

Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro

Luiz Olavo Baptista

“La règle de conflit prescrit au juge l’application soit d’une loi étrangère, soit de la loi française.”
Henry Batiffol, *Traité de droit international privé*, Tomo I, 5ª. ed. Paris, 1993

Sumário

1. Aplicação da lei estrangeira designada pela regra de conflito. 1.1. Aplicabilidade das leis estrangeiras, aspectos gerais. 1.2. Aplicação concreta do direito estrangeiro no Brasil. 2. Obstáculos à aplicação do direito estrangeiro. 2.1. As exceções implícitas na legislação. 2.2. As exceções explícitas na legislação. 3. Conclusão.

Na frase lapidar que começa o Capítulo IV do Tratado de meu antigo professor, o problema da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional aparece como coisa simples. Mas como suas lições, o livro e a vida me mostraram, trata-se de um dos problemas mais difíceis do direito.

Por isso é bom, desde logo, conceituar a expressão direito estrangeiro para os efeitos deste texto.

João Baptista Machado explica muito bem que

“o direito estrangeiro chamado pelas normas de conflito é aquele direito privado que efectivamente vigora no território de um determinado Estado. Todos os preceitos de direito privado normal e efectivamente aplicados no

Luiz Olavo Baptista é Advogado em São Paulo; Doutor em direito internacional pela Universidade de Paris II; Professor titular de direito do comércio internacional na Faculdade de Direito (USP); membro da Corte Permanente de Arbitragem de Haia; árbitro, designado pelo Brasil, para o sistema de solução de disputas do Mercosul; Grande Oficial da Ordem de Rio Branco.

território de um Estado são abrangidos pela referência do direito conflitual do foro. Não será necessário que tais preceitos emanem directamente de fonte estadual: basta, como se disse, que constituam direito privado vigente no domínio territorial de um Estado”¹.

Adotada essa definição, veremos que a operação da regra de conflito, indicar uma norma de direito estrangeiro ao juiz da causa, coloca-nos diante de problemas teóricos. Entre eles, temos, por um lado, aspectos de teoria geral do direito – *v.g.* a natureza do direito estrangeiro –, por outro, aspectos operacionais – tais como se se fará, e como, a aplicação do direito estrangeiro se ocorrerá, sua interpretação, como se faz sua determinação, etc.

Nessa ordem de idéias, começarei pela aplicação da lei estrangeira, e depois examinarei os obstáculos à sua aplicação.

1. Aplicação da lei estrangeira designada pela regra de conflito

É preciso determinar – do ponto de vista da teoria geral do direito – a que título o direito estrangeiro é aplicado pelo juiz do foro, competente, no Brasil, numa visão geral. Em seguida, abordar os aspectos positivos do reconhecimento do seu teor e do modo de sua interpretação.

1.1. Aplicabilidade das leis estrangeiras, aspectos gerais

Ao se aplicar o direito estrangeiro, aparentemente ocorre uma brecha na soberania. Com efeito, aí o juiz estaria reconhecendo uma autoridade ou a competência ao legislador estrangeiro autor da norma aplicada.

Todavia, é mera aparência. Isso não ocorre. A questão está também ligada à de saber como esse direito será reconhecido. Ambas foram objeto de muita discussão e a doutrina, em diversos países, deu soluções diferentes a esses problemas.

Na *common law*, falou-se em *vested rights* – expressão que se pode traduzir, grossei-

ramente (pois há diferenças conceituais em cada sistema), por “direitos adquiridos”.

Na *civil law*, houve, de início, duas grandes correntes – a italiana da recepção e a francesa do direito como fato, que subdividem-se em variantes, no curso do tempo, dando origem a aplicações baseadas nos enfoques mais ou menos internacionalistas e ideológicos dos autores.

Examinemo-las.

Teoria dos “vested rights”

Autores tradicionais na *common law*, ingleses e norte-americanos², entendem que a aplicação do direito estrangeiro pelo seu juiz decorre de que este não poderia apreciar a existência dos *vested rights* das partes sem recorrer ao teor do direito de onde estes tiveram origem. Essa concepção se casa com, ou derivaria da idéia de *comity*, ou *comitas gentium* desenvolvida há séculos por Hugo Grotius, e que justificaria a aplicação do direito estrangeiro.

Essa teoria dos *vested rights* indaga: como se poderia examinar um contrato, senão sob o enfoque do direito sob que nasceu? Respondendo que, se nesse direito se fundamentariam as obrigações das partes, e outros aspectos da sua execução, não se poderia, sem cometer injustiça, ignorá-lo.

Entretanto, se esse raciocínio tem seu fundamento, este é limitado, pois, se a lei estrangeira regeu o nascimento do contrato, não teria obrigatoriamente por que reger sua vida, ou regular as conseqüências de sua execução.

O papel desempenhado pela lei estrangeira, com efeito, situou-se num território diferente e num momento do passado, enquanto o juiz atua no presente, e noutra território. Então ele estaria recriando a lei estrangeira para aplicá-la, ou então estaria reconhecendo vigência, o que não pode fazer sem menosprezar a soberania do Estado que lhe dá a jurisdição.

Essa teoria foi fortemente criticada e, ainda que tenha influenciado o primeiro *Restatement of the Conflict of Laws*, foi, depois, abandonada, em favor da *local law theory* da

escola de Yale³, e, hoje em dia, perdeu sua importância.

Alguns autores italianos procuraram, no século passado, resolver essa questão, propondo a “teoria da recepção”, que veio a ser uma das inspirações da chamada escola de Yale.

Teorias ditas “da recepção”

A primeira explicação teórica, dentro dessa corrente, foi a dada por Anzilotti no começo do século, quando, ultrapassando as posições da sua juventude⁴, afirmou a dualidade das ordens internacional e interna⁵, donde decorreria, para a doutrina italiana, um exclusivismo da ordem jurídica, que “exclui o caráter jurídico do que nela não se inclui”⁶.

Assim, para ele e seus seguidores, uma regra qualquer de direito estrangeiro só teria valor se fosse incorporada ao direito local – ou seja, recebida por este. Daí o nome “teoria da recepção”.

Como doutrinou Perassi⁷, as normas de direito internacional privado,

“produzem normas substancialmente conformes por seu conteúdo àquelas que, na ordem designada por elas, estão, ou estarão em vigor”.

A recepção da norma estrangeira, discriminou, depois, a doutrina italiana, pode ser material ou formal.

No primeiro caso – no que é, a meu ver, uma explicação carregada de artificialismo –, entende-se que a lei perde o seu caráter estrangeiro, pois apenas seu *conteúdo material* seria incorporado numa regra pertencente à lei do foro, que, para atender a um dado caso, torna-se uma norma semelhante à lei estrangeira⁸.

Criticando essa construção, Ago propôs a teoria da *recepção formal*: a lei estrangeira se incorpora como tal, mas só vale porque a regra de conflito local lhe dá valor. Assim, decorre de ato de soberania do país do juiz.

Trata-se de explicação que é aceita por boa parte da doutrina, na primeira metade deste século, criticada, embora, por Maury e Batiffol, mas apoiada por autores alemães.

Assim, esses autores entendem que, de uma ou outra maneira, o direito estrangeiro é aplicado pelo juiz nacional, enquanto lei estrangeira. Autônoma.

Com elas concorre outra corrente doutrinária, também na França e Alemanha, com seguidores em outros países, segundo a qual o legislador estrangeiro comandaria o juiz do foro, por via da regra de conflito, que lhe delegaria poderes para isso, a aplicar sua lei⁹, a chamada *teoria da recepção por delegação* ou, simplesmente, da delegação.

Teoria de Batiffol

A meu ver, entretanto, foi Batiffol quem, de maneira criativa, abordou melhor a questão, partindo do modo de aplicação da lei estrangeira.

Segundo ele, na prática, a parte deve aportar ao juiz a prova do seu conteúdo, ou este deve determinar que ele seja provado, ou obter a prova do seu teor por outra forma, conduta essa diametralmente diferente, pois, da sua, diante do seu próprio direito, que lhe compete dizer e conhecer.

Ora, como diz Batiffol, se os juízes pediram às partes a prova da lei estrangeira, “*ils ont traité la loi étrangère comme un point de fait*”. Não se pede prova do direito.

A posição de Batiffol, entretanto, é contestada¹⁰. Trata-se, porém, de posição realista.

O grande internacionalista e alguns críticos como Valadão não quiseram ver isso, nunca afirmaram que o direito estrangeiro é fato, mas, atente-se bem para a nuança, aliás decisiva – ele é *tratado como fato*; e aplicado como lei, uma vez determinado seu conteúdo.

Como lei porque, após determinado seu teor, é ou não aplicado segundo a regra de conflito, portanto o direito nacional manda fazê-lo. Com efeito, a inaplicabilidade (em caso de força maior, por exemplo) da lei estrangeira está a indicar tanto a excepcionalidade de sua aplicação, como o seu tratamento como se fora um fato, que o juiz decide ignorar por julgá-lo inaplicável à espécie. E isso nunca pode ocorrer em relação ao direito interno.

Isso explica também porque, ao aplicar o direito estrangeiro, o juiz não o deveria interpretar, mas, isso sim, adotar a interpretação que lhe é fornecida, observando-o, como dizia W. Goldschmidt, como se fora um sociólogo, de fora do mesmo.

Como doutrinava Batiffol, há na lei um elemento imperativo e um fator racional (ou, como ensina Miguel Reale, o direito é fato, valor e norma), sendo que o elemento imperativo (a norma) estrangeiro é abandonado, deitado fora, subsistindo apenas o elemento racional, o fato e valor, deixando o direito estrangeiro, então, como

“un ensemble de propositions générales applicables à des cas particuliers, et le juge opérant rationnellement, le cas échéant, comme il ferait pour la loi française, mais dans la mesure seulement où il n'existerait déjà à l'étranger une interprétation ou des éléments de solution qu'il ne pourrait que constater”.

Dessa forma, sem negar que a lei estrangeira é lei sob a soberania do Estado que a formulou, em face do juiz estrangeiro – por exemplo, o nosso –, ela não constitui um imperativo em si mesma, pois não emana do Estado donde decorre a jurisdição do foro. Trata-se, então, como acentuava Batiffol, de uma questão de inoponibilidade e não de natureza jurídica da norma.

O exame de sua aplicação concreta nos confirma a validade dessa formulação teórica.

Segundo Baptista Machado¹¹,

“o direito estrangeiro a ter em conta, para efeitos de aplicação no Estado do foro, é aquele que for criado pelas respectivas fontes formais, isto é, através dos modos ou processos como tais reconhecidos pelo ordenamento respectivo. Se este ordenamento reconhece o costume como fonte do direito, o tribunal local aplicará as normas consuetudinárias estrangeiras. Se nessa ordem jurídica vale o princípio do ‘stare decisis’, se nela vigora um direito de formação jurisprudencial como o ‘case law’ anglo-saxônico,

também o juiz do foro terá de se ater às decisões anteriores dos tribunais estrangeiros com força de precedentes”.

1.2. Aplicação concreta do direito estrangeiro no Brasil

Ao aplicar o direito estrangeiro, então, o juiz do foro, por coerência e obedecendo à regra de conflito, deverá aplicar o direito estrangeiro interpretando-o na conformidade das regras de interpretação daquele direito. Isto é, deve obter, tanto quanto possível, a prova do seu teor exato, como interpretado nos tribunais. Para a compreensão do direito estrangeiro, não basta – como se pensa correntemente – o texto frio de uma norma qualquer, traduzida (quase sempre mal) por algum tradutor juramentado ou outro escriba.

Não. É preciso compreender e ter bem presente que a aplicação é do direito estrangeiro, e não de uma regra avulsa extraída de lá, e inserida no direito do foro. Para clarificar bem esse aspecto e reforçar o argumento, basta atentar para o fato de que as chamadas leis uniformes aplicam-se de modo diferenciado de país para país, de tal modo que o procedimento da uniformização do direito vem sendo abandonado exatamente por isso¹². Outro exemplo, também clássico, é o dos direitos belga e francês, onde o mesmo texto, o Code Civil, vigora, quase sem diferenças. Entretanto, é aplicado com interpretações diferentes, de regras formalmente idênticas. Veja-se, por exemplo, a disposição relativa aos testamentos hológrafos (art. 970), em que, na França, a data errada é causa de nulidade e, na Bélgica, não.

Mas, como em direito, repito, nada é simples, alguém perguntará: e se a jurisprudência do país cuja lei se aplicará divergir? Não cabe uma terceira interpretação. É melhor a que for dominante. Predomina a que for apoiada pela doutrina, se todas forem do mesmo peso.

Como ensinava Luiz Antônio Severo da Costa,

“a interpretação da lei estrangeira deve ser feita no estado de espírito

dessa legislação, pois os termos, os conceitos e os institutos jurídicos têm o sentido e conteúdo que ali lhe são dados”¹³.

A prova do direito estrangeiro

Chega-se, então, ao problema da prova do direito estrangeiro. Como bem explica Maristela Basso¹⁴:

“O juiz não é obrigado a conhecer a lei estrangeira, daí pode exigir de quem a invoca a prova do texto e da vigência (LICC art. 14).”

A prova se fará pelos meios admitidos pelo CPC, ou por convenções internacionais de que o Brasil é parte¹⁵, por exemplo o vetusto Código Bustamante¹⁶, que dispõe sobre a matéria no seu art. 409:

“a parte que invoque a aplicação do direito de qualquer Estado contratante em um dos outros, ou dela divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigência e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercício no país de cuja legislação se trate”.

No artigo seguinte, dispõe ainda que:

“na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o tribunal a julgar insuficiente, um ou outro poderá solicitar de ofício pela via diplomática, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatório sobre o texto, vigência e sentido do direito aplicável”.

Havendo, ainda, a obrigação legal de cada Estado parte nesse tratado, decorrente do artigo 141,

“ministrar aos outros, no mais breve prazo possível, a informação a que o artigo anterior se refere e que deverá proceder de seu mais alto tribunal, ou de qualquer de suas câmaras ou seções, ou da procuradoria geral ou da Secretaria ou Ministério da Justiça”.

A interpretação do direito estrangeiro

A referência, nos textos citados, ao direito alegado ou invocado por uma parte não quer

dizer que o juiz não deva aplicar, de ofício, o direito estrangeiro. A aplicação deste é compulsória, e decorre da regra de conflito.

Como diz Baptista Machado:

“é esta também a orientação actualmente dominante em diversos outros países: o juiz deve conhecer e aplicar oficiosamente o direito estrangeiro... (...) De igual modo a doutrina largamente dominante vota decididamente no sentido da aplicação *ex officio* do direito estrangeiro e da admissibilidade de um recurso de cassação ou revista para o supremo Tribunal com fundamento em violação, falsa interpretação ou incorreta aplicação de tal direito”¹⁷.

No Brasil, ocorre o mesmo que em Portugal, pelo que a lição do mestre de Coimbra vale para nós. Aliás, o direito a esse recurso é assegurado pelo artigo 412 do Código de Bustamante, e foi reconhecido em pelo menos uma decisão do STF¹⁸.

Entretanto, a regra do art. 23, 2, do Código Civil Português não tem equivalente em nosso direito. Dispõe essa norma que, “na impossibilidade de averiguar o conteúdo da lei estrangeira aplicável, recorrer-se-á à lei que for subsidiariamente competente”.

No direito francês, o juiz, sem maior dificuldade, aplica, no lugar do direito estrangeiro desconhecido, o seu.

O problema das lacunas

Aí ocorre o problema clássico das lacunas do direito. Como vimos, o juiz brasileiro, obedecendo a norma de conflito (LICC – art. 14; RISTF – art. 115-I, c/c. 116; CPC – art. 337), não conhecendo a lei estrangeira, mandará que quem a invocou a prove – mas também, por dever de ofício, deverá determiná-la para fazer sua aplicação.

A lacuna eventual deve ser suprida segundo o artigo 4º da LICC¹⁹?

Pode-se admitir que sim, tendo em vista a coerência do sistema, pois a regra aparece com pequenas variações formais em outros textos – por exemplo, no CPC, art. 129, no C.Co., art. 291, na Lei dos Juizados Especiais,

art. 6º –, sendo então o preenchimento da lacuna de ser feito, segundo estabelecido pelo STJ:

“A interpretação das leis é obra de raciocínio, mas também de sabedoria e bom senso, não podendo o julgador ater-se exclusivamente aos vocábulos mas, sim, aplicar os princípios que informam a normas positivas”²⁰.

Preciosa essa decisão, que, aliás, reflete em nossos dias a sabedoria de Cícero, segundo o qual, na decisão, a *ratio prudentis* predomina sobre *aequitas* não a qualificando como apenas fruto da razão e do conhecimento humanos²¹.

Por isso mesmo já dizia Ruy Cyrne Lima que:

“Não é impossível pois que a remissão de Direito Internacional Privado depare, à relação jurídica ‘in hypotesi’ regra jurídica, revelada, no ordenamento jurídico estrangeiro, por analogia ou pelo recurso aos princípios gerais de direito”²².

2. Obstáculos à aplicação do direito estrangeiro

O propósito expresso das regras de conflito, como vimos, é a indicação do direito aplicável a determinada situação, nacional ou estrangeiro. A sua atuação, entretanto, vê-se tolhida em certos casos, quer por princípios implícitos ao sistema legislativo, quer por disposições explícitas.

É verdade que, no primeiro caso, esses princípios (e não a sua aplicação prática) podem estar enunciados em alguma regra – como é o caso do art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil – de caráter geral, ou serem aplicados por analogia, como ocorria, em relação à Ordem Pública, no antigo Código Civil Português. De qualquer modo, eles estão integrados em cada sistema jurídico. Aí desempenham o papel dos “anticorpos”, são instrumentos do seu mecanismo imunológico de defesa, contra corpos estranhos ao sistema ou ao seu uso indevido. São as noções de fraude à lei e a ordem pública.

De outro lado, há manifestações expressas do legislador, em que este indica certas situações às quais não se aplicam as regras de conflito e, por consequência, este não manda aplicar o direito estrangeiro. E outras há em que, aplicada a regra de conflito, esta é expressamente afastada em favor do direito nacional; são exemplos o “interesse nacional lesado” ou aqueles decorrentes da reciprocidade.

Por último, há casos em que a regra de conflito é inaplicável – e por isso o recurso ao direito estrangeiro é impossível –, como ocorre com os institutos desconhecidos e naquelas situações em que há impossibilidade de determinar o elemento de conexão.

Seguindo esse roteiro, examinaremos, sumariamente, cada um dos aspectos apontados.

2.1. As exceções implícitas na legislação

Como se disse há pouco, há princípios inerentes a todo sistema jurídico que lhe permitem rejeitar os elementos que entram em choque com suas concepções.

Duas são as maneiras pelas quais se opera esse repúdio: por meio das exceções de ordem pública e da fraude à lei. Examinaremos sucessivamente, uma e outra.

Ordem pública

Historicamente, tem sido atribuído a Savigny, em 1845, ter enunciado o princípio da ordem pública, trazido à luz o mecanismo de sua atuação. Trata-se de equívoco, comum na doutrina brasileira, que foi desfeito pelo Prof. Jacob Dolinger, que deu a Story o lugar que lhe cabia como aquele que primeiro – em 1843 – enunciou a problemática da ordem pública. Bem se vê que é – em relação às regras de conflito – descoberta jurídica nova.

O mestre do Rio de Janeiro, em monografia clássica sobre a evolução desse conceito²³, com precisão afirma ser “princípio indefinível e de efeitos imprevisíveis”. A doutrina nacional, Strenger, Tenório, Batalha, Valladão, Amílcar de Castro, é concorde e uniforme em que não se pode

definir a ordem pública. No exterior, o mesmo ocorre. Battifol citava inúmeros autores que haviam-se recusado a definir esse fenômeno, ou que haviam naufragado nos recifes sem chegar ao bom porto da definição.

Mas nem por indefinível o conceito está fora de nossa compreensão. O que é importante é buscar suas características e finalidade, pois daí decorre sua compreensão.

Características

Caracteriza-se a ordem pública pela sua dinâmica histórico-geográfica: ela é uma em determinado momento, para no momento seguinte deixar de ser a mesma. Exemplo gritante é o divórcio, instituição que fornecia farta messe de jurisprudência da Suprema Corte, em matéria de sentenças estrangeiras a que se recusava o *exequatur* em nome do princípio da indissolubilidade do matrimônio, antes inscrito na Constituição. Hoje, desaparecida a proibição constitucional, não cabe mais a exceção de ordem pública nesse caso. Mas, se o divórcio era inadmissível à ordem pública brasileira, não o era na sistemática jurídica do Uruguai, nosso vizinho próximo, na do México, ou na dos EUA. Varia, assim, no espaço e no tempo.

Além dessas características de mutabilidade (no plano do tempo e do espaço), apresenta a ordem pública o princípio da sua gradualidade.

Ela é noção que se aplica gradualmente, medida pela sensibilidade do juiz diante da antinomia entre a lei ou a decisão estrangeira e o nosso sistema jurídico. Daí ser um conceito amplo, protegido quer pelo direito interno, quer pelas regras de Direito Internacional Público. Podemos lembrar a existência de certos princípios não-escritos de Direito Internacional Público que impedem, negam eficácia a tratados que colidem com eles.

Em seguida, a noção de ordem pública apresenta as características de operar em primeiro grau, quando se respeita a aplicação do direito estrangeiro no momento da operação da regra conflitual, e em segundo grau,

ao se negar a execução de atos estrangeiros que com ele choquem. E essas características se integram às suas finalidades.

Finalidade

Tal como no mecanismo imunológico dos organismos vivos, opera a ordem pública pela rejeição dos corpos estranhos que possam afetar o equilíbrio do sistema em causa.

Trata-se, à evidência, de um mecanismo defensivo, e é essa a sua finalidade. O que a ordem pública visa defender? É questão que só comporta uma resposta, de ordem geral: a coerência do sistema jurídico. Essa coerência decorre de uma situação social que o sistema incorpora e tenta reger, deve reger, operando, nas palavras do Prof. Dollinger, como “reserva mais aguerrida no sentido do isolamento jurídico de cada sistema nacional”.

Phillipe Mallaurie, o grande civilista francês, de quem também tive a ventura de ser aluno, entendia que a ordem pública era judiciária ou legislativa, segundo a forma como operava.

Mas essa distinção se apaga se encararmos a “finalidade da mesma, que explica o porquê de sua existência. Entretanto, a referência que fez é útil pela lembrança da confusão em que certos autores incidiram: a de crer que há algo em comum entre as leis imperativas e a ordem pública. Essa se desfaz com a consideração de qual a sua natureza.

Natureza da ordem pública

Há leis imperativas, a que certa terminologia de direito administrativo, e em geral do direito privado interno, chama de “leis de ordem pública”. Mas essas leis não são o mesmo. Na realidade, encontramos na presença de um princípio, o mesmo que inspirou o legislador a editar essas leis. Portanto, a ordem pública antecede às normas escritas: ela é fundamento da ordem jurídica.

Foi por ignorar esse aspecto fundamental de que há um princípio geral – o da ordem

pública – que integra o sistema que certos autores foram levados ao naufrágio na tentativa de sua definição ou ao fracasso, na enunciação do que seria “de ordem pública”. Ora, sendo um princípio, assente nas origens do sistema jurídico, confundindo-se com a concepção que o grupo social tem do direito e que o Estado tem de sua organização, é fácil ver que não se a pode definir. Nem se podem elencar regras de ordem pública, ou casos em que ela opera, de modo exaustivo ou permanente. Qualquer enunciação será falha: ou porque casos novos podem surgir, ou porque o conceito evoluiu. Ele é amebiano.

Examinada, embora de modo perfunctório, a ordem pública, cabe ver a noção de fraude à lei.

A fraude à lei

Intimamente aparentada à noção de ordem pública, não se confunde com ela. A fraude à lei é reconhecida e a exceção incide no momento da decisão judicial sobre o *exequatur* ou sobre o cumprimento de um ato emanado do exterior. Ela afasta a aplicabilidade da lei indicada pela regra de conflitos, porque o eloqüente de conexão ou a situação em que se acha são fraudulentos.

A noção de fraude vem do Direito Romano e suas raízes são remotas. No direito internacional privado, o caso clássico, exemplo de escola apontado por muitos, é o do divórcio da Princesa de Beaufremont, ainda hoje critério de decisão, precedente respeitado na Cassação Francesa.

É noção menos universal que a de ordem pública: desconhecera-mo, por exemplo, os direitos da *Common Law* nos EUA (com exceção da Louisiana) e na Grã-Bretanha, onde o problema é atacado por outros meios.

Há dois aspectos da exceção de fraude à lei que merecem nossa atenção mais próxima: o conceito e a sanção.

Conceito

Bernard Audit, em sua monografia sobre a matéria, lembrava “que, para que um ato seja sancionado como de fraude à lei, é preciso que a lei seja ignorada, isto é,

fraudada”. É justamente aí – na aplicação de uma lei que não cabia, incompetente, mercê de manobra dos interessados –, que reside a fraude.

A noção de violação da lei é que motiva o procedimento da rejeição.

Mas há confusões. Em um julgamento de *exequatur*, “no caso Weiller”, a Cassação Francesa incorreu numa delas. Mme. Weiller, casada com um francês, ela também francesa, obteve um divórcio em Reno, Nevada. Sabe-se que lá o divórcio por mútuo consentimento é admitido (ou o é com procedimento que resulta no mesmo efeito). Ao examinar o pedido, recusando-lhe a guarda, a Cassação negou-o, em razão das “condições artificialmente criadas pela Dame Weiller, tendo em vista substituir à lei francesa sobre o casamento, a aplicação por um tribunal incompetente, permitindo-lhe repudiar seu marido sem um debate sério”. O acórdão falava, nos seus considerandos, em *efeitos visados* por Mme. Weiller.

Com razão, a doutrina atacou esse fundamento, pela voz autorizada de Francescakis, indagando: como saber qual o *efeito visado*?

Realmente, é impossível, ou haveria, desde logo, um pré-julgamento. Portanto, o efeito visado pelas partes não é a pedra de toque. Qual seria, então?

É na associação à intenção, da prova do efeito alcançado, que está a resposta. É na violação concreta da Lei (em decorrência do artifício usado) que deve repousar a certeza do juiz ao decidir.

E quando se viola a lei?

Não é, como já vimos, quando se almeja violá-la: é quando essa violação ocorre pela não-aplicação da lei, quando todos os elementos para essa estão reunidos, e são alterados e falseados.

Assim, a noção de fraude à lei exige certa simetria entre a solução dada pelo juiz ou autoridade estrangeira e a que seria aplicada nacionalmente. É fácil de compreender: porque, para que essa simetria ocorra, uma situação é criada artificialmente, e por meio de um falso conflito de leis provoca-se a

aplicação de uma lei que não seria a competente; e, além disso, o interessado procura exercer os direitos daí decorrentes. É como se alguém mudasse a sinalização numa estrada para levar o viajante até outro lugar, que lhe interesse.

Assim, conceituada a fraude à lei, é preciso ver quais suas conseqüências.

Conseqüências da fraude à lei

Assentado que a aplicação da exceção da fraude à lei passa pela determinação prévia de que a indicação da lei aplicável foi fraudada, resta saber a oportunidade da sanção e o modo como ela opera.

No tocante ao primeiro aspecto, cabe lembrar que nem toda fraude à lei é punível. É ao juiz que compete decidir se aplicará a sanção ou não.

Tal como ocorre com a Ordem Pública, o juiz tem certa latitude decisória nesta matéria.

Assim, debate-se na doutrina – e as respostas não são convincentes – se só a fraude à lei nacional do juiz deve ser reprimida, ou também a fraude à outra lei. A *vexata questio* aproxima-se, na sua solução, à da interposição da exceção de ordem pública no tocante às leis financeiras ou fiscais de outro país, para lembrar um exemplo.

A oportunidade da sanção então reside na vontade (informada pela formação) do juiz.

Já no que se refere ao modo, é preciso determinar antes que a fraude ocorreu, mediante a busca da lei aplicável (efetivamente) ao ato. Trata-se de procedimento indireto, e não imediato como ocorre no D.I. Público.

A sanção é a ineficácia do ato fraudulento, tal como ocorre com aquele que infringe a ordem pública. Ineficaz porque o juiz não pode anulá-lo sem investir sobre a competência alheia.

Isso relaciona-se com a problemática da fraude à lei estrangeira – e o caso “Mancini”, na Cassação Francesa, é um bom exemplo de como isso ocorre. Mancini, cidadão da Itália, que não admitia o divórcio; a esposa

naturalizou-o francês e requereu seu divórcio neste país. Após decisões contraditórias, em 1º grau e na apelação, a Cassation admitiu dar efeito ao divórcio francês – guardando-se, porém, de afirmar ou negar à fraude o direito italiano, porque entendeu que as condições para a naturalização da lei francesa foram preenchidas regularmente.

Assim, os efeitos da fraude à lei *não são bilaterais*, mas vinculam-se ao sistema jurídico do juiz.

Porém, como já se disse, não só a ordem pública e a fraude à lei afastam a aplicação do direito estrangeiro. Há outras hipóteses em que é determinado expresso, na lei, o afastamento.

2.2. As exceções explícitas na legislação

Há casos em que ocorre uma vocação subsidiária – porém inafastável, para a *lex fori* – da aplicação de suas regras. Elas decorrem da norma de conflito prever a reciprocidade ou da presença de disposições que protegem o chamado interesse nacional lesado.

Reciprocidade

O princípio da reciprocidade é muito conhecido, e tanto é combatido como defendido com ardor.

Os que combatem, como Haroldo Valadão, afirmam ser ele fator de atraso na evolução do direito, e os que o defendem afirmam justamente o contrário: que a reciprocidade força os demais países a conceder mais direitos aos estrangeiros, para que deles possam se beneficiar seus nacionais no exterior.

Há boas razões de ambos os lados, e pode-se crer que é o peso relativo do país que estabelece a realidade ou a eficácia do recurso à reciprocidade, e que fará com que ela atue positivamente num ou noutro sentido.

O mecanismo da reciprocidade é simples: a solução indicada pela regra de conflito só será aplicada se, no outro extremo, ela o fosse aos nacionais do outro país, o do julgador ou o do legislador.

É importante anotar aqui que, ao contrário dos institutos antes estudados, não ocorre uma negativa de vigência à solução apontada pela regra de conflitos. Aqui é esta que é afastada, pela condição de reciprocidade.

Interesse nacional lesado

A regra do interesse nacional lesado, ou melhor colocado, da proteção ao interesse nacional lesado, opera da mesma forma que a da reciprocidade: afasta a aplicação da regra de conflito, determinando a aplicação imediata da lei nacional.

Alguns exemplos a explicam: a norma do art. 5º, XXXI, da Constituição, ecoado pelo art. 10, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil, é um deles.

Outro, o do art. 42 do Decreto-Lei nº 2.044/1908, que em matéria cambial dispõe que:

“Tendo a capacidade pela lei brasileira, o estrangeiro fica obrigado pela declaração que firmar, sem embargo de sua incapacidade pela lei do Estado a que pertence”.

É interessante notar que, no mecanismo da primeira norma citada, avaliam-se, primeiro, as conseqüências advindas da aplicação dos direitos em conflito e, após, decide-se pela proteção ao direito nacional lesado. A mesma coisa ocorre com a norma relativa à responsabilidade civil – no tocante à indenização – do direito alemão.

Já no caso da Lei Cambial, não há sequer necessidade de exame da lei aplicável, que é afastada desde logo cedo pelo fato de o signatário da declaração ser capaz pela lei brasileira.

Há outros casos de afastamento da lei estrangeira, que não cabem nas categorias apresentadas; serão vistos na conclusão.

3. Conclusão

Não se aplica, também, a lei estrangeira, por razões paralelas à da ordem pública, quando o instituto não tiver correspondência no direito nacional. Muitos entendem ser este um caso de ordem pública, mas não é doutrina assentada. Na dúvida, é melhor colocá-los à parte, até porque os

fundamentos da ordem pública podem não estar presentes. Se no caso da poligamia estão, no caso de sociedade unipessoal podem não estar. Assim, os tribunais italianos sempre reconheceram a existência dos Anstaltlichsteinianos, mas o de Veneza não, por muito tempo.

Pode também ocorrer a impossibilidade de se empregar um ponto de localização, uma circunstância de conexão: é o caso de nacionalidade em relação aos apátridas, ou a pessoas cuja lei nacional seja indeterminável.

A impossibilidade de se estabelecer uma circunstância de conexão ou a inexistência da figura jurídica definida pela lei estrangeira tem conseqüências jurídicas diferentes dos casos de ordem pública e fraude à lei: não há a ineficácia, mas sim a impossibilidade jurídica de se abranger a situação da forma indicada pela regra de conflitos, a ensejar a aplicação da lei nacional.

Assim, a regra de conflitos, como toda a regra, comporta exceções: exceções à aplicação do direito por ela indicado, ou a sua própria aplicação. Essa é uma outra maneira pela qual o problema poderia ser abordado.

Essas exceções vêm, com desculpas pelo chavão, confirmar a regra de aplicabilidades do direito estrangeiro. Servem-lhe de elemento moderador, reforçando a validade do sistema multissecular que busca antes de tudo a justiça, a certeza do direito e a estabilidade das relações jurídicas internacionais.

A balança da justiça aí coloca em seus pratos, de um lado, a autoridade, visando assegurar a justiça nas relações interpessoais, e, de outro, a vontade dos indivíduos, procurando tirar o melhor partido de sua liberdade. E é o equilíbrio dessa balança que todos nós buscamos.

Notas

¹ Lições de Direito Internacional Privado, 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1985, p. 242-3.

² Halsbury's Laws of England, 2ª ed. V.6; Holland "Jurisprudence", 2ª ed., p. 317, Beale, Cases on the Conflicts of Laws, III, § 1º e R. 1937.2; Goodrich, Handbook on the Conflict of Laws, 1927, p.

10; v. Wigny, *Essai sur le droit international privé américain*, 1932, pp. 163 e s.; B. Hanotiau, *Le droit int. privé américain*, 1979, pp. 7 e s.; Audit, *Travaux du Com. Fr. de droit int. privé*, 1977-79, p. 29. A idéia, no entanto, sob a influência de Beale, tinha inspirado o primeiro "Restatement". Ela tinha sido indicada, na França, por Vareilles-Sommières. *Synthèse du droit int. privé*, I, n. 40 e s.; V. contrariamente Müller, *Der Grundsatz des wohlerworbenen Rechts*, Hamburgo, 1935; os autores americanos são contrários desde a crítica de Cook, *The logical and legal bases of the conflict of laws*, 1942; sobre as ligações da doutrina com o caráter fechado da *common law*, v. H. Muir Watt, *Quelques remarques sur la théorie anglo-américaine des droits acquis*, R. 1986, 425, 429.

³ cf. Cook e Lorenzen; id. Maury "Règles générales de conflit des lois", n. 48; M. Wolff, "Private International Law", 2ª ed. 217; R. De Nova, *Le concezioni statunitensi dei conflitti di leggi*, Valladolid, 1964.

⁴ Ele ensinava, então, numa postura positivista, ou quase, que, se as regras de DIP são substancialmente internacionais, elas seriam formalmente internas ("Studi critici di diritto internazionale privato", 1898), mas sua posição é diferente no seu curso, 1925.

⁵ "Curso di diritto internazionale privato", 1925.

⁶ R. Ago, *Curso da Academia de Direito Internacional da Haia*, 1936, IV, p. 302.

⁷ *Introduzione al diritto internazionale privato*, in *Comentari e studi*, IV, 1952, p. 484.

⁸ Essa é a posição de Fedozzi, op. cit. p. 157; Pacchioni, *Elementi di diritto int. privato*. 1931, p. 116-118, entre outros.

⁹ Cf. Loussouarn e Bourel, n. 239; Maury, op. cit., n. 59.

¹⁰ V., principalmente, Maury *Trav. du Comité fr. de droit int. privé*, 1950.97 Döle, R. 1955.233; Zajtay, *Contribution à l'étude de la condition de la loi étrangère en droit int. privé français*, 1958; *L'application du droit étranger: science et fictions*, *Rev. Int. dr. comp.*, 1971.49, Motulsky, *Mél. Savatier*, p. 681; Giuliano, *Rev. Int. du dr. comp.*, 1962.5; Yasseen, *Cours du l'Acad. de dr. int.*, 1962; Vitta, *Dir. int. privato*, I, 224; cf. Cyrille David, *La loi étrangère devant le juge du fond*, 1965, que, ao mesmo tempo em que evita a aproximação com um ponto de fato, constata um elemento específico no caráter estrangeiro da regra.

¹¹ op. cit. p. 243-4. O direito português, nesse aspecto, dá soluções idênticas ao nosso.

¹² Cf. BAPTISTA, Luiz Olavo. "The Unidroit Principles - A Possible Model for the Harmonization of International Contract Law in the Context of the Regional Integration of the Americas, with Special Reference to Mercosur", *Congreso Interamericano - Valência, Venezuela - 6-9 Nov. 1996*.

¹³ Da aplicação do direito estrangeiro pelo juiz nacional. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, p. 35. Nesse mesmo sentido GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofia del derecho internacional privado*, 2ª. ed. Buenos Ayres: EJEA, 1952, v. 1, p. 368.

¹⁴ Da aplicação do direito estrangeiro pelo Juiz nacional - o direito internacional privado à luz da jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 60.

¹⁵ No caso do direito francês, por exemplo, a informação solicitada proviria da repartição do Ministério da Justiça denominada "Office de législation étrangère et de droit international". No caso de outros países, há instituições privadas reconhecidas como fonte de informação; na Alemanha, o Max Plank Institut für ausländisches und internationales Privatrecht", na Itália, o Istituto di diritto comparato e di studi legislativi, de Roma, na Holanda, o Institut Juridique International.

¹⁶ Promulgado pelo decreto 18.871 de 13 de agosto de 1929. O tratado foi firmado quando da 6ª Conferência Internacional Americana, reunida em 1928 em Havana, e resultou de esboço do Jurista Cubano Sanchez de Bustamante.

¹⁷ Op. loc. cit. p. 247.

¹⁸ Recurso extraordinário n. 93.131-MG. Relator: Min. Moreira Alves (RTJ 101:1149).

¹⁹ "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os bons costumes e os princípios gerais de direito".

²⁰ RSTJ 19/461, maioria.

²¹ De Legibus, 1, 19: "nam ut illi aequitatis, sic nos delectus vim in lege ponimus" e 2, 8: "hanc igitur video sapientissimorum fuisse sententiam, legem neque hominum ingeniis excogitatum nec scitum aliquod esse populorum".

²² *Lacunas e conflitos de leis*, Porto Alegre: Sulina, 1963, p. 17.

²³ *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado: Tese Cátedra, Faculdade de Direito UERJ - Rio de Janeiro: Ed. Universitária, 1979.*

