Externalization, and Jurisdiction", *Harvard International Law Journal*, vol. 34, n.º 1, 1993, pp. 47-104;
- TRAECE, CATHERINE, "La libre circulación de capitales y su influencia sobre los prestamos hipotecarios: la Comunidad Europea y otras comunidades internacionales", *Ponencias y Comunicaciones Presentadas al IX Congreso Internacional de Derecho Registral*, Tomo I, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España — Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1992, pp. 763-767;
- TRAUTMAN, DONALD THEODORE, "The Revolution in Choice of Law: Another Insight", *Harvard Law Review*, vol. 99, 1986, pp. 1101-1112;

- TRAUTMAN, DONALD THEODORE / WESTBROOK, JAY LAWRENCE / GAILLARD, EMMANUEL, "Four Models for International Bankruptcy", *American Journal of Comparative Law*, vol. 41, n.º 4, 1993, pp. 573-625;
- TREVES, TULILO, "Norme imperative e di applicazione necessaria nella Convenzione di Roma del 19 Giugno 1980", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XIX, 1983, pp. 25-41;
- , "Articolo 17", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XXXI, n.º 4, 1995, pp. 986-990;
- TRIDIMAS, TAKIS, *General Principles of EU Law*, 2.ª Edição, Oxford University Press, Oxford, 2006;
- TROJANI, CARLO ANTONIO, "Il principio comunitario di sussidiarietà nell'ottica della funzione notarile", *Notarius International*, vol. 3, n.º 1, 1998, pp. 59-68;
- TROMBETTA-PANIGADI, FRANCESCA, "Osservazioni sulla futura disciplina comunitaria in materia di successioni per causa di morte", *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato — Liber Fausto Pocar*, GABRIELLA VENTURINI E STEFANIA BARIATTI, Giuffrè Editore, Milão, 2009, pp. 951-966;
- UBERTAZZI, BENEDETTA, "El Trust en el derecho internacional privado italiano y español", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo V, 2005, pp. 199-219;
- , "La legge applicabile alle obbligazioni contrattuali nel Regolamento «Roma I»", *Diritto Internazionale Privato e Cooperazione Giudiziarica in Materia Civile — Trattato di Diritto Privato dell'Unione Europea, Vol. XIV*, ANDREA BONOMI, Giappichelli Editore, Torino, 2009, pp. 345-408;
- UDINA, MANLIO, "Recenti tendenze all'unificazione od armonizzazione del diritto internazionale privato in Europa", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. XXV, n.º 1-4, 1972, pp. 385-393;
- VALE, ALEXANDRE LUCENA E, "O Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de Novembro: o trabalho preparatório e notas sobre o regime jurídico da titularização de créditos", *Revista da Banca*, n.º 50, 2000, pp. 37-54;
- VALLADÃO, HAROLDO, "La méthode du droit international privé", *Recht im dienste der Menschenwürde — Festschrift für Herbert Kraus*, Holzner Verlag, Würzburg, 1964, pp. 345-357;
- , *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, 5.ª Edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro — São Paulo, 1980;

- , "O princípio da lei mais favorável no direito internacional privado", *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor A. Ferrer-Correia*, Vol. I, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1986, pp. 773-785;
- VALLET DE GOYTISOLO, JUAN B., "La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública", *Estudios sobre Derecho de Cosas*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1973, pp. 323-388;
- VALLINDAS, PETROS G., "Droit international privé «lato sensu» ou «stricto sensu»", *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tomo I, Librairie Dalloz & Sirey, Paris, 1960, pp. 509-518;
- , "La structure de la règle de conflit", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, Tomo 101, 1960, pp. 327-380;
- VAN DEN BERGH, ROGER, "The Subsidiarity Principle in European Community Law: Some Insights from Law and Economics", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 1, 1994, pp. 337-366;
- , "Economic Criteria for Applying the Subsidiarity Principle in the European Community: The Case of Competition Policy", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 16, n.º 3, 1996, pp. 363-383;
- , "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 5, 1998, pp. 129-152;
- , "Regulatory competition or harmonization of laws? Guidelines for the European regulator", *The Economics of Harmonizing European Law*, ALAIN MARCIANO E JEAN-MICHEL JOSSELIN, Edward Elgar, Cheltenham, 2002, pp. 27-49;
- VAN DEN EECKHOUT, VEERLE, *The Instrumentalisation of Private International Law: quo vadis? — Rethinking the «Neutrality» of Private International Law in an Era of Globalisation and Europeanisation of Private International Law*, University of Leiden, disponível na internet via <http://ssrn.com/abstract=2338275>, consultado em 19 de Fevereiro de 2015;
- VAN DER MOLEN, PAUL, "The European Integration gets deeper and wider — How does this influence Land Surveyors?", *20.Nordiska Lantmärkekonfressen — 8-10 July 2004*, Jävenpää, Finland, 2004, disponível na internet via [http://www.itc.nl/library/Papers\\_2004/n\\_p\\_conf/vandermolen.pdf](http://www.itc.nl/library/Papers_2004/n_p_conf/vandermolen.pdf), consultado em 28 de Janeiro de 2015, pp. 1-8;
- VAN DER WEIDE, JEROEN, "Party Autonomy in Dutch International Property Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 41-58;

- VAN ERP, SJEFF, "A Comparative Analysis of Mortgage Law: searching for principles", *Land Law in Comparative Perspective*, ELENA SÁNCHEZ JORDÁN E ANTONIO GAMBARO, Kluwer Law International, Haia, 2002, pp. 69-86;
- , "The Cape Town Convention: a Model for a European System of Security Interests Registration", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 1, 2004, pp. 91-110;
- , "Surety Agreements and the Principle of Accessory — Personal Security in the Light of a European Property Law Principle", *European Review of Private Law*, vol. 13, n.º 3, 2005, pp. 309-331;
- , "Security interests: a secure start for the development of European property law", *Maastricht Working Papers — Faculty of Law*, 2008/5, 2008, disponível na internet via <http://www.rechten.unimaas.nl/maastrichtworkingpapers>, consultado em 15 de Dezembro de 2014, pp. 1-40;
- , "EU Charter of Fundamental Human Rights and Property Rights", *European Property Rights & Wrongs*, DIANA WALLIS E SARA ALLANSON, 2011, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012, pp. 44-49;
- VAN GERVEN, WALTER, "Coherence of Community and national laws. Is there a legal basis for a European Civil Code?", *European Review of Private Law*, vol. 5, n.º 4, 1997, pp. 465-469;
- , "Codifying European private law? Yes, if...!", *European Law Review*, vol. 27, n.º 2, 2002, pp. 156-176;
- , "The ECJ Case-Law as a Means of Unification of Private Law", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUH HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 101-123;
- VAN GERVEN, WALTER / WOUTERS, JAN, "Free Movement of Financial Services and the European Contracts Convention", *EC Financial Market Regulation and Company Law*, MADS ANDENAS E STEPHEN KENYON-SLADE, Sweet & Maxwell, Londres, 1993, pp. 43-79;
- VAN HECKE, GEORGES, "Intégration Économique et Unification du Droit Privé", *De Conflictu Legum — Essays presented to KOLLEWIJN and OFFERHAUS*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 198-208;
- , "Foreign Public Law in the Courts", *Revue Belge de Droit International*, 1969, pp. 62-68;
- , "Principes et Méthodes de Solution des Conflits de Lois", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1969-I, Tomo 126, 1969, pp. 399-569;

- , "Droit Public et Conflit de Lois", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 1982-1984, pp. 225-241;
- VAN HOUTTE, HANS, "The Law Applicable to Securities Transactions: Choice of Law Issues", *The Future for the Global Securities Market*, FIDELES ODITAH, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 69-82;
- VAN HOVE, EDGARD, "La compétence internationale du notaire belge", *Liber amicorum Edmond Bouttiau*, Bruylant, Bruxelles, 1987, pp. 361-370;
- VAN LOENEN, BASTIAAN / PLOEGER, HENDRIK / NASARRE AZNAR, SERGIO, "EuroTitle: Land Registry Standard — Paving the Way for a Common Property Market", *GIM International — Global Magazine for Geomatics*, vol. 19, n.º 12, 2005, pp. 1-3;
- VAN LOON, J. H. A., "The Increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law", *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Davenport, 1990, pp. 101-122;
- VAN ROOIJ, RENÉ / POLAK, MAURICE V., *Private International Law in the Netherlands*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer, 1987;
- VANDER ELST, RAYMOND, "Liberté, Respect et Protection de la Volonté en Droit International Privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 507-516;
- VAQUER ALOY, ANTONI, "¿Armonización del Derecho Privado en Europa vs. Codificación del Derecho Civil en Cataluña?", *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ, Civitas — Thomson, Madrid, 2003, pp. 1055-1072;
- VAREILLES-SOMMIÈRES, PASCAL DE, *La compétence internationale de l'État en matière de droit international privé*, LGDJ, Paris, 1997;
- , "La communautarisation du droit international privé des contrats: remarques en marge de l'uniformisation européenne du droit des contrats", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 781-801;
- VARELA, JOÃO ANTUNES, "Emendas ao regime do contrato-promessa", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Anos 119, 120 e 121, 1987-1988-1989, pp. 226ss (ano 119); pp. 235ss (ano 120); pp. 226ss (ano 121);
- , "Constituição de Hipoteca a favor de bancos prediais", *Colectânea de Jurisprudência*, Ano XVI, Tomo III, 1991, pp. 47-54;
- , *Das Obrigações em Geral*, Vol. II, 7.ª Edição, Almedina, Coimbra, 1997;

- , "Direito do Consumo (Encerramento do Curso)", *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 132, n.ºs 3901, 3902 e 3903, 1999, pp. 98-103 e 162-165;
- , *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2000;
- , "Code Européen des Contrats (Avant-Projet) (Pavia)", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 47-51;
- VARELA, JOÃO ANTUNES / BEZERRA, J. MIGUEL / NORA, SAMPAIO E, *Manual de Processo Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1985;
- VARELA MATEOS, ESTEBAN, "La Prohibición de la Segunda Hipoteca en las Leyes de Partidas. Antecedentes Históricos", *Estudios de Derecho Romano en Memoria de Benito M.ª Reimundo Yanes*, Tomo II, ALFONSO MURILLO VILLAR, Universidad de Burgos, Burgos, 2000, pp. 553-560;
- VARRATI, ALFREDO, "Italy — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.ª Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 323-327;
- VASCONCELOS, L. MIGUEL PESTANA DE, "A Directiva 2002/47/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6/6/02 (alterada pela Directiva 2009/44/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 6/5/09), relativa aos acordos de garantia financeira ou os primeiros passos na harmonização do direito europeu das garantias mobiliárias", *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXXV, 2009, pp. 693-723;
- , *Direito das Garantias*, Almedina, Coimbra, 2010;
- , "Direito de retenção, contrato-promessa e insolvência", *Cadernos de Direito Privado*, n.º 33, 2011, pp. 3-29;
- , "As Cessões Internacionais de Créditos — O Regime do Regulamento Roma I", *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. IX, 2012, pp. 139-152;
- VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2006;
- , *Contratos Atípicos*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009;
- , *Direito Comercial*, Vol. I, Parte Geral, Contratos Mercantis, Títulos de Crédito, Coimbra, 2011;

- VÁSQUEZ IRUZUBIETA, CARLOS, "Comentario al Artículo 90 de la Ley Concursal, sobre créditos con privilegio especial", *Comentarios a la Ley Concursal*, Editorial vLex, Madrid, 2009,
- , "Comentario al Artículo 1874 del Código Civil", *Transacciones, hipoteca, fianza. Comentarios a los artículos 1809 a 1910 del Código Civil*, Editorial vLex, Madrid, 2009,
- VASSILAKAKIS, EVANGELOS, "La *professio iuris* dans les successions internationales", *Le droit international privé: esprit et méthodes*, Dalloz, Paris, 2005, pp. 803-816;
- VAUPLANE, HUBERT DE, "De la détention nationale à la détention internationale de titres: où sont les titres?", *Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Vol. II — Annexes, Conseil National du Crédit et du Titre, Paris, 1997, pp. 147-155;
- VAUPLANE, HUBERT DE / BORNET, JEAN-PIERRE, *Droit des Marchés Financiers*, 3.<sup>a</sup> Edição, Litec, Paris, 1999;
- VEDER, P. M., "Party Autonomy and Insolvency Law", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 261-276;
- VÉKÁS, LAJOS, "Authentic Instruments and Court Settlements", *Brussels I Regulation — European Commentaries on Private International Law*, ULRICH MAGNUS E PETER MANKOWSKI, Sellier — European Law Publishers, Munique, 2007, pp. 691-697;
- VELASCO SAN PEDRO, LUIS ANTONIO, "La Propuesta de Reglamento de Compraventa Europea: Cuestiones Generales, en especial su ámbito de aplicación", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 2, 2013, pp. 468-480;
- VENEZIANO, ANNA, *Le garanzie mobiliari non possessorie: profili di diritto comparato e di diritto del commercio internazionale*, Giuffrè Editore, Milão, 2000;
- , "Attachment/Creation of a Security Interest", *The Future of Secured Credit in Europe*, HORST EIDENMÜLLER E EVA-MARIA KIENINGER, De Gruyter Recht, Munique, 2008, pp. 113-134;
- , "The DCFR Book on Secured Transactions: Some Policy Choices made by the Working Group", *The Future of European Property Law*, SJEF VAN ERP, ARTHUR SALOMONS E BRAM AKKERMANS, Sellier European Law Publishers, Munique, 2012, pp. 123-135;
- VENTURINI, GIAN CARLO, *Diritto Internazionale Privato*, Vol. II, Tomo II, Diritti Reali ed Obbligazioni, CEDAM, Padova, 1956;
- , "Diritti Reali (Dir. Intern. Priv.)", *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XII, FRANCESCO CALASSO, Giuffrè Editore, Milano, 1964, pp. 776-791;

- , "Chapter 21: Property", *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. III — Private International Law, KURT LIPSTEIN, RENÉ DAVID, E. EGAWA, R. GRAVESON, V. KNAPP, ARTHUR TAYLOR VON MEHREN, Y. NODA, S. ROZMARYN, V. M. TSCHCHIKVADZE, HAROLDO VALLADÃO, HESSEL YNTEMA, KONRAD ZWEIGERT E ULRICH DROBNIG, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1974, pp. 3-37;
- VERDERA Y TUELLS, EVELIO, "La liberalización de los movimientos de capitales en la CEE", *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 196-197, 1990, pp. 281-367;
- , "Las Inversiones Directas e Inmobiliarias en el sistema del Consejo de 24 de Junio de 1988", *Libre Circulación de Capitales en la CEE*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1990, pp. 63-84;
- VERHAGEN, HENDRIK, "Party Autonomy and Assignment", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 189-205;
- VERHAGEN, HENDRIK / VAN DONGEN, SANNE, "Cross-border assignments under Rome I", *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 1-21;
- VERHAGEN, RICK, "Book-entry Securities and the Conflict of Laws", *European Business Law Review*, vol. 11, n.º 2, 2000, pp. 112-127;
- VERHEUL, HANS, "La reconnaissance en d.i.p. des sûretés réelles sans dépossession constitués à l'étranger", *Netherlands Reports to the Xth International Congress of Comparative Law — Budapest 1978*, HANS ULRICH JESSURUN D'OLIVEIRA, Kluwer, Davenport, 1978, pp. 123-129;
- VICENTE, DÁRIO MOURA, *Da Arbitragem Comercial Internacional — Direito aplicável ao mérito da causa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1990;
- , *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2001;
- , "Competência Judiciária e Reconhecimento de Sentenças Estrangeiras no Regulamento (CE) n.º 44/2001", *Direito Internacional Privado — Ensaio*, Vol I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 291-324;
- , "Um Código Civil para a Europa? Algumas Reflexões", *Direito Internacional Privado — Ensaio*, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 7-33;
- , "A comunitarização do Direito Internacional Privado e o comércio electrónico", *Seminário Internacional sobre a Comunitarização do Direito Internacional Privado — Direito de conflitos, competência internacional e reconhecimento de sentenças estrangeiras*, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 63-77;



- , "A Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias: características gerais e âmbito de aplicação", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 39-55;
- , *Direito Internacional Privado: Problemática Internacional da Sociedade da Informação*, Almedina, Coimbra, 2005;
- , "Lei reguladora dos contratos de consumo", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 187-212;
- , "Liberdade de Estabelecimento, Lei Pessoal e Reconhecimento das Sociedades Comerciais", *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, Vol. I, LUÍS DE LIMA PINHEIRO, DÁRIO MOURA VICENTE E JORGE MIRANDA, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 135-160;
- , "Método Jurídico e Direito Internacional Privado", *Direito Internacional Privado — Ensaios*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 7-37;
- , "Insolvência internacional: Direito aplicável", *O Direito*, Ano 138.º, IV, 2006, pp. 793-815;
- , "Ofertas Públicas de Aquisição Internacionais", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. VII, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 465-494;
- , *A Tutela Internacional da Propriedade Intelectual*, Almedina, Coimbra, 2008;
- , *Direito Comparado*, Vol. I, Introdução e Parte Geral, Almedina, Coimbra, 2008;
- , "Perspectivas da Harmonização e Unificação Internacional do Direito Privado num época de Globalização da Economia", *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS E PAULA COSTA E SILVA, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 1655-1680;
- , "Liberdades Comunitárias e Direito Internacional Privado", *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 69, 2009, pp. 729-813;
- VICENTE, DÁRIO MOURA / BRITO, MARIA HELENA, "Application of Foreign Law in Portugal", *Application of Foreign Law*, CARLOS ESPLUGUES MOTA, JOSÉ LUIS IGLESIAS BUHIGUES E GUILLERMO PALAO MORENO, Sellier — European Law Publishers, München, 2011, pp. 301-315;
- VIGNAL, THIERRY, "Réflexions sur le crédit immobilier en droit international privé", *Mélanges Michel Cabrillac*, LITEC, Paris, 1999, pp. 545-557;
- , "Réflexions sur le rattachement des immeubles en droit international privé", *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 15-47;

- VIGNERON, PHILIPPE / STEINFELD, PHILLIPE, "La Communauté Européenne et la libre circulation des capitaux: les nouvelles dispositions et leurs implications", *Cahiers de Droit Européen*, n.ºs 3-4, 1996, pp. 401-441;
- VIGNES, DANIEL, "Le Rapprochement des Législations", *Dispositions Fiscales. Rapprochement des Législations (Commentaire J. Mégret – Le droit de la CEE; Vol. 5)*, 2.ª Edição, Editions de l'Université de Bruxelles — Institut d'Études Européennes, 1993, pp. 299-379;
- , "Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo — Estudios en Homenaje al Profesor Don Manuel Díez de Velasco*, MANUEL PÉREZ GONZÁLES, LUIS IGNACIO SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, ORIOL CASANOVAS Y LA ROSA, VICTORIA ABELLÁN HONRUBIA E GIL CARLOS RODRÍGUEZ IGLESIAS, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1293-1296;
- VILAÇA, JOSÉ LUÍS DA CRUZ, "On the Application of *Keck* in the Field of Free Provision of Services", *Services and Free Movement in EU Law*, WULF-HENNING ROTH E MADS ANDENAS, Oxford University Press, Oxford, 2002, pp. 25-40;
- VILHENA, MARIA DO ROSÁRIO, *O Princípio da Subsidiariedade no Direito Comunitário*, Almedina, Coimbra, 2002;
- VILLELA, ÁLVARO MACHADO, *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro I, Princípios Gerais, Coimbra Editora, Coimbra, 1921;
- , *Tratado Elementar (teórico e prático) de Direito Internacional Privado*, Livro II, Aplicações, Coimbra Editora, Coimbra, 1922;
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL, "Las cosas y los derechos reales — Capítulo V", *Derecho Internacional Privado — Parte Especial*, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, MIGUEL VIRGÓS SORIANO, MIGUEL AMORES CONRADI E PILAR DOMINGUEZ LOZANO, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 241-285;
- , "Obligaciones Contractuales— Capítulo III", *Derecho Internacional Privado — Parte Especial*, JULIO GONZÁLEZ CAMPOS, JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS, ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA, MIGUEL VIRGÓS SORIANO, MIGUEL AMORES CONRADI E PILAR DOMINGUEZ LOZANO, Eurolex, Madrid, 1995, pp. 143-207;
- , "The interaction between national law and European integration law: The future EC Bankruptcy Convention", *Europäischer Binnenmarkt IPR und Rechtsangleichung*, HOMMELHOFF, ERIK JAYME E MANGOLD, Müller, Heidelberg, 1995, pp. 51-69;
- , *El Trust y el Derecho Español*, Editorial Aranzadi — Thomson Civitas, Cizur Menor, 2006;

- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO, *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*, Thomson Civitas, Madrid, 2003;
- VIRGÓS SORIANO, MIGUEL / SCHMIT, ETIENNE, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Conselho da União Europeia, Bruxelas, 1996;
- VISCHER, FRANK, "The antagonism between legal security and the search for justice in the field of contracts", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1974-II, Tomo 142, 1974, pp. 1-70;
- , "General course on private international law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-I, Tomo 232, 1992, pp. 9-256;
- , "New tendencies in European Conflict of Laws and the influence of the U. S. Doctrine — A short survey", *Law and Justice in a Multistate World — Essays in Honor of Arthur T. von Mehren*, JAMES NAFZIGER E SYMEON SYMEONIDES, Transnational Publishers, New York, 2002, pp. 459-471;
- , "«Revolutionary Ideas» and the Swiss Statute on Private International Law", *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siebr*, KATHARINA BOELE-WOELKI, TALIA EINHORN, DANIEL GIRSBERGER E SYMEON SYMEONIDES, Schulthess, Zurique, 2010, pp. 101-112;
- VITORINO, ANTÓNIO, "A titularização de créditos em Portugal", *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2001, pp. 161-178;
- , "As inovações do Tratado de Lisboa", *O Tratado de Lisboa — Jornadas organizadas pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, FAUSTO DE QUADROS, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 17-31;
- VITTA, EDOARDO, *Diritto Internazionale Privato*, Vol. I, Parte generale, Unione Tipografico — Editrice Torinese, Turim, 1972;
- , *Diritto Internazionale Privato*, Vol. III, Diritti Reali — Successioni e donazioni — Obbligazioni, Unione Tipografico — Editrice Torinese, Turim, 1975;
- , "Cours Général de Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1979-I, Tomo 162, 1979, pp. 9-243;
- , "La Convenzione C.E.E. sulle Obbligazioni Contrattuali e l'Ordinamento Italiano", *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Anno XVII, n.º 4, 1981, pp. 837-852;
- , "Diritto Internazionale Privato", *Digesto delle Discipline Privatistiche — Sezione Civile*, Vol. VI, UTET, Torino, 2004, pp. 227-279;
- VON BAR, CHRISTIAN, "From principles to codification: prospects for European Private Law", *Columbia Journal of European Law*, vol. 8, 2002, pp. 379-388;

- , "The Study Group on a European Civil Code", *Um Código Civil para a Europa — Studia Iuridica n.º 64*, JORGE SINDE MONTEIRO E MANUEL LOPES PORTO, Coimbra Editora — Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 65-78;
- VON BAR, CHRISTIAN / MANKOWSKI, PETER, *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Allgemeine Lehren, Beck, München, 2003;
- VON BAR, LUDWIG, *International Law — Private and Criminal*, tradução de GILLESPIE, Soule & Bugbee, Boston, 1883;
- , *The Theory and Practice of Private International Law*, tradução de GILLESPIE, 2.ª Edição, William Green & Sons Law Publishers, Edimburgo, 1892;
- VON HEIN, JAN, "Something Old and Something Borrowed, but Nothing New? Rome II and the European Choice-of-Law Evolution", *Tulane Law Review*, vol. 82, n.º 5, 2008, pp. 1663-1707;
- , "Of Older Siblings and Distant Cousins: The Contribution of the Rome II Regulation to the Communitarisation of Private International Law", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, n.º 3, 2009, pp. 463-508;
- , "Party Autonomy in International Property Law: a German Perspective", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 103-118;
- VON HEIN, JAN / RÜHL, GIESELA, "Towards a European Code on Private International Law", *Cross-border activities in the EU — Making life easier for citizens*, DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES, Parlamento Europeu, Bruxelas, 2015, pp. 8-53;
- VON MEHREN, ARTHUR TAYLOR, "Special Substantive Rules for Multistate Problems: Their Role and Significance in Contemporary Choice of Law Methodology", *Harvard Law Review*, vol. 88, n.º 2, 1974, pp. 347-371;
- VON MOHRENFELS, PETER WINKLER, "Die Rom III-VO und die Parteiautonomie", *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, HERBERT KRONKE E KARSTEN THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 527-542;
- VON OVERBECK, ALFRED E., "Les Règles de Droit International Privé Matériel", *De Conflictu Legum — Essays presented to KOLLEWIJN and OFFERHAUS*, A. W. Sijthoff, Leyden, 1962, pp. 362-379;
- , "La *Professio Juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", *Liber Amicorum Louis Frédéricq*, Vol. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, Gent, 1965, p. 1085-1112;

- , "La théorie des «règles de conflit facultatives» et l'autonomie de la volonté", *Festschrift für Frank Vischer*, PETER BÖCKLI, KURT EICHENBERGER, HANS HINDERLING E HANS PETER TSCHUDI, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zúrique, 1983, pp. 257-262;
- , "La Convention de La Haye du premier juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance", *Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht / Annuaire suisse de droit international*, vol. XLI, 1985, pp. 30-38;
- , "La contribution de la Conférence de la Haye au développement du Droit International Privé", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1992-II, Tomo 233, 1992, pp. 9-98;
- , "L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé", *Nouveaux Itinéraires en Droit — Hommage à François Rigaux*, Bruylant, Bruxelles, 1993, pp. 619-636;
- WACHTER, THOMAS, "Die Eurohypothek — Grenzüberschreitende Kreditsicherung an Grundstücken im Europäischen Binnenmarkt", *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM — Wertpapier Mitteilungen)*, vol. 53, n.º 2, 1999, pp. 49-70;
- , "La garantie de crédit transfrontalier sur les immeubles au sein de l'Union européenne — L'Eurohypothèque", *Notarius International*, vol. 4, n.º 4, 1999, pp. 174-188;
- WAGNER, GERHARD, "The Economics of Harmonization: the case of contract law", *Common Market Law Review*, vol. 39, n.º 5, 2002, pp. 995-1023;
- , "The virtues of Diversity in European Private Law", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 1-24;
- WAGNER, HELMUT, "Economic Analysis of Cross-Border Legal Uncertainty — The Example of the European Union", *The Need for a European Contract Law: Empirical and Legal Perspectives*, JAN SMITS, Europa Law Publishers, Groningen, 2005, pp. 25-51;
- WALDEN, IAN, "Regulating Electronic Commerce: Europe in the Global Economy", *O Comercio Eletrónico — Estudos Jurídico-Económicos*, GLÓRIA TEIXEIRA, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 9-34;
- WALLACE, ANNE, "Choice of Law for trusts in Australia and the United Kingdom", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 36, 1987, pp. 454-482;
- WALLIS, DIANA, *European Property Rights & Wrongs*, disponível na internet via <http://dianawallismep.org.uk/en/>, consultado em 25 de Janeiro de 2012;
- WANDELS, CAROL, "Belgium — the issuer's perspective", *European Covered Bond Fact Book*, 9.<sup>a</sup> Edição, WOLFGANG KÄLBERER, European Mortgage Federation — European Covered Bond Council, Bruxelas, 2014, pp. 207-213;

- WATERS, DONOVAN, *Explanatory Report — Hague Convention on the law applicable to succession to the estates of deceased persons*, Hague Conference on private international law, disponível na internet via <http://hccn-net/upload/expl32e.pdf>, consultado em 11 de Março de 2015;
- , "The Hague Convention twenty years on", *Commercial Trusts in European Private Law*, MICHELE GRAZIADEI, UGO MATTEI E LIONEL SMITH, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 56-97;
- WATT, GARY, "The Eurohypothec and the English Mortgage", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, n.º 2, 2006, pp. 173-193;
- WATTÉ, NADINE, "L'autonomie de la volonté dans les conventions de la Haye", *Revue Belge de Droit International*, vol. XXIV, n.º 2, 1991, pp. 413-437;
- , "L'opposabilité des sûretés dans le nouveau Règlement Européen des procédures d'insolvabilité", *Revue de la Faculté de Droit de l'Université Libre de Bruxelles*, vol. 24, n.º 2, 2001, pp. 7-42;
- WATTÉ, NADINE / MARQUETTE, VANESSA, "Faillite internationale — Compétence — Effets d'une faillite prononcée à l'étranger — Sûretés réelles — Droit de préférence", *European Review of Private Law*, vol. 7, n.º 3, 1999, pp. 287-317;
- , "Le Règlement communautaire, du 29 mai 2000, relatif aux procédures d'insolvabilité", *Revue de Droit Commercial Belge*, 2000, pp. 565-579;
- WEATHERILL, STEPHEN, "European Contract Law: Taking the Heat Out of Questions of Competence", *European Business Law Review*, vol. 15, 2004, pp. 23-32;
- , "Why Object to the Harmonization of Private Law by the EC?", *European Review of Private Law*, vol. 12, n.º 5, 2004, pp. 633-660;
- WEBER, ROLF, "Parteiautonomie im internationalen Sachenrecht?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 44, 1980, pp. 510-530;
- WEHRENS, HANS G., "Real Security regarding Immovable Objects — Reflections on a Euro-Mortgage", *Towards a European Civil Code*, 3.ª Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 769-783;
- WEHRENS, HANS G. / GRESSER, E. / PURTON, P. J. / GHORAIN, P. / PERALES SANZ, J. L. / TSIRAKIS, CH. / MORAN, A. D. S. / MICCOLI, M. / DOERNER, CH. / STILLE, A. / CLAMOTE, F., "La cédula hipotecaria suiza y la deuda fonciaria alemana. Estudio comparativo, base de una futura Eurohipoteca", *Rapport de la Commission des Affaires de la Communauté Européenne (section Marché commun) de l'Union Internationale du Notariat*

- Latin*, UNION INTERNATIONALE DU NOTARIAT LATIN, Fondation pour la Promotion de la Science Notariale, Amesterdão, 1988, pp. 1-30;
- WEINTRAUB, RUSSEL J., "An inquiry into the utility of «situs» as a concept in conflicts analysis", *Cornell Law Quarterly*, vol. 52, 1966, pp. 1-42;
- , "Functional Developments in Choice of Law for Contracts", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1984-IV, Tomo 187, 1984, pp. 239-305;
- , "The Conflict of Laws Rejoins the Mainstream of Legal Reasoning", *Texas Law Review*, vol. 65, 1986, pp. 215-235;
- , *Commentary on the Conflict of Laws*, 4.<sup>a</sup> Edição, Foundation Press, New York, 2001;
- WEISS, ANDRÉ, *Traité Théorique et Pratique de Droit International Privé*, Tomo IV, Conflits de Lois — Deuxième Partie, Sirey, Paris, 1901;
- , *Manuel de Droit International Privé*, 5.<sup>a</sup> Edição, Sirey, Paris, 1905;
- WENDEHORST, CHRISTIANE, "Sachenrecht", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Vol. 11 — Internationales Privatrecht; Internationales Wirtschaftsrecht, ROLAND RIXECKER E FRANZ JÜRGEN SÄCKER, Beck, München, 2010, pp. 217-373;
- WENGLER, WILHEM, "Die Vorfrage im Kollisionsrecht", *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, vol. 8, n.º 1/2, 1934, pp. 148-251;
- , "Die Anknüpfung des zwingenden Schuldrechts im internationalen Privatrecht — Eine rechtsvergleichende Studie", *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 1941, pp. 168-212;
- , "Les principes généraux de droit international privé et leurs conflits", *Revue Critique de Droit International Privé*, vols. 41 e 42, 1952 e 1953, pp. 596-622 (vol. XLI) e pp. 538-560 (vol. XLII);
- , "The General Principles of Private International Law", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, 1961-III, Tomo 104, 1961, pp. 279-469;
- , "Conflict of laws problems relating the restitution of property in Germany", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, pp. 1131-1152;
- , "Les conflits de lois et le principe d'égalité", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 52, 1963, pp. 201-231 e 503-527;
- , *Internationales Privatrecht*, Vol. I, Walter de Gruyter, Berlin, 1981;
- WERNER, PIERRE, "Rapport au Conseil et à la Commission concernant la réalisation par étapes de «L'Union Economique et Monétaire» dans la Communauté", *Boletim das Comunidades Europeias*, Suplemento, n.º 11, 1970, pp. 3-41;

- WESSELS, BOB, "The secured creditor in cross-border finance transaction under the EU insolvency regulation", *Journal of International Banking Law and Regulation*, vol. 18, n.° 3, 2003, pp. 135-148;
- WESTRIK, ROEL / VAN DER WEIDE, JEROEN, "Introduction", *Party Autonomy in International Property Law*, ROEL WESTRIK E JEROEN VAN DER WEIDE, Sellier, European Law Publishers, Munich, 2011, pp. 1-7;
- WHINCOP, MICHAEL J., "Conflicts in the Cathedral: Towards a Theory of Property Rights in Private International Law", *University of Toronto Law Journal*, vol. 50, 2000, pp. 41-73;
- WHITTAKER, SIMON, "The Optional Instrument of European Contract Law and Freedom of Contract", *European Review of Contract Law*, vol. 7, n.° 3, 2011, pp. 371-398;
- WILDERSPIN, MICHAEL, "Le droit international privé des contrats (autres que les contrats conclus par les consommateurs)", *Revue des Affaires Européennes — Law & European Affairs*, vol. 11/12, n.° 4, 2001-2002, pp. 424-439;
- WILDERSPIN, MICHAEL / LEWIS, XAVIER, "Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflits de lois des États membres", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 91, n.° 1, 2002, pp. 1-37;
- WILDERSPIN, MICHAEL / ROUCHAUD-JOËT, ANNE-MARIE, "La compétence externe de la Communauté européenne en droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 93, n.° 1, 2004, pp. 1-48;
- WILHELM, JAN, *Sachenrecht*, De Gruyter, Berlin, 2010;
- WILHELMSSON, THOMAS, "Private Law in the EU: Harmonised or Fragmented Europeanisation", *European Review of Private Law*, vol. 10, n.° 1, 2002, pp. 77-94;
- WILMOWSKY, PETER VON, "EG-Vertrag und kollisionsrechtliche Rechtswahlfreiheit", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 62, n.° 1, 1998, pp. 1-37;
- WINDLE, SUSAN, "Choice of Law Governing Land Transactions: The Contract-Conveyance Dichotomy", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 111, 1962-1963, pp. 482-496;
- WINTER, "Hypothèque — Procuration pour consentir une hypothèque", *Journal du Droit International*, vol. 82, 1955, pp. 896-899;
- WINTER, RALPH, "State Law, Shareholder Protection and the Theory of the Corporation", *Journal of Legal Studies*, vol. 6, 1977, pp. 251-292;
- WOLFF, MARTIN, "The Choice of Law by the Parties in International Contracts", *Juridical Review*, vol. 49, 1937, pp. 110-132;



- , "Some observations on the Autonomy of Contracting Parties in the Conflict of Laws", *Transactions of the Grotius Society*, vol. 35 — Problems of Public and Private International Law, 1949, pp. 143-155;
- , *Das Internationale Privatrecht Deutschlands*, 3.<sup>a</sup> Edição, Springer-Verlag, Berlin, 1954;
- , *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, Vol. III, Sachenrecht, Mohr, Tübingen, 1957;
- WOLFSTEINER, HANS / STÖCKER, OTMAR, "A non-accessory Security Right over Real Property for Central Europe", *Notarius International*, n.º 1-2/2003, 2003, pp. 116-124;
- WOODLAND, PHILIPPE, "Observations sur les orientations des droits européens de la faillite", *La Semaine Juridique — Edition générale*, Série G-I, n.º 3137, 1984,
- WOUTERS, JAN, "Conflict of Laws and the Single Market of Financial Services", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 4, 1997, pp. 161-208 e 284-309;
- WURMNEST, WOLFGANG, "Ordre public", *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, STEFAN LEIBLE E HANNES UNBERATH, Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 445-478;
- XAVIER, ALBERTO, *Direito Tributário Internacional*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2007;
- YETANO, TONI MARZAL, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 155-193;
- YNTEMA, HESSEL, "«Autonomy» in Choice of Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 1, 1952, pp. 341-358;
- YPERSELE, JACQUES VAN / KOENE, JEAN-CLAUDE, *O Sistema Monetário Europeu — Origens, funcionamento e perspectivas*, Serviço das publicações oficiais das Comunidades Europeias, Bruxelas, 1985;
- ZEVENBERGEN, JAAP, *Systems of Land Registration — Aspects and Effects*, NGG — Nederlandse Commissie voor Geodesie, Delft, 2002;
- , "Registration of property rights; a systems approach — Similar tasks, but different roles", *Notarius International*, n.º 1-2/2003, 2003, pp. 125-137;
- ZHOU, QI, "Harmonisation of European Contract Law — Default and Mandatory Rules", *Commercial Contract Law — Transatlantic Perspectives*, LARRY A. DIMATTEO, QI ZHOU, SEVERINE SAINTIER E KEITH ROWLEY, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, pp. 505-528;
- ZIMMERMANN, REINHARD, "Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit", *Juristen Zeitung (JZ)*, vol. 47, n.º 1, 1992, pp. 8-20;
- , *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002;

- , "Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe", *Towards a European Civil Code*, 3.<sup>a</sup> Edição, ARTHUR HARTKAMP, MARTIJN HESSELINK, EWOUT HONDIUS, CARLA JOUSTRA, EDGAR DU PERRON E MURIEL VELDMAN, Kluwer Law International, Haia, 2004, pp. 21-42;
- , "The Present State of European Private Law", *American Journal of Comparative Law*, vol. 57, n.º 2, 2009, pp. 479-512;
- ZITELMANN, ERNST, *Internationales Privatrecht*, Dunker & Humblot, Leipzig, 1897;
- ZWALVE, WILLEM J., "A labyrinth of creditors: a short introduction to the history of security interests in goods", *Security rights in Movable property in European Private Law*, EVA-MARIA KIENINGER, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, pp. 38-53;
- ZWEIGERT, KONRAD, "Droit international privé et droit public", *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 54, 1965, pp. 645-666;