

8. Preceitos básicos do Direito Internacional Privado

8.1. Conflitos de leis – histórico – sistema

Antiguidade

Na Grécia e em Roma o estrangeiro não tinha direitos, pois estes derivavam exclusivamente da religião, da qual era excluído o alienígena.

Excluir o estrangeiro significava, pois, “velar pelas cerimônias santas”. Admitir o estrangeiro entre os cidadãos é dar-lhe participação na religião e nos sacrifícios.”

Diz Fustel de Coulanges que o estrangeiro, por não participar na religião, não tinha direito algum, as leis da cidade não existiam para ele. Não podia ser proprietário, não podia casar-se, os filhos nascidos da união de um cidadão e uma estrangeira eram considerados bastardos, não podia o alienígena contratar com cidadãos e não podia exercer o comércio, vedado-lhe era herdar de um cidadão e um cidadão dele não podia herdar.

Quando se verificou a necessidade de haver justiça para o estrangeiro, é ainda Fustel quem informa, criou-se um tribunal excepcional. Roma tinha o *pretor peregrinus* para julgar o estrangeiro e em Atenas, o juiz dos estrangeiros era o *polemarca*, magistrado encarregado dos cuidados da guerra e de todas as relações com o inimigo.

Na Índia antiga os nascidos fora do território eram considerados impuros, em nível abaixo dos párias e dos sudras.

No Egito só os ribeirinhos do Nilo eram puros, o resto da terra era a sede da impureza. O egípcio não abraçaria um grego, não se serviria da faca de um grego, não comeria de um boi que tivesse sido cortado com a faca de um grego, nem comeria na companhia de estrangeiros.

Na Caldéia e na Assíria não havia reconhecimento de direitos do estrangeiro. Já na Pérsia revelou-se certa tolerância para com determinados povos estrangeiros, o mesmo ocorrendo com a China antiga.

A conclusão que os autores tiram desse panorama da Antiguidade é de que, não tendo os estrangeiros participação na vida jurídica, os direitos locais jamais entravam em choque com direitos estrangeiros, inexistindo possibilidade de conflito e, portanto desconhecido do **Direito Internacional Privado**.

A doutrina moderna considera o direito uniforme como um dos métodos utilizados pela ciência que visa solucionar os conflitos de leis. Nesse espírito poderia dizer-se que quando os romanos formularam um sistema jurídico uniforme que passou a ser aplicado para as relações jurídicas entre romanos e peregrinos – e mais tarde para todos, inclusive romanos entre si, criaram efetivamente uma solução para os conflitos de leis, no que se descortinaria um primórdio do **Direito Privado Internacional**.

Os Bárbaros e a personalidade das leis

A invasão do Império Romano pelos bárbaros no século V acarretou alterações no panorama jurídico europeu, institucionalizando-se o sistema que se convencionou denominar da personalidade da lei, no qual cada pessoa era livre para reger sua vida pela lei de sua origem. “*La race émigre, la loi la suit.*”

Os merovíngios não impunham suas leis, permitindo que cada grupo humano de seu império vivesse de acordo com suas próprias instituições, tolerância esta que beneficiava inclusive os romanos. Assim, conviviam ao mesmo tempo e no mesmo

território o Direito Romano e diversos Direitos bárbaros, num verdadeira Torre de Babel, concebendo-se relações jurídicas entre pessoas de diferentes origens e regidas por leis diversas.

F.M. Meijers, mostra que já existiam certas regras de conflito naquela época eis que na verdade aplicava-se a lei do vencedor, na sucessão seguia-se a lei nacional do *de cuius* e a mulher se submetia à lei do marido.

O Regime Feudal e a Territorialidade das lei

A personalidade das leis ocasionava a conservação das leis antigas, em que cada agrupamento humano mantinha-se fiel aos costumes de sua grei (grupo étnico, racial, nacional e ou religioso).

A evolução dos fenômenos sócio-econômicos acarretou transformações no panorama político da Europa, que repercutiam no plano jurídico, com a fixação do homem sobre a terra, a organização dos feudos e a sua autonomia sob o comando de um senhor feudal, que não admitia outra lei senão aquela por ele determinada. Com o regime feudal encerra-se o período da personalidade da lei e instala-se o da territorialidade da lei, transformação ocorrida no século IX.

Submetidas as populações exclusivamente às leis vigentes em seus territórios, não se verificava conflitos de leis, daí inexistente na época feudal qualquer interesse pelo Direito Internacional Privado.

Novas alterações no plano econômico iriam alterar mais uma vez o panorama, para dar início a lento desenvolvimento de uma nova ciência, o Direito Internacional Privado como solução de conflitos de leis com conexão internacional.

8.2. O Direito como direito e como fato

Fato ou Direito, esta a grande questão. (Da mihi factum et dabo tibi jus)

E Asser responde que o Juiz deverá aplicar a lei estrangeira *ex officio*, independente de invocação das partes, eis que sua obrigação é julgar cada ação de acordo com o direito que a rege.

Decide-se, portanto, pela valoração legal da norma estrangeira.

Nos Estados Unidos, onde as questões de fato são resolvidas pelo juri e as questões de Direito pela Corte, a jurisprudência decidiu que a prova e a interpretação de leis estrangeiras é matéria de competência dos tribunais, do magistrado e não do juri. No entanto, permanece naquele país a teoria de que o Direito estrangeiro deve ser invocado pela parte interessada.

No Brasil, **Teixeira de Freitas** versou a questão no artigo 6.º de seu Esboço, que assim rezava: ***“A aplicação de leis estrangeiras nos casos em que este Código a autoriza nunca terá lugar senão a requerimento das partes interessadas, incumbindo a estas, como prova de um fato alegado, a da existência de tais leis.”***

E comentando, afirmou o grande jurista pátrio que ***“exclui-se a mais forte objeção contra a aplicação das leis estrangeiras, fundada em que os juizes não têm obrigação de conhecer as leis de todo o mundo. A diferença está nisto. A lei nacional é o direito que se alega sem depender de prova. Uma lei estrangeira é um fato que deve ser provado”***. Teixeira de Freitas, savigniano, seguindo a opção domiciliar do mestre de Berlim, não o acompanhou inteiramente, pois Savigny, ao proclamar a comunidade de Direito entre os diferentes povos, admitia a aplicação extraterritorial das

leis como tais, numa abertura real para o universalismo jurídico; considerar lei estrangeira como fato não contribui para esta idéia.

No Código Processual brasileiro de 1973, o artigo 337 ordena que **“a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”**

O mais importante, em nosso entender, tanto neste dispositivo como no seu correspondente no código anterior é que a lei estrangeira foi comparada ao Direito Municipal e Estadual que constituem lei e não fato, e que, com relação a todos, o aparente ônus criado pelo legislador não acarreta conseqüências para a parte que não atender o exigido pelo juiz.

8.3. Aplicação do Direito Estrangeiro

Caracteriza-se a norma estrangeira como lei e não fato, segue-se que sua ignorância não é admitida, que o juiz pode aplicá-la *ex officio*, que pode ser invocada sempre, e que pode ser objeto de recurso e de ação rescisória.

O recurso especial se dará quando nossos tribunais negarem vigência à lei estrangeira competente, ou aplicando-a, lhe derem interpretação divergente da que lhe tenha sido dada por outro acórdão, também de tribunal nosso.

Ao aplicar o direito estrangeiro determinado por regra do Direito Internacional Privado o magistrado deverá atender para a lei estrangeira na sua totalidade, seguindo todas as suas remissões, incluídas suas regras de direito intertemporal, sobre hierarquia das leis, seu direito convencional, seu direito estadual, municipal, cantonal, zonal, seu direito religioso, suas leis constitucionais, ordinárias, decretos e outros.

8.4. Prova do Direito do Estrangeiro

Em várias ocasiões a comunidade internacional tentou estabelecer sistemas que garantissem o conhecimento recíproco das legislações dos diferentes povos.

Aparentemente, o melhor sistema para se provar o direito estrangeiro é o anunciado no Código de Bustamante, artigos 409 a 411, que contêm duas opções:

- a) **a) certidão legalizada de dois advogados em exercício no país cuja legislação se deseje conhecer;**
- b) **b) informação via diplomática a ser fornecida pelo mais alto tribunal, pela Procuradoria Geral, pela Secretaria ou pelo Ministério da Justiça.**

Não fica excluído, naturalmente, o recurso a obras doutrinárias do Direito em causa, ao texto legal em publicação autêntica, mas, estas vias não garantem a certeza da vigência da lei como ocorre com a declaração de dois advogados, devidamente certificados que estão inscritos no órgão controlador da profissão do Estado da procedência da prova que se pretende produzir processualmente.

No Brasil, segundo o artigo 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil (D.Lei 4657, de 04 de setembro de 1942, atualmente denominada a partir da Lei 12.376/2010, de **Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”** Portanto, os usos e costumes fazem parte do Direito, eis que suprem as lacunas da lei. O costume terá idêntico valor no plano do Direito Internacional Privado, desde que no direito estrangeiro aplicável se lhe atribua o mesmo valor de fonte de Direito. Conclui-se que a prova dos usos e costumes comerciais de Estados estrangeiros se submete aos mesmos meios de prova do Direito estrangeiro em geral.

8.5. Excludentes da aplicação do Direito estrangeiro Reciprocidade, fraude à lei e ofensa à ordem pública

Reciprocidade é o tratamento concedido ao estrangeiro igual ao recebido por um nacional no Estado de procedência do alienígena.

Dá-se fraude à lei no Direito Internacional Privado quando o agente, artificialmente, altera o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. Por exemplo: se em matéria de estatuto pessoal um indivíduo promover por ato intencional e programado a mudança de sua nacionalidade ou de seu domicílio, com o propósito de colocar-se sob a incidência de uma lei diversa da que seria originariamente aplicável e visando fugir a uma proibição desta, terá agido com fraude à lei.

É princípio moral que os fins lícitos não justificam os meios ilícitos. Na fraude à lei em Direito Internacional Privado condena-se a lícita alteração de *status*, da nacionalidade ou do domicílio, se realizada para alcançar um fim ilícito; a fuga da lei normalmente aplicável.

Fundamentos da Fraude à Lei no D. Internacional Privado:

A ordem pública produz efeitos em três níveis diferentes: no plano interno, no plano internacional e no plano dos direitos já adquiridos no exterior.

No plano interno o princípio tem o maior raio de ação, vedando que as partes pactuem contra as normas aceitas como integrantes da ordem pública; no plano internacional a ordem pública impede a aplicação de norma de direito estrangeiro que seja gravemente chocante ao sistema jurídico do foro; nem tudo que às partes é vedado pactuar será rejeitado se contido em regra de direito estrangeiro. E no terceiro plano a ordem pública impede o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, o que só pode ocorrer quando estes são gravissimamente chocantes aos princípios jurídicos ou morais do foro. (poligamia, etc).

Quando se declara inaplicável a lei estrangeira por ter ocorrido fraude à lei, isto não afeta apenas situações em que a lei estrangeira invocada seja gravemente chocante à ordem pública do foro – para isto o princípio da ordem pública seria suficiente, não havendo razão para se reconhecer a outra teoria – mas, abrange todas as situações em que as partes não poderiam, no plano interno, contratar de forma contrária ao disposto na lei.

Assim como as partes não podem pactuar *contra legem*, também não se aplica a lei estrangeira que só se tornou aplicável por meio de estratégia visando modificar a conexão local.

Portanto, quando se atribui o fundamento da ineficácia dos atos realizados em fraude à lei do Direito Internacional Privado ao princípio da ordem pública, não se deve pensar em termos da ordem pública no campo do Direito Internacional (pois isto significaria duplicação de motivos para rejeitar a aplicação de determinada lei estrangeira), mas, da ordem pública em termos de uma aplicação básica, no campo do direito interno.

Assim, sempre que no campo do direito interno a vontade das partes não possa ilidir a aplicação de determinada norma jurídica, também não poderão elas afastá-la com base em mudança artificial, artilosa, evasiva, do estatuto pessoal, por exemplo mediante mudança de nacionalidade ou troca de domicílio.

Diz o mestre de Buenos Aires, Werner Goldschmidt, que em seu entender **“a fraude à lei consiste em um duplo abuso de direito; a pessoa fraudadora abusa de um direito para burlar a finalidade de outra norma jurídica”**.

Oferecemos uma variante no sentido de que a fraude à lei consiste em abusar de uma faculdade para fugir da lei originariamente competente – uma norma protegida pela ordem pública no plano interno.

A fraude à lei teria, assim, dois componentes que se somam, abuso de direito e à ordem pública: o abuso de algum direito para se por sob a proteção de uma lei a fim de fugir à ordem pública da lei originariamente competente.

Consequências da fraude à lei

Os efeitos dos atos praticados no exterior em fraude à lei de determinada jurisdição serão apenas inoponíveis na mesma, eis que não tem ela competência para se pronunciar sobre a validade do que ocorrer em outra jurisdição.

8.6. Reenvio – Forum Shopping

O Direito Internacional Privado se ocupa dos conflitos entre leis substantivas relativas aos mais variados institutos jurídicos. Verificando-se uma relação jurídica conectada com dois ou mais sistemas de Direito, que se confrontam sobre determinada matéria, cabe ao Direito Internacional Privado encontrar a regra indicadora do Direito aplicável.

Materializada a divergência entre os dois sistemas de D.I.Pr., em que cada um indica sua própria lei interna para solucionar a questão jurídica, via de regra atenta-se para a solução ordenada pelo sistema do foro, sem considerar o critério do D.I.Pr. da outra jurisdição. Não há nesta hipótese qualquer manifestação de reenvio pelo direito alienígena.

O conflito negativo ocorre quando as regras de conflito de cada um dos sistemas atribui competência para reger a matéria não a sua própria lei, mas a lei interna do outro sistema, ou seja o país A considera aplicável a lei do país B, enquanto este considera aplicável a lei do país A. Nesta hipótese temos o país A remetendo para a lei do país B, e este reenviando, devolvendo a questão para a lei do país A.

A expressão “forum shopping” significa a procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais possibilidade de êxito, por uma ou por outra razão.

É uma questão que tem sido muito debatida nos tribunais americanos e merecido a atenção dos estudiosos do Direito Processual Internacional.

O “forum shopping” tem relevância no estudo da fraude à lei, pois às vezes as partes se evadem da aplicação de sua lei sem mudar de nacionalidade, sem trocar seu domicílio, mas simplesmente recorrendo ao Judiciário de outro país, que admite sua competência jurisdicional para todos que a ele recorrerem, como antigamente, no caso dos divórcios em Fiume e em Klausenburg, para onde acorriam os europeus cuja legislação pessoal vedava o divórcio. Isto ocorria também com os divórcios no Uruguai e no México utilizados pelos brasileiros quando nossa lei impedia tal instituto, e atualmente como os divórcios de Nevada para os norte-americanos domiciliados em Estados que impõem rigorosos requisitos para a concessão do divórcio, existindo lá estados onde é permitida até a poligamia. Sendo o Direito Internacional Privado lá aplicado totalmente nesta forma conflitual mesmo entre estados membros de uma mesma federação dada a competência residual que cada Estado Soberano (antigas colônias inglesas) ao estabelecerem em Filadélfia (1787) o modelo federalista norte-americano, inverso ao nosso modelo quando o Estado Unitário e Centralizado Monárquico foi transformado em República Federativa continuando concentrados na União os poderes e competência residuais e as províncias transformadas em estados membros com autonomia para legislar sob temas previamente permitidos pela União.

São os chamados “juízos facilitários” e até denominados pelos que pretendem a elisão tributária de “paraísos fiscais” onde a legislação é menos confiscatória ou existem isenções especiais para facilitar o turismo ou o desenvolvimento econômico, comercial, financeiro e outras razões quer lícitas ou ilícitas.