

JACOB DOLINGER
CARMEN TIBURCIO

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

PARTE GERAL E
PROCESSO INTERNACIONAL

12.ª edição
revista, atualizada e ampliada



O GEN | Grupo Editorial Nacional, a maior plataforma editorial no segmento CTP (científico, técnico e profissional), publica nas áreas de saúde, ciências exatas, jurídicas, sociais aplicadas, humanas e de concursos, além de prover serviços direcionados a educação, capacitação médica continuada e preparação para concursos. Conheça nosso catálogo, composto por mais de cinco mil obras e três mil e-books, em www.grupogen.com.br.

As editoras que integram o GEN, respeitadas no mercado editorial, constroem catálogos inigualáveis, com obras decisivas na formação acadêmica e no aperfeiçoamento de várias gerações de profissionais e de estudantes de Administração, Direito, Engenharia, Enfermagem, Fisioterapia, Medicina, Odontologia, Educação Física e muitas outras ciências, tendo se tornado sinônimo de seriedade e respeito.

Nossa missão é prover o melhor conteúdo científico e distribuí-lo de maneira flexível e conveniente, a preços justos, gerando benefícios e servindo a autores, docentes, livreiros, funcionários, colaboradores e acionistas.

Nosso comportamento ético incondicional e nossa responsabilidade social e ambiental são reforçados pela natureza educacional de nossa atividade, sem comprometer o crescimento contínuo e a rentabilidade do grupo.



Capítulo XVI

FRAUDE À LEI

NOÇÃO

Em seguida à ordem pública, e considerado decorrência desta, estuda-se outro princípio do Direito Internacional Privado, que também restringe a aplicação da lei indicada pelas regras de conexão, consistindo na neutralização dos efeitos da fraude à lei.

Estudamos no Capítulo X os elementos de conexão e as regras decorrentes. Dá-se a fraude à lei no DIP 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 do seu domicílio, com o propósito de colocar-se sob a incidência de uma lei diversa da que lhe seria originariamente aplicável, visando fugir a uma proibição desta, ou a uma incompetência por ela determinada, terá agido com fraude à lei.¹

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

FUNDAMENTOS DA FRAUDE À LEI NO DIP

Ao estudar a ordem pública, vimos que a mesma 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 normas protegidas pela ordem pública; no plano internacional, a

¹ Jacob Dolinger, *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, 2007, p. 53: "Por meio de um ardis que denominamos *legal shopping* ou *law shopping*, ocorrem hipóteses em que uma parte desloca, deliberadamente, o centro de gravidade de uma relação jurídica, de sua sede natural para outra localidade, com o exclusivo objetivo de subtrair-se à lei normalmente aplicável, e colocar-se ao abrigo da lei da jurisdição por ele escolhida."

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 ocorre quando estes são *gravissimamente chocantes* aos princípios jurídicos ou morais do foro.

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 recorrer 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, o que redundou, em última análise, num ato de vontade contrário a uma regra protegida pela ordem pública do foro.

Portanto, quando se atribui o fundamento da ineficácia dos atos realizados em fraude à lei do DIP ao princípio da ordem pública, não se deve pensar em termos da ordem pública no campo do direito internacional (pois, como visto, isto significaria duplicação do mesmo motivo 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 ela afastá-la com base em mudança artificial, ardilosa, fraudatória, do estatuto pessoal, como, por exemplo, mediante mudança de nacionalidade ou troca de domicílio.

Insistimos neste ponto para deixar patenteada nossa divergência daqueles autores que identificam a teoria da fraude à lei no DIP com a da ordem pública no DIP.²

Outro fundamento para a fraude à lei no Direito Internacional Privado é construído sobre a teoria do abuso do direito. A cada um é lícito mudar de nacionalidade, mas se alguém exerce este direito com a finalidade exclusiva de fugir do rigor de sua lei pessoal que proíbe o divórcio, a investigação de paternidade, a deserção de filhos, estará abusando do direito de mudar de nacionalidade. O mesmo se aplicaria à mudança de domicílio, passo natural e legítimo na vida de qualquer pessoa, mas que será considerado abusivo se verificado que ela foi

praticada tão somente para submeter-se a uma lei mais branda, que a beneficiaria em algum interesse.³

Muito perspicazes são as considerações de Werner Goldschmidt a respeito deste delicado princípio no DIP. Diz o mestre de Buenos Aires 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.”⁴

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

A fraude à lei teria, assim, dois componentes, que se somam: abuso do direito e a ordem pública local, ou seja, o direito que se faculta à pessoa de se colocar sob a proteção de outra lei é praticado abusivamente quando ela se utiliza desta faculdade a fim de fugir à ordem pública da lei que lhe era originalmente competente. Em seguida, Goldschmidt distingue entre: 1) fatos ocorridos independentemente de vontade do homem; 2) atos jurídicos, como a fixação do domicílio; e 3) negócios jurídicos, como a oferta. Com relação a estes dois últimos, observa que, enquanto os atos jurídicos produzem consequências jurídicas independentemente da vontade das partes, os negócios jurídicos resultam em consequências jurídicas desejadas pela vontade dos interessados, limitando-se a lei a sancioná-las.

A fraude à lei, segundo o autor argentino, ocorre quando a pessoa converte algo que é mero fato ou mero ato jurídico em um negócio jurídico. A norma indireta do DIP considera a localização de um móvel mero fato. A parte que leva intencionalmente o móvel para determinado país a fim de desfrutar dos benefícios de sua legislação, desvirtua a característica *do locus* do bem, transformando-a de um fato em um negócio jurídico.

O DIP considera a aquisição da nacionalidade um ato jurídico, não cogitando que alguém adquira nova nacionalidade com o objetivo de lhe ser aplicado, com relação a determinada situação, o direito de sua nova nacionalidade. Quem fraudar a lei faz justamente isto: converte o que é considerado ato jurídico em um negócio jurídico.

Daí ficar claro porque não se fala em fraude à lei nos negócios jurídicos (submissão de contrato à lei de outro país que não o originariamente competente), eis que, por sua característica intrínseca, estão os negócios jurídicos na total dependência

2 Jean Derrupé, *Droit International Privé*, 1978, p. 74, se refere aos autores que consideram

“a fraude à lei como um aspecto da teoria da ordem pública, que deve intervir contra toda aplicação chocante de uma lei estrangeira”. Ora, como visto, em se tratando de lei

3 Jean Derrupé, *Op. loc. cit.*, resume que esta doutrina vê na fraude à lei uma aplicação da

noção do abuso do direito. Cada um pode mudar de nacionalidade ou de domicílio, mas

dência da vontade das partes e estas podem legitimamente submeter o negócio jurídico à lei que melhor lhes aprouver entre a deste ou daquele país.⁵

FRAUDE À LEI NO DIP E “FORUM SHOPPING”

A expressão “*forum shopping*” se refere à procura de uma jurisdição em que as partes, ou uma delas, pensa que lhe será feita melhor justiça, ou onde terá mais probabilidade de êxito, por uma ou outra razão.⁶

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, antigamente, no caso dos divórcios em Fiume e em Klausenburg, para onde acorriam os europeus cuja legislação pessoal vedava o divórcio. Mais recentemente, isto ocorria com os divórcios no Uruguai e no México utilizados pelos brasileiros, e com os divórcios de Nevada para os norte-americanos domiciliados em Estados que impõem rigorosos requisitos para a concessão do divórcio. São os chamados “juízos facilitários”.

Francescakis classifica estas hipóteses de fraude indireta à lei aplicável.⁷ A doutrina francesa não é pacífica a este respeito. Pierre Mayer tece uma sutil distinção entre a fraude à lei e o “*forum shopping*”. Na fraude à lei, mediante mudança de nacionalidade, por exemplo, ocorre uma modificação do direito competente, ou seja, o direito francês é substituído pelo direito do país da nova nacionalidade. A rigor, a decisão obtida com fundamento na lei de nova nacionalidade deveria ser considerada válida, eis que lei competente, mas, como esta mudança deveria ser considerada válida, eis que lei competente, mas, como esta mudança se operou com o manifesto intuito de fugir da lei originariamente aplicável, considera-se ter havido fraude à lei, seguindo-se a recusa em aceitar as consequências dar *advindas*.⁸

Mas na hipótese do “*forum shopping*”, não se opera mudança no direito competente, este continua sendo o mesmo, registrando-se, mediante a busca de outra jurisdição, uma violação, pela recusa da aplicação da lei competente e a aplicação de uma outra lei, incompetente. Não haveria, segundo Mayer, necessidade de se recorrer à teoria da fraude à lei, pois basta constatar que houve negativa em aplicar o direito competente.⁸

Entendemos que quando ocorre o recurso a outro foro, que não o normalmente competente, as regras de conexão da jurisdição procurada, por serem outras, indicam a aplicação de outra lei. Há também aí, como em todos os casos de fraude à lei, a substituição da lei por outra, igualmente competente.

Mayer, fiel ao sistema francês tradicional de que na homologação de sentença estrangeira deve-se verificar se foi aplicado o direito determinado pelas regras do DIP francês,⁹ pode fazer a distinção, mas ela não condiz com nosso sistema, que respeita as normas do DIP estrangeiro e homologa sentenças estrangeiras que aplicaram a lei competente segundo as regras de conexão do sistema jurídico estrangeiro, diferentes das regras do foro.

Acrescente-se que nem todo “*forum shopping*” se identifica com a fraude à lei. Quando um contratante resolve não processar a outra parte em seu foro natural (domicílio do réu, por exemplo), escolhendo outra jurisdição, em que se encontra o patrimônio do devedor, e o faz com fundamento na legislação processual do local escolhido, que admite este tipo de competência jurisdicional, estará ocorrendo um “*forum shopping*” que não se caracteriza como fraudatório à lei, apesar de o foro escolhido aplicar lei diversa daquela que seria aplicada no foro natural.

CONSEQUÊNCIAS DA FRAUDE À LEI

Os efeitos dos atos praticados no exterior em fraude à lei de determinada jurisdição serão apenas ineficazes na mesma, eis que não tem ela competência para decretar a invalidade do que ocorreu em outra jurisdição.¹⁰

Doutinariamente, especula-se sobre o que será ineficaz: o ato em sua integridade ou somente as consequências que o interessado desejou alcançar por meio de seu estratagemas?

Veja-se, por exemplo, a hipótese do nacional que se naturaliza em outro país, perdendo a nacionalidade originária, e que, assim, submetido à nova legislação, pratica ato que lhe era vedado enquanto seu estatuto pessoal era regido pela lei anterior nacionalidade.

Questiona-se se a jurisdição de sua nacionalidade originária não reconhecerá a naturalização, continuando a considerá-lo seu nacional, ou se, mesmo reconhecendo a naturalização (eis que não tem competência para considerar inválido ato jurídico realizado sob a égide e mediante o expresso assentimento de outra soberania), não admitirá a perda da nacionalidade originária ou, mesmo admitindo-a, deixará tão somente de reconhecer efeitos aos atos que se seguiram

⁵ Veremos adiante que existe uma doutrina no sentido de que haverá fraude à lei nos contratos quando forem submetidos à lei de um país totalmente estranho ao negócio jurídico.

⁶ Em *Contratos e Obrigações no Direito Internacional Privado*, Jacob Dolinger denomina a fraude à lei como “*legal shopping*” ou “*law shopping*”.

⁷ PH Francescakis, *Répertoire de Droit International*, t. II, 1960, p. 11.

⁹ No caso *Cornelissen c. Avianca Inc.*, de 2007, a Corte de Cassação suprimiu o requisito da

à naturalização, como, por exemplo, o divórcio permitido pela lei de sua nova nacionalidade e vedado pela lei de sua nacionalidade originária.

Em caso de troca de domicílio, é mister reconhecer o ato, que só poderá ser negado em caso de conflito de qualificações; isto é, divergência na conceituação do domicílio, o que não ocorre com frequência; normalmente, não haverá como fugir à evidência da mudança domiciliar; a fraude cometida repercutirá tão somente na ineficácia local dos atos praticados sob proteção da lei do novo estatuto pessoal com base no domicílio adquirido.

Em matéria de contratos, apesar da autonomia da vontade, alguns autores reconhecem sua limitação, admitindo ocorrer fraude à lei na submissão de uma relação obrigacional à lei de um país com o qual o contrato não tem qualquer relação¹¹ e na submissão a uma lei estrangeira quando a relação jurídica é eminentemente interna.¹²

A mudança de religião nas regiões onde o estatuto pessoal é regido pela lei religiosa também é considerada prática de fraude à lei, ocasionando as mesmas consequências.

Assim, um cristão que se converte para o islamismo, não poderá sustar os alimentos a que fora condenado a pagar à sua esposa, pois que sua conversão teria visado tão somente escapar desta obrigação.¹³

Na França, onde a nacionalidade da pessoa jurídica se caracteriza pelo país de sua sede, discutiu-se o problema da fraude nas hipóteses em que empresas organizadas na França, constituídas por capital francês, dirigidas por franceses, com exploração de seus negócios na França, estabeleciam sua sede no exterior para beneficiar-se de uma legislação menos rigorosa do que a francesa. Vários casos com estas características foram considerados fraude à lei, afirmada a nacionalidade francesa destas pessoas jurídicas. Mas a doutrina considerou que nestas hipóteses não se tratava de negar efeitos a uma situação jurídica intrinsecamente válida, com fundamento na teoria da fraude à lei, mas simplesmente de estabelecer a real situação, camuflada por um ato simulatório.¹⁴

Em matéria de bens móveis, informa Pierre Mayer que a jurisprudência francesa não oferece exemplos de fraude por deslocamento de móveis, mas que é fácil

imaginar a situação do proprietário de um bem móvel, que, de má-fé, leva o bem para um país onde o prazo de aquisição por usucapião é curto, para aí consolidar seus direitos sobre o bem, e em seguida reparará-lo.¹⁵

A FRAUDE À LEI NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O fenômeno da fraude à lei no Direito Internacional Privado ocorre principalmente em questões de direito de família, como na celebração do casamento e no divórcio.

Bartin discorre sobre a hipótese do francês que deseja consorciar-se com uma francesa e, visando evitar a publicidade exigida pela legislação de seu país, casa-se em outro país, onde as formalidades de celebração matrimonial são mínimas.¹⁶

De acordo com o art. 170 do Código Civil francês, então em vigor, o casamento de franceses celebrado no exterior na conformidade das formalidades legais do local é válido, em respeito à regra *locus regit actum*. No entanto o autor enuncia algumas dezenas de decisões de tribunais franceses e belgas, do século XIX, que não reconheceram a validade desses casamentos, pois, como explica o autor, estes casamentos só se submetteram às formalidades da lei estrangeira devido à intenção dos futuros cônjuges de escapar das disposições formais de sua lei pessoal. Estes são casamentos clandestinos devido à intenção que tiveram os nubentes de evitar a publicidade exigida por sua lei pessoal, submetendo-se à lei de outra jurisdição.¹⁷ Posteriormente, a redação do artigo foi alterada para exigir a publicação dos proclamas na França.¹⁸ Em 2007, o artigo foi revogado.

Na Inglaterra não se aplica a teoria da fraude à lei a este tipo de casamento. “A validade de um casamento não é afetada pelo fato de que o objetivo dos nubentes em casarem no estrangeiro foi evitar as exigências de sua lei domiciliar em matéria de consentimento, publicidade, etc.,” diz Dicey em sua clássica obra sobre o *conflict of laws* britânico.¹⁹

¹³ Pierre Mayer, Op. cit., p. 144.

¹⁶ Étienne Bartin, *Études de Droit International Privé*, 1899, p. 246.

¹⁷ Étienne Bartin, Op. loc. cit. Por Lei de 1907, o art. 170 do Código Civil francês, teve sua redação alterada para dispor que o casamento de franceses no exterior, celebrado de acordo com as formalidades do local da celebração, será válido na França, “desde que precedido da publicação prescrita no art. 63...”. Vide Jacob Dolinger, *Casamento e divórcio no direito internacional privado*, 1997, p. 14, sobre a tentativa de anular o casamento da famosa atriz Sarah Bernhardt.

¹⁸ Art 170. “Le mariage contracté en pays étranger entre Français et étranger sera valable, s’il a été célébré dans les formes usitées dans le pays, pourvu qu’il ait été précédé de la publication prescrite par l’article 63, au titre Des actes de l’état civil, et que le Français

¹¹ *Ibid.*, p. 364.

¹² Diz Ferrer Correia, *Lições de Direito Internacional Privado*, 1963, p. 529: “se as partes inibrem no contrato um elemento internacional fictício, v.g., indicando falsamente no documento um país estrangeiro como lugar de celebração – com certeza que tal contrato permanecerá sujeito à lei nacional”. A rigor, não haveria nesta hipótese fraude à lei, pois consistiria numa mera simulação.

¹³ Henri Batifol e Paul Lagarde, *Droit International Privé*, v. I, 1993, p. 429, referindo-se a uma decisão de tribunal sábio.

Ainda em matéria de casamento, Bartin invoca o caso de um padre católico, de nacionalidade austríaca, que se naturalizou na Saxônia a fim de obter capacidade nupcial, de acordo com a lei de sua nova nacionalidade. Os tribunais austríacos não reconheceram seu casamento, pois a capacidade nupcial que lhe foi outorgada pela lei da Saxônia resultou de uma naturalização que só visou a escapar da incapacidade civil que lhe atribuíra a lei de seu país de origem.²⁰

Outro caso reportado pela doutrina é o de um cônjuge que, depois de divorciado no estado de Tennessee, por causa da prática de adultério, e desejando matrimoniar-se com seu cúmplice, o que a lei de Tennessee vedava, vai para o estado de Alabama e, aproveitando-se da lei deste estado, que não conhece o impedimento do matrimônio entre o cônjuge adúltero e seu cúmplice, ali contrai núpcias. Este casamento foi considerado nulo pela Corte Suprema de Tennessee, pois a mudança para aquele estado visou tão somente fugir à incapacidade legal de sua lei original.²¹

E também temos a decisão de uma corte francesa anulando como fraudulento o casamento de um menor francês celebrado na Escócia sem o consentimento dos pais, exigido pela lei francesa,²² que lembra o caso *Ogden v. Ogden*, de que tratamos no capítulo das Qualificações.

Apesar de o § 1º do art. 7º da Lei de Introdução determinar a aplicação da lei brasileira às formalidades do casamento e aos impedimentos matrimoniais quando as núpcias são celebradas no Brasil, entende a doutrina que também se devem respeitar os impedimentos constantes da lei pessoal de cada cônjuge. Se pessoa domiciliada em país A se casar no Brasil com pessoa domiciliada no país B, deverão ser respeitados os impedimentos previstos nas três legislações. Aqui não se trata necessariamente de prevenir uma fraude à lei estrangeira, visada pelos nubentes com eventual fuga de seu domicílio ou seus domicílios para o Brasil, mas simplesmente de coordenar a norma do art. 7º, *caput*, que indica a lei do domicílio como determinadora da capacidade civil e dos direitos da família, o que inclui naturalmente os impedimentos matrimoniais, com a norma do § 1º do mesmo artigo, que ordena a aplicação da lei brasileira sobre impedimentos quando aqui celebrado o matrimônio.

A dificuldade na teoria da fraude à lei é que ela envolve a análise da intenção do pretense fraudador; o que, para certos autores, representa uma intrinseca do Judiciário no campo da consciência humana, que lhe é defeso fazer.²³

Casos há, todavia, em que a fraude é de tal forma manifesta que seria difícil negar a sua evidência. A hipótese aventada por nossos autores refere-se à época

quando o divórcio era vedado aos brasileiros, em que um brasileiro se naturalizava francês para poder dissolver seus laços matrimoniais e contrair outra vinculação nupcial, para depois pretender a re aquisição de sua nacionalidade brasileira.²⁴ A evidência da fraude seria tamanha, que não haveria dificuldade em considerar a naturalização, seguida de divórcio e novas núpcias como praticadas em fraude à lei brasileira, competente, e, assim, negar eficácia em nosso território ao divórcio e às subseqüentes núpcias.

JURISPRUDÊNCIA FRANCESA

Caso Vidal – Os esposos Vidal contrairam matrimônio em Paris, em 1864. Depois de obter na França a separação de corpos (equivalente a nosso antigo desquite), adquiriram ambos a nacionalidade suíça no cantão de Schaffenhäusen, em 1874. Em seguida, solicitaram seu divórcio, que lhes foi concedido no mesmo ano. E no ano seguinte, poucos meses após a dissolução do vínculo conjugal decretada pelo tribunal suíço, a Sra. Vidal contraiu novas núpcias, em Paris, com o Sr. Louis Geoffroy.

O Sr. Vidal e o Ministério Público ingressaram na Corte de Paris com ação de nulidade do segundo matrimônio da Sra. Vidal com fundamento no art. 147 do Código Civil francês, ainda hoje em vigor, que veda segundas núpcias antes da dissolução das primeiras. A corte francesa decidiu pela nulidade das núpcias. Geoffroy-Vidal com fundamento nas razões que assim se resumem:

“Considerando que os esposos Vidal solicitaram a nacionalidade suíça e logo em seguida obtiveram seu divórcio, numa ação combinada entre ambos, visando burlar o princípio da lei francesa, que consagra a indissolubilidade do matrimônio; que nem um nem outro adquiriu a nacionalidade suíça pensando exercer os direitos que a mesma confere ou cumprir as obrigações que ela impõe; que o Sr. Vidal nunca abandonou a França, continuando a residir em Paris, onde vive até hoje; que também a Sra. Vidal só se submeteu a uma lei estrangeira para livrar-se do vínculo de seu anterior casamento e para contrair imediatamente um novo, pelo qual recuperou a qualidade que acabou de perder.”

“Considerando que juridicamente o segundo matrimônio, contraiu antes da dissolução do primeiro, está afetado pela lei francesa de nulidade absoluta.”

“Considerando que a naturalização deve constituir o exercício de um direito legítimo e não o abuso de uma faculdade; que se, como no caso dos autos, a naturalização foi obtida exclusivamente com o objetivo de burlar a lei francesa

²⁰ Étienne Bartin, *Op. cit.*, p. 248.

²¹ Bartin, *op. loc. cit.*

²² *Leçons de Droit International*, t. VI, p. 248.

²³ Clovis Bevilacqua, *Principios Elementares de Direito Internacional Privado*, 1938, p. 314.

Eduardo Espinola, *Elementos de Direito Internacional Privado*, 1925, p. 199; M. F. Pinto Pereira, *Casamento e Divórcio no Direito Civil Internacional*, 1924, p. 104; Wilson de Souza

e ilidir certas proibições fundamentais, referida naturalização não pode ser invocada contra os interesses da ordem pública e de ordem privada que a lei tem por objetivo proteger.”

“Considerando que os réus, não podendo valer-se do ato da naturalização que invocam, tampouco podem invocar a sentença de divórcio que foi sua consequência, que carece de importância o fato de que o Sr. Vidal tenha voluntariamente prestado seu concurso aos atos fraudulentos, pois, mesmo que não possa ele opor-se aos mesmos, sempre poderá fazê-lo o Ministério Público.”²⁵

Caso Bauffremont – Este é um dos mais famosos e discutidos casos da jurisprudência do DIP.²⁶

A condessa de Caraman Chimay, de nacionalidade belga, contraiu núpcias em 1861 com o príncipe de Bauffremont, francês. Em 1874, ela obteve contra ele, na Corte de Paris, uma sentença de separação de corpos (nosso desquite). Em seguida, ela se dirige ao ducado de Saxo-Altenburgo, onde estabelece seu domicílio e se naturaliza em 1875. Valendo-se de uma lei daquele ducado que permite a esposas definitivamente separadas por decisão judicial contrair novas núpcias, a princesa se casa no mesmo ano, em Berlim, com o príncipe Bibesco, de nacionalidade romena.

A justiça francesa, em ação proposta pelo príncipe francês, decidiu que os atos praticados pela princesa Bauffremont consistiram em fraude à lei francesa, pelo que inaceitáveis e ineficazes em França.

Modernamente, a teoria da fraude à lei tem sido aplicada na França em casos de troca de religião, como a do cristão que se converte para a religião muçulmana, a fim de contrair núpcias com uma segunda esposa ou para repudiar seu cônjuge.²⁷

LEGISLAÇÃO

Algumas legislações se preocuparam com o problema da fraude à lei, incluindo disposições mais ou menos expressas, visando a evitar a eficácia de resultados colimados pelas partes mediante a evasão à lei competente.

O Código Civil argentino, em seu art. 1.207, dispõe que os contratos realizados em país estrangeiro para violar as leis da República não têm valor algum, ainda que não sejam proibidos no lugar onde se tenham celebrado, e no artigo seguinte, 1.208, figura a mesma regra para a hipótese contrária, que os contratos realizados na República para violar direitos e leis de uma nação estrangeira não terão efeito algum.

O art. 15 da Lei de Matrimônio Civil do Chile dispõe que o casamento celebrado em país estrangeiro, na conformidade das leis do mesmo, produzirá no Chile os mesmos efeitos do que se tivesse sido realizado em território chileno. No entanto, se um chileno contrai matrimônio em país estrangeiro desrespeitando o disposto nos arts. 4 a 7 da lei chilena, que trata dos impedimentos matrimoniais, a contravenção produzirá no Chile os mesmos efeitos do que se tivesse sido cometida no Chile.

O Código Civil português, de 1966, art. 21, dispõe que “na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de fato ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente”.

Em alguns estados norte-americanos vigia a *Uniform Marriage Evasion Act*, que dispõe que, se uma pessoa, domiciliada no estado onde tenciona continuar vivendo, se dirige a outro estado, para ali contrair um casamento que lhe é proibido no estado de seu domicílio, este casamento será ali considerado nulo. O *Act* proíbe as autoridades estaduais de celebrarem casamentos vedados segundo a legislação do estado do domicílio dos nubentes.

Este princípio vem consagrado no *Restatement Second*, regra n. 283, § 2º:

“Um casamento que satisfaz os requisitos do estado em que foi contratado será reconhecido em toda parte como válido, ressalvada a hipótese em que viola gravemente a ordem pública de outro estado que tem a mais significativa relação com os nubentes e o casamento à época de sua celebração”.

O DIP brasileiro concentrou sua preocupação em matéria de fraude à lei na questão do divórcio: tendo a Lei de Introdução de 1942 passado do antigo princípio da nacionalidade para o princípio do domicílio como regente do estatuto pessoal, quis prevenir que brasileiros domiciliados no exterior se valessem deste domicílio para ali se divorciarem e terem o divórcio reconhecido no Brasil. Dalí o disposto no § 6º do art. 7º, na sua redação original: “Não será reconhecido no Brasil divórcio se os cônjuges forem brasileiros. Se um deles o for, será reconhecido o divórcio quanto ao outro, que não poderá, entretanto, casar-se no Brasil”. O mestre Oscar Tenório entende que

“com a entrada em vigor da LINDB saiu do âmbito da doutrina da fraude à lei para o da violação da lei, em face do preceituado no par. 6º do art. 7º, que não admite o reconhecimento de divórcio de brasileiros decretado no exterior.”²⁸

²⁵ Sentença de 30 de junho de 1877 da Corte de Paris, 1ª e 3ª Câmaras Reunidas, *Chimay*, 1878.268 a 271.

PROJETOS PARA SUBSTITUIÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO

Enquanto a Lei de Introdução não tem um dispositivo expresso sobre a fraude à lei, os Projetos 4.905/1995 e 269/2004 determinam, respectivamente, em seus arts. 17 e 18, o seguinte:

“Não será aplicada a lei de um país cuja conexão resultar de vínculo fraudulento estabelecido.”

FONTES INTERNACIONAIS

A Convenção da Haia de 1902 sobre Conflitos de Leis e de Jurisdições em Matéria de Divórcio e de Separação de Pessoas determinou, em seu art. 1º, a aplicação concomitante da lei da nacionalidade dos cônjuges e do lugar onde a ação fosse intentada (em respeito à ordem pública do foro), ressalvando em seu art. 4º que a lei da atual nacionalidade não pode ser invocada para pleitear divórcio com base em fato ocorrido quando ambos ou um dos cônjuges pertenciam a outra nacionalidade (o que serviria, inclusive, para evitar fraude à lei da nacionalidade originária).

A Convenção da Haia de 1970, sobre o Reconhecimento de Sentenças de Divórcio e de Separação de Corpos, dispõe, em seu art. 7º, que todo Estado contratante poderá recusar o reconhecimento de divórcio entre cônjuges que, à época da dissolução, eram nacionais de Estados cuja lei não conhece o divórcio.

Os Tratados de Montevideu e o Código Bustamante não trataram da fraude à lei. Já a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, aprovada em Montevideu, em 1979, na 2ª Conferência Interamericana Especializada sobre DIP, cuidou deste princípio, assim dispondo em seu art. 6º:

“Não se aplicará como direito estrangeiro o direito de um Estado-Parte quando se tenham artificioosamente evadido os princípios fundamentais da lei de outro Estado-Parte. Caberá às autoridades competentes do Estado receptor a determinação da intenção fraudulenta das partes interessadas.”

Os “princípios fundamentais da lei de outro Estado-Parte” devem ser entendidos como as normas de outro Estado protegida pelo princípio de sua ordem pública interna, como vimos no início do presente capítulo.²⁹

A segunda parte do dispositivo, ao exigir a determinação da “intenção fraudulenta”, pede que seja detectado o móvel psicológico das partes ao submeter determinada relação a outro sistema jurídico, determinação esta que segue a teoria subjetiva em relação à fraude, atualmente superada pela teoria objetiva que concentra a análise nas manifestações externas.³⁰

FRAUDE À LEI ESTRANGEIRA

Como vimos, a principal manifestação da teoria da fraude à lei no Direito Internacional Privado diz respeito ao artifício que subtrai a relação jurídica à lei competente de acordo com as regras do DIP do foro, submetendo-a a uma lei estrangeira, cuidando-se de saber se os efeitos jurídicos desta outra legislação serão reconhecidos, se terão eficácia na jurisdição cuja lei era originariamente competente.

É isto que ocorreu nas naturalizações, seguidas de divórcio e de segundas núpcias dos franceses que se evadiam da lei de sua pátria e se submetem às normas de outras legislações que admittiam a dissolução do vínculo matrimonial, quando na França ainda era vedado o divórcio.

Diversa a perspectiva do outro lado da equação: quando a parte ou as partes se evadem de lei estrangeira para se colocar sob a égide da lei do foro, mais benéfica como aconteceu, depois de admitido o divórcio na França, com os italianos, quando ainda proibidos por sua lei de se divorciarem, que se naturalizavam franceses para obter a dissolução na França, casos em que as autoridades francesas não aplicavam a teoria da fraude à lei, concedendo divórcio a estes *ex-italianos*.³¹

Terceira hipótese ocorre quando no país A se há de examinar a eficácia de ato realizado sob a égide da lei do país B, ao qual as partes de submeteram mediante evasão da competência da lei de país C, que veda o ato praticado.

A tendência na França moderna é aplicar a teoria da fraude à lei à terceira hipótese, ou seja, quando a parte se evadiu de lei estrangeira para submeter-se à lei de outro país estrangeiro. Já a evasão da lei estrangeira para submeter-se à lei francesa, caso da segunda hipótese, não é tratada como fraude à lei, pois implicaria

²⁹ À lei no direito internacional privado e não deveria merecer a prioridade da convenção. Vide adiante o subitem Fraude à Lei Estrangeira.

³⁰ Tatiana B Maekelt, *Normas Generales de Derecho Internacional Privado em América*, 1984 p. 167.

³¹ O casamento de Sophia Loren com Carlo Ponti foi celebrado na França, onde o divórcio era vedado, mas posteriormente os dois casaram-se novamente na França. A lei italiana não vedava o divórcio.

²⁹ A respeito deste dispositivo Jacob Dolinger, *Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado*. In: Paulo Borba Casella e Nadia de Araujo (Coord.), *Integração Jurídica Interamericana*, 1998, p. 192; “(...) a impressão que se tem é

no caso de estrangeiro que se naturaliza francês, em considerar viciado o ato de naturalização concedido pelas autoridades francesas.³²

Já o Código argentino, como vimos, equiparou a fraude cometida para evadir a aplicação da lei estrangeira à fraude que visa a evasão da lei argentina – arts. 1.207 e 1.208 do Código Civil.

No Brasil, a doutrina partiu de uma decisão da Suprema Corte, de 1925, que originou uma interessante divergência. Tratava-se de italiano que se naturalizou uruguaio e que neste país se divorciou, trazendo a sentença para ser homologada no Brasil. O Supremo Tribunal Federal homologou a sentença estrangeira dizendo que “para ver no divórcio em questão uma ofensa aos nossos bons costumes, seria preciso considerar os divorciados ainda casados, revogando, assim, pela nossa, a legislação do Uruguaio, única, aliás, competente para resolver o conflito e regular a organização da família uruguaia”. Pontes de Miranda reproduz a emenda do STF e acrescenta sua opinião, dizendo “Excelente”. Pontes vai mais adiante para dizer que esta decisão revela que o “Brasil tem afastado a doutrina da fraude à lei e homologado sentenças que decretaram divórcio a vinculo segundo a lei da nova nacionalidade.”³³

Discorda Oscar Tenório da conclusão de Pontes de Miranda, sustentando que “não competia ao Poder Judiciário brasileiro apreciar se o divórcio de um italiano naturalizado uruguaio resultou da naturalização fraudulenta. A apreciação poderia ser feita na Itália, cuja legislação proíbia o divórcio.”³⁴

Haroldo Valladão diverge frontalmente do STF, entendendo que a tendência moderna e justa é estender a teoria da fraude à lei “também à defesa da lei estrangeira, na alta linha espiritual do direito contemporâneo.”³⁵

Na conformidade de nossa concepção sobre o respeito devido à ordem pública estrangeira, entendemos que também a evasão de lei estrangeira competente deve ser policiada e adequadamente rejeitada em toda parte. Assim, cabia ao Supremo Tribunal negar homologação à sentença de divórcio uruguaia por ter havido uma fraude à lei italiana, contrária naquela época ao divórcio. Esta seria uma moderna manifestação da *comitas gentium*.

A FRAUDE À LEI NA ATUALIDADE

Com a moderna evolução do direito internacional privado, que se tornou mais flexível, menos dependente das regras de conexão, e mais fundamentado nos grandes princípios, com destaque especial para o princípio da proximidade, que recomenda ao julgador procurar sempre a lei que seja mais próxima, mais íntima com a situação ou a relação jurídica, a teoria da fraude a lei perdeu sua relevância. A alteração de circunstâncias como nacionalidade ou domicílio não mais exigirá o recurso à teoria, ao princípio da fraude a lei, um processo negativo de rejeição de determinado sistema jurídico, pois a nova lei, sob a qual a parte pretende se acobertar, sequer será tomada em consideração, por faltar-lhe a característica fundamental, de ser a lei mais próxima à questão. O julgador não precisa recusar a lei buscada, eis que adota logo a lei originalmente competente, por ser, efetivamente, a mais próxima, numa operação de natureza positiva.³⁶ O domiciliado no Brasil que se estabelece em outra jurisdição, manifestamente com o intuito de socorrer-se de uma legislação mais benéfica, deverá ter sua situação julgada no Brasil pela lei mais próxima à sua vida, à sua situação jurídica, à relação jurídica em consideração, e esta lei continuou sendo a lei brasileira, à qual está ligado pelos laços de um domicílio estabelecido com caráter definitivo, inalterável por uma mudança artificial.

³²

Jacques Donnédieu de Vabres, Op. cit., p. 686, aponta para a dificuldade inerente à distinção entre fraude à lei francesa e fraude à lei estrangeira, eis que o que se fraudava não é a lei do país A ou do país B, mas a regra de DIP que manda aplicar a lei deste ou daquele país. Assim, seria indiferente se houve evasão da lei de um ou de outro país; Pierre Lepaulle, *Le Droit International Privé*, 1948, p. 248, nota 4, também equipara todas as hipóteses de fraude à lei no DIP. Entendemos que não deve ser aceito este sofisma, eis que a fraude depende do objetivo colimado e este é o de fugir à lei interna aplicável, portanto o que se fraudava é esta específica norma material. Veja-se que a Convenção da CIDIP aprovada em Montevideo em 1979 se refere expressamente à evasão fraudulenta... da lei de outro Estado.

³³

Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Internacional Privado*, v. II, 1935, p. 87, nota 2.