

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
Doutor em Direito
Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Lisboa

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

VOLUME I

INTRODUÇÃO E DIREITO DE CONFLITOS

PARTE GERAL

REIMPRESSÃO DA 2.^a EDIÇÃO DE MARÇO/2008


ALMEDINA

Já se compreenderá que no domínio do Direito patrimonial o princípio do *favor negotii* tenha um valor superior àquele que lhe é de conceder em matéria de estatuto pessoal. Mas mesmo aí creio que não se justifica sempre um favorecimento da validade do negócio jurídico.

Em suma, levou-se demasiado longe o *favor negotii* e sacrificou-se excessivamente a harmonia internacional de soluções.

Enfim, os limites colocados em matéria de estatuto pessoal e para salvaguardar o *favor negotii* tornam o sistema excessivamente complexo o que acarreta uma elevada imprevisibilidade do resultado. Poderá pensar-se que é um sistema que só funciona quando o órgão de aplicação examina o caso. Ora, o Direito de Conflitos não deve ser dirigido principalmente aos tribunais, mas sim directamente à vida jurídica internacional.

CAPÍTULO X A Fraude à Lei

Bibliografia específica: BAPTISTA MACHADO [1982: 273 e segs.]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 274 e segs.]; FERRER CORREIA [2000: 421 e segs.]; MARQUES DOS SANTOS [1987: 175 e segs.]; Bernard AUDIT – *La fraude à la loi*, Paris, 1974; BATIFFOL/LAGARDE [1993: 594 e segs.]; NEUHAUS [1976: 193 e segs.]; KROPHOLLER [2004: 154 e segs.]; RAAPE/STURM [1977: 326 e segs.]; KEGEL/SCHURIG [2004: 475 e segs.]; Alexandre CASTRO FREIRE – “A Fraude à lei no Direito Internacional Privado”, *ROA* 14/16 (1954/1956) 68-98.

37. Caracterização da figura

A fraude à lei é reconhecida como um instituto jurídico de alcance geral em alguns sistemas (como o francês). Não é o caso dos sistemas do *Common Law* nem do Direito alemão. No Direito português o ponto é controverso¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁹ Cp., a favor da autonomia do instituto, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 275 e segs.]; CASTRO MENDES – *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III, Lisboa, 1979, 768 e segs.; Carlos MOTA PINTO, António PINTO MONTEIRO e Paulo MOTA PINTO – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2005, 557; OLIVEIRA ASCENSÃO – *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. III – *Ações e Factos Jurídicos*, Coimbra, 1999, 283 e segs.; contra, VAZ SERRA – “A prestação – suas espécies, conteúdo e requisitos”, *BMJ* 74 (1958) 15-283, 173 e seg.; Rui DE ALARCÃO – “Breve motivação do Anteprojecto sobre o negócio jurídico na parte relativa ao erro, dolo, coacção, representação, condição e objecto negocial”, *BMJ* 138 (1964) 71-122, 121; MENEZES CORDEIRO – *Tratado de Direito Civil português. I – Parte Geral*, Tomo I, 3.ª ed., Coimbra, 2005, 694 e segs. A favor de uma concepção objectivista da fraude, que também relativiza a sua autonomia, MANUEL DE ANDRADE – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 337 e segs. Ver ainda PAIS DE VASCONCELOS – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed., Coimbra, 2007, 592 e segs.

Não é este o lugar para tomar posição nesta querela. Por certo que a posição que se adopte em teoria geral poderá influenciar o entendimento seguido no Direito de Conflitos. Mas perante um sistema de Direito de Conflitos, como o português, em que o instituto está legalmente consagrado, essa influência é necessariamente limitada.

O problema da fraude à lei em Direito privado material surge-nos principalmente no domínio dos negócios jurídicos, quando os sujeitos procuram torpear uma proibição legal através da utilização de um tipo comercial não proibido. Para quem admite a autonomia da fraude à lei esta apresenta-se, então, como *uma violação indirecta de uma norma proibitiva*.

No Direito de Conflitos Internacional Privado a ideia geral é a mesma, mas o processo é diferente. Trata-se geralmente de alcançar o resultado que a norma proibitiva visa evitar, mas a manobra defraudatória consiste no afastamento da lei que contém essa norma proibitiva, na "fuga de uma ordem jurídica para outra". Mas também é concebível a defraudação de normas imperativas não proibitivas (por exemplo, as que estabeleçam requisitos de forma de negócios jurídicos) através do afastamento da lei que as contém.

Historicamente, foi o caso *Bibesco*, julgado por tribunais franceses no sec. XIX, que chamou a atenção para a fraude à lei em Direito Internacional Privado.

A princesa *Bauffremont* era uma súbdita francesa. A lei francesa não admitia, à época (antes de 1884), o divórcio, mas apenas a separação. A princesa obteve a separação e, em seguida, naturalizou-se num Estado alemão, o ducado do Saxe-Altemburgo. Valendo-se da sua nova lei nacional, que assimilava a separação ao divórcio, a princesa casou em Berlim com o príncipe romeno Bibesco. Os tribunais franceses consideraram nulo o divórcio bem como o segundo casamento.

O instituto da fraude à lei suscitou sempre muita controvérsia no Direito de Conflitos Internacional Privado.

A doutrina dominante na Itália e alguns autores germânicos negam a relevância autónoma da fraude à lei neste ramo do Direito¹⁰²⁰. Mas isto tem por consequência ou a complacência com as manobras defraudatórias ou remeter para o plano da interpretação de cada norma de conflitos a

¹⁰²⁰ Cf. VITTA/MOSCONI [1991: 162 e seg.]; BALLARINO [1999: 279]; Werner NIEDERER – *Einführung in die allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*. Zurique, 1961, 331 e segs.; NEUHAUS [1976: 199 e seg.]; e. KROPHOLLER [2004: 158 e segs.]

questão de saber se a manobra contra a lei normalmente competente é ou não eficaz, o que gera uma indesejável incerteza¹⁰²¹.

Um importante sector da doutrina menos recente encarava a fraude à lei como um caso particular da ordem pública internacional¹⁰²². Hoje tende-se a estabelecer uma clara distinção entre os dois institutos: na ordem pública internacional está em causa a compatibilidade do resultado a que conduz a aplicação da lei estrangeira com a justiça material da ordem jurídica do foro; na fraude à lei está em causa o afastamento da lei normalmente competente e o desrespeito da norma imperativa nela contida, ainda que o Direito do foro não contenha uma norma equivalente.

Tal como é conformado pelo Direito de Conflitos português o instituto da fraude à lei constitui um instrumento da justiça da conexão e um limite ético colocado à autonomia privada na modelação do conteúdo concreto dos elementos de conexão.

Quanto à *tipologia* da fraude à lei em Direito de Conflitos podemos distinguir a manipulação do elemento de conexão e a internacionalização fictícia de uma situação interna.

No primeiro caso, para afastar a lei normalmente competente, o agente da fraude vai modelar o conteúdo concreto do elemento de conexão.

Por exemplo, como a lei de Malta não admite o divórcio, dois malteses, que residem em Portugal e que querem divorciar-se, naturalizam-se portugueses, embora não se integrem na nossa sociedade.

No segundo caso, para afastar o Direito material vigente na ordem jurídica interna, que é o exclusivamente aplicável a uma situação interna, estabelece-se uma conexão com um Estado estrangeiro, por forma a desencadear a aplicação de Direito estrangeiro.

Por exemplo, dois portugueses, residentes em Portugal, para fugirem aos limites fixados pela lei portuguesa à taxa de juros do mútuo, vão celebrar o contrato a Badajoz e escolhem a lei espanhola para reger o contrato.

Os *elementos* da fraude são dois: um elemento objectivo e um elemento subjectivo.

¹⁰²¹ Cp. FERRER CORREIA [1973: 583] que apesar do disposto no art. 21.º CC parece colocar a questão no plano da interpretação de cada norma de conflitos.

¹⁰²² Cf. designadamente E. BARTIN – *Principes de droit international privé*, Paris, 1930, 262 e segs.; ERNST FRANKENSTEIN – *Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*, vol. I, 1926, 168 e seg.; e. MARTIN WOLFF – *Das internationale Privatrecht Deutschlands*, 3.ª ed., Berlim, 48 e seg. Mesmo na actualidade há autores que não estabelecem uma separação clara entre os dois institutos – ver NEUHAUS [1976: 199] e KROPHOLLER [2004: 158 e 160].

Decorre do já exposto que o *elemento objectivo* consiste na manipulação com êxito do elemento de conexão ou na internacionalização fictícia de uma situação interna.

Para que se verifique a manipulação com êxito do elemento de conexão tem de haver, em primeiro lugar, uma manobra contra a lei normalmente aplicável. Tal não ocorre quando se dá às partes a possibilidade de escolher a lei normalmente competente, como sucede, designadamente, em matéria de contratos obrigacionais (desde que o contrato seja internacional).

Entende-se geralmente que é necessário que na lei normalmente competente exista efectivamente uma norma imperativa que é objecto da fraude. Como conciliar isto com a afirmação de que é a norma de conflitos o objecto da fraude feita por autores como KEGEL, FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO¹⁰²³?

Creio que importa esclarecer em que sentido se fala de objecto de fraude. A fraude visa afastar uma norma material utilizando a norma de conflitos como um instrumento. A norma de conflitos não é objecto de fraude no sentido de ser afastada pela manobra defraudatória. Mas a norma de conflitos já é objecto da fraude no sentido em que há uma actuação sobre esta norma que conduz à frustração das suas finalidades. A instrumentalização da norma de conflitos põe em causa a justiça da conexão que ela veicula. Em suma, a fraude à lei em Direito de Conflitos pressupõe que haja uma norma material defraudada mas tutela a justiça da conexão e não a justiça material.

A manipulação tem de ter êxito, i.e., tem de desencadear o chamamento de uma lei diferente. Não há manipulação com êxito, por exemplo, quando um português celebra em Inglaterra um testamento, com vista a privar os filhos da legítima. Com efeito, a validade substancial do testamento vai depender da lei da última nacionalidade do *de cuius* e não da lei do lugar da celebração.

Com FERRER CORREIA¹⁰²⁴, podemos ainda afirmar que não haverá fraude no caso de a conduta fraudulenta consistir na mudança de nacionalidade e o naturalizado se integrar seriamente na sua nova comunidade nacional.

¹⁰²³ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 479 e 483], FERRER CORREIA [1973: 582] e BAPTISTA MACHADO [1982: 280].

¹⁰²⁴ 1973: 583 e segs., seguido por MARQUES DOS SANTOS [1987: 179].

Neste caso poderá dizer-se que há inicialmente fraude à lei – porque a naturalização é feita com o intuito de afastar a lei da nacionalidade anterior – mas que a fraude é sanada pela integração efectiva na nova comunidade nacional.

O *elemento subjectivo*, ou volitivo, consiste na vontade de afastar a aplicação de uma norma imperativa que seria normalmente aplicável. É necessário dolo, não há fraude por negligência.

O dolo incide sobre a modelação do conteúdo concreto do elemento de conexão ou sobre a internacionalização fictícia da situação interna.

Este elemento subjectivo tem geralmente de ser inferido dos factos, com base em juízos de probabilidade fundados em regras de experiência.

Ao consagrar este elemento subjectivo o Direito de Conflitos português adopta uma concepção subjectivista da fraude à lei. Já para uma orientação objectivista seria suficiente que a modelação do conteúdo concreto de um elemento de conexão ou a internacionalização de uma situação interna representassem uma frustração das finalidades da norma de conflitos. Neste sentido alega-se que a intenção é frequentemente difícil de provar e que a frustração accidental dos fins da lei também deve ser evitada¹⁰²⁵.

Contra uma concepção objectivista pode no entanto argumentar-se que coloca a sanção da fraude numa dependência da interpretação da norma de conflitos, o que gera incerteza jurídica, e que não é indiferente para a ordem jurídica que exista ou não uma intenção fraudulenta¹⁰²⁶.

Em Direito material, a violação indirecta de uma norma proibitiva sem intenção fraudulenta constitui um problema de interpretação, extensão ou redução teleológica de normas materiais¹⁰²⁷. Perante o Direito de Conflitos português, não parece possível afastar a conexão com uma situação transnacional que tenha sido estabelecida sem intenção fraudulenta, mesmo que tal contradiga as finalidades prosseguidas pela norma de conflitos em causa. Isto decorre do limitado espaço concedido à actuação da justiça conflitual do caso concreto. Já a consagração de uma cláusula geral de excepção permitiria corrigir certos resultados mais indesejáveis.

A uma luz diferente se apresentam os casos de internacionalização fictícia de uma situação interna. A não aplicação do Direito de Conflitos a uma situação que foi acidentalmente internacionalizada pode fundamentar-se numa redução teleológica da norma de conflitos em causa.

¹⁰²⁵ Cf. NEUHAUS [1976: 198] seguido por KROPHOLLER [2004: 157 e seg.].

¹⁰²⁶ Cf. RAAPE/STURM [1977: 328] e BAPTISTA MACHADO [1982: 284 e seg.].

¹⁰²⁷ Cf. KEGEL/SCHURIG [2004: 476].

Antes de passar à sanção da fraude importa referir casos em que o legislador qualifica o elemento de conexão de modo a evitar ou dificultar a fraude. Fala-se, a este respeito, de *medidas preventivas* da fraude.

Assim, no art. 33.º/1 CC o legislador manda atender à sede principal e efectiva da administração da pessoa colectiva. Evita-se assim a relevância de uma “sede fictícia”, i.e., de uma sede em que não funcionam quaisquer órgãos da pessoa colectiva, como é o caso das sedes “caixa do correio” estabelecidas por sociedades que se constituem em “paraísos fiscais” como o Liechtenstein, o Panamá ou as ilhas Caimão.

Assim também em certos casos de imobilização do elemento de conexão em que se fixa definitivamente o momento da sua concretização¹⁰²⁸. Por exemplo, no art. 55.º/2 CC, quando se determina que em caso de mudança de lei competente na constância do matrimónio só pode fundamentar a separação ou o divórcio algum facto relevante perante a lei competente ao tempo da sua verificação. Pretende-se evitar a alteração da relevância do facto mediante a mudança da lei aplicável.

38. A sanção da fraude

Quanto à sanção da fraude existem duas posições.

Uma posição, desenvolvida pela jurisprudência francesa e entre nós adoptada por FERNANDO OLAVO, seguindo o princípio *fraus omnia corrumpit*, considera que todos os actos integrados no processo fraudulento, incluindo, por exemplo, a própria naturalização obtida no estrangeiro, são nulos ou para todos os efeitos inoperantes¹⁰²⁹.

Outra posição, aceite na doutrina portuguesa mais recente, assinala que o Estado do foro não pode declarar inválida a aquisição de uma nacionalidade estrangeira. O que o Direito de Conflitos do foro pode fazer é recusar a essa naturalização qualquer efeito na aplicação da norma de conflitos¹⁰³⁰.

¹⁰²⁸ Não há medida preventiva na imobilização do elemento de conexão do art. 53.º CC – cf. art. 54.º e BAPTISTA MACHADO [1982: 409 e 411].

¹⁰²⁹ *Direito Internacional Privado* (Apontamentos das lições proferidas no ano lectivo 1956/1957), Lisboa, 1956, 334 e segs. Cp. BATIFFOL/LAGARDE [1993: 600 e seg.].

¹⁰³⁰ Parte desta questão dizia respeito, antes da entrada em vigor da nova Lei da Nacionalidade, aos efeitos de uma naturalização com intuito fraudulento na perda da nacio-

O caminho seguido pelo legislador, no art. 21.º CC, vai neste segundo sentido. Dispõe este preceito que na “aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente”.

Do texto do art. 21.º decorre claramente que a sanção da fraude à lei no Direito de Conflitos se confina àquilo que respeite à “aplicação das normas de conflitos”.

Sendo irrelevante a manipulação do elemento de conexão ou a internacionalização fictícia com intuito fraudulento a sanção da fraude consiste em *aplicar a lei normalmente competente*.

Irrelevante é a manipulação ou a internacionalização, não os actos praticados. Por exemplo, se um português se naturaliza no Reino Unido com intuito de afastar as normas sobre sucessão legitimária da lei portuguesa, e faz testamento em que deixa todos os seus bens a um amigo, o testamento não é irrelevante. A sanção da fraude consiste antes na aplicação da lei portuguesa, que obriga à redução da deixa testamentária por inoficiosidade.

Outro ponto controverso tem sido o da sanção da fraude à lei estrangeira. Segundo uma orientação, que no passado foi dominante na Alemanha e em França¹⁰³¹, só deveria ser sancionada a fraude à lei do foro. Hoje é geralmente aceite que a fraude à lei estrangeira também deve ser sancionada.

Outra questão é a de saber se no tratamento da fraude à lei estrangeira se deve ter em conta a posição da lei defraudada. Esta questão divide a doutrina portuguesa. FERRER CORREIA e BAPTISTA MACHADO não diferenciam entre a sanção da fraude à lei do foro e a sanção da fraude à lei estrangeira. Já para ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO enquanto a fraude à lei do foro é sempre sancionada a fraude à lei estrangeira só é sancionada em dois casos:

- i) se a lei estrangeira defraudada também sanciona a fraude;
- ii) se embora a lei estrangeira defraudada não sancione a fraude está em causa, na perspectiva do Direito Internacional Privado do

nalidade portuguesa. Tal problema parece hoje de equacionar em novos termos, visto que a Lei n.º 37/81 faz depender a perda da nacionalidade portuguesa de uma declaração de vontade expressa do interessado.

¹⁰³¹ Cf. BATIFFOL/LAGARDE [1993: 598].

foro, um princípio do mínimo ético nas relações internacionais, que não se conforma com o desrespeito da proibição contida na lei normalmente competente¹⁰³².

A favor desta diferenciação pesa a harmonia internacional de soluções. Se não atendermos à posição da lei estrangeira defraudada perante a fraude arriscamo-nos a sancionar uma fraude que esta lei não sanciona, o que conduz à desarmonia de soluções.

Por exemplo, se dois nacionais de um Estado que não admite o divórcio se naturalizam noutro Estado, com o intuito de se divorciarem sob a égide da lei deste Estado, e o divórcio é reconhecido pelo Estado da nacionalidade anterior, sancionar a fraude levaria a considerar inválido um divórcio que tanto o Estado da anterior como o da nova nacionalidade consideraram válido.

Claro que este resultado também poderia ser evitado mediante a aceitação da devolução operada pela lei normalmente competente quando esta não reage à fraude. Mas perante um sistema de devolução como o nosso, em que a regra geral é a referência material, parece necessário atender à harmonia internacional no próprio plano da sanção da fraude.

Em minha opinião, a fraude à lei estrangeira que não reaja à fraude deve ser sancionada, excepcionalmente, quando seja eticamente intolerável à face do Direito de Conflitos português. O afastamento de uma norma imperativa estrangeira através de uma manipulação do elemento de conexão pode ser inaceitável à luz de valores éticos que integram a justiça da conexão. Mesmo neste caso, portanto, é a justiça da conexão e não a justiça material que está em causa, mantendo-se uma distinção clara entre fraude à lei e ordem pública internacional.

¹⁰³² Neste último caso a sanção da fraude relacionar-se-ia com a reserva de ordem pública internacional, que também poderia intervir perante a violação de certos princípios fundamentais de uma ordem estrangeira – cf. ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1959: 426].

CAPÍTULO XI A Qualificação

Bibliografia específica: ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO [1964]; ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO (org.) – *Casos práticos de devolução e de qualificação*, Lisboa, 1983; FERRER CORREIA [2000: 199 e segs.]; Id. [1981: 150 e segs.]; Id. – “Le principe de l’autonomie du droit international privé dans le système juridique portugais”, in *FS Gerhard Kegel II*, 119-146, Estugarda, 1987, n.ºs 7 e segs.; Id. – “O Direito Internacional Privado Português e o princípio da Igualdade”, *RLJ* 120 (1987/1988) n.ºs 3755-3756, 3758, 3760 e 3762, n.ºs 5 e segs.; BAPTISTA MACHADO [1982: 93 e segs.]; NEUHAUS [1976: 113 e segs.]; KROPHOLLER [2004: 112 e segs.]; WENGLER [1981: 130 e segs.]; VITTA [1990 n.º 10]; MARQUES DOS SANTOS [1987: 193 e segs.]; MOURA RAMOS [1991: 631 e segs.]; LIMA PINHEIRO – *A Venda com Reserva da Propriedade em Direito Internacional Privado*, Lisboa et al., McGraw-Hill, 1991, 154 e segs.; SCHURIG [1981: 214 e segs.]; RIGAUX – *La théorie des qualifications en droit international privé*, Bruxelas e Paris, 1956; Ph. FRANCESKAKIS – “Qualifications”, in *Rép. dr. int.*, t. II, Paris, 1969; Michael SCHWIMANN – *Internationales Privatrecht*, 3.ª ed., Viena, 2001, 22 e segs.; ROZAS/LORENZO [1996: 340 e segs.]; Christophe BERNASCONI – *Der Qualifikationsprozess im Internationalen Privatrecht*, Zurique, 1997; Vasco TABORDA FERREIRA – “Considerações sobre o problema das qualificações em Direito Internacional Privado”, *Scientia Iuridica* 8 (1959) 386-392 e 510-527 e 9 (1960) 356-369; João DIAS ROSAS – *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Lisboa, 1948; Inocencio GARCÍA VELASCO – *Concepción del Derecho Internacional Privado en el Nuevo Código Civil Portugués*, Salamanca, 1971, 113 e segs.; Stefan GRUNDMANN – *Qualifikation gegen die Sachnorm. Deutsch-portugiesische Beiträge zur Autonomie des internationalen Privatrechts*, Munique, 1985; Dário MOURA VICENTE – *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2001, 381 e segs.; CHRISTIAN VON BAR/MANKOWSKI [2003: 636 e segs.].