

**Sílvia de Lasselete Meque**

**Fraude à Lei em Direito Internacional Privado  
E a Questão do Princípio da  
Ordem Moçambicana**

**UNIVERSIDADE POLITÉCNICA (A POLITÉCNICA)  
Escola Superior de Ciências Jurídicas e Sociais  
Departamento de Ciências Jurídicas  
Curso de Ciências Jurídicas**

**MAPUTO, SETEMBRO DE 2011**

## **DECLARAÇÃO DE AUTENTICIDADE**

Declaro que este trabalho de defesa do fim de curso é da minha autoria e resultado da minha investigação pessoal. É a primeira vez que o submeto para obter um grau académico numa instituição de ensino superior.

Sílvia de Lasselete Meque

-----

## **PARECER DO SUPERVISOR**

## RESUMO

O presente trabalho de defesa do fim de curso subordina-se ao tema: *“Fraude à Lei em Direito Internacional Privado e a Questão do Princípio da Ordem Moçambicana”*.

O principal objecto deste estudo consistiu em avaliar como é que o ordenamento jurídico moçambicano trata a questão da fraude à lei em direito internacional privado e a questão do princípio da ordem moçambicana por ser considerada uma infracção no âmbito do direito internacional privado e relacionar com a sua natureza, os seus elementos, e os seus pressupostos em conformidade com a legislação moçambicana e internacional em vigor.

É neste âmbito que achou-se pertinente estabelecer uma análise comparativa do presente tema no ordenamento jurídico moçambicano e com os demais intervenientes de diversos ordenamentos jurídicos com maior destaque ao Português e o Brasileiro.

Deste modo fez-se uma análise crítica entre a Ordem Pública Internacional e a Ordem Interna dos Estados no que diz respeito a aplicação das normas de conflitos e dos elementos de conexão no caso de ocorrer uma violação por parte do fraudante ao ponto de recorrer à mecanismos ilegais ao desencadear a fraude. Durante à elaboração deste trabalho constatou-se que para além da fraude à lei ser considerada uma violação da lei (norma) tem dois componentes que se somam, o abuso de direito e à ordem pública.

Face aos factos expostos concluímos que a fraude à lei é um procedimento pelo qual o particular tem como finalidade utilizar um tipo legal em vez de outro a fim de provocar a consequência jurídica pretendida; isto é, a pessoa manipula um tipo legal com vista a obter uma consequência jurídica.

## **DEDICATÓRIA**

Dedico este trabalho aos meus Pais, por se preocuparem com a minha formação e pelo apoio que me concederam durante o meu percurso académico.

## **AGRADECIMENTOS**

À DEUS TODO PODEROSO, pela Vida, pela direcção nos meus estudos e para a concretização deste trabalho de defesa do fim de curso.

À todos Docentes da Universidade Politécnica por terem contribuído para a minha formação, e em particular ao meu supervisor, Prof. Dr. António Caetano Lourenço pela transmissão de conhecimentos na cadeira de Direito Internacional Privado e pelo incassável apoio na realização deste trabalho.

À todos o meu muito obrigado.

## ÍNDICE

Capa  
Declaração de Autenticidade  
Parecer do Tutor  
Resumo  
Dedicatória  
Agradecimentos

### Índice

<b>I</b>	<b>Justificação da Escolha do Tema.....</b>	<b>9</b>
<b>II</b>	<b>Objectivos do Trabalho.....</b>	<b>9</b>
<b>III</b>	<b>Formulação do Problema.....</b>	<b>10</b>
<b>IV</b>	<b>Hipóteses.....</b>	<b>10</b>
<b>V</b>	<b>Metodologia de Investigação.....</b>	<b>11</b>

## **Capítulo I**

### **Generalidades**

<b>Introdução.....</b>	<b>12</b>
<b>Caracterização da Figura em Direito Internacional Privado.....</b>	<b>19</b>
<b>Orientação Preconizada.....</b>	<b>31</b>
<b>A Fraude à Lei e a Ordem Pública.....</b>	<b>33</b>

## **Capítulo II**

### **Pressupostos e Objecto da Fraude à Lei**

<b>Pressupostos e Objecto da Fraude à Lei no Direito Internacional Privado.....</b>	<b>36</b>
---	-----------

## **Capítulo III**

### **Consequências da Fraude à Lei e da Ordem Pública Internacional**

<b>Consequências da Fraude à Lei.....</b>	<b>41</b>
<b>Consequências da Intervenção da Ordem Pública Internacional.....</b>	<b>42</b>
<b>Colocação do Problema.....</b>	<b>43</b>
<b>Estudo de Casos referentes a Ordem Pública Interna Moçambicana em comparação com os demais ordenamentos jurídicos internos.....</b>	<b>44</b>

## **Capítulo IV**

### **Elementos e Fundamento da Fraude à Lei**

<b>Elementos da Fraude à Lei.....</b>	<b>53</b>
<b>Fundamento da Fraude à Lei.....</b>	<b>53</b>
<b>Práticas Mais comuns de Fraude à Lei.....</b>	<b>56</b>
<b>O Problema da Mobilidade das Conexões.....</b>	<b>57</b>
<b>Análise Crítica.....</b>	<b>58</b>

## **Capítulo V**

### **Sanção da Fraude à Lei**

<b>Integração da Fraude à Lei no Contexto Econômico.....</b>	<b>61</b>
<b>Sanção da Fraude à Lei.....</b>	<b>73</b>

## **Capítulo VI**

### **Considerações Finais**

<b>Conclusão.....</b>	<b>82</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>85</b>

## **I Justificação da Escolha do Tema**

A minha principal razão para a escolha deste tema deveu-se ao facto de a Fraude à Lei desde muito ter sido alvo de estudo no Direito Internacional Privado tomando em consideração que envolve a nacionalidade, elemento de conexão e a manipulação das regras de conflitos por parte dos intervenientes que tem como objectivo submeter-se à uma lei diversa e com o intuito de buscar a respectiva solução em uma norma material de um determinado ordenamento jurídico.

No âmbito do Direito Internacional Privado pode ser considerada como uma infracção de acordo com a ilação extraída pelo estudo minucioso de diversos tratadistas da matéria por ser um acto intencional desencadeado pelo fraudante envolvendo a mudança da sua própria nacionalidade e inclusive do seu domicílio com objectivo de alcançar seus interesses pessoais alternativos aos procedimentos legais, gerando deste modo uma ofensa à ordem pública e consequentemente uma violação da lei (norma) interna.

## **II Objectivos do Trabalho**

### **Objectivo Geral**

Analisar como o ordenamento jurídico moçambicano trata a questão da fraude à lei.

### **Objectivos Específicos**

Constituem objectivos específicos deste estudo:

- Descrever a prática da fraude à lei por parte de diversos intervenientes no âmbito do Direito Internacional Privado;

- Estabelecer uma análise comparativa da fraude à lei entre os demais intervenientes nos diversos ordenamentos jurídicos, nomeadamente, o Português, Brasileiro e Moçambicano;
- Identificar como é desencadeada a questão da fraude à lei;
- Avaliar o estágio actual da prática da fraude à lei em diversos ordenamentos jurídicos.

### **III Formulação do Problema**

*Será que o direito internacional privado que fere a ordem pública pode ser válida e eficaz, na ordem interna pública?*

### **IV Hipóteses**

**Hipótese I** - Aplicação da lei ou da norma fraudada - é neste contexto que o legislador terá de decidir qual será a lei a aplicar.

**Hipótese II** - Aplicação da norma instrumento - é a nova lei material, na qual os fraudulentos pretendem acolher.

**Hipótese III** - Aplicação da actividade fraudatária - é a intenção de o indivíduo se beneficiar de uma outra determinada lei.

**Hipótese IV** - Aplicação da intenção fraudatária - trata-se do elemento intencional, é necessário que exista uma intenção por parte do fraudante para desencadear o acto.

**Hipótese V** - Aplicação e alteração do conteúdo do elemento de conexão da norma de conflito da nacionalidade - o fraudante recorre ao expediente de alterar o conteúdo buscando mecanismos ilegais, por conseguinte violar a lei mudando de nacionalidade.

#### **IV Metodologia de Investigação**

Na realização do presente trabalho recorreu-se ao método qualitativo de investigação, nomeadamente as demais consultas bibliográficas de célebres autores, consulta via internet e por sua vez entrevistas aos consultores jurídicos.

## Capítulo I

### Generalidades

#### 1. Introdução

**A Fraude à Lei em Direito Internacional Privado** consiste em alguém iludir a competência da lei e de aplicação normal, a fim de afastar um preceito de direito material dessa lei (preceito rigorosamente imperativo), substituindo-lhe outra lei onde tal preceito, que não convêm às partes ou a uma delas, não existe. É este o elemento subjectivo da fraude. A intenção fraudulenta é levada a cabo através de uma adequada manipulação da regra de conflitos, normalmente do factor de conexão. É este o elemento objectivo da fraude, a qual pressupõe que possa depender da vontade dos interessados fixar a conexão relevante à medida das suas conveniências. É a nacionalidade, o elemento de conexão normalmente utilizado. Dá-se fraude à lei no Direito Internacional Privado quando o agente, altera, artificialmente o elemento de conexão que indicaria a lei aplicável. Por exemplo: se em matéria de estatuto pessoal um indivíduo promover por acto intencional e programado a mudança da sua nacionalidade ou do 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.

A fraude à lei consiste em defraudar o imperativo de uma norma material de certo ordenamento jurídico através de utilização como instrumento de uma norma de conflitos, ou seja, fraude à lei em Direito Internacional Privado, não é fraude de uma norma é apenas um mecanismo de fraude.

O indivíduo utiliza-se de um conflito de normas de diferentes países para encontrar uma brecha que possibilita a fraude. Ele “cria” um elemento favorável que possa-se moldar a legislação em questão, como uma analogia.

Sobre a pretensão ilícita do indivíduo, tem-se o entendimento do mestre de Buenos Aires, *Werner Goldschmidt* “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”.

Em termos mais simples, 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 caracteriza-se pela utilização das regras de conflito para obtenção de direito que as regras substanciais territoriais não autorizam. É a utilização voluntária de regras de conflito para evitar as consequências das disposições de fundo. Na fraude à lei a doutrina reconhece um elemento objectivo – *Corpus* – que é o efeito produzido e o *animus* (intenção). Não há menção, no direito brasileiro, assim como na grande maioria dos demais países, sobre a fraude à lei, não existindo normas gerais escritas sobre a excepção de fraude a lei. A doutrina e a jurisprudência reconhecem esse princípio como inerente ao direito brasileiro.

*"Art. 17 – As leis, actos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes".*

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 acto 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.

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.

Os negócios jurídicos, fundados em condutas fraudulentas, são obstaculizados em razão da própria fraude, tanto no plano interno como no externo. Trata-se de um limitador no uso do Direito Internacional, desde que hajam condutas típicas.

Quando se declara inaplicável a lei estrangeira por ter ocorrido fraude à lei, isto não afecta apenas situações em que a lei estrangeira invocada seja chocante à

ordem pública do foro, para isto o Princípio da Ordem Pública seria suficiente, não havendo razão para se reconhecer a outra teoria. Porém, abrange todas as situações em que as partes não poderiam, no plano interno, contratar de forma contrária ao disposto na lei.

**Para um melhor entendimento, devemos compreender que; a ordem pública produz efeitos em três níveis diferentes: no plano interno; no plano internacional; e nos planos dos direitos já adquiridos no exterior. No plano Interno,** é vedado que as partes pactuam contra as normas aceitas como integrantes da ordem pública e no **plano Internacional** a ordem pública impede a aplicação da 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.

Por sua vez no terceiro, a ordem pública impede de reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, o que só pode ocorrer quando estes são gravissimamente chocantes aos princípios jurídicos ou morais do foro.

(Poligamia; casamento no mesmo sexo, naturalização, etc).

Quando a fraude à lei ocorrida na obtenção de naturalização tem sido objecto de uma sucessão de regras, inclusive em sede constitucional. Actualmente, o silêncio da constituição de 1988, a matéria é regida pela lei 6/815/80, actualizada pela lei 6.964/81 em seu artigo 112, parágrafos 2º 3º que dispõem:

- Verificada a qualquer tempo, a falsidade ideológica ou material de qualquer dos requisitos exigidos nestes artigos ou nos artigos 113 e 114 desta lei, será declarada nulo o acto de naturalização sem prejuízo da acção penal cabível pela infração cometida.

- A declaração de nulidade a que se refere o parágrafo anterior processar-se-á administrativamente, no ministério da justiça de ofício ou mediante representação fundamentada, concedido ao naturalizado, para defesa, o prazo de quinze dias, contados da notificação”.

A lei 818 de 1949 determinará que a competência para a declaração da nulidade da naturalização seria do poder judiciário, critério, substituído pelo Decreto-lei 941 de 1969 que transferiu a competência para o Ministério da Justiça, mantida esta orientação na legislação actualmente em vigor. O judiciário é mais experiente e está mais bem aparelhado para processar e julgar se a naturalização

foi concedida em fraude à lei, recomendável, pois, que se altere o disposto na actual legislação, retornando ao sistema antigo.

Como se pode ver, é possível a existência de fraude à lei em diversas matérias e nos mais variados assuntos, basta que determinado indivíduo com a má fé de se aproveitar de certo conflito de normas ou brechas na legislação pratique conduta de natureza fraudulenta, que por não ser caracterizada criminosa acaba servindo como escape ao ordenamento.

Ocorre que a conduta assegurada por lei estrangeira mas que não é aceita no ordenamento nacional, seria contra legem, e o indivíduo ou as partes não podem praticar actos que visam modificar a conexão local e portanto as mencionadas seriam ineficazes, frente ao princípio da ordem pública.

Entretanto, não se deve pensar em termos da ordem pública em si, 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.

### **Como Exemplo:**

- Quando no campo do Direito interno a vontade das partes não puder rebater a aplicação de determinada norma jurídica, também não poderão elas afastá-la com base em mudança artificial e artilosa, do estatuto pessoal.
- Mediante mudança de nacionalidade ou troca de domicílio, porque nesse caso seria um acto ineficaz e afastado através do princípio da ordem pública.

### **Sobre o tema em alusão cabe destacar o seguinte:**

- É o próprio legislador que indica às partes o caminho pelo qual pode escapar;
- Muitas vezes é difícil determinar os casos de fraude à lei;
- Qualquer norma jurídica que venha estipular o conceito de fraude à lei vem trazer muita segurança e incerteza jurídica.

Em 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. <sup>(1)</sup>

### **1.1. Exemplo muito conhecido é o caso de *Beauffremont*.**

A princesa de *Beauffremont* vivia em França na 2ª metade do século XIX, judicialmente separada do marido. Os cônjuges eram ambos franceses e naquele tempo o divórcio não existia ainda em França (só foi reconhecido dez anos mais tarde). Mas a princesa queria divorciar-se, para desposar o príncipe Bibesco.

Foi então aconselhada a naturalizar-se num ducado alemão (a escolha recaiu no de *Saxe-Altenburg*), onde a separação de pessoas e bens equivalia a um divórcio.

Como a lei desse ducado passou a ser a nova lei nacional da princesa de *Beauffremont* segundo a regra de conflitos francesa, o expediente permitiu à interessada contrair imediatamente segundo o casamento, que aliás não foi reconhecido em França, em virtude da fraude que esteve na base da naturalização. O objecto da fraude foi a norma de conflitos que designava como aplicável no caso a lei francesa – justamente aquela de que a princesa pretendia evadir-se; e o instrumento da fraude a norma que considerava aplicável a lei a que interessada pretendia acolher-se.

**1.2.** Foi, portanto, a ilicitude do fim visado com a manobra, e não a pura e simples alteração do elemento de conexão da regra de conflitos, que provocou o malogro do plano. Na verdade, ninguém pode ser privado do direito de mudar de nacionalidade, contanto que o indivíduo proceda com o intento sério de aceitar as consequências mais essenciais da condição de nacional do Estado de naturalização. Ora, a princesa de *Beauffremont* não revelou essa intenção: interessou-lhe apenas contrair segundas núpcias com o príncipe Bibesco. O não reconhecimento deste acto - foi, por conseguinte, uma decisão correcta, à luz da teoria da fraude à lei.

---

<sup>1</sup> MAURY, *L'éviction de la loi normalment compétente*, 1952; P. MAYER, *DIP*, PP e segs.; AUDIT, *La fraude à la loi*, 1974.

**1.3.** A manipulação do factor de conexão da norma não é essencial à relevância da fraude. Esta pode incidir no objecto da conexão. Assim, para evitar a aplicação à sua sucessão imobiliária da lei francesa na parte em que institui uma reserva ou porção legitimária a favor dos filhos do *de cujus*, o cidadão francês *Caron*, domiciliado nos Estados Unidos, proprietário de um imóvel sito em França, cedeu-o a uma sociedade americana de que ele possuía acções. A fraude à lei francesa foi pois realizada através de uma mudança do estatuto sucessório resultante da transformação de direitos imobiliários em direitos mobiliários (como sabemos, a sucessão mobiliária depende em França da lei do último domicílio do hereditando). Como a lei americana não conhece a legítima, foi possível ao *de cujus* deserdar totalmente os filhos; mas os tribunais franceses não se deixaram iludir pela manobra fraudulenta e restabeleceram a competência da lei francesa com os consequentes direitos dos filhos do fraudante.

**1.4.** Não pode considerar-se haver fraude no caso de uma pessoa colectiva (uma sociedade anónima, por exemplo) cujos fundadores deliberem fixar-lhe a sede em determinado país unicamente para beneficiar da menos severa legislação desse país relativamente à daquele onde a sociedade se propõe exercer a sua principal actividade. Estamos a pôr a hipótese de uma deliberação *série* – de uma sede *real*. Achamos nós que neste domínio a fraude só será de considerar nas hipóteses que chamaremos «de internacionalização artificial» da pessoa colectiva: dá-se à pessoa colectiva, aliás puramente interna, cor ou carácter internacional através da simples fixação da respectiva sede em país estrangeiro. Na verdade, deve entender-se que é pressuposto da intervenção do direito de conflitos a existência de uma situação propriamente internacional, não se realizando o pressuposto toda a vez que sejam as partes a internacionalizar artificialmente, *animo legi fraudandi*, a situação.

Mas o mesmo se não diga quando a natureza internacional da pessoa colectiva esteja *in re ipsa*, quando, por exemplo, se trate de uma sociedade anónima que deverá exercer a sua actividade em diversos países, e/ou com capitais procedentes de diversos países, etc. Nos casos desta espécie, verifica-se justamente aquele estado de coisas que de modo típico provoca a intervenção do direito conflitual - Verifica-se aquela situação de dúvida enquanto à lei aplicável

que ao Direito Internacional Privado compete remover – e que ele precisamente remove através da eleição do elemento da sede social. Por outro lado, parece-nos que a conexão dada pelo elemento - sede - desde que se trate da sede *efectiva* da pessoa colectiva e não de uma sede fictícia ou aparente – corresponderá sempre à *conexão hipotizada* pela respectiva norma de conflitos, seja qual for o motivo que tenha induzido as partes a eleger aquela sede: pois será sempre aí que *realmente funciona* a direcção jurídica, administrativa e técnica da empresa.

**1.5. Considerações análogas são cabidas no caso dos contratos, sempre que a lei aplicável seja a lei escolhida pelas partes.**

A Convenção de Roma de 1980 consagra expressamente, no seu artigo 3.º, o princípio da liberdade de escolha da lei que há – de reger o contrato. Este princípio não conhece limitações, contanto se trate de um negócio jurídico internacional. Por conseguinte, as partes podem designar o direito aplicável ao sabor das suas conveniências. Assim sendo, a fraude é neste domínio impensável. Não importa que os contraentes tenham sido determinados pelo intuito de fugir ao regime imperativo muito rigoroso da lei com a qual a sua operação esteja mais estreitamente vinculada: mesmo assim, a escolha será válida. Ela só o não será se o contrato estiver conectado com uma única lei, porque nesse caso tratar-se - á de um contrato interno e ao ligá-lo a determinado sistema jurídico as partes tiveram a intenção de o internacionalizar (internacionalização artificial) – e já vimos que é pressuposto da intervenção do Direito Internacional Privado a existência de uma situação verdadeiramente internacional. Não é este o caso aquí. O carácter internacional foi fraudulentamente atribuído ao contrato pelo acto das partes.

A doutrina exposta no período anterior dá a Convenção de Roma expressão nos termos seguintes (artigo 3.º): «A escolha pelas partes de uma lei estrangeira não pode, quando todos os outros elementos da situação estiverem localizados no momento da escolha num único país, ofender as disposições às quais a lei deste país não permite derogar por contrato».

## 2. 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 controverso.<sup>(2)</sup>

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 tornar uma proibição legal através da utilização de um tipo negocial 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 século XIX que chamou a atenção para a fraude a 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

---

<sup>2</sup> CP.;a favor da autonomia do instituto, ISABEL DE MAGALHÃES COLLAÇO I1958:275 e segs. I;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.<sup>a</sup> 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 segs.; 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> ed.; Coimbra,2007, 592, e segs.

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 casamenro. 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 Direito.<sup>(3)</sup> 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 questão de saber se a manobra contra a lei normalmente competente é ou não eficaz, o que gera uma indesejável incerteza.<sup>(4)</sup>

Um importante sector da doutrina menos recente encarava a fraude à lei como um caso particular da ordem pública internacional.<sup>(5)</sup> 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 portugueses 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.

---

<sup>3</sup> Cf VITTA/MOSCONI I1991: 162 e segs. I BALLARINO I 1999:279I; Werner NIEDERER - *Einführung in allgemeinen Lehren des internationalen Privatrechts*, Zurique, 1961, 331 e segs.; NEUHAUS I 1976:199 e segs.I; e, KROPHOLLER I2004: 158 e segs.I

<sup>4</sup> Cp FERRER CORREIA I1973:583I que apesar do disposto no art.21.ºCC parece colocar a questão no plano da interpretação de cada norm ade conflitos.

<sup>5</sup> Cf. Designadamente E. BARTIN – *Principes de droit international privé*, paris, 1930, 262 e segs.; Ernest 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 I1976:199I e KROPHOLLER I2004: 158 e 160I.

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.

#### **A) Características gerais:**

a) **Noção geral de fraude à lei** - ofensa indirecta ao preceituado numa disposição legal - e distinção entre esta figura e a violação directa da lei, bem como a simulação relativa (em que há dissimulação do negócio contra a lei); exemplificação com o artigo 877º do Código Cível:

- haverá violação directa do artigo 877º do Código Cível, se o pai A, vender ao filho, B, sem o consentimento dos outros filhos C e D;

- haverá simulação relativa, se A fizer passar a venda que a fez a B por uma doação (a doação será o negócio simulado e a venda o negócio real, mas dissimulado);

- haverá fraude à lei, se A vender a um terceiro, X, que, por sua vez, vende a B (violação indirecta do prescrito no artigo 877º Código Cível);

b) A fraude à lei em Direito Internacional Privado como um caso particular da figura da fraude à lei, que se socorre dos mecanismos específicos do Direito Internacional Privado, máximo da norma de conflitos.<sup>(6)</sup>

---

<sup>6</sup> AMORIM, Edgard Carlos de, Direito Internacional Privado, 9ª Edição, São Paulo, Editora Forense, 2006.

c) Exemplos de fraude à lei em Direito Internacional Privado e requisitos:

i) exemplificação, designadamente com o caso da princesa Beaufremont

ii) (1974);

iii) elementos da fraude: elemento subjectivo intenção fraudulenta (animus fraudanti), elemento objectivo - actividade fraudatória, que consiste na manipulação, com êxito, de um elemento de conexão:

ii.i) móvel ( nacionalidade - 25º e 31º, 1 Código Civil; domicílio - 25º e 32º, 1, in fine, do Código Civil),

ii.ii) móvel mas imobilizado (estatuto suspenso - 62º e 31º, 1 do Código Civil), ou

iii.ii) imóvel, mas influenciável pela vontade dos interessados (lugar da celebração de um negócio jurídico - artigo 36º do Código Civil), de modo a tornar artificialmente aplicável uma lei que não era a lei competente, segundo a norma de conflitos;

- a utilização da norma de conflitos na fraude à lei em Direito Internacional Privado: a concepção de Kegel e dos Professores A. Ferrer Correia e J. Baptista Machado, que consideram que o objecto da fraude e o instrumento da fraude são, em Direito Internacional Privado, as normas de conflitos; no fundo, no entanto, visa-se fugir à aplicação de determinados preceitos de direito material, manipulando, para esse efeito, os elementos de conexão das normas de conflitos, de modo a modificar o seu conteúdo concreto (nacionalidade do Estado B em vez da nacionalidade do Estado A).

**B)** Doutrina que afasta a fraude à lei em Direito Internacional Privado (*Niederer*):

a) É o próprio legislador de Direito Internacional Privado que indica às partes o caminho a seguir, através da adopção de normas de conflitos de leis;

b) Por vezes não se pode determinar qual a lei fraudada;

c) Por uma razão de certeza e segurança jurídicas, não se deve atribuir relevância à fraude em lei em Direito Internacional Privado:

- aplicação do princípio *fraus omnia corrumpit*, (a fraude corrompe tudo), simples irrelevância ou inoponibilidade das situações de facto ou de direito criadas fraudulentamente?

d) Em todo o caso, a figura não deve relevar, a menor que haja disposição expressa da lei nesse sentido (entre nós, o artigo 21º do Código Civil);

- crítica da posição de *Niederer*: de jure condito, a fraude releva entre nós; de jure condendo, os argumentos de *Niederer* não são irrespondíveis, desde que se delimite com precisão a relevância e os efeitos - ou a sanção - da fraude à lei em Direito Internacional Privado, como o faz o legislador português no artigo 21º do Código Civil.

C) Doutrina segundo a qual a fraude à lei em Direito Internacional Privado é um caso particular da figura da ordem pública internacional:

a) Na Ordem Pública Internacional trata-se da não aplicação da lei estrangeira, em razão do seu conteúdo; na fraude à lei, essa não aplicação deriva das circunstâncias de facto;

b) Irrelevância da fraude à lei estrangeira (é esta a posição na República Federal da Alemanha e também em França);

- crítica desta posição: entre nós, a existência dos artigos 21º e 22º Código Civil e infra, D).

**D) Diferença entre a fraude à lei e a Ordem Pública Internacional (Professor J.Baptista Machado):**

a) **Ordem Pública Internacional** - não aplicação de uma lei estrangeira competente, em razão da sua inaceitabilidade do ponto de vista da *lex fori*; fraude à lei.

- a lei estrangeira não é inconciliável com a *lex fori*;

b) **Ordem Pública Internacional** - está em causa a justiça material; fraude - está em causa a justiça do Direito Internacional Privado, isto é, a justiça formal;

c) O problema da Ordem Pública Internacional só pode pôr-se - lógica e cronologicamente - depois da questão da fraude, pois este surge ao nível das normas de conflitos, enquanto aquele se suscita no plano da aplicação do direito material;

d) **Ordem Pública Internacional** - só protege os interesses da *lex fori*; fraude - protege não só a *lex fori*, mas também a lei estrangeira (relevância da fraude à lei estrangeira).

**E) Delimitação (negativa) da figura da fraude à lei em Direito Internacional Privado - não há fraude à lei em Direito Internacional Privado nos casos seguintes:**

a) Se o interessado passar a viver seriamente no Estado da nova nacionalidade, quando é esse o elemento de conexão relevante manipulado com êxito pelo(s) interessado(s) (Professor A. Ferrer Correia, “Lições”, páginas 583-584);

b) Se se pretende evitar erradamente a aplicação de uma norma material que não existe (A e B naturalizam-se franceses para se divorciarem, pensando que não havia divórcio em Portugal - Professor J. Baptista Machado, “Lições”, página 283);

c) Se se trata de uma conexão falhada, isto é, se o interessado não manipulou o elemento de conexão relevante mas outro (Professor J. Baptista Machado, *ibid.*, página 284).

d) Se não conseguiu criar uma nova conexão, em virtude de fraude, simulação ou reserva mental em relação à lei de que dependia a criação dessa conexão (Professor A. Ferrer Correia, *ibid.*, página 286);

e) Não há fraude, se uma sociedade tem a sede efectiva (*supra*, nº 27, A), a), ii), páginas 125-126) em determinado país, qualquer que tenha sido a intenção dos interessados ao escolher aquela sede (Professor A. Ferrer Correia, “Lições”, página 585);

f) Também não há fraude se se infringe o disposto no artigo 41º, 2 do Código Civil (só há fraude se se internacionalizar fraudulentamente um negócio puramente interno) (Professor A. Ferrer Correia, *ibid.*, páginas 585-586);

g) A imobilização do elemento de conexão (artigo 53º do Código Civil) é uma medida legislativa de protecção contra a fraude;

h) Não há fraude se não houver intenção fraudulenta (casamento celebrado no estrangeiro para “dar nas vistas” - Professor J. Baptista Machado, *ibid.*, página 285).

Caracteriza-se pela utilização das regras de conflitos para utilização de regras de conflitos para obtenção de direitos que as regras substanciais territoriais não autorizam. Exemplo: Um Brasileiro, querendo divorciar-se e não sendo no sistema jurídico admitido o divórcio naturaliza-se em outro país a fim de obtê-lo. Fraude à lei é a utilização voluntária de regras de conflitos para evitar as consequências das disposições de fundo. Na fraude à lei a doutrina reconhece um elemento objectivo - *corpus* - que é o efeito produzido e o *animus* (intenção).

## **EXEMPLO**

Alguém casado, casar-se em outro país.

## 2.1. Análise do artigo 21º do Código Civil

A) Relevância da fraude à lei portuguesa ou à lei estrangeira no nosso Direito Internacional Privado (referência à posição restritiva da Professora I. Magalhães Collaço, quanto à relevância da fraude à lei estrangeira - “Lições”, de 1958-1959, Volume II, páginas 304-306);

### B) Consequências da fraude à lei em Direito Internacional Privado

a) Efeitos restringidos à aplicação das normas de conflitos (“na aplicação das normas de conflitos...”);<sup>(7)</sup>

b) Irrelevância, inoponibilidade ou ineficácia das situações de facto (mudança do lugar de celebração - artigo 36º do Código Civil) ou de direito (mudança de nacionalidade - artigo 31º n.1 e 49º do Código Civil) criadas em fraude;

c) Exigência do elemento subjectivo (“intuito fraudulento”) e do elemento objectivo (“...as situações de facto ou de direito criadas...”);

d) Não distinção entre à lex fori e fraude à lei estrangeira;

e) Distinção entre a fraude à lei em Direito internacional Privado e a Ordem Pública Internacional (artigos 21º e 22º do Código Civil) ainda supra., nº 32, D), a d), página 178.

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

Os efeitos dos actos 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.

---

<sup>7</sup> CASTRO, Amílcar de, Direito Internacional Privado, 5ª Edição, Editora forense, 2003.,

A fraude à lei implica em ineficácia do acto.

## **2.2. Os elementos da fraude são dois, um elemento objectivo e um elemento subjectivo que são presupostos para existência da fraude à lei:**

Decorre do já exposto que o *elemento objectivo* consiste na manipulação com êxito do elemento de conexão utilizados pelas normas de competência internacional ou na internacionalização fictícia da relação controvertida ou na internacionalização fictícia de uma situação interna consubstancia-se na utilização de uma regra jurídica com finalidade de assegurar o resultado que a norma defraudada não permite. Para a consumação do elemento objectivo as partes terão que utilizar ou uma fraude relevante ou uma conexão falhada.

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).

Consubstancia-se na utilização de uma regra jurídica com a finalidade de assegurar o resultado que a norma defraudada não permite. Para a consumação do elemento objectivo as partes terão que utilizar ou uma fraude relevante ou uma conexão falhada.

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 MACHADO. (8)

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 de fraude no sentido em que há uma actuação sobre esta norma que conduz à

---

<sup>8</sup> Cf KEGEL/SCHURIG I 2004:479 e 483I, FERRE CORREIA –I 1973: 582I e BAPTISTA MACHADO I1982:280I.

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, 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 CORREIA,<sup>(9)</sup> podemos ainda afirmar que não haverá fraude no caso de conduta fraudulenta consistir na mudança de nacionalidade e o naturalizado se integrar seriamente na sua nova comunidade nacional.

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 ou seja resulta da intenção das partes, é um elemento psicológico e resume-se à mera intencionalidade que as partes demonstravam ou na intenção de atribuir ou privar de competência os tribunais. Este elemento subjectivo tem geralmente de ser inserido dos factos, com base em juízos de probabilidade fundados em regras de experiência.

Resulta da intenção das partes, é um elemento psicológico e resume-se à mera intencionalidade que as partes desmostravam.

Não há fraude quando a atribuição ou prevenção de competência resulta de um pacto de jurisdição válido. Claro que haverá fraude e, por conseguinte, o pacto de jurisdição não será válido, se ocorrer uma internacionalização fictícia de uma relação meramente interna.

---

<sup>9</sup> 1973: 583 e segs.; seguido por MARQUES DOS SANTOS I1987:1791.

**2.3. Para que se caracterize a fraude à lei, fazem-se necessário os seguintes pressupostos que segundo Ferrer Correia, são:**

- O seu objecto é constituído pela norma de conflitos (ou parte da norma) que manda aplicar o direito material a que o fraudante pretende evadir-se, contanto que seja afetado o fim da norma material a cuja aplicação o fraudante quis escapar;
- Utilização de uma regra jurídica, como instrumento da fraude, a fim de assegurar o resultado que a norma fraudada não permite;
- Emprego de meios eficazes para a consecução do fim visado pelas partes;
- Intenção fraudatária.

É necessário dolo, não há fraude por negligência.

O dolo inside 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 adota 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 evitada.<sup>(10)</sup>

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 fraudulenta.<sup>(11)</sup>

Importa destacar que no Direito Internacional Privado há fraude à lei segundo a generalidade da doutrina, mas também entende-se que o âmbito de fraude à lei e a ordem pública por vezes confundem-se.

Porque embora as disposições legais defraudadas não sejam necessariamente de ordem pública, elas vêm assumir tal carácter pelo efeito fraudulento que

---

<sup>10</sup> Cf. NEUHAUS I 1976: 198I seguido por KROPHOLLER I2004: 157 e seg.I.

<sup>11</sup> Cf. RAAPE/STURM I1977: 328I e BAPTISTA MACHADO I 1982: 284e seg.I.

provocam. Estas situações violam a ordem pública interna porque violam as normas jurídicas.

Sobre as consequências, sabe-se que os efeitos dos actos praticados no exterior em fraude à lei da determinada jurisdição serão apenas impuníveis na mesma, eis que não tem ela competência para se pronunciar sobre a validade do que ocorrer em uma outra jurisdição.

Em Direito material, a violação indirecta de uma norma proibitiva sem intenção fraudulenta constitui um problema de interpretação, extensão ou redução teleológica de normas materiais.<sup>(12)</sup> 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.

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. Deste modo o legislador manda atender à sede principal e efectiva da administração da pessoa colectiva. Evita-se assim a relevância de uma “sede fictícia”, 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 concretização. Por exemplo, 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

---

<sup>12</sup> Cf. KEGEL/SCHURIG I 2004: 476I.

perante a lei competente ao tempo da sua verificação. Pretende-se evitar a alteração da relevância do facto mediante a mudança da lei aplicável.

#### **2.4. Orientação Preconizada**

Antes de mais, importa situar adequadamente o problema da fraude à lei no plano do Direito Internacional Privado. Assenta-se correntemente na ideia de que a fraude à lei em Direito Internacional Privado se traduz em defraudar-se o imperativo de uma norma material de certo ordenamento através da utilização como instrumento de uma norma de conflitos. Desta forma, a fraude à lei em Direito Internacional Privado não se configura como fraude a uma norma de Direito Internacional Privado. A norma de conflitos apenas desempenharia, no mecanismo da fraude, a função de norma instrumental (*Umgehungsnorm*). Objecto da fraude seria sempre uma norma de direito internacional. É com base nesta ideia que alguns autores (como vimos) argumentam, aparentemente como boa lógica, que a noção de fraude à lei não pode ter aplicação no campo do Direito Internacional Privado, já que a norma material que se configura como fraudada só verdadeiramente o poderia ser se fosse aplicável.

Mas esta maneira de ver o verdadeiro problema, como problema de Direito Internacional Privado, é o problema da fraude a uma norma de conflitos e das consequências que lhe devem ser imputadas. Deve permitir-se que o fraudante frustrar o imperativo de uma norma de conflitos e leve a melhor? Se não, a noção de fraude à lei terá relevância no Direito Internacional Privado e a objecção lógica acima referida perderá todo o alcance, pois a norma material, cujo interessado procurou escapar ao tentar evadir-se ao imperativo da norma de conflitos que a manda aplicar, continua sendo aplicável se esta também o for.

Como *KEGEL*, nós cremos que a questão de saber se a fraude deve ou não ser reprimida é uma questão a pôr naquele plano a que chamamos plano da justiça do Direito Internacional Privado, é uma questão a dirimir por interpretação das normas de conflitos: «Face aos interesses que conduziram à conexão normal, pode, neste caso, em que um elemento de conexão foi realizado por forma anormal e apenas em razão da sua consequência jurídica própria (a aplicação de determinadas normas materiais), intervir impeditivamente a consideração do

interesse da autoridade da ordem jurídica. O interesse da autoridade da ordem jurídica é, mais exactamente, o interesse da autoridade do nosso Direito Internacional Privado».

É de ponderar que a dificuldade encontrada por muitos na configuração da fraude a uma norma de conflitos talvez resida no facto de aqui não aparecer claramente recortada a distinção entre a norma fraudada e a norma instrumento. *KEGEL* opina que *objecto da fraude* é aquela parte da norma de conflitos que remete para o ordenamento a cuja aplicação se pretende escapar, e que *a regra instrumental da fraude* é aquela outra parte da mesma norma de conflitos que designa o ordenamento cuja aplicabilidade se pretende provocar.

Se a consequência jurídica verdadeira é própria de uma norma de conflitos, é a aplicabilidade de uma legislação determinada, poderemos afirmar que a norma de conflitos designa a sua consequência jurídica por forma genérica e que são tantas as consequências jurídicas e, portanto, tanto as normas que logicamente se contêm no esquema abstracto de uma norma de conflitos quanto as ordens jurídicas existentes. Figurando assim a norma de conflitos, concluiríamos que a norma fraudada seria aquela que tem por consequência jurídica a aplicação da legislação e a norma instrumental aquela cuja consequência jurídica consiste na aplicação do ordenamento.

Dogmaticamente, portanto, é possível a construção da fraude à lei em Direito Internacional Privado. De resto, seria estranho e inexplicável que um conceito da teoria geral como este da fraude à lei que, por definição, há-de ter relevância em todos os ramos de direito devesse ser banido exclusivamente do sector do Direito Internacional Privado. E também não vemos que a objecção baseada na insegurança jurídica resultante de se conferir relevância à fraude neste domínio seja decisiva. Pois não conduzirá porventura o remédio da ordem pública internacional a uma insegurança semelhante, se não maior?

Aderimos, pois, à doutrina de que a noção de fraude à lei no Direito Internacional Privado mais não é do que a extensão, a este domínio jurídico, da noção geral de fraude à lei. Foi aliás esta a doutrina que inspirou o nosso legislador, como resulta do teor literal do artigo 21 do Código Cível: «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».

## 2.5. A Fraude à Lei e a Ordem Pública

Também não nos parece de forma alguma defensável a doutrina que considera a fraude à lei em Direito Internacional Privado como um caso particular de aplicação da teoria da ordem pública tanto mais que está longe de ter um carácter mais especializado que a teoria da fraude, apresenta características de maior generalidade e indeterminação.<sup>(13)</sup>

As duas figuras jurídicas, se bem que aparentadas, revelam certas diferenças bem marcadas.

Assim, a excepção de ordem pública limita-se a proteger o meio jurídico interno contra os efeitos nocivos que poderiam resultar da *aplicação* de uma lei estrangeira normalmente competente. O conteúdo da lei estrangeira em causa actua sempre, por si ou em combinação com as circunstâncias do caso, como factor determinante da intervenção da ordem pública. Diversamente, o recurso à fraude não é utilizado porque a aplicação da lei estrangeira seja inconciliável com as concepções jurídicas do foro, ou por qualquer razão que se ligue com o conteúdo do direito estrangeiro.

Vistas as coisas na devida perspectiva, resulta igualmente patente que, através da excepção de ordem pública, a justiça privada material do foro se sobrepõe à justiça própria do Direito Internacional Privado, ao passo que a questão da relevância da fraude à lei é apenas uma questão de justiça de Direito Internacional Privado. Por outras palavras: no caso da ordem pública, o direito material interno afirma a sua pretensão de validade internacional de um modo anómalo, por forma a quebrar (como verdadeira excepção) os quadros traçados pelo próprio direito de conflitos; no caso de fraude à lei na hipótese de o direito iludido ser o direito interno do foro, a lei interna afirma a sua validade por um modo inteiramente normal, em consonância com o próprio direito de conflitos rectamente entendido. Donde que, logicamente, o problema da ordem pública só deva mesmo pôr-se depois de resolvido o da fraude à lei conduz, como veremos, à aplicação da lei fraudada, sem que haja, na realidade, qualquer alteração ou excepção à normal distribuição da competência legislativa internacional.

---

<sup>13</sup> No sentido de que o conceito de fraude à lei tem aplicação, tanto em relação à *lex formalis*, VERPLAETSE, *la fraude*, pp. 211 e ss., e *Reappraisal...*, p. 268.

Por último, a excepção de ordem pública apenas protege os interesses da *lex fori*, é como diz *RAAPE*, uma «questão doméstica», ao passo que o expediente da fraude à lei serve ainda para reprimir a chamada fraude à lei estrangeira.

Para alguns, a fraude à lei seria uma modalidade de ofensa ao princípio da ordem pública, *recusando-lhe por isso autonomia*. No entanto, se bem que conceitos próximos e deste modo causa a confusão, têm diferenças de estrutura, se não, vejamos: enquanto que na excepção de ordem pública se visa o *conteúdo e circunstâncias de aplicação da lei estrangeira normalmente aplicável para afastar a sua aplicação*, na fraude à lei, toma-se em consideração a *conduta fraudatária do interessado* para afastar a aplicação da lei estrangeira que aquela conduta artificiosa tornara *aparentemente* aplicável (*em contrário da normalmente aplicável*).

São, pois, considerações diferentes, que *apenas* coincidem *no resultado formal*, como os autores observam. Como muito bem nota *Batiffol*, a diferença de natureza decorre claramente da *possibilidade de sanção da fraude à lei estrangeira, já que a invocação da excepção de ordem pública em favor de uma lei estrangeira não tem sentido*.

Como também observa *Batiffol*, hoje, a generalidade dos autores distingue ordem pública e fraude à lei. E é de notar que os autores que pugnaram pela assimilação dos dois conceitos pretendiam com isso *fazer valer* a fraude à lei contra os seus negadores.

Reiteramos que poucas legislações possuem uma disposição equivalente à do nosso artigo 22 do Código Civil, *agindo-se de acordo com a elaboração doutrinal*, e daqui certos malabarismos doutrinários.

De tudo o exposto resulta a autonomia da doutrina da fraude à lei relativamente à da ordem pública. Isto não significa, porém, que os pressupostos da intervenção da ordem pública e os da fraude à lei não concorram, por vezes, na mesma situação de facto, nem que a própria actividade fraudatária, atentas as circunstâncias do caso, não possa eventualmente chocar por tal forma os «bons costumes» que dê por si fundamento bastante à intervenção da ordem pública.

No Direito Internacional Privado há fraude à lei segundo a generalidade da doutrina, mas também entende-se que o âmbito de fraude à lei e a ordem pública por vezes confundem-se.<sup>(14)</sup>

Embora as disposições legais defraudadas não sejam necessariamente de ordem pública, elas vêm assumir tal carácter pelo efeito fraudulento que provocam.

Estas situações violam a ordem pública interna porque violam as normas jurídicas.

Há um autor que, embora aceite a fraude à lei, equipara-se ordem pública.

No Direito português é controverso se a fraude à lei constitui um instituto de alcance geral.<sup>(15)</sup>

Contrariamente ao que se verifica com o Direito de Conflitos, falta uma norma expressa sobre a relevância da fraude à lei no direito da competência Internacional. Em todo o caso há um paralelismo entre estes complexos normativos quanto à tipologia, aos elementos e à sanção da fraude e as razões para uma autonomização da fraude à lei são em vasta medida comuns.<sup>(16)</sup>

Uma fraude à lei no plano das regras de competência internacional consistirá numa manipulação de elementos de facto ou de Direito de que dependa o estabelecimento da competência internacional<sup>(17)</sup> ou numa internacionalização fictícia de uma relação controvertida meramente interna.

O primeiro tipo de fraude verifica-se, por exemplo, quando o sujeito de uma relação transnacional desloca a sua residência para um Estado estrangeiro com o único fim de privar de competência internacional os tribunais portugueses.

Exemplo do segundo tipo de fraude: as partes de um contrato meramente interno vão celebrá-lo num Estado estrangeiro como forma de justificar a atribuição de competência aos mesmos tribunais.

A fraude à lei pressupõe um elemento objectivo e um elemento subjectivo.

---

<sup>14</sup> DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 8ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2005.

<sup>15</sup> Ver referências em LIMA PINHEIRO (2001a-37).

<sup>16</sup> Ver FRAGISTAS (194 e segs.), DROZ (1991:60 e segs.) e a alusão feita por BATIFFOL/LAGARDE (1596).

<sup>17</sup> Cf. BARBOSA DE MAGALHÃES (439) e LEBRE DE FREITAS (1998: 12).

## Capítulo II

### Pressupostos e Objecto da Fraude à Lei no Direito Internacional Privado

O objecto da fraude à lei no Direito Internacional Privado é constituído por aquela norma cujo imperativo viria a ser frustrado se a manobra fraudatória resultasse ou seja, é a norma jurídica cuja aplicação se pretende afastar, com *intenção* de provocar um resultado jurídico diferente daquele a que a sua aplicação levaria. Trata-se, portanto, daquela norma de conflitos (ou parte da norma de conflitos) que manda aplicar o direito material a que a fraudante, em último termo, pretende subtrair-se. O que se poderá dizer é que não seja também o fim da norma material cuja aplicação o fraudante quis escapar.

Assim, quando o legislador submete o divórcio à lei nacional dos cônjuges, a este preceito está subjacente com intuito de situar os indivíduos, para efeitos da regulamentação de uma importante relação de família, na ambiência daquela ordem jurídica com a qual eles têm mais afinidades, por sob ela terem formado a sua personalidade e sob ela viverem. Acresce que o legislador pouco interesse terá em regular segundo a sua ordem jurídica nacional as relações de família dos estrangeiros. Ora estes pressupostos já se não verificam se de um nacional adquire uma cidadania estrangeira «provisória»<sup>(18)</sup> com o intuito de se divorciar nesse país, iludindo a proibição do divórcio da sua lei nacional, sem de resto alterar, no mínimo que seja, as suas condições de vida. Mas se os cônjuges realizam a mesma manobra fraudatória da suposição errada de que o seu direito nacional lhes não permite o divórcio e, afinal, se vem a verificar que eles se poderiam ter divorciado no seu próprio país, já se não pode dizer que haja fraude à lei. Com efeito, o fim da norma de conflitos fraudada não é frustrado aqui, uma vez que não é aplicado à situação um direito substancialmente diferente daquele a que aliás sem motivo se pretendeu fugir.

O segundo pressuposto da fraude à lei é a utilização de uma regra jurídica, como instrumento da fraude, a fim de assegurar o resultado que a norma fraudada não permite. Essa regra é, no Direito Internacional Privado, a norma de conflitos (ou aquela parte da mesma norma de conflitos) que indica como é

---

<sup>18</sup> Como no caso Bauffremont, em que, logo após a obtenção do divórcio, a interessada adquiriu automaticamente, pelo segundo casamento, a nacionalidade romena do marido.

aplicável aquele direito que melhor se conforma com os intuitos do fraudante. Esta regra, através das manobras fraudulentárias, é desviada do seu normal, por tal forma que o uso que as partes dela fazem representar antes um «abuso».

Por seu turno, a actividade fraudulentária há-de traduzir-se no emprego de *meios eficazes* para a consecução do fim visado pelas partes: o desencadeamento da consequência jurídica da norma instrumento e, conexamente, o da consequência jurídica da ordem ou normas da lei estrangeira que se, por exemplo, a norma ou normas da lei estrangeira que se pretende ver aplicadas. Não se poderá falar de fraude (relevante) se, por exemplo, a mudança de domicílio foi simplesmente simulada ou aparente se as partes, adquiriram um domicílio estrangeiro sem que tivessem deixado de residir no país do foro, pois que então não se terá verificado sequer o pressuposto da aplicação da norma instrumento. Também se não poderá falar de fraude à lei na hipótese de «conexão falhada», isto é, na hipótese em que as partes realizam, não a conexão decisiva para uma norma de conflitos do foro, mas a conexão de uma norma de conflitos do foro, mas a conexão de uma norma de conflitos estrangeira, a fim de obterem, nesse país estrangeiro, um certo resultado jurídico. Tal o que sucederia se um casal espanhol, ao qual a lei nacional não permite o divórcio, adquirisse um domicílio no Estado de Nevada para se divorciar em Reno. Cremos que não caberá igualmente falar de fraude à lei em Direito Internacional Privado se a situação que representa a conexão fraudulenta for constituída em fraude a uma lei material interna. Falha então, de igual modo, o pressuposto do meio eficaz.

Quanto à *intenção fraudulentária*, ela é normalmente exigida pela generalidade dos autores, no campo do Direito Internacional Privado, como pressuposto necessário do preenchimento do conceito de fraude. Esta tese é geralmente fundada na ideia de que só a fraude internacional tem aptidão bastante para provocar uma perturbação social capaz de desencadear medidas repressivas, de que só ela é de molde a fazer perigar a autoridade e valor imperativo da lei, por ser uma manipulação consciente (e cientemente deformante) da mesma lei.<sup>(19)</sup>

---

<sup>19</sup> O direito não pode ser mero «instrumento» posto à disposição dos particulares para ser ajustado aos fins que este muito bem entedam, sujeitos a quaisquer manobras combinatórias possíveis - pois que é informado por valores que são um fim em sí. Sendo assim, a ideia que, em última análise, virá a fundamentar a repreensão da fraude à lei é a de que o direito tem de sobrepor-se às manipulações dos particulares, tem de impedir que os seus destinatários o convertam em «objecto» ou matéria a afeiçoar tecnicamente aos seus desígnios, tem de evitar deixar-se «comandar» - para poder manter o comando. É neste ponto que intervêm a

Se alguém se vai casar ao estrangeiro tão somente «para dar nas vistas» (fim obstentatório) e não para se subtrair a forma matrimonial da lei portuguesa (intuito fraudulento) não haverá fraude à lei.

A fraude pressupõe ou implica assim:

- a) *utilização voluntária e irregular* das normas de conflito (*instrumento da fraude*);
- b) *actividade intencional fraudatória* (é a orientação actual).
- c) *norma defraudada*, nacional ou estrangeira (é a orientação actual).

### **Atendemos nestes pressupostos.**

A. – Já referimos acima que a fraude *poderá* ter lugar *sempre* que dado elemento de conexão dependa da vontade dos interessados como é, o *domicílio* e a *nacionalidade* muda-se uma ou a outra para escapar a uma proibição do estatuto pessoal, como acontece frequentemente com os *divórcios e casamentos mexicanos* e como aconteceu no último quartel do século passado com o divórcio e subsequente casamento da *princesa Bauffremont* (naturalizou-se no Ducado de *Saxe-Altembourg*, em Berlim, com o *príncipe bibesco* tanto o divórcio como este casamento foram considerados *sem efeito em França*, em 1878.

Com o domicílio, a fraude é ainda mais fácil do que com a nacionalidade, pois aquele pode mudar-se muitíssimo mais facilmente do que esta, sendo isto um dos motivos com que muitos justificam a conexão nacionalidade e não o domicílio como elemento determinador do estatuto pessoal. O mesmo acontece quando a região é o elemento de conexão do *estatuto pessoal* (o tribunal de conflitos da Síria negou a um cristão convertido a muçulmano o direito de cessar o pagamento de uma pensão alimentar à mulher cristã «*parece que sa «conversion» n`avait eu pour but que d`échapper à cetta obligation*».

---

consideração do respeito pela autoridade da lei, pelo seu imperativo, consideração esta que não vai sem aplicar uma referência a cânones éticos como o da boa fé. - Por aqui se vê que o direito, que começa por apoiar éticamente a sua pretensão de validade, acaba por se acolher de novo a considerações de natureza ética para garantir os valores que informam contra a inteligente «instrumentalização» das suas normas pelos indivíduos.

Estas considerações sugerem que a autoridade da lei será tanto mais ameaçada, a «perturbação social» tanto maior - portanto, a necessidade de repreensão - quanto mais um tipo de caso de fraude à lei fizer escola.

No que concerne ao *estatuto real*, a fraude é fácil quanto aos *móveis*, e a mais vulgar diz respeito à *matrícula de mera conveniência* para navios mercantes, isto é, feita em países com os quais o armador não tem qualquer relação, pretendendo apenas subtraí-los à lei do porto da sua nacionalidade ou base de actividade.

Por sua vez, os *actos jurídicos* prestam-se à fraude quer quanto à *forma* quer quanto à *substância*, como no caso do casamento:

a) *quanto à forma*, vai-se com frequência ao estrangeiro casar civil ou canonicamente para escapar à legislação nacional, casamento civil, quando no seu país só o religioso era possível; casamento canónico no estrangeiro para evitar a perda de pensão, etc... *quanto à substância*, a fraude é ainda mais fácil, tendo por finalidade afastar os impedimentos dirimentes da lei nacional.

B. - Outro elemento estrutural da fraude é a *intenção de iludir a lei*. Poderá mesmo dizer-se que este é o *elemento essencial* da fraude. Como se referiu na decisão das justiças francesas, de 18 de Março de 1878, relativa ao divórcio e subsequente casamento da princesa *Bibesco* (antes *Bauffremont*), a interessada utilizou a norma de conflitos «*dans le seul but d'échapper aux prohibitions de la loi française*».

Claro que a *prova* da fraude, ou se preferir, da *intenção fraudatória*, é, de casamento. É por isso que muitos objectam à exigência da intenção como elemento fundamental da fraude, a mudança de nacionalidade tem muitas consequências além de permitir casamentos ou divórcios; ora, *será sempre irrelevante?* Embora difícil, a prova não é impossível, como veremos pelo estudo de casos hipotéticos ou reais que formulamos ou reproduzimos adiante. Como bem nota *Batiffol*, deve atentar-se em que a *fraude* existe quando a mudança da lei aplicável *não é uma simples consequência da mudança de nacionalidade (ou outra conexão)* mas sim o *fim ou razão de ser dessa mudança*, sendo os outros efeitos apenas *consequências da mesma*.

Um dos grandes argumentos dos que objectam à *intenção como elemento essencial da fraude* tem por base esta dupla ideia: por um lado, a *impossibilidade* de chegar a conclusões seguras sobre as intenções das

pessoas, e, pelo outro, o arbítrio a que os tribunais seriam levados e que, por o considerarem mesmo arbitrário, acham inaceitável.

**C.** - *E qual é a lei defraudada?* Em certos países, como, em França, durante muito tempo apenas se sancionou a *fraude à lei nacional*. Porém, verificado que a *fraude à lei estrangeira* pode resultar da fraude à lei nacional de conflitos que dá competência à lei estrangeira e que *uma fraude à lei estrangeira é, de qualquer modo, pura e simplesmente uma fraude, justificado por isso a sua rejeição em Direito*, os tribunais franceses aceitam hoje sancionar essa fraude.

**D.** - *Batiffol* refere o caso *Munzer*, de 7 de janeiro de 1964, em que o *exequatur* das decisões estrangeiras é condicionado à ausência de qualquer fraude à lei, quer nacional quer estrangeira.

Na Alemanha, à fraude à lei parece confundir-se com a fraude à «*lex fori*» - a fraude à lei estrangeira seria irrelevante.

Quando à jurisprudência internacional, ela é muito prudente neste domínio (francesa, alemã, italiana, assim como a anglo-saxónica).

O nosso Código Processo Cível, no seu artigo 1096.º, não refere *expressamente* a fraude à lei como causa impeditiva da confirmação de uma decisão estrangeira. Contudo, por força de disposto, entre outros, no artigo 21.º do Código Cível, é óbvio que tal confirmação não será possível em casos de fraude à lei, ou seja, de *decisões baseadas na fraude à lei*.

## Capítulo III

### Consequências da Fraude à Lei e da Intervenção da Ordem Pública Internacional

Convêm em geral os autores em que a sanção da fraude à lei se traduz na aplicação da norma cujo imperativo a manobra fraudulenta procurou iludir. Assim, os actos jurídicos realizados e os direitos adquiridos em fraude à lei do forum serão ineficazes neste ordenamento jurídico. Mas só nisto se traduz a sanção da fraude e não também na ineficácia absoluta dos actos praticados ou das situações constituídas com o fim de viabilizar a fraude. É que a defesa da norma fraudada, a protecção do seu imperativo e tal é a função e o escopo da sanção da fraude à lei não exige mais do que isso. Assim, se alguém se naturaliza no estrangeiro com o fim de subtrair a uma disposição da lei nacional, do ponto de vista da disposição fraudada, não há qualquer motivo para negar eficácia em termos gerais a cidadania estrangeira adquirida pelo fraudante. A sanção geralmente admitida consiste em fazer valer o preceito.

A naturalização será apenas ignorada na medida em que a tomá-la em consideração redunde em «prejuízo» da norma fraudada: o juiz limitar-se-a a recusar-lhe os efeitos jurídicos privados que o fraudante através dela procurou obter e que estejam em desacordo com os efeitos previstos pela norma fraudada.

O exposto não significa, porém, que, por vezes, as situações constituídas ou os actos jurídicos praticados como meios de se fugir a uma lei e de conseguir o abrigo de outra não devam ser apreciados autonomamente ou de por si à luz da doutrina da fraude à lei, para o efeito de eventualmente serem havidos como ineficazes em razão da fraude. É bem possível, por exemplo, que o Estado, cuja cidadania foi adquirida com o intuito fraudulento para fins de divórcio, considere esta aquisição como viciada de fraude e, como tal, inoperante. Em tal hipótese tratar-se-a de fraude a uma lei material e o fraudante nem logrou tão pouco realizar a conexão que tornaria aplicável através da norma de conflito instrumental, a nova ordem jurídica. A sua pretensão é desde logo frustrada no plano do direito material e ele não consegue sequer realizar um dos pressupostos necessários para haver fraude à lei no plano do Direito Internacional Privado: a

utilização de um meio *primo conspectu* juridicamente eficaz para o fim a que tem em vista.

### **3. Consequências da Intervenção da Ordem Pública Internacional**

Caso se verifique uma intervenção da ordem pública internacional que impeça a aplicação de uma norma de direito material, dever-se-á proceder nos termos do artigo 22, n.º 2 do Código Civil, ou seja:

- a) Se da intervenção da ordem pública internacional resultar uma lacuna, aplica-se a *lex fori*;
- b) Se se tratar de uma norma especial aplica-se a norma geral;
- c) De notar que é sempre preferível aplicar, ainda que parcialmente, a lei estrangeira considerada competente.
- d) Em último caso, não havendo disposição estrangeira aplicável nos termos das alíneas precedentes, aplica-se a *lex fori*.

### **3.1. Colocação do problema**

A Fraude à lei em Direito Internacional Privado consiste na utilização das normas de conflito para evitar a aplicação de uma lei.

Entre os muitos casos famosos de fraude à lei, podemos referir o do divórcio da princesa de *Beaufremont*. A Princesa, de nacionalidade francesa, pretendia divorciar-se antes de 1884, quando o divórcio não era admitido em França. Para tanto, naturalizou-se alemã, obteve o divórcio segundo a lei alemã e casou-se em Berlim com o Príncipe Bibesco. Quer o divórcio, quer o casamento foram considerados sem valor em França por terem sido obtidos em fraude à lei francesa.

### **3.2. Estudo de Casos referentes a Ordem Pública Interna Moçambicana em Comparação com os demais ordenamentos jurídicos**

**ORDEM PÚBLICA INTERNA** - é o conjunto de normas imperativas inderrogáveis por vontade das partes, a sua aplicação supõe efectivamente uma relação puramente interna regulada pela lei material do foro.

#### **PORTUGAL**

Está fora de causa a necessidade da reserva da ordem pública. Mas também é patente a necessidade de “*indicar critérios juridicamente fundamentados*”, que sejam aptos a conter dentro dos limites convenientes a “*corrente livre do sentimento jurídico do juiz*”. Com efeito, o perigo inerente à excepção da ordem pública reside na sua indeterminação e na consequente possibilidade de se fazer nela um uso excessivo.

Existem no Código Civil duas disposições que nos vão remeter para o conceito de ordem pública internacional do Estado português: o artigo 280º/2 do Código Civil (requisitos do objecto negocial); artigo 22º do Código Civil.

Existindo uma pluralidade de ordens jurídicas, não se sabe quantos ordenamentos jurídicos vão ser chamados para regular o caso, o artigo 22º do Código Civil é uma excepção, salvaguarda da ordem jurídica portuguesa tomando em consideração que o Estado tem interesse na conservação da harmonia jurídica interna porque tem que manter as concepções éticas dos bons costumes.

São princípios gerais ou imperativos, quando a norma da ordem jurídica estrangeira viole os nossos princípios fundamentais, tem-se que ir buscar ao ordenamento jurídico estrangeiro alguma norma que se aproxime à nossa ordem jurídica se não se encontrar uma disposição que de algum modo se possa aproximar à nossa ordem jurídica, aplica-se subsidiariamente a ordem interna do Estado português, o que implica o afastamento total da outra ordem jurídica.

A doutrina tem estabelecido alguns critérios limitativos da ordem pública, são critérios aptos a criar limites convenientes para a aplicação da ordem pública porque o conceito de ordem pública é um conceito indeterminado.

**1) Critério da natureza dos interesses ofendidos:** a ordem pública intervém sempre que a aplicação da norma estrangeira possa envolver ofensa dos interesses superiores do Estado ou da comunidade local;

**2) Critério do grau de divergência:** a aplicação do direito estrangeiro será aplicada sempre que, entre as disposições aplicáveis desse direito e as disposições correspondentes da *lex fori*, exista divergência essencial;

**3) Critério da imperatividade:** serão de ordem pública as disposições rigorosamente imperativas do sistema jurídico local.

A reserva da ordem pública internacional está no artigo 22 do Código Civil estabelece que: não são aplicados os preceitos da lei estrangeira indicados pela norma de conflito quando essa aplicação envolva ofensas dos princípios fundamentais da ordem pública da ordem pública internacional do Estado Português.

Esta reserva da ordem pública limita por conseguinte a aplicação a determinada factualidade concreta da lei estrangeira tida como competente segundo as normas de conflito da ordem jurídica nacional.

## **BRASIL**

### **1. Leis Internas e Ordem Pública**

A autonomia da vontade pode ser definida como a liberdade de contratar, de criar direitos. Todavia, como nenhum princípio é absoluto, este tem por limites as reservas impostas pelo ordenamento jurídico de cada país. Tais restrições se mostram ainda mais significativas quando se cuida da homologação e da consequente execução de sentença estrangeira.

Entre os obstáculos à autonomia da vontade encontram-se as leis internas e a ordem pública. Uma violação a qualquer desses dois elementos conduzirá fatalmente ao não reconhecimento de uma sentença estrangeira.

Assim sendo, as partes, ao convencionarem a arbitragem como meio de resolução de controvérsias, precisam de cautela. Embora a ratificação de convenções e tratados internacionais sobre o instituto aponte para uma tendência de harmonização das regras que regem o instituto, o tratamento dispensado por cada Estado à arbitragem ainda não é homogêneo.

É bem possível que uma matéria assunto de arbitragem segundo o ordenamento jurídico de um determinado país possa não o ser em outro. A sentença arbitral proferida sob as regras de um ordenamento jurídico, que verse sobre tema estranho ao objeto de arbitragem noutra, poderá ter sua homologação e execução denegada. Nesse sentido dispõe, por exemplo, o inciso I do artigo 39 da Lei n. 9.307/1996. No Brasil, a recusa será dada de ofício pela autoridade competente do pedido de reconhecimento da referida sentença, no caso, o Supremo Tribunal Judicial, independentemente de provocação da parte contrária.

Também motivo de preocupação no reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, a ordem pública pode ser definida como o conjunto de normas que não podem ser alteradas pela vontade particular, caracterizando-se como factor de resistência ao pleno exercício de liberdade das partes.

Nem todos os autores distinguem, mas a ordem pública pode ser dividida em duas: (a) *ordem pública interna ou nacional*, que é o limite estabelecido pela legislação, restringindo a liberdade individual, as disposições e convenções particulares que ferem os princípios fundamentais da organização social de um estado soberano; e (b) *ordem pública internacional ou externa*, que é o limite que um estado soberano opõe à validade extraterritorial de leis estrangeiras, actos e sentenças de outro país. É também chamada de ordem pública do direito internacional privado.

Há quem sustente, a exemplo de Haroldo Valladão e Clóvis Beviláqua, que esta ordem pública internacional pode ser interpretada no sentido de uma ordem jurídica internacional que condena o racismo, a poligamia, a escravidão, o confisco de bens de pessoas inocentes ou outras infrações aos princípios morais da comunidade internacional, embora sem negar os efeitos patrimoniais desses factos.

O certo é que a ordem pública ainda é um forte elemento limitador à homologação e execução de sentenças arbitrais infudadas, embora se perceba um relativo abrandamento em seus efeitos. Há uma tendência na jurisprudência em se considerar imprópria a aplicação da ordem pública nacional, restringindo a recusa de reconhecimento somente à aqueles casos em que a internacional for violada.

Embora tenha havido uma evolução no sentido de se limitar os casos de denegação de homologação e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, não se pode ignorar que as leis internas e a ordem pública ainda persistem como entraves não apenas no Brasil, mas no ordenamento jurídico de diversos países, como se demonstrará a seguir.

## **2. Homologação e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira no Brasil**

Muito se debateu sobre a previsibilidade de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil. A Lei n. 9.307/96, ao estabelecer no artigo 35, parágrafo

único que, uma sentença arbitral estrangeira, para ser reconhecida e executada, deveria ser homologada, deu fôlego a essa discussão.

Essa querela estava intimamente ligada à discussão em torno da natureza jurídica da arbitragem. Ao se questionar a necessidade, ou não, de uma maior interferência estatal no procedimento arbitral, estava se discutindo, indirectamente, qual de seus aspectos se privilegiaria: o público ou o privado.

Os privatistas, contrários ao procedimento do *exequatur* alegavam que, a regra inserida na alínea *h*, do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, não autorizava a homologação de sentença arbitral estrangeira, referindo-se, somente, a *sentença estrangeira*, entendendo-se, como tal, a emanada de órgão judicial proferida por autoridade pública. Assim, ao ampliar a então competência do Supremo Tribunal Federal, a Lei de Arbitragem estaria incorrendo em flagrante ilegalidade.

Além disso, o facto de decorrer da vontade das partes e ser destinada a dirimir contendas sobre direito patrimonial disponível, não havendo intervenção de autoridade pública estrangeira, tornaria a sentença arbitral um título executivo extrajudicial, e não judicial como consta no artigo 31 da Lei Marco Maciel, o que justificaria sua execução similar à de um título extrajudicial internacional, nos termos do artigo 585, VII, do Código do Processo Civil.

A homologação de sentença judicial estrangeira se justificaria em virtude de se tratar de acto emanado de autoridade pública que se pretende seja executado e cumprido em outro território, enquanto que, a sentença arbitral estrangeira é acto privado, proferido por pessoa ou pessoas despidas de qualquer autoridade pública pelo que não se justificaria esta apreciação.

Por último, ao lado desses argumentos, apontava-se a morosidade nos processos de homologação de sentença arbitral estrangeira, tendo em vista a quantidade de casos a serem julgados.

Já os publicistas, favoráveis ao procedimento do *exequatur*, apoiavam a constitucionalidade do artigo 35, da Lei de Arbitragem, defendendo a tese de que essa norma infraconstitucional não conferia, então ao Supremo Tribunal

Federal, a competência para homologar sentença arbitral estrangeira, o que, de facto, seria uma infração à hierarquia das leis. Na verdade, o que ela faz é igualar, em importância e tratamento, a sentença arbitral estrangeira com a sentença judicial estrangeira. Na verdade, a competência do Supremo Tribunal Federal para homologá-la estaria implicitamente incluída na regra do artigo 102, alínea *h*, da Constituição Federal.

Argumentavam ainda que, apesar da investidura no cargo de árbitro ter carácter privado, a função e o exercício são de interesse estatal e, portanto, de carácter público. Assim, o árbitro, ao ser indicado pelas partes, não actua apenas em nome delas, mas também, em nome do Estado, fundamento, portanto, para equiparar árbitros a juízes e, sentença arbitral à sentença judicial, decorrendo, daí, o carácter de título executivo judicial. Tendo em vista que, para a sentença judicial estrangeira ter eficácia de título executivo judicial era necessária a sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, hoje pelo Supremo Tribunal Judicial, o mesmo deve ocorrer com a sentença arbitral estrangeira.

Por fim, quanto à questão da demora nos julgamentos, justificavam-na pela necessidade de um procedimento que atendesse, em seus trâmites, aos princípios informadores do processo.

Existia, ainda, um posicionamento conciliatório que, de certa forma, saiu vencedor. Apesar de reconhecerem a necessidade de homologação da sentença arbitral estrangeira, eram a favor de se retirar-la do rol de competências do Supremo Tribunal Federal de modo a desafogá-lo, o que de facto ocorreu, transferindo-se para o Supremo Tribunal Judiciário. Todavia, desejavam que fosse atribuída ou ao juiz competente para a execução da sentença arbitral estrangeira ou ao juiz originário da causa.

Assim como existem regras para aplicação em alusão, também existem limites, que devem ser observados como o princípio de ordem pública (princípios estruturantes do direito privado; estão na constituição federal, logo todos eles são princípios de ordem pública, então direito estrangeiro que fere a ordem pública pode até ser válido, mas é ineficaz no Brasil.

Como exemplo: é o caso de casamento poligâmico, vale o primeiro casamento, e os demais são ineficazes para o ordenamento jurídico brasileiro; a alteração da nacionalidade, etc.

Outra limitação diz respeito à fraude à lei, por exemplo no caso de ocorrer uma troca de domicílio (para isentar-se da aplicação da lei tributária), a alteração de nacionalidade. A fraude à lei implica em ineficácia do acto.

## MOCAMBIQUE

A sociedade moçambicana tem no Direito uma necessidade da Democracia, incluindo as alternâncias democráticas no exercício do poder.

A Estabilidade normativa e funcional e a Democracia no exercício do poder constituem pressupostos basilares do Desenvolvimento em todos os aspectos políticos, económicos e sociais.

O Direito não é apenas, nem essencialmente, o conjunto de formulações jurídico-teóricas, mas também o conjunto de princípios e normas que regem, efectivamente, a vida institucional da sociedade humana politicamente organizada em Estado. Donde se pode compreender que cada Estado tenha a sua específica ordem jurídica interna elaborada ou edificada segundo específica política em termos de actividade legislativa.

A ordem jurídica moçambicana tem uma hierarquia interna consoante com a hierarquia soberanamente estabelecida e que toma em consideração as definições universais em matéria de hierarquia das leis.

Na ordem jurídica moçambicana a Constituição da República é a base de referência de todos os diplomas legais aprovados pelo poder constituído. A partir dela e no respeito por ela se elaboram os diplomas legais – desde as leis até aos despachos a qualquer nível de direcção. Na base da Constituição se avalia o mérito de todos os diplomas e actos jurídicos.

### **1. Normas de Direito Internacional incorporadas por adopção na Ordem Jurídica Interna**

Em qualquer das etapas do processo legislativo moçambicano há que não perder de vista a incorporação, na ordem jurídica interna, de instrumentos legais e normas jurídicas do Direito Internacional por adopção pelos mecanismos

prescritos para o efeito. Têm o devido peso as convenções do âmbito do Direito do Trabalho, as relativas aos Direitos Humanos e a questões de Refugiados.

## **2. Os Usos e os Costumes**

A partir da definição geral de que os usos e costumes que não ferem a ordem jurídica estabelecida entendem-se por ela permitidos, aceites e legitimados como fontes criadoras do Direito, fazem igualmente parte da ordem jurídica moçambicana uma infinidade de usos e costumes não sistematizados nem compilados e muito menos devidamente estudados e divulgados.

Em Moçambique não são aplicáveis os preceitos da lei estrangeira indicadas pela norma de conflitos quando essa aplicação envolva ofensa dos princípios fundamentais da ordem pública interna artigo 22 do Código Civil.

Tendo como exemplo: O estado do indivíduo, a capacidade das pessoas, as relações de família são reguladas pela lei pessoal do respectivo sujeito artigo 25 do Código Civil o regime da propriedade e demais direitos reais é definido pela lei do estado em cujo território as coisas se encontram situadas artigo 46 n.1 do Código Civil, as relações entre os cônjuges são reguladas pela lei nacional comum artigo 52 do Código Civil, não tendo os cônjuges a mesma nacionalidade é aplicável a lei da sua residência habitual comum e na falta desta, a lei pessoal do marido artigo 54 do Código Civil.

## Capítulo IV

### Elementos e Fundamento da fraude à lei

A fraude à lei comporta dois elementos:

**- Alteração voluntária do conteúdo do elemento de conexão**

Como se trata de um elemento indispensável, só é concebível a fraude à lei nos casos em que o elemento de conexão é susceptível de modificação voluntária: caso da nacionalidade, domicílio, lugar de celebração de um acto, situação de bem móvel.

**- Intenção fraudatória**

A mudança de lei deve ter por fim a mudança de conexão.

#### 4. Fundamento da fraude à lei

Têm sido sustentadas duas teses para fundamentar a figura da fraude à lei:

- **A ordem pública.** A fraude à lei seria uma manifestação da teoria da ordem pública que interviria contra qualquer aplicação chocante de uma lei estrangeira.
- **O abuso de direito.** A doutrina maioritária vê na fraude à lei uma aplicação da figura do abuso de direito. Qualquer pessoa pode mudar de nacionalidade ou domicílio, mas é abusar dessa faculdade utilizá-la unicamente para escapar à aplicação da lei competente.<sup>(20)</sup>

É, contudo, como assinala o Professor Ferrer Correia, difícil justificar a relevância da fraude à lei nos seguintes casos:

- a) Quando a conduta fraudatória consistiu na mudança de nacionalidade e o naturalizado se integrou seriamente na comunidade nacional;
- b) Quando os fundadores de uma pessoa colectiva escolhem para sede um país que tem legislação mais favorável, desde que essa sede seja a efectiva;

---

<sup>20</sup> RECHSTEINER, Beat Walter, Direito Internacional Privado: Teoria e Prática, 9ª Edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2006.

c) Quando se tira partido da possibilidade legal de escolha da lei que rege os contratos internacionais, desde que exista um interesse sério por detrás da decisão.

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

No plano interno o princípio tem o maior raio de acção, impedindo que as partes pactuem contra as normas aceites 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; casamento no mesmo sexo, etc).

Quando se declara inaplicável a lei estrangeira por ter ocorrido fraude à lei, isto não afecta 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 estratagem visando modificar a conexão local.

Portanto, quando se atribui o fundamento da ineficácia dos actos 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, ardilosa, evasiva, do estatuto pessoal, por exemplo mediante mudança de nacionalidade ou troca de domicílio.

Diz o mestre de Buenos Aires *Weiner 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 afim de fugir à ordem pública da lei originariamente competente.

#### **4.1. Práticas Mais Comuns de Fraude à Lei:**

No campo do direito de família, tradicionalmente, ocorriam fraudes à lei. Os cônjuges procuravam obter um divórcio no exterior, porque tal era proibido no seu país de origem. Esse divórcio, mesmo não permitido no país de origem, servia aos dois ou pelo menos a um, para contrair novo casamento, vedado também pelo país de origem dos interessados. Como quase todos os países actualmente admitem o divórcio e o reconhecem, quando proferido por um tribunal estrangeiro, essa prática de fraude à lei não é mais comum, acerca do divórcio. <sup>(21)</sup>

No Brasil, antes da lei 6.515/77, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), uniformemente, recusava qualquer efeito a sentenças de divórcio de brasileiros, especialmente aquelas oriundas de alguns estados do México e de Nevada, nos Estados Unidos da América, por considerá-los inexistentes ou ineficazes, já que obtidas em fraude à lei e com ofensa à ordem pública.

Actualmente, outros casos mais frequentes de fraude à lei, podem ser citados, dentre outros: o rapto de crianças para o exterior, a fim de que seja aplicado o direito da residência habitual ou do domicílio do sequestrador, que lhe é mais

---

<sup>21</sup> ARÁUJO, Nádía de, Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2006.

favorável, do que a lei da residência habitual ou do domicílio anterior da criança. Os aspectos civis acerca do rapto de crianças são, actualmente objecto de tratados internacionais.

Como outro exemplo, que configura fraude à lei, temos a constituição de sociedade num paraíso fiscal, com a única finalidade de lesar o fisco no país, no qual desenvolve, na realidade, suas actividades comerciais. Os países que adoptam a teoria da sede social não reconhecem a personalidade jurídica de tais sociedades, sem até invocar a excepção de fraude à lei. Para os países que aderem à teoria da incorporação, com o objectivo de determinar o estatuto da pessoa jurídica no direito internacional privado, a excepção de fraude à lei, corresponde ao instrumento jurídico para desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade situada em paraísos fiscais com o fim de burlar o fisco.

#### **4.2. Direito Português**

O artigo 21.º do Código Cível estabelece:

*(Fraude à lei)*

*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.*

A aplicação desta disposição implica que não se deverá ter em conta a conexão fraudulenta, não sendo, em consequência, aplicáveis os preceitos a que os interessados pretendiam evadir-se.

#### **5. O Problema da Mobilidade das Conexões**

*O problema da mobilidade das conexões* permite, como oportunamente tivemos ocasião de observar, que os interessados dela se utilizem para, *intencionalmente*,

afastar a aplicação da norma competente e impedir, assim, a produção dos efeitos próprios dessa aplicação.

A doutrina ensina-nos que, tal como em direito interno, as normas de conflito *não devem ser* utilizadas para fugir à aplicação de disposições legais internas ou materiais, mesmo quando estrangeiras<sup>(22)</sup>.

Serão então de aplicar aqui os princípios do direito interno quanto ao afastamento ilegítimo de determinado preceito material? Ou, quanto às normas de conflito, por visarem situações de carácter internacional e não regularem directamente essas situações, não deverá ter lugar a aplicação daqueles princípios? Isto é, só poderá haver fraude à *lei material* ou também poderá haver fraude à *norma formal* (a de conflitos)? E só poderá haver fraude à lei nacional ou também à estrangeira?

É esta a questão, e os autores divergem quanto às respostas.

Aqueles que admitem a fraude à lei em Direito Internacional Privado entendem que ela corresponde, «*mutatis mutandis*», aquele conceito em direito interno: em vez de afastar *directamente* um preceito material, *manipulam-se as conexões* de que depende a determinação da lei aplicável à situação em causa, *provocando intencionalmente a competência irregular de uma ordem jurídica em vez de outra*, afastando-se assim, indirectamente, o preceito material aplicável.

As ordens jurídicas, em geral, deixam à jurisprudência o cuidado de resolver esta problemática. A nossa lei, porém, trata expressamente o problema no artigo 21.º do Código Cível, que dispõe: «*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*». Não se diz se é a lei portuguesa ou a lei estrangeira, depreendendo-se que poderão ser ambas.

---

(22) V. *Batiffol*, ob. Cit., págs. 428 e segs.; *louis-lucas*, la fraude à la loi étrangère, in *Rev. Critique*, t. II, 1962, págs. 1 e segs.; *Mauray*, L'éviction de la loi compétente: l'ordre public et la fraude à la loi, 1952; *Vidal*, Théorie générale de la fraude, 1957; *M. De Andrade*, Teoria geral da Relação Jurídica, II, e *Vaz Serra*, Objecto da Obrigação, 171 e segs.

## 5.1. Análise crítica

Já vimos as teses favoráveis e as contrárias à lei em Direito Internacional Privado. Também expusemos as opiniões dos que reduzem a fraude à lei à aplicação do conceito de ordem pública, desde *Bartin* a *raape*, que apenas admite a relevância da fraude à lei do foro (realmente, a excepção de ordem pública só protege os interesses ou integridade substancial da «*lex fori*» - a fraude à lei estrangeira seria por isso irrelevante).

Creio termos exposto com clareza os motivos porque não podemos confundir os conceitos de ordem pública e de fraude à lei: os problemas são diferentes e irreduzíveis como melhor veremos através de exemplos práticos. *A função é oposta.*

A fraude à lei em Direito Internacional Privado, surge, assim, como uma das hipóteses em que *a função* da finalidade dos actos jurídicos é evidenciada: as teorias do *abuso do direito* ou da *causa ilícita*, assim como do *desvio do poder* em direito administrativo, são manifestações de uma tese hoje generalizada e que é contrária às teses mal atribuídas a *Thomasius* e *Kant*, segundo as quais o Direito *apenas* tomaria em conta os *actos externos* sendo as intenções do domínio *exclusivo* da Moral. Ora como observa *Batiffol*, o *valor* de um acto é inseparável da sua finalidade uma vez que tenha sido praticado, quer seja um *acto lícito quer ilícito*; mas o *fim lícito* não pode legitimar um *acto ilícito*, já que os fins não justificam os meios, enquanto que um fim ilícito vicia intrinsecamente um *acto lícito em abstracto*.

Quando *Niederer* e seguidores dizem que o conceito de *fraude à lei não é actuável em Direito Internacional Privado*, argumentam, antes de mais, com a *necessidade de segurança ou certeza jurídica e, depois, com a dificuldade de determinar qual a direito defraudado*.

No entanto, se em há efectivamente casos difíceis, como já acima referimos, o juiz, em geral, não terá dificuldades insuperáveis para determinar o preceito de fraudado considerar – se – à defraudada a ordem jurídica que, «*a priori*», era o competente, isto é, se os interessados não tivessem manipulado a *conexão defraudatória*.

De qualquer modo, a dificuldade apontada não poderia ser suficiente para *afastar* esta categoria em Direito Internacional Privado ou *reduzir* a sua aplicação aos casos expressamente previstos na lei, como outros entendem.

Os que entendem poder tratar-se de fraude à própria norma de conflitos formulam esta pergunta: será de permitir ao fraudante que afaste impunemente o imperativo da norma de conflitos, quando a norma material aplicável, cujo imperativo o fraudante pretende escapar pelo afastamento da respectiva norma de conflitos, continuará a ser aplicável se a norma de conflitos o fôr? Parece óbvio que não.

*Baptista Machado*, no seguimento de *Kegel*, entende que questão de saber se há ou não há fraude relevante é problema *de interpretação* da norma de conflitos.

Nós cremos que é *da interpretação da norma e do exame do caso concreto* que concluiremos pela irrelevância de *todos* ou *só de alguns* dos efeitos do acto fraudatório, como acima referimos.

### **Exemplos Práticos**

*Caso Bauffremont*, em que logo após a obtenção do divórcio (impossível em França), mediante prévia naturalização alemã, a interessada, casada novamente em Berlim, com um romance (o príncipe *Bibesco*), adquiriu automaticamente a nacionalidade romena, o tribunal francês considerou irrelevantes divórcio e 2.º casamento, mas não mexeu na nacionalidade.

Um português naturaliza-se inglês para impedir a *investigação de paternidade ilegítima* de um suposto filho natural, porque a lei inglesa proíbe tal investigação.

Um português naturaliza-se americano ou inglês para poder dispor livremente dos seus bens, afastando mulher e filhos da sua sucessão «*mortis causa*».

Uma argentina casada canonicamente com um argentino arranjou um amante argentino solteiro; foi divorciar a França onde depois casou, *por conveniência*, com um francês, adquirindo por esse acto a nacionalidade francesa; divorcia de novo deste francês mas mantém a nacionalidade francesa, voltando então a Buenos Aires, onde, *como francesa*, pretende casar agora com o amante argentino, base de toda esta movimentação jurídica internacional.

Dois portugueses casados canonicamente naturalizam-se mexicanos (ou apenas ali fixam residência teórica), para em seguida divorciarem e casarem de novo, cada um por seu lado (agora só civilmente, claro), no próprio México, voltado a residir em Portugal pouco tempo depois de casados (com as alterações à *Concordata* com a Santa Sé, isto já seria agora legalmente viável) foi um expediente muito utilizado pelos portugueses no passado.

## Capítulo V

### Integração da Fraude à Lei no Contexto Econômico

Considera-se paraíso fiscal<sup>23</sup> um país que evite intervenção na economia doméstica, dando liberdade ao capital estrangeiro, e adotem alíquotas de tributos muito baixas e até mesmo a isenção de impostos. Outros juristas tomam como fator o sigilo observado nas operações bancárias ou mercantis. A Suíça, por exemplo, é citada como paraíso fiscal devido ao acentuado sigilo das contas bancárias.

Em geral são países de pequeno porte, comumente insulares. São diversas as ilhas que tiveram sua independência reconhecida por motivo de se constituir em paraíso fiscal. É o caso de Cayman Islands, de Aruba, Singapura, Bahamas, Bermudas e muitas outras. Outros são países continentais ou costeiros, mas sempre de dimensões reduzidas e carentes de recursos a explorar, como o Panamá, o Uruguai, San Marino. São normalmente estados nacionais, mas nem sempre. É o caso da Ilha da Madeira, pertencente a Portugal, porém semi-independente, com legislação própria. É também o caso de Macau, anteriormente de Portugal, mas em 1999 foi integrada na China, após cinco séculos como província ultramarina portuguesa. Ambos, porém, com estatuto próprio, mormente como paraíso fiscal. Eles mantêm as características próprias dos paraísos fiscais, concedendo facilidades e vantagens na aplicação de capitais de origem desconhecida e mantêm sigilo bancário, para garantir a identidade confidencial dos donos do dinheiro. Adotam também facilidades para a abertura de empresas, como os *offshores*. Normalmente, são países de segura estabilidade jurídica, sem mudança de comportamento em relação ao capital estrangeiro, conservando a igualdade de tratamento aos estrangeiros. É importante também a falta de controle cambial, com a livre conversibilidade e livre circulação da moeda.

Varia a concepção do paraíso fiscal segundo alguns juristas e alguns países. Para o Brasil, por exemplo, a principal característica do *tax heaven* é a alíquota

---

<sup>23</sup> Os Paraísos Fiscais encontram pressão no Direito Internacional e Repressão no Direito Internacional, por Sebastião José Roque, bacharel, mestre e doutor em direito na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

inferior a 20% para o Imposto de Renda e adotam o sigilo bancário e societário. Cada paraíso fiscal tem sua especialidade, apresentando ordenamentos fiscais próprios, o que provoca a diversificação de conceitos.

## **6. Os Motivos de Apreensão**

Diversas razões tem contribuído para a prevenção contra os paraísos fiscais, malgrado, na maioria das vezes não afecta negativamente a posição de outros países. A primeira dúvida que surge é o motivo da escolha do paraíso fiscal para a conservação do dinheiro de investidores estrangeiros. Porque alguém vem depositar dinheiro nesse fim de mundo, em vez de mantê-lo em seu país? A idéia que se faz é a de que foi dinheiro amealhado de forma ilícita: são políticos corruptos, terroristas, traficantes, sonegadores de impostos, estelionatários. São pessoas que precisam esconder a origem de seu dinheiro e livrá-lo da apreensão do país vítima.

Não é só o segredo que se constitui como objetivo, mas a lavagem do dinheiro. O dinheiro depositado num banco do paraíso fiscal é transferido para outro país, investido em acções de companhias importantes ou companhias fictícias, retornando depois ao primeiro país, já documentado. Esse tipo de operação é repetido muitas vezes, de tal forma que se torna difícil depois identificar a origem do dinheiro.

Outro uso do paraíso fiscal é para a perpetração de fraudes, fugindo da legislação dos demais países. Muitas operações fraudulentas realizadas em várias partes do mundo são baseadas em contratos celebrados num paraíso fiscal. Às vezes, esses contratos são estabelecidos por empresas fictícias sediadas num paraíso fiscal, difícil de serem bem caracterizados, pois a legislação benfazeja garante o sigilo. Muitas empresas, associações e outras entidades, fundações, fundos de investimentos sediados em paraísos fiscais são fictícios; até mesmo bancos se incluem nessa categoria.

A principal utilização dos paraísos fiscais, entretanto, é para fugir ao pagamento de tributos, taxas e outros encargos e responsabilidades fiscais. Aliás, o nome internacional desse sistema diz bem sua finalidade: *tax heaven* = paraíso fiscal.

## **6.1. Constituição de *Offshores***

Aspecto muito comum dos paraísos fiscais é a constituição de companhias lá formadas e sediadas, embora o parque de operações delas esteja em país diferente. Inúmeras empresas americanas tem sua matriz em paraísos fiscais, frequentemente o Panamá; outras tem uma filial ou unidades neles. Essas empresas recebem o nome de *Offshares Companies*. A *Offshare* é constituída conforme as leis do país em que estão sediadas, mas exercerá suas actividades exclusivamente em outros países, isto é, diferente daquele em que ela foi constituída. Naturalmente, ela se constitui num paraíso fiscal, porque este lhe garante privilégios tributários, vale dizer, isenção de impostos ou alíquotas reduzidas, enquanto vai actuar em países de elevada carga tributária, como o Brasil. Outros factores ainda atraem a formação de *offshores* e os aportes de dinheiro, tais como a estabilidade política e econômica do país, o sigilo e privacidade nas transações econômicas, possibilidade de financiamentos e empréstimos graças ao grande volume de dinheiro lá depositado, liberdade e estabilidade de câmbio, simplicidade burocrática com economia de custos. Predomina, porém, o que constitui verdadeiro paraíso fiscal, o internacionalmente citado *tax heaven*, com isenção ou redução de impostos.

## **6.2. Os desvios dentro da lei**

Nem sempre as *offshares* e investimentos em paraíso fiscal burlam a lei e revelam intenções criminosas de parte a parte, ou seja, do paraíso fiscal e seus investidores. A maioria dos paraísos fiscais são países pequenos, ordeiros e desprovidos de recursos. Transformaram-se em paraísos fiscais para a própria sobrevivência ou para adquirirem status econômico que não conseguiriam por meios normais. Podemos citar como exemplo a Suíça, a Áustria e o Luxemburgo, países de elevado nível cultural, econômico e social, organizados e sérios, com o poder judicial bem estruturado. Raramente se envolveram em guerras, sedições, espionagem ou lesões ao Direito Internacional.

Os países que adoptaram esse sistema quiseram atrair capitais e sanar suas dificuldades econômicas, oferecendo oportunidade de elisão fiscal e não evasão fiscal. A elisão fiscal é uma forma de se equacionar ou protelar o pagamento de

impostos, por meio de um planejamento, sem desejo aparente de burlar a lei. É a utilização ilícita das vantagens proporcionadas pelos paraísos fiscais.

### **6.3. A reacção contrária**

O Brasil também perfilou ao lado dos países que regiram à acção dos paraísos fiscais. No final de 2010, O Presidente do Brasil, ao visitar o Irão, criticou as nações envolvidas por aceitarem os paraísos fiscais. No plano interno, novas normas restritivas às vantagens proporcionadas para a evasão fiscal vão sendo promulgadas. A Instrução Normativa 1043 da Secretaria da Receita Federal considera como paraíso fiscal qualquer país que tributar a renda com imposto inferior a 20% e garantem sigilo quanto à composição societária das *offshores* e suas operações económicas ou titularidade anónima dos direitos e bens localizados em paraísos fiscais.

Em seguida dá nova relação dos países que o Brasil considera legalmente como paraíso fiscal, actualizando com a inclusão de alguns novatos. Deixou de fora o Uruguai, talvez por alguma prudência, por ser membro do MERCOSUL e a intimidade económica entre os dois países. Os tradicionais países da lista, contudo, foram conservados. Vejamos o que diz o artigo 24, §4º da Lei 9.430/96:

Considera-se também País ou dependência com tributação favorecida aquele cuja legislação não permita acesso a informações relativas à composição societária de pessoa jurídica, à sua titularidade ou à identificação do beneficiário efectivo de rendimentos atribuídos a não residentes.

A medida fiscal mais importante, todavia, foi a de instituir o Imposto de Renda para aplicações de renda fixa no Brasil. As empresas localizadas nos paraísos fiscais ficam sujeitas a essa tributação, ou seja, a mesma que os investidores nacionais. A alíquota é de 15% para investir em ações e 15% a 22,5%, conforme o prazo, para títulos da dívida pública. Essa tributação aplica-se a pessoas físicas e jurídicas.

Essa medida afectou consideravelmente a legislação brasileira, modificando várias normas já estabelecidas, ignorando os paraísos fiscais, obrigando-as agora ao

pagamento de impostos. Vamos citar algumas leis afetadas, que foram obrigadas e receber reformas:

Lei 9.430/96 – art. 24, §4º

Lei 9.779/99 – art.8º

Lei 9.959/2000 – art.8º

Lei 11.727/2008 – artigos 22 e 23

Medida Provisória 2.158-35/2001 – artigo 29, §1º

Medida Provisória 2.189-49/2001, artigo 16, §2º

## 7. ELISÃO FISCAL SUBJETIVA

### *. Fraude ao domicílio da pessoa singular*

### *. Fraude ao domicílio das pessoas colectivas: "treaty shopping" e abuso das convenções*

A elisão fiscal subjectiva opera, através dos elementos de conexão subjectivos, tais como a residência ou domicílio do sujeito passivo.

#### *7.1. Fraude ao domicílio da pessoa singular*

É o que sucede quando uma pessoa singular, para escapar à tributação elevada do seu país de residência, transfere o seu domicílio para país de tributação mais reduzida. Certas legislações tentam coibir as práticas de expatriação fiscal, mantendo a tributação baseada no seu domicílio originário por um certo período de tempo, como se existisse um "direito de seqüela". Um exemplo clássico de expatriação fiscal consiste na transferência de domicílio de países de forte tributação para a Suíça.

Certos ordenamentos jurídicos<sup>24</sup> determinam, como cláusula anti-abuso, a permanência do estatuto de residente, para a generalidade ou apenas para certos efeitos fiscais, ainda que o contribuinte tenha transferido o seu domicílio para o estrangeiro (domicílio alargado), como por exemplo, a Holanda e Inglaterra. Na Alemanha, desde que o sujeito (i) resida num país de baixa tributação (mais do que um terço mais baixa que na Alemanha); (ii) tenha estado sujeito a responsabilidade fiscal ilimitada pelo menos em cinco dos dez anos anteriores à emigração; (iii) tenha tido a cidadania alemã ao longo desses cinco anos; e (iv) mantenha interesses económicos substanciais na Alemanha. É a figura da "responsabilidade fiscal alargada".

---

<sup>24</sup> Trabalho apresentado na disciplina de direito comercial II, no 4º período, na Faculdade de Direito de Curitiba pelos académicos do curso de direito, nomeadamente: Fernando Freire, Giovania Harue Jojima Tavarnaro, Guilherme Dilucca, Isabela Abelardino e João Eloi Olenike.

## **7.2. Fraude ao domicílio das pessoas colectivas: “*treaty shopping*” e abuso das convenções**

Também o domicílio das pessoas colectivas (a sua sede estatutária, direcção efectiva ou país de incorporação) pode ser escolhido ou deslocalizado com o propósito exclusivo de atrair a aplicação de regime tributário mais favorável. Tendo presente que os tratados contra a dupla tributação se aplicam às pessoas que sejam residentes dos Estados contratantes, a residência num desses Estados pode ser obtida com o propósito exclusivo de aproveitar o regime mais favorável de um tratado que, de outro modo, não abrangeria a entidade em causa. Fala-se em tal caso da *treaty shopping*, de uso impróprio ou de abuso das convenções.

A reacção contra as práticas de *treaty shopping* têm-se manifestado, a nível internacional, pela inclusão, em certos tratados, de cláusula que limita a sua aplicação à hipótese de a pessoa residente ser necessariamente *o beneficiário efetivo* do rendimento, excluindo assim do seu âmbito *nominees*, agentes ou *conduit companies*, ou seja, entidades que sejam meros canais de retransmissão de rendimentos, sem outro objecto real.

No plano interno, determinadas legislações tipificam certos negócios fiscalmente menos onerosos, denominando-os genericamente, ainda que de maneira imprópria, de abuso de convenções fiscais internacionais, com o propósito de submetê-los a uma especial disciplina preventiva ou repressiva.

O abuso surge caracterizado, nessas legislações de que a Suíça é paradigma pela ocorrência simultânea de dois requisitos: as sociedades em causa terem no exterior a fonte principal dos seus rendimentos e não distribuírem dividendos de forma habitual, antes deixarem acumular os lucros no seu património.

A ideia central desses regimes traduz-se em evitar que uma parte apreciável das receitas exoneradas em virtude da convenção, saia de novo da sociedade a título de custo ou despesa dedutível, não se integrando como elemento do lucro tributável. Verificando-se o abuso, o fisco suíço procede à cobrança, por conta do Estado estrangeiro em questão, do imposto sobre as receitas "indevidamente" exoneradas

## ***ELISÃO FISCAL OBJECTIVA***

*. Elisão fiscal objectiva por divisão, acumulação e transferência de rendimentos*

*. Acumulação de rendimentos e desconsideração da personalidade jurídica*

### ***7.3. Elisão fiscal objectiva por divisão, acumulação e transferência de rendimentos***

A elisão fiscal objectiva concretiza-se através do elemento objectivo da norma de conflitos, fundamentalmente a "fonte de produção" do rendimento, visando impedir a sua configuração jurídica ou imputá-la, total ou parcialmente, a território de regime fiscal mais favorável.

A elisão fiscal objetiva pode distinguir-se em várias espécies, consoante o objectivo do contribuinte em influenciar o elemento de conexão em causa: *dividir* o rendimento, distribuindo o entre territórios fiscais distintos; *acumular* o rendimento em território fiscalmente mais favorável; *transferir* o rendimento de um para outro ordenamento menos oneroso.

A *divisão do rendimento* opera-se através da prática pela qual se procura criar elementos de conexão que permitam a sua imputação a diversos territórios, elementos de conexão sem os quais os rendimentos seriam imputados a um único ordenamento.

A *acumulação de rendimentos* opera-se pela via de constituição de uma sociedade base em países de fiscalidade privilegiada, com o objetivo de nela concentrar os lucros do grupo, de modo a diferir a tributação no país de domicílio dos sócios (pessoas singulares ou coletivas), para o momento em que os lucros lhes forem distribuídos.

#### **7.4. Acumulação de rendimentos e desconsideração da personalidade jurídica**

É sobretudo contra a prática de acumulação de rendimentos que se dirigem as legislações para prevenir a reprimir, unilateralmente, o "abuso dos paraísos fiscais".

O movimento iniciou-se nos Estados Unidos, em 1934, com a legislação que autorizou a tributação dá-nos *foreign persoanl holding companies*. Mas foi em 1962 que o Congresso veio dificultar fortemente a utilização, por cidadãos norte-americanos, da generalidade das vantagens que oferecem os *trusts* e companhias dos países de baixa tributação.

A tendência alastrou-se aos países da Comunidade Económica Européia. Medidas análogas foram posteriormente adotadas pela França, Bélgica, e Reino Unido.

As medidas adotadas traduzem-se essencialmente em, por ficção legal, "desconsiderar" a personalidade jurídica das sociedades cuja constituição ou funcionamento tenha sido ou seja inspirada predominantemente por razões de ordem fiscal, em termos de permitir a tributação dos respectivos sócios, sem aguardar necessariamente pelo momento da distribuição dos lucros entretanto acumulados. Assim sendo, os accionistas poderão ser tributados independentemente da distribuição do lucro, isto é, por lucros que juridicamente ainda se inserem na titularidade da sociedade, cuja personalidade é assim "desconsiderada" para efeitos fiscais.

Providência de certo modo análoga é a constante da lei alemã relativamente às fundações familiares (*familienstifungen*) com sede e administração no estrangeiro e que sejam detidas em mais de 50% pelo fundador e seus familiares. Também este últimos, residentes na Alemanha, podem ser aí tributados mesmo por rendimento não distribuídos.

Também a lei francesa (artigo 209º B do *Code Général des Impôts*) permite tributar na França os lucros realizados pelas subsidiárias (mas não pelas sucursais) estabelecidas em países de regime fiscal privilegiado. Atitude semelhante foi adotada pela legislação do Reino Unido.

Na mesma linha de orientação se inserem algumas disposições da já mencionada lei suíça de 14 de dezembro de 1962, referente aos chamados "abusos de convenções fiscais". Trata-se aqui de evitar que as vantagens decorrentes de uma convenção contra a dupla tributação sejam aproveitadas por pessoas que, em princípio, estariam fora do círculo dos seus destinatários, mas que "abusivamente" criaram condições formais para que ela lhes fosse aplicável. Condições traduzem-se na criação de um "diafragma", cuja razão de ser não tem qualquer fundo substancial, antes ao propósito de auferir vantagens fiscais: se tal diafragma consiste num fiduciário ou numa fundação familiar, o abuso presume-se *iuris et de iuris*, se trata de sociedade, apenas se configura o abuso caso se verifique uma condição suplementar, a não distribuição dos "lucros adequados". A ocorrência de abuso dá ao Fisco suíço o direito de ignorar a personalidade jurídica, mas exclusivamente para o efeito de lhe recusar as vantagens da convenção, ficando assim intacta para os demais efeitos de direito.

Em todos estes regimes revelados pelo direito comparado, a lei permite ignorar o intermediário formal representado pela pessoa coletiva (na terminologia anglo-saxônica — ou penetrando — na terminologia alemã — na personalidade jurídica da sociedade), para atingir directamente os seus sócios. Na verdade, sendo a personalidade jurídica uma criação do direito, um simples instrumento de prossecução coletiva dos interesses dos sócios, como agudamente o revelou ASCARELLI, tal criação só deve ser consagrada e respeitada na medida em que ela não se revelar, em si mesma, anti-jurídica. E, sendo a personalidade jurídica realidade meramente instrumental, não repugna que ela seja considerada para certos fins e desconsiderada para outro ou outros.

Todavia, o superamento da personalidade jurídica como técnica de combate à elisão fiscal internacional só é possível nos ordenamentos — com o norte-americano, o alemão, o suíço, o francês e o inglês — que contenham disposições que especificamente o autorizem. Nos demais, a questão deverá se resolvida à luz das regras do direito interno que eventualmente delimitem a liberdade de utilização dos instrumentos facultados pelo direito com o fim de minorar o ônus fiscal.

Entretanto, por suas características, os paraísos fiscais são muitas vezes usados também com finalidades criminais. Entre os casos mais comuns podemos lembrar:

- **Lavagem de dinheiro.** Existe, em muitos paraísos fiscais, um sigilo bancário e profissional absoluto, acções ao portador de sociedades que impedem saber quem esteja por trás, e outros meios para disfarçar o dinheiro de origem ilícita. É necessário tomar muito cuidado sobre a origem e os movimentos do dinheiro quando se trata com financiadores ou investidores ou parceiros (inclusive comerciais) desconhecidos e que vem de paraísos fiscais deste tipo.
- **Fraudes financeiras e comerciais variadas.** Pelas mesmas razões é quase impossível saber quem fez alguma coisa e onde acabou um dinheiro enviado para uma sociedade de um paraíso fiscal. Estas características são aproveitadas por golpistas. Cuidado quando alguém, por qualquer razão, pede que você deposite algum dinheiro num paraíso fiscal ou a favor de uma sociedade *off-shore*... verifique bem de quem se trata porque existem negócios legais mas também muitos ilegais.
- **Instituições fantasmas.** Pode ser considerada na categoria das fraudes. Cuidado porque tem registro de países onde existem bancos com nomes parecidos aos de grandes instituições internacionais mas que nada tem a ver como estas instituições. Abrir contas nestes bancos e deixar dinheiro lá é um grande risco. O mesmo vale para as seguradoras. Contudo existem muitas sérias e confiáveis instituições (tanto internacionais quanto nacionais) que operam também *off-shore*... é só saber seleccionar e pesquisar muito bem, sem confiar na primeira impressão.
- **Abrigo para capitais usados com finalidades criminais.** É o caso do dinheiro usado por terroristas ou outros criminosos que se aproveitam das vantagens, do sigilo e da facilidade de movimentação de dinheiro

oferecidos por alguns paraísos fiscais para financiar ou facilitar as suas atividades criminosas.

## Sansão da Fraude à Lei

A sansão da fraude consiste no regresso ao estado de coisas a que o fraudante pretendeu evadir-se, com a concomitante ineficácia da situação que ele visou criar. Assim, a princesa de *Beauffremont* continuou casada com o anterior marido, sendo totalmente ineficaz o casamento com o príncipe *Bibesco*. Por conseguinte, a naturalização alemã foi ignorada pelos tribunais franceses, que consideraram ter a princesa de *Beauffremont* continuado a ser francesa. Assim também, no caso *Caron*, a venda do imóvel à sociedade de direito americano, com a concomitante substituição daquele por acções da sociedade, foi ignorada pelos tribunais franceses, e a legítima dos filhos do fraudante respeitada.

Resta apreciar uma última questão, que é a da fraude à lei estrangeira. A orientação clássica pronunciava-se no sentido negativo. Assim, em França, os tribunais recusaram-se a admitir a alegação de uma italiana de fraude à lei do seu país pelo marido, que, desejando divorciar-se (nesse tempo a Itália não admitia o divórcio), foi naturalizar-se francês. A razão invocada foi que não pertence aos tribunais judiciais criticar o acto administrativo francês da naturalização. Contudo, poderia ter-se entendido que a fraude tinha por objecto a lei francesa de Direito Internacional Privado, que designava o sistema de direito aplicável ao divórcio. E o facto é que se admite hoje a relevância da fraude à lei estrangeira, pelo menos quando a fraude tenha consistido na evicção da lei estrangeira competente a favor doutra também estrangeira.

A sanção geralmente admitida consiste em fazer valer o preceito imperativo que a manobra fraudatória procurou afastar.

*O acto viciado na sua finalidade*, sendo ilícito, não pode produzir efeitos, ou pelo menos *todos* os efeitos, já que os autores divergem quanto ao objecto ou âmbito daquela sanção, isto é, serão *ineficazes* ou *irrelevantes* só os efeitos *directamente* visados pela fraude, ou *todos* os efeitos da acção fraudatória?

Por exemplo: um português naturaliza-se mexicano para divorciar no México (quando ainda não o podia fazer em Portugal por causa de casamento canónico); o que é que é irrelevante? Só o divórcio ou também a naturalização *tout court*?

A opinião maioritária vai no sentido de que *nem todos* os actos praticados com a finalidade de afectar a fraude serão irrelevantes: só o seriam os que o autor teve em vista *em contrário da proibição legal*.

Portanto, neste caso, o juiz deveria limitar a sua decisão ao *direito defraudado*, isto é, à proibição do divórcio – quanto à *cidadania mexicana* do português, isso é com ele e com os mexicanos, visto que, *quando a Portugal, ele pode livremente mudar de nacionalidade* ou agregar outra à português; *ela só será irrelevante na medida em que consubstancia a fraude do divórcio*, podendo assim ser relevante para outros efeitos não contrários à lei portuguesa - . Foi, aliás, como a e *Cour de Cassation* decidiu no caso *Bauffremont* já referido, não declarado inexistente a naturalização alemã mas *recusado efeitos em França* ao divórcio conseguido *na base daquela naturalização*.

No entanto, *Batiffol* discorda desta decisão. Não podemos acompanhá-lo: o argumento que se traduz, de que a *princesa Bauffremont* foi considerada como francesa pela *Cour de Cassation*, não é convincente: com efeito, foi considerada francesa *em atenção ao divórcio*, pois, se fosse considerada alemã, o divórcio e subsequente casamento, válido (para efeitos daquele divórcio e subsequente casamento, considerou a mudança de nacionalidade *irrelevante mas não ousou anulá-la*, já que tratando-se de acto praticado no estrangeiro ao abrigo de lei estrangeira, não o poderia fazer; só poderia considerá-la irrelevante para certos efeitos, e foi o que fez).

Entendemos que *depende do exame* do caso concreto a conclusão a tirar, isto é, saber *se tudo será sem efeito ou se apenas certos efeitos* do acto ou actos praticados (os contrários à proibição legal).

A lei traduz-se na aplicação da norma cujo o imperativo a manobra fraudulenta procurou iludir, isto é, os actos jurídicos realizados e os direitos adquiridos em fraude à lei do foro serão ineficazes (ou inoperantes) no respectivo ordenamento jurídico, o que não significa que, por vezes, as situações constituídas ou os actos jurídicos praticados como meios de fugir a uma lei e de se colocar ao abrigo de outras não devam ser apreciados autonomamente, à luz da doutrina da fraude à lei, para o efeito de eventualmente serem havidos como ineficazes com fundamento nelas.

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 inoperantes.

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 conflitos.

O caminho seguido pelo legislador, no artigo 21º do Código Civil, 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 artigo 21.º Decorre claramente que a sanção a fraude à lei no Direito de conflitos se confina aquilo que respeite à "aplicação das normas de conflitos".

Sendo irrelevante a manipulação do elemento de conexão ou a internacionalização fictícia com o intuito fraudulento a sanção da fraude consiste em *aplicar a lei normalmente competente*. Por exemplo, se um português se naturaliza no Reino Unido com o 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 devida 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 França, 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 MAGALHAES 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 foro, um princípio do mínimo ético nas relações internacionais, que não se conforma com o desrespeito da proibição contida na lei normalmente competente.

A favor desta diferenciação pesa a harmonia internacional de soluções. Se não atendermos à posição da lei estrangeira defraudada perante a fraude arriscamos 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 noutra 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 consideram válido

Claro que este resultado também poderiam 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.

A fraude à lei representa um procedimento pelo qual um particular realiza, por forma inusitada, um tipo legal em vez de um outro, a fim de provocar a consequência jurídica daquele, em vez da deste (*KEGEL*).

Na fraude há, pois, a considerar a regra jurídica que é objecto de fraude – a norma cujo imperativo se procura escapar - a regra jurídica cuja protecção se acolhe o fraudante procura modelar artificialmente uma situação coberta por esta segunda regra, e para muitos autores pelo menos uma intenção fraudatória pela qual o fraudante procura modelar artificialmente uma situação coberta por

esta segunda regra, e para muitos autores pelo menos uma intenção fraudatória (*animus fraudandi*). São quatro, pois, os elementos constitutivos da fraude à lei que a doutrina costuma destacar: **1) norma fraudada; 2) norma instrumento, actividade fraudatória e 4) intenção fraudatória.**

Para os autores que admitem a relevância da fraude à lei em Direito Internacional Privado, esta não passaria de um simples caso de aplicação, neste ramo de direito, da noção geral de fraude à lei. A única diferença residiria em que a evasão à lei imperativa se opera aqui através de um meio específico: a modelação artificiosa dos supostos factuais ou jurídicos de que depende a designação da lei aplicável. A actuação fraudatória consistiria aqui *na fuga de uma ordem jurídica para outra*, em vez de consistir na fuga de uma norma ou instituto jurídico para outro dentro de uma e mesma ordem jurídica.

Entende-se vulgarmente que há fraude à lei em Direito Internacional Privado quando os interessados, no intuito de escaparem à aplicação de um preceito material de certa legislação, criam um elemento de conexão que tornará aplicável uma outra ordem jurídica, mais favorável aos seus intentos. Assim, os cônjuges, cuja lei nacional não permite o divórcio, adquirem a nacionalidade de um outro Estado em que o divórcio possa ser obtido.

Ora isto pressupõe a possibilidade de as conexões relevantes no direito conflitual poderem ser modeladas, «situadas» ou «deslocadas» por acção das partes. É justamente o que sucede com a quase totalidade dos elementos de conexão, já vimos. A norma de conflitos que manda regular o estado e capacidade, as relações de família e as sucessões pela lei nacional das partes, estas, através de uma mudança de nacionalidade, intentam subtrair-se aos preceitos de certa lei estadual relativos, por exemplo, aos impedimentos matrimoniais, à indissolubilidade do vínculo conjugal, à investigação da paternidade ilegítima, às reservas legais à liberdade de testar (legítima), etc. Sabido que as formalidades dos actos jurídicos são reguladas pela lei do lugar da celebração, os indivíduos procuram escapar às formalidades mais rigorosas do Estado em que vivem indo celebrar o negócio jurídico a um outro Estado, cuja lei seja menos rigorosa. Para escapar a uma certa lei estadual cujo direito das sociedades os não satisfaz, os interessados constituem uma sociedade anónima ou estabelecem a respectiva sede num Estado cujo direito seja mais conforme aos seus interesses.

Segundo a concepção mais divulgada, pois, a fraude à lei em Direito Internacional Privado traduzir-se-ia na fuga a uma certa *norma material interna* a qual seria, portanto, a norma fraudada. A actividade fraudatória das partes, por outro lado, incidiria sobre *a modelação do factor de conexão* de uma norma de conflitos, à qual caberia o papel de norma instrumental da fraude. Adiante veremos se é esta a configuração que dogmaticamente deve caber ao mecanismo da fraude em Direito Internacional Privado.

*Doutrina que afasta o conceito de fraude à lei do campo do Direito Internacional Privado.* Certos autores entre os quais **NIEDERER** - opõem-se à relevância da fraude à lei em Direito Internacional Privado com os fundamentos que a seguir destacamos.

Seria desde logo questionável a transposição do conceito de fraude à lei para o Direito Internacional Privado. Com efeito dizem que é o próprio legislador que indica às partes o caminho através do qual estas podem escapar à aplicação das suas leis internas. O domínio de competência do direito imperativo interno é limitado através das normas de conflitos. Ora seria ilógica falar de fraude à lei imperativa interna quando essa mesma lei não é aplicável. Só poderia haver fraude desde que tal lei fosse aplicável. A solução conflitual, a determinação enferma de aplicabilidade da lei interna, constitui um *prius* relativamente à possibilidade de violação (directa ou indirecta) desta lei.

Uma segunda objecção contra a admissibilidade da noção de fraude à lei em Direito Internacional Privado consistiria na dificuldade de determinar, em certos casos, qual o direito fraudado. Os adeptos da relevância da fraude à lei em Direito Internacional Privado partem do pressuposto de que tem de ser de antemão havido como única competente, pela própria natureza das coisas, uma ordem jurídica determinada. O órgão aplicador de direito terá isso sem dúvida de considerar como «fraudada» aquela ordem jurídica que se apresentaria como competente se as partes não tivessem «montado» a conexão «fraudulenta», se elas não tivessem realizado actividade fraudatória. Ora, se em muitos casos a determinação de tal lei não oferece dificuldades tal o que sucede por exemplo, na hipótese do alemão que atravessa o lago Constança e se dirige à povoação suíça de *Krauzlingen* para se subtrair as formalidades a que a lei alemã sujeita a

validade das doações, noutros será mesmo impossível decidir sobre qual haja sido a lei fraudada.

Assim, se um americano, um inglês e um francês, depois de haverem examinado as disposições pertinentes das leis inglesa, francesa, suíça e *Liechtensteiniana*, decidem constituir uma sociedade anónima num *Liechtenstein*, com o intuito de escapar aos preceitos que regulam as sociedades por acções e aos preceitos de natureza fiscal vigente nos outros países, qual o direito fraudado: o americano, o inglês, o francês ou o suíço? Qual destes direitos deve ser havido como competente e porque conexão o haveremos de determinar se a conexão que seria a normal ou «natural» não se concretizou (e não pode, portanto funcionar) em virtude da própria actividade fraudatória?

Por último, constituiria ainda objecção de peso à admissibilidade da doutrina da fraude à lei em Direito Internacional Privado a própria insegurança quanto aos efeitos a derivar da mesma fraude e a incerteza jurídica que provocaria a aplicação no direito de conflitos de uma cláusula geral repressiva da fraude à lei. Com efeito é notável a insegurança que se verifica no domínio do Direito Internacional Privado quanto às consequências da fraude à lei. Alguns autores deixando-se inspirar pelo brocardo *fraus omnia corrumpit*, consideram que são nulas tanto as relações com efeitos jurídicos visados através da fraude, como os outros efeitos das actuações fraudatórias. Seriam, portanto, de considerar como nulos, não só o divórcio obtido pela aplicação de um direito estrangeiro, como ainda a própria aquisição da nacionalidade estrangeira como meio de tornar viável aquele fim (e, portanto, operada com intuito fraudatório). Segundo outros autores, somente os efeitos jurídicos visados pelas partes - o divórcio, no exemplo *supra* - seriam nulas.

Finalmente, sustenta-se ainda uma terceira opinião, nos termos da qual o juiz deverá sempre ater-se ao direito fraudado limitando-se a excluir os efeitos por este proibidos ou a fazer actuar os efeitos por ele imperativamente estatuidos.

Por todas estas razões, e ainda porque a aplicação do conceito da fraude à lei criaria no Direito Internacional Privado uma insegurança jurídica (a incerteza sobre se o divórcio obtido no estrangeiro e o subsequente casamento são ou não válidos, etc.) de tal modo grave que as suas possíveis vantagens seriam superadas pelas desvantagens inerentes à tal estado de incerteza, conclui-se que a

aplicação da doutrina da fraude no direito conflitual seria dogmaticamente ilógica e praticamente inconveniente.

Na sequência de considerações deste tipo opina **NIEDERER** que tanto os actos praticados com o fim de iludir a lei como o próprio efeito visado através da fraude devem ser reconhecidos no interesse da segurança jurídica, a não ser que o direito positivo da *lex fori* disponha expressamente outra coisa. No entanto, o fraudante não deverá receber protecção jurídica sempre que a actuação fraudatária implique simultaneamente um abuso de direito. Tal o que acontecerá, por exemplo, quando ele adquira uma outra nacionalidade apenas para se eximir às obrigações contraídas através da venda da própria herança. Neste caso haveria abuso do direito, pois o fraudante usa o seu direito de mudar de nacionalidade somente com o fim de prejudicar um terceiro.

A sanção da fraude à lei em Direito da competência Internacional decorre da irrelevância da manipulação do elemento de conexão ou da internacionalização fictícia da relação controvertida. A competência internacional dos tribunais portugueses será estabelecida com base nos elementos de conexão que existiriam se a manipulação ou a internacionalização fictícia não se tivessem verificado.

Diferentemente do Direito de conflitos, na fraude às normas de competência internacional de fonte interna só pode estar em causa a competência dos tribunais portugueses. Se a fraude também é sancionada pelo Direito da Competência Internacional de outro Estado, por forma a que os tribunais deste Estado recusem a atribuição ou a privação de competência causada por manobra fraudulenta, é problema que depende exclusivamente deste Direito.

A relevância da fraude à lei à face das normas de competência internacional de fonte internacional e comunitária vigentes na ordem jurídica.

## **10. Doutrina segundo a qual a fraude à lei em Direito Internacional Privado não seria mais que uma forma particular de violação da ordem pública.**

Para muitos autores, a teoria de fraude à lei em Direito Internacional Privado careceria de autonomia, nada mais sendo que um caso particular de aplicação da teoria da ordem pública internacional. As duas teorias, segundo **BARTIN**, produzem os mesmos resultados, com a única diferença de que, enquanto o

efeito da ordem pública é desencadeado pela perturbação social que produziria a aplicação da lei estrangeira em *razão do seu conteúdo*, na teoria da fraude o mesmo efeito resulta da perturbação social que causaria tal aplicação em *razão das circunstâncias de facto* em que interveria. Na verdade, embora as disposições legais fraudadas não sejam necessariamente de ordem pública internacional, elas vêm a assumir tal carácter por virtude das circunstâncias de facto, por efeito da própria intenção fraudulenta.

Os próprios autores que aderem a esta tese acentuam o carácter particular que reveste o problema da fraude no âmbito da teoria da ordem pública. Apenas um autor (*Helene BERTRAM*) conclui expressamente, a partir da doutrina que subordina o conceito de fraude ao de ordem pública, que aquele é supérfluo em Direito Internacional Privado, sendo suficiente a teoria da ordem pública para tratar adequadamente os casos de fraude.

A doutrina exposta tem como consequência natural a irrelevância da *fraus legi extraneae facta* - de toda a fraude que não vá dirigida contra uma disposição da lei interna do foro, pois a ordem pública, rigorosamente, só protege os interesses próprios da *lex fori*.

Na Alemanha, onde tal doutrina é a dominante faz-se notar, em seu abano, que a fraude à lei em Direito Internacional Privado, tal como a ofensa à ordem pública, se traduz em última análise na violação do fim de uma lei (norma) interna.

## Capítulo VI

### Considerações Finais

#### 8. Conclusão

Diante do exposto concluimos que a fraude à lei é uma violação indirecta da norma jurídica coercitiva, isto é, meio para ilidir uma lei através de meios lícitos. É uma conduta desvalorizada pelo direito por ser contrária ao princípio da moralidade, eis que fins lícitos não justificam os meios ilícitos.

É neste contexto que uma vez que tenha sido praticado um acto lícito quer ilícito, o fim lícito não pode legitimar um acto ilícito, já que os fins não justificam os meios, enquanto que um fim ilícito vicia intrinsecamente um acto lícito em abstracto.

O contribuinte fiscal dispõe de diversos meios para fugir ao pagamento de impostos, há contribuintes que se utilizam de lacunas na lei, outros da evasão ou da prática de actividade em economia clandestina, e de uma série de outras maneiras.

O facto é que em qualquer situação em que o contribuinte deseje diminuir sua carga tributária, ele poderá se utilizar de um paraíso fiscal.

A imagem dos paraísos fiscais varia muito de acordo com as pessoas. Alguns os vêem como empecilho ao desenvolvimento do capitalismo e da economia nos demais países, enquanto outros os vêem como a maravilha do fluxo livre de capitais e importante elemento para o desenvolvimento da economia mundial.

Dependendo das intenções dos contribuintes que se instalam em um paraíso fiscal, ele pode ser usado tanto para fins lícitos, que contribuam para dar maior dinamismo ao comércio ou ao sistema financeiro internacional, quanto para finalidades ilegais.

O paraíso fiscal é um país onde o nível de tributação é extremamente reduzido, eles abrigam uma série de isenções, o que estimula a entrada de capitais estrangeiros, sobretudo quando o sistema tributário deste país oferece estabilidade política, segurança jurídica e sigilo bancário.

Existem três tipos de sociedades que poderão ser formadas num paraíso fiscal: as sociedades-base, as sociedades *holding* e as sociedades de serviços, sendo que o contribuinte disposto a investir em um paraíso poderá escolher qualquer uma delas ou ainda optar por algumas instituições como as companhias de seguro cativas, os bancos *off-shore*, os *trusts*, os bancos cativos, etc.

No momento de escolha do paraíso fiscal é importante observar a situação geográfica do país, é essencial que o contribuinte ao se instalar no paraíso fiscal possa se comunicar com o restante do mundo, e a situação econômica e política do país, a estabilidade é essencial. É interessante também que o contribuinte realize um estudo afim de identificar a forma do paraíso que melhor se adapta às suas necessidades, neste caos eles podem ser puros, liberais ou finalmente podem ser paraísos de tratados fiscais.

Em tempos de globalização, com a formação dos grandes blocos econômicos mundiais e a expansão das empresas multinacionais os paraísos fiscais acabaram ampliando sua importância.

Deixaram de ser vistos com tanto preconceito pelas pessoas que antes os associavam à evasão e à elisão fiscal internacional.

Hoje, os paraísos fiscais são elementos de extrema importância para o desenvolvimento da economia mundial, pois proporcionam maior dinamismo ao comércio e ao sistema financeiro internacional.

Apesar de toda importância que os paraísos fiscais vem adquirindo na economia mundial, eles ainda são fortemente reprimidos por muitos países.

A importância do uso dos paraísos fiscais está no aproveitamento da menor carga tributária pelas sociedades comerciais, como um incremento nas condições de competitividade em uma economia globalizada.

## 9. Bibliografia

### Livros

- CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacinal Privado I*, Livraria Almedina, 2007
- FERNANDES, Carlos, *Lições de Direito Internacional Privado*, Teoria Geral do Direito Internacional Privado I com insidência no Sistema Português, Coimbra Editora 1994
- MACHADO, João Baptista, *Lições de Direito Internaciona Privado*, 3.<sup>a</sup> Edição Actualizada (Reimpressão)
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado Volume I, Introdução de Direito de Conflitos Parte Geral*, 2.<sup>a</sup> Edição Refundida, Livraria Almedina, 2008
- PINHEIRO, Luís de Lima, *Direito Internacional Privado Volume III, Competência Internacional E Reconhecimento de Decisões Estrangeiras*, Livraria Almedina, 2002
- RIBEIRO, Manuel Almeida, *Introdução ao Direito Internacional Privado*, Livraria Almedina, 2000
- SANTOS, António Marques, *Associação Académica da Faculdade de Direito Lisboa* 1987

### **Pessoas Entrevistadas**

- Dr. Hélder Hugo Orlando, Jurista
- Dra. Judite Zimba (Advogada Estagiária), Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica (IPAJ).

### **Instituições Visitadas**

- Autoridade Tributária de Moçambique
- Instituto de Patrocínio e Assistência Jurídica (IPAJ)

### **Ficheiros na Internet**

- [www.google.co.mz](http://www.google.co.mz)
- [www.google.com.br](http://www.google.com.br)
- [www.sapo.pt](http://www.sapo.pt)
- [www.yahoo.com.br](http://www.yahoo.com.br)













