

Direito Internacional Privado

Professora Jamile Bergamaschine Mata

Aluna: Anna Flávia Magalhães de Caux Barros

Bibliografia:

Direito Internacional Privado - Teoria e Prática brasileira - Nádía de Araujo

Direito Internacional Privado – Parte Geral - Jacob Dolinger

Direito Internacional Privado – Parte Geral - Irineu Strenger

Direito Internacional Privado – Teoria e Prática- Beat Reachsteiner

1ª aula, terça-feira, dia 09 de agosto de 2011.

Introdução

O Direito Internacional Privado trata de relações que estão em conexão com duas ou mais ordens jurídicas. O foco do Direito Internacional Privado são as relações privadas e não as relações entre entes estatais.

A lei que regerá o caso concreto dependerá da análise dos elementos de conexão. No primeiro momento a disciplina era chamada de conflito de leis, pois o foco da matéria era solucionar este aparente conflito.

A disciplina estuda questões relativas à cooperação jurídica internacional e às ligadas aos estrangeiros.

Definição do autor Ferrer Correa: *“É o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem as normas a que se deve submeter a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações que entram em contato através dos seus elementos com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações plurilocalizadas.”*

Segundo o Prof. Amílcar de Castro o direito internacional privado vai regular um mundo de coisas, pois aprecia um estado de coisas de forma a submetê-lo a uma ou outra ordem jurídica. O professor reconhece a independência do direito internacional privado em relação ao público, mas acredita que esta relação seja ao mesmo tempo de dependência.

A fonte do direito internacional privado brasileiro é a Lei de Introdução ao Código Civil. Hoje esta lei teve seu nome modificado e passou a se chamar “Lei das Normas de Direito Brasileiro”, mas o conteúdo da norma permanece o mesmo.

A fonte do direito internacional privado é interna. Assim costuma se afirmar que o direito internacional privado é interno na fonte e internacional no objeto.

Direito Internacional Privado

Elementos do Direito Internacional Privado:

- **“estranheidade”**: Pois se vincula a elementos extemporâneos ao direito nacional determinando a aplicação de normas internacionalmente vigentes. Se a relação em questão possui todos os seus traços nacionais, não interessará ao Direito Internacional Privado. Para que o Direito Internacional Privado incida é preciso que algum traço seja “estranho”, provocando o contato de dois ou mais ordenamentos, saindo, portanto, de um sistema nacional.

- **conflito de normas**: O Direito Internacional Privado busca solucionar o aparente conflito de normas através da aplicação dos elementos de conexão.

- **jurisdição competente**: O Direito Internacional Privado procura fixar qual órgão jurisdicional competente para a solução e aplicação da norma de conflito, isto é, define qual o foro competente para processar e julgar um caso concreto, aplicando a lei.

2ª aula, sexta-feira, dia 12 de agosto de 2011.

1. Classificação ou tipologia das normas de Direito Internacional Privado As normas de Direito Internacional Privado e sua natureza

A norma de Direito Internacional Privado normalmente é conflitual. Normalmente, ela apenas indica a ordem jurídica que poderá ser aplicada ao caso para sua melhor solução ou qual a ordem jurídica que mais se conecta com a situação fática.

Segundo Jacob Dolinger, as normas de Direito Internacional Privado podem ser classificadas quanto à sua natureza e quanto à sua estrutura.

Quanto à natureza existem as normas indiretas e diretas. Quanto à estrutura existem normas unilaterais e bilaterais.

As **normas indiretas** são aquelas que não solucionam a questão jurídica propriamente dita, não dizem se a pessoa é capaz ou incapaz, se o contrato é válido ou não, se o causador de dano a outrem é civilmente responsável ou não, se certos herdeiros colaterais herdaram ou não. Estas normas do Direito Internacional Privado apenas indicam qual, dentre os sistemas jurídicos de alguma forma ligados à hipótese, deverá ser aplicados. As normas indiretas, portanto, não dizem se, em um caso relativo à capacidade, determinada pessoa é capaz ou não. Quase que a totalidade das normas do direito internacional privado tem esta estrutura. Estas normas podem criar algumas hipóteses levantadas pela Professora Nádia: podem criar situações distintas entre os ordenamentos, podem provocar o não reconhecimento pelo Judiciário externo a esta norma. Como a norma indireta é apenas indicadora, as partes podem manipular o resultado. É o chamado “fórum shopping”. A utilização do fórum shopping, em princípio, pode ser considerada fraudulenta ou não. Um exemplo de norma indireta é o art. 7º da LICC.

As **normas diretas** não possuem nenhum conteúdo conflitual. Elas nascem a partir de regras materiais uniformes. Estas normas não distinguem situações jurídicas nacionais e

Direito Internacional Privado

internacionais. O Direito Internacional Privado uniformizado seria a tentativa de se chegar a uma harmonização deste direito através das convenções, tratados, etc.

Não há, na prática, nenhuma diferença entre tratados, protocolos, memorandos e acordos de cooperação. Na teoria, por outro lado, existem diferenças.

Não há possibilidade de uniformização, por exemplo, de uma LICC para o mundo inteiro, pois cada país possui uma tradição jurídica e também porque as relações humanas não se processam da mesma forma no mundo inteiro. O Tribunal de Justiça da União Européia teve importante papel no direito comunitário através da harmonização da norma comunitária. Como ainda não existe uma jurisdição universal o Direito Internacional Privado uniformizado fica prejudicado. Algumas instituições tentam fazer com que haja esta convergência.

As **normas unilaterais** são aquelas que vão estabelecer que a solução para o caso concreto se dará apenas com a aplicação de normas de direito interno. Afasta-se, portanto, a aplicação das normas estrangeiras. Exemplo de norma unilateral seria o art.3º do Código Civil.

As **normas bilaterais**, ao contrário, permitem a aplicação da norma interna ou externa, abrindo espaço à multilateralidade do direito. A maioria das normas do Direito Internacional Privado é desta natureza, pois permitem a diálogo com normas de outras localidades. Apenas indicam o sistema jurídico a ser aplicado para resolver determinada relação jurídica.

Para o Prof. Jacob Dolinger e para o Prof. Beat Rechsteiner a norma contida no art. 10, §1º da LICC é unilateral. Vejamos:

Art. 10, § 1º, LICC: *A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.*

Note-se que a norma do art. 10,§1º da LICC também se encontra prevista na Constituição Federal. O objetivo desta norma é a proteção do cônjuge e dos filhos brasileiros. Segundo Jacob Dolinger as normas protetivas não podem ser bilaterais. Para a Professora Nádia de Araujo, a referida norma é bilateral imperfeita porque cria uma certa bilateralização.

Com relação à natureza existem ainda nas normas conceituais ou qualificadoras. Estas normas não se confundem com a qualificação do Direito Internacional Privado. As normas conceituais ou qualificadoras definem ou interpretam uma norma de direito internacional privado. Exemplo de norma desta natureza é a contida no art. 2º da Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado. A referida norma define o instituto do domicílio para as pessoas físicas e cria uniformização. Assim, evita que um surja um conflito dentro de um conflito. Esta definição se assemelha à norma definidora do domicílio brasileiro, contida na lei civil.

2. Classificação em relação às fontes:

As fontes do Direito Internacional Público encontram-se elencadas no art. 38 da Convenção de Haia que é o Estatuto da Corte Internacional de Justiça. São elas: as convenções internacionais, os costumes, os princípios gerais de direito, a doutrina e a jurisprudência (ainda que com certa limitação) e a equidade.

Direito Internacional Privado

As fontes do Direito Internacional Privado, como se sabe, são outras, oriundas do direito interno. No direito brasileiro, a primeira fonte do Direito Internacional Privado é a lei. Aliás, a lei interna é a principal fonte deste ramo do Direito. A pluralidade de fontes pode levar a uma complexidade metodológica.

Os tratados e convenções também são importantes só que em menor medida que no Direito Internacional Público. O conceito de tratado é dado pelo art. 2º da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados como sendo: “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo D. Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”. O tratado passa pelas seguintes etapas: é negociado, assinado, aprovado, ratificado, promulgado e publicado. Ao ingressar no ordenamento jurídico brasileiro, o tratado tem força de lei ordinária, a não ser que trate de direitos humanos, caso em que será equivalente às emendas constitucionais.

O costume, por sua vez, é a prática reiterada e com convicção jurídica. A jurisprudência também é fonte do Direito Internacional Privado.

3ª aula, terça-feira, dia 16 de agosto de 2011.

As fontes de elaboração e produção normativa do DIP:

As fontes surgem para que se possa alcançar a efetividade através da norma de conflito.

A primeira dimensão é a chamada **dimensão internacional** ou **dimensão internacional propriamente dita**. Se refere as normas de alcance universal cuja formação apesar de dispersa tem força tão vinculante que chega a ser considerada norma de *jus cogens*. Trata-se de uma norma sobre normas. A possibilidade de revogação destas normas é mínima já que tendem a se consolidar em razão do tempo e da conduta. Não têm uma origem, na maioria das vezes, determinada, mas surgem principalmente dos costumes e dos tratados. O mais importante é esse aspecto de ela ser considerada um sobre-direito, uma norma sobre a norma.

Há ainda, a **dimensão interestatal**. Esta nasce das relações entre os estados e os demais sujeitos de direito internacional (Estados, organizações internacionais).

O indivíduo é sujeito de direito internacional? Hoje a tendência é de considerá-lo, mas ainda assim, a doutrina majoritária ainda não o considera sujeito de direito internacional. Esta dimensão nasce dos tratados e convenções de direito internacional e tendem a resultar na uniformização do direito internacional. Esta uniformização deve ser entendida no sentido de convergência. A dimensão interestatal vai criar instrumentos internacionais necessários para que o direito internacional privado possa alcançar certo grau de convergência.

Os sujeitos de direito internacional vão influir nas normas de direito privado, fenômeno esse chamado de estatização das fontes. Aqui pode haver uma norma de direito internacional que foi cristalizada por um tratado firmado entre determinados Estados, e, portanto, válida somente para aqueles que assinarem o tratado.

Destaca-se, ainda, a **dimensão comunitária ou regional**. O direito comunitário surge na União Européia, comunidade de estados. O direito comunitário se caracteriza pela supranacionalidade. Quando se forma o sistema autônomo baseado na supranacionalidade há influências no direito internacional privado. A supranacionalidade diz respeito a três princípios: **primazia sobre a norma interna** (as normas criadas pelas instituições comunitárias – Conselho Europeu, Parlamento Europeu – devem prevalecer sobre as normas internas ainda que

Direito Internacional Privado

constitucionais), aplicabilidade imediata (as normas são internacionalizadas do mesmo modo que foram publicadas – tanto na forma quanto na finalidade; este princípio tem exceções) e efeito direto (as normas comunitárias uma vez em vigor podem ser invocadas pelos particulares diante de qualquer tribunal nacional). A supranacionalidade com seus princípios provoca a internacionalização.

A supranacionalidade significa prevalência sobre norma interna de cada país, mesmo se esta norma interna for constitucional, seja ela anterior ou posterior. Só é possível modificar norma de direito comunitário uma outra norma também de direito comunitário, jamais norma de direito interno. A aplicação da norma comunitária também não pode ser distorcida entre os países, pois há um Tribunal (uma Suprema Corte) comunitária que uniformiza a aplicação das normas. Neste caso, não se trata de mitigação da soberania, porque o Estado só faz parte da se quiser, podendo deixar o bloco desde que cumpridos certos requisitos. Esse direito comunitário terá de equilibrar-se com o direito internacional e com o direito estatal. A dimensão comunitária é muito importante para o direito internacional privado porque ao se criar a convergência cria-se, ao mesmo tempo, um sistema autônomo, mas que não é isolado. Como existem requisitos para se integrar o MERCOSUL ou a União Européia, não se pode falar que estas organizações são internacionais. Na realidade, estas são organizações supranacionais.

Há ainda a dimensão persuasiva ou institucional. Em todas as outras dimensões, o Estado tem uma participação direta na criação do direito. Nesse caso, entretanto, o estado não participa diretamente. São normas criadas por organizações e outras instituições internacionais e são destinadas, geralmente, a regulação de comportamentos vinculados a determinados sujeitos e temas específicos do direito internacional.

Por exemplo, FOB (*free on board*) que significa que o vendedor tem responsabilidade pela mercadoria ou bem até o momento em que ela entra no meio de transporte, ou seja, desonera-se a partir do momento em que entrega a mercadoria ao transportador. Existe também a CIF (custo, seguro e frete) que define que o vendedor tem responsabilidade pelo frete e pelos riscos, até o momento em que a mercadoria chega às mãos do comprador. Não se torna de norma cogente, não deriva de convenção e nem é norma comunitária.

É chamada de institucional exatamente porque surge de instituições e servem para estabelecer padronizações nos comportamentos que regulam. Trata-se de regulação privada, aperfeiçoada pelo particular.

3. Conflito de leis e territorialidade

Como visto, as normas de direito internacional são “conflituais”, uma vez que resolvem o conflito de leis, ao indicar a lei que deve ser aplicada ao caso concreto. As antinomias existem, mas é preciso que hajam mecanismos para supri-las em nome da segurança jurídica. Caso contrário, alguns casos restariam sem solução.

A norma de Direito Internacional Privado é indicativa, não-solucionadora do caso concreto. Em matéria de direito internacional privado, os conflitos podem se estabelecer a partir do conflito de leis no espaço.

O conflito de leis no espaço não se refere a uma matéria determinada na Constituição e nascerá da necessidade de se estabelecer apenas uma ordem jurídica para a solução do caso concreto. O conflito pode se referir a pessoas, bens, fatos ou atos. Em relação às pessoas o

Direito Internacional Privado

conflito pode surgir em relação a leis relativas ao domicílio, à nacionalidade ou a residência. Os atos podem provocar conflito porque uma legislação pode determinar que as formalidades relativas àquela obrigação sejam cumpridas conforme a lei do local e a de outro país, conforme outra lei. Quanto as coisas, estas podem estar situadas em lugares distintos. Cada legislação estabelece o elemento que melhor lhe convier. Se a legislação de direito internacional privado fosse a mesma para todos os locais, estudar-se-ia a harmonização e não o conflito de leis.

Essa variedade de elementos – a nacionalidade, o domicílio, a residência, o lugar, a vontade – são os que determinam os vínculos que a relação jurídica pode ter com os diversos ordenamentos jurídicos. Neste contexto, podemos dizer que os conflitos de lei surgem quando existem pontos de conexão que vinculam uma relação jurídica a duas ou mais ordens estatais.

Territorialidade/Extraterritorialidade:

A territorialidade da lei implica que não se pode aplicar outra lei que não seja a própria lei nacional. A lei é territorial quando a relação jurídica, em todos os seus aspectos, encontra-se submetida a lei do território. O território serve para se delimitar o âmbito de validade da ordem jurídica (Kelsen). O território é o âmbito de validade, pois a norma não pode ultrapassar determinado limite. A territorialidade tem relação justamente com a aplicação da norma nacional, sem possibilidade de aplicação da norma estrangeira e a possibilidade da norma nacional ultrapassar estes limites de validade. Quando a validade da lei nacional se estende para fora do território, permitindo a aplicação, ao mesmo tempo, de lei estrangeira ocorre a extraterritorialidade. A extraterritorialidade permite a aplicação de normas estrangeiras ainda que de fatos ocorridos em seu território. Neste sentido, os autores falam da territorialidade e da extraterritorialidade. Estes institutos se vinculam à realidade das normas e à personalidade.

A extraterritorialidade das leis relaciona-se, em geral com as pessoas, aonde quer que elas estejam. Ou seja, esta categoria de leis segue as pessoas aonde quer que elas se encontrem. A territorialidade, por sua vez, pode ser explicada a partir da consideração de que as coisas, em geral, estão submetidas às leis de sua localização. As leis reais são territoriais.

A personalidade das normas tem relação com os direitos pessoais. Estes direitos podem ser extraterritoriais, pois, os direitos pessoais em geral acompanham as pessoas onde quer que elas estejam. As normas pessoais são, em geral, extraterritoriais.

4. Teoria das qualificações:

Para qualificar é preciso determinar a natureza jurídica. Em direito, cada instituto tem a sua qualificação. E é esta que vai permitir o vínculo entre a definição dada pelo direito e a situação fática. Alguns autores consideram que com a qualificação determina-se a norma aplicável e com a determinação da norma aplicável é possível resolver o problema posto no caso concreto.

“Qualificação é a determinação da natureza de uma relação de direito com o fim de classificá-la dentro de uma das categorias jurídicas existentes aparecendo como a confrontação de uma definição jurídica e de um caso concreto.” (Gilberto Bercovici)

Direito Internacional Privado

A qualificação permite que se chegue a natureza jurídica e conseqüentemente irá influenciar na lei aplicável. Uma vez estabelecida a qualificação, qual será a norma estabelecida para qualificar? Cada jurisdição deverá classificar qual é a qualificação adequada.

4ª aula, terça-feira, dia 23 de agosto de 2011.

- Casamento grego ortodoxo

O casamento do grego ortodoxo, realizado civilmente na França, com mulher francesa, sem cerimônia religiosa obrigatória pela legislação grega (revogada somente em 1982), ensejou um problema de qualificação: condição de fundo ou condição de forma. Se a exigência da celebração religiosa se enquadrasse no primeiro caso, o casamento seria nulo, pois a lei francesa submete a validade das núpcias à lei nacional dos cônjuges. No último caso, condição de forma, a lei francesa seria aplicável, e o casamento seria válido.

Se no caso do casamento grego ortodoxo com a francesa, a celebração religiosa fosse considerada substancial ao casamento, poderia gerar sua nulidade posto que na Grécia o casamento religioso era, à época, obrigatório e os dois se casaram apenas no civil. Pela lei francesa, o casamento grego, no religioso, não tem validade. A discussão, contudo, é sobre qual instituto que se está discutindo (capacidade, forma, condição essencial do ato etc.). A partir daí é que se começa a discutir a questão da qualificação. O problema ocorre quando há divergência dos próprios institutos a serem aplicados.

- Testamento hológrafo do holandês

O testamento hológrafo do holandês, que protagonizou incessante lide envolvendo a qualificação, diz respeito a cidadão dos Países Baixos que faleceu na França, onde viveu a maior parte da sua vida, deixando testamento hológrafo (testamento particular, proibido no ordenamento jurídico holandês, mas admitido pela legislação francesa).

A validade do testamento pelo tribunal francês dependia da qualificação: estatuto pessoal ou forma dos atos jurídicos. No primeiro caso, o testamento seria nulo, pois o holandês não teria capacidade de assiná-lo, mesmo fora de seu país. Na última hipótese, o documento teria plena validade, já que em matéria de forma a lei aplicável é a do local de realização do ato jurídico.

A discussão da qualificação era relativa à capacidade ou não de realização do ato pelo holandês posto que a lei do seu país de origem não o admitia, mas a lei francesa, local onde passou a maior parte da sua vida, permitia. O ato de testar por um sujeito cuja lei nacional não permite o testamento em determinada forma leva a duas interpretações. Se o ato for qualificado como o ato jurídico de testar, qualifica-se a lei aplicável como a lei do local da celebração. Se este ato fosse qualificado como uma capacidade referente ao estado da pessoa, deveria ser aplicada a lei holandesa, sendo o ato, portanto, nulo.

- Sucessão do maltês

A sucessão do maltês refere-se a casamento ocorrido na Ilha de Malta, sem pacto antenupcial, onde os noivos se estabeleceram. O casal emigrou para a Argélia, então sob

Direito Internacional Privado

legislação francesa, onde o marido faleceu em 1889, sem descendentes, mas deixando muitos bens imóveis e outros herdeiros.

A viúva maltesa nada herdaria pela lei francesa, mas seria contemplada com a quarta parte dos bens se fosse aplicada a legislação vigente em Malta. Seu advogado a defendeu perante o Tribunal de Argel com a tese de que a solução se encontrava no direito de família, devendo ser buscada no regime matrimonial (para casamento de estrangeiros, celebrado no estrangeiro, se aplicava a lei do primeiro domicílio conjugal). Logo, aplicou-se a lei maltesa.

Se o Tribunal colocasse a lide no direito sucessório, a legislação aplicável seria a francesa, pois a sucessão de bens imóveis era regulada pela lei da situação dos mesmos e estes se encontravam na Argélia. Tratava-se, pois, de um caso de qualificação: direito de família ou direito sucessório. Venceu a tese do direito de família, recebendo a viúva a sua parte.

A diferença na qualificação do instituto causa impactos sobre a lei aplicável. A qualificação é a primeira etapa para solução do caso concreto. A doutrina da qualificação tem origem francesa. A teoria da qualificação é uma técnica segundo a qual, primeiro deve-se definir a natureza jurídica do caso para, em seguida, segundo esta natureza, determinar a lei aplicável.

Pode acontecer uma situação que se chama “*depeçage*”, que significa desdobramento. Em uma mesma situação fática, pode ser possível haver vários dados jurídicos. Pode ser que uma situação seja regulada por várias leis, desde que em aspectos diferentes. Um contrato não pode ser analisado em relação à forma pela lei do domicílio e a da celebração. Mas pode ser que em relação à forma a lei aplicável seja a lei de sua celebração e em relação à validade a lei aplicável seja a lei do domicílio.

A partir dos casos acima estudados, os doutrinadores passaram a conseguir a entender a “*depeçage*” (desdobramento, possibilidade de uma mesma situação se dividir em várias). A análise da situação fática deve ser feita em relação a todos os dados jurídicos presentes naquela relação. Assim, pode ser possível aplicar uma lei diferente para cada aspecto. Isto não significa que um único ato rege-se por mais de uma lei, mas que pode haver mais de uma lei aplicável a cada aspecto.

A norma qualificadora ou conceitual é aquela que traz uma definição, um conceito de um determinado instituto (“o que é capacidade”, “o domicílio será”, por exemplo). A qualificação, por sua vez, diz respeito à natureza jurídica daquela situação ou de seus aspectos. A qualificação trata da análise da relação fática como um todo.

Três teorias tentam explicar a qualificação (melhor doutrina: Dolinger)

- “*lex fori*”: lei do foro, a lei de onde aquela situação está sendo analisada ou interpretada. É a teoria adotada no Brasil e em praticamente todos os países latino-americanos. Como a qualificação precede a escolha da lei aplicável, nada mais coerente que se adotar a qualificação no lugar onde esta lei está sendo analisada, independentemente do que diz a lei local indicativa. A análise primeira é feita pelo intérprete do ponto de vista da ordem jurídica local. Assim, determina-se qual a regra indicativa da lei a ser aplicada: se nacional ou estrangeira. Posteriormente, a situação poder ser submetida a uma ordem distinta.

Direito Internacional Privado

Para a *lex fori* o juiz ou interprete definirá a natureza jurídica do dado jurídico presente na relação a partir da análise das normas de Direito Internacional Privado internas. Como a qualificação precede a determinação da norma aplicável, essa será feita, logicamente, sob a perspectiva do sistema interno onde a questão está sendo analisada.

Ressalta-se que *lex fori* não significa a lei seca apenas, mas o ordenamento jurídico como um todo, inclusive interpretações doutrinárias e jurisprudenciais.

“A justificativa desta teoria se deve ao fato de que, em geral, quando o intérprete tiver que decidir sobre a lei aplicável para a solução de um litígio envolvendo dois ou mais sistemas jurídicos, ele recorrerá ao Direito Privado Interno. São as normas internas que irão orientá-lo na escolha da lei aplicável. Como a qualificação precede esta escolha do direito internacional, ela deve ser realizada dentro de seu próprio sistema jurídico”.

- **“*lex causae*”**: lei da causa, diz respeito a solução apresentada pela lei indireta. Na “*lex causae*” o intérprete vai diretamente à norma aplicável. A “*lex causae*” vai diretamente ao sistema indicado pela lei sem passar, anteriormente, pela definição da natureza jurídica. A “*lex causae*” é criticada porque sem qualificar não é possível saber se a lei aplicável é a estrangeira ou não. Na *lex causae* prevalece a lei estrangeira. Em dois casos, aplica-se a *lex causae* no Brasil. A teoria da *lex causae* não leva em consideração o fato de que a qualificação precede à determinação do direito aplicável.

- **Conceitos universais**: Esta teoria foi considerada utópica pela doutrina. Trata-se de se criar qualificações únicas. Não há uniformidade na adoção de conceitos.

A Lei de Introdução no Brasil apresenta um sistema coerente que veda o reenvio. Assim, aplica-se a qualificação pela *lex fori* possibilitando apenas duas exceções para a *lex causae*: os arts. 8º e 9º, que dizem respeito à matéria relativa a bens e obrigações. Ainda que não existissem os arts. 8º e 9º, seria aplicada a lei do país em que situados os bens e a lei do país em que constituídas as obrigações.

Art. 8º, LICC. *Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.*

§ 1º *Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.*

§ 2º *O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.*

Art. 9º, LICC. *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

§ 1º *Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

§ 2º *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

Direito Internacional Privado

O art. 8º é *lex causae* devido ao princípio da territorialidade, uma vez que há um vínculo físico entre o objeto sob análise e a lei do lugar em que se encontra. No caso do art. 9º, que trata das obrigações, seu fundamento repousa no princípio da autonomia da vontade, pois se as partes quiserem que se aplique outra lei que não a *lex fori*, terá de ser respeitada essa escolha. Entretanto, aqui não está escrito autonomia da vontade, mas na prática, as partes podem escolher o local da constituição da obrigação.

A qualificação não se confunde com a interpretação segundo os doutrinadores. A qualificação é uma técnica que vai me levar à lei aplicável e não uma interpretação. Na prática, entretanto, essa discussão é inócua, porque o intérprete qualifica e logo em seguida interpreta, tudo concomitantemente, e já aplica logo a lei devida. Assim, conquanto não sejam a mesma coisa, por vezes, a qualificação e a interpretação podem ocorrer simultaneamente, de modo que é difícil identificar uma e outra ação.

O PL no Brasil determina em seu art. 15 que a qualificação no Brasil será feita pela lei nacional, mas ao mesmo tempo abrirá possibilidade de reenvio* no primeiro grau. A regra geral é a *lex fori*.

Estrutura da norma de conflito:

A norma de conflito é tridimensional: há uma hipótese, um elemento de conexão e uma consequência. Pode ser que não haja coincidência entre o elemento e a consequência.

O objeto de conexão é a hipótese. A hipótese é uma situação fática que uma vez enquadrada na ordem jurídica trará uma consequência. Aqui, a hipótese será um dado jurídico, tal como bens, capacidade, ou um recorte normativo da situação fática analisada.

O elemento de conexão é o elemento que vinculado ao objeto vai gerar a consequência, não é a norma, mas o vínculo entre a hipótese e a solução do caso. O elemento de conexão que designará a lei aplicável dentre aquelas que estão em concurso.

Se o objeto forem os bens, o elemento de conexão será o local onde estão situados. A consequência é a aplicação da lei onde os bens estão situados. A consequência é a solução do caso concreto. No caso de capacidade, utiliza-se o elemento domicílio. O resultado é a aplicação da lei do domicílio.

O elemento de conexão conecta o objeto, entendido como a categoria jurídica importante naquela situação fática, ao seu resultado. O resultado, no caso de capacidade, é a aplicação da lei do domicílio.

5ª aula, sexta-feira, dia 26 de agosto de 2011.

Estrutura da norma de conflito (continuação):

A estrutura da norma de conflito diz respeito a um **objeto de conexão** vinculado a um **elemento de conexão** que estabelecerá uma **consequência**.

Objeto de conexão: “O conceito quadro ou objeto de conexão tem como função definir a tarefa normativa de que há de incumbir-se a lei indicada pelo elemento de conexão e que preencherá a esfera de competência dessa lei.”

Direito Internacional Privado

Elemento de conexão: “O elemento de conexão tem função indicativa, isto é, vai mostrar que direito intervém com função subordinante apontado pela expressão variável e que é utilizável de acordo com as circunstâncias que fixam o elemento vinculativo podendo ser a nacionalidade, a residência, o domicílio, o lugar da situação dos bens, da interpretação do delito, etc.” (Irineu Strenger)

O elemento de conexão é conceito técnico que pode ser ou não jurídico. Serve para individualizar qual a ordem será utilizada para se chegar à consequência.

Art. 6º, CP: *Considera-se praticado o crime no lugar em que ocorreu a ação ou omissão, no todo em parte, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado.*

O objeto de conexão no caso é o crime. O elemento de conexão é o lugar de sua prática e a consequência será a aplicação da lei do local onde o crime foi cometido.

Art. 7º, §4º, LICC: *O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.*

O objeto de conexão, no caso, é o regime de bens. O elemento de conexão é o domicílio conjugal ou em caso diverso o primeiro domicílio do casal. A consequência é, em se tratando de regime de bens, aplica-se a lei do local onde os cônjuges estão domiciliados ou o local de seu primeiro domicílio.

A norma unilateral é aquela que indica a norma nacional como a norma aplicável.

Pode haver elemento de conexão distinto da consequência? Na maioria das vezes eles irão se coincidir, mas, pode ser que em alguns casos sejam diferentes. Nos ordenamentos que utilizam a teoria do vínculo mais estreito, as consequências não necessariamente coincidirão com os elementos de conexão já que esta teoria é aplicada caso a caso.

Consequência jurídica: A consequência jurídica consiste na atribuição de aplicação da lei que, em concreto, for designada pela conexão relevante. A lei aplicável a questão concreta a resolver será aquela com a qual a relação *sub judice* estiver em contato através do elemento de conexão considerado decisivo pelas regras de conflito.

Se cada ordem jurídica prevê um elemento de conexão, pode-se criar certa confusão entre ordenamentos. Há uma necessidade de haver uma harmonia jurídica internacional entre estes elementos de conexão. Há certa convergência, segundo a tradição jurídica de cada ordem. Os países latino-americanos, normalmente, adotam a lei do domicílio. Os países europeus, usualmente, adotam a lei da nacionalidade.

Os elementos de conexão podem se referir a pessoas, bens, atos jurídicos. Pode se falar em elementos de conexão relativos à responsabilidade e ao direito de família.

Elementos de conexão:

- Elementos pessoais: A pessoa aqui tem que ser entendida em seu sentido mais amplo possível. É o conjunto de atributos que individualizam a condição da pessoa diante da ordem jurídica. Este conjunto de atributos permite que a norma tenha um alcance maior em relação a determinadas pessoas do que outras. Determina a proteção que esta pessoa receberá em relação à ordem jurídica.

Direito Internacional Privado

- *Lex patriae*: É o critério da nacionalidade. Os países que a adotam o fazem com base em diversas questões. A primeira delas é a tradição, ou seja, a vontade de manter as tradições jurídicas e culturais daquele estado. A segunda é a estabilização. É mais fácil determinar a nacionalidade que o domicílio. O domicílio pode ser mudado com maior facilidade. Há ainda o argumento da certeza que será detectada a partir da constatação de onde vem essa pessoa.

- *Lex domicili*: É o critério do domicílio; aqueles que defendem este critério o fazem com base em algumas questões. A primeira delas é a questão do interesse do imigrante, pois a lei do local onde a pessoa se encontra seria aquela que melhor facilitaria a realização de negócios. Isto porque é a pessoa, muitas vezes, conhece mais a lei do local onde se encontra do que a do local em que nasceu. A outra questão diz respeito a preservação dos interesses de terceiros que contratam com pessoas que se regem pela lei do domicílio. A terceira questão, por fim, diz respeito a “assimilação” que é a incorporação da pessoa ao estado. Hoje, sabe-se que a questão do multiculturalismo é altamente polêmica. Outro argumento é a facilitação das relações familiares, pois muitas vezes a pessoa que se fixa em um território constituirá nele sua família. Por fim, há a coincidência com a jurisdição.

Elementos de conexão:

1. **Pessoal**: Diz respeito à personalidade, nome, capacidade e família. Em relação a estes aspectos, será utilizada a lei do domicílio.

Art. 7^a, §1^o, LICC: *Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.*

Diz respeito ao *lex loci celebrationis*. Impedimento e capacidade dizem respeito a questões distintas. “O local rege o ato.” (*loci regit actum*)

Art. 1521, CC/2002: *Não podem casar:*

I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;

II - os afins em linha reta;

III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV - os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V - o adotado com o filho do adotante;

VI - as pessoas casadas;

VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

O artigo enumera os impedimentos para a celebração do casamento. O art. 1523 diz respeito, por sua vez, a causas suspensivas que atuam sobre a possibilidade de se constituir vínculo matrimonial. Impedimento não é mesma coisa de incapacidade civil. Impedimento é incapacidade para o matrimônio em razão das circunstâncias elencadas pelo Código Civil. Para que o matrimônio seja juridicamente válido, há um procedimento anterior chamado de habilitação.

Direito Internacional Privado

6ª aula, terça-feira, dia 30 de agosto de 2011.

No direito cambiário, a capacidade em relação a esses títulos rege-se pelo princípio da nacionalidade (Convenção de Cheques e das notas promissórias de Genebra). Trata-se de uma exceção à regra da lei do domicílio.

Casamento de brasileiro no exterior:

Art. 7º, § 1º, LICC: *Realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração.*

Prevalecerá a “*lex loci celebrationis*”. Aplica-se, neste caso, as leis do local da celebração.

Art. 1544, CC/2002: *O casamento de brasileiro, celebrado no estrangeiro, perante as respectivas autoridades ou os cônsules brasileiros, deverá ser registrado em cento e oitenta dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no cartório do respectivo domicílio, ou, em sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir.*

Art. 17, LICC: *As leis, atos 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.*

Para o caso de casamento de brasileiro celebrado no estrangeiro é necessário o registro. O registro é meramente declaratório e a sua falta não invalida o casamento. Poderá obstar a realização de algum ato. Hoje, esta situação é muito elástica. A questão do prazo não vale para nada, pois se o registro for feito posteriormente os efeitos são os mesmos, assim, a doutrina critica esse artigo pela desnecessidade de estipulação de prazo uma vez que não há sanção para seu descumprimento.

A falta de registro não invalida o casamento, pois o casamento é válido desde o momento de sua celebração. O registro serve apenas para dar publicidade do estado das pessoas. Quanto aos impedimentos, aplica-se o art. 17 da LICC, assim, o casamento de pessoas impedidas ofende a ordem pública (interesse que transcende os interesses particulares).

Ressalta-se que há gradações da ordem pública, assim, há atos que podem ter seu reconhecimento parcial. No caso do casamento poligâmico realizado no exterior pode-se reconhecer alguns dos efeitos do casamento, como, por exemplo, o dever de prestar de alimentos. O reconhecimento serve para preservar os interesses das pessoas, logo deve ser a regra e o não reconhecimento deve ser a exceção.

No caso do casamento dos casais homoafetivos, o art. 17 da LICC será o fundamento para o seu não reconhecimento, pois este artigo veda que os atos violadores da ordem pública - normas de caráter cogente - sejam reconhecidos no Brasil. Todavia, pelo princípio da harmonia internacional, o Estado é obrigado a reconhecer os atos praticados pelos demais. Assim, o não reconhecimento deve ser a exceção e jamais a regra.

Direito Internacional Privado

Contudo, se a ordem jurídica pátria não reconhece o casamento homo-afetivo, a união estável é permitida. Assim, promover-se-á a **adaptação**, que ocorre quando um instituto estrangeiro não encontra similar na ordem nacional, devendo ser feita, portanto, uma adaptação a partir do instituto mais próximo. A finalidade de se reconhecer os efeitos de um ato praticado no exterior é proteger o interesse das partes. É melhor adaptar do que negar seus efeitos. O reconhecimento deve ser obstado em casos excepcionais, quando presentes os elementos que limitem a aplicação da lei estrangeira.

Salienta-se ainda que se pessoas impedidas casam no exterior, os efeitos do casamento podem até ser reconhecidos aqui, mas o casamento em si é tido como nulo e é impossível o registro, assim, as partes voltam ao *status quo*, podendo inclusive casar-se com terceiros, pois a capacidade é regida pelo local do domicílio.

Casamento de estrangeiro realizado no Brasil:

Neste caso, aplica-se a lei brasileira sem maiores controvérsias. A questão do casamento consular será tratada adiante. A capacidade para casar deste estrangeiro, submete-se a a lei do domicílio.

Se o estrangeiro casou-se no exterior e depois se divorciou pela lei estrangeira, poderá casar no Brasil? Em princípio não há óbice para realizar casamento aqui no Brasil, mas essa questão é altamente controversa. Antigamente, a sentença de separação era declaratória, hoje é constitutiva.

Casamento de estrangeiro realizado no exterior:

Não há necessidade de registro do casamento de estrangeiro realizado no exterior em Cartório Civil no Brasil, pois este será regido pela lei do local de celebração, não havendo que questioná-lo do ponto de vista material.

Art. 129, LRP (Lei 6.015/1973): *Estão sujeitos a registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros:*

§6º: *“todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal”*

Aplica-se a lei do local do casamento. Para que produza efeitos no Brasil é necessário o registro no Cartório de Títulos e Documentos. Um documento estrangeiro para que válido no Brasil deve ser registrado no Cartório de Títulos e Documentos. Este registro dá autenticidade ao documento, mas não constitui o ato. A autenticidade do documento tem que ser verificada posteriormente. Isto dá publicidade ao ato e atesta a sua validade formal (e não a validade de conteúdo).

Se o casamento celebrado no exterior for contrário a ordem pública (por exemplo, caso se trate de um casamento celebrado entre pai e filha)? Para Dolinger e para Nádia de Araujo, nos termos do art. 17 da LICC, este casamento será considerado nulo no Brasil. No caso do

Direito Internacional Privado

casamento poligâmico pode haver reconhecimento de alguns de seus efeitos. Está é uma questão muito complexa.

Aplica-se ao casamento a lei do local de sua celebração. Se, contudo, o casal não seguiu a lei do local de celebração, o casamento é inválido na sua origem e não pode ser reconhecido no Brasil.

Imagine que dois brasileiros se casaram no exterior e compraram um imóvel. A partir de que marco temporal é reconhecido a existência do casamento? Da data do registro no Brasil ou de sua celebração no exterior? O STF determinou que a partir da celebração, logo, o bem adquirido após a celebração, mas antes do registro, faz parte do patrimônio comum do casal.

Hipóteses mais usuais de reconhecimento do casamento no Brasil:

1) Casamento de brasileiro no exterior - necessidade de registro, art. 1544, do CCB. A ordem pública pode ser utilizada como fundamento para impedir o reconhecimento de efeitos (art. 17, LICC);

2) Casamento de estrangeiro celebrado no Brasil (não é casamento consular!) - aplica-se a lei brasileira em relação às formalidades;

3) Casamento de estrangeiro no exterior - não há necessidade de registro, somente autenticidade em Cartório de Títulos e Documentos (art. 129, §6º, LRP). Há discussão doutrinária sobre a aplicação da ordem pública.

E se a pessoa se naturaliza aqui no Brasil? Deverão ser reconhecidos os efeitos? Em princípio pode haver registro de pessoas naturalizadas. A jurisprudência durante muito tempo discutiu essa possibilidade. Há um caso de vontade de reconhecimento de casamento por parte dos cônjuges para, posteriormente, realizarem o divórcio. Admitiu-se o registro para posterior efeito para a ação de divórcio. Em caso de naturalização, entende-se que pode haver o registro.

Casamento consular:

Art. 7º, §2º, LICC: *O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.*

O consulado é órgão estrangeiro. O casamento consular é permitido devido ao princípio do reconhecimento dos atos soberanos dos estados. Para tanto, o estado de origem deve atribuir às pessoas competências para tal. Cada estado determina as funções de sua estrutura funcional. Em primeiro lugar, portanto, o estado de origem deverá expressar esta atribuição. Além disso, o outro estado deverá aceitar os atos praticados pelas autoridades do país de origem, em seu território.

Além disso, o art. 7º, §2º possui aplicação restritiva já que a redação do artigo se refere a “ambos os nubentes”. Se um polonês quiser casar com uma francesa no Brasil, este casamento não poderá ocorrer já que a norma de DIP exige que os nubentes tenham mesma

Direito Internacional Privado

nacionalidade. Se o casamento for realizado perante o consulado polonês e após perante o consulado francês, a doutrina diz que, ainda assim, o casamento não será válido.

Antigamente, o território da embaixada era considerado uma extensão do estado. Pouco a pouco, veio se entendendo que a lei local podia ser aplicada no território da embaixada. Para efeitos do casamento, ainda que a doutrina não concorde com esta posição, a embaixada é considerada uma extensão do estado, aplicando-se, portanto, a sua lei.

Invalidação do casamento:

Art. 7º, §3º, LICC: *Tendo os nubentes domicílio diverso, rege os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.*

Antes o domicílio do casal era estabelecido conforme o domicílio do marido. Hoje, após a equiparação entre direitos e deveres dos cônjuges, o domicílio é estabelecido em comum acordo do casal.

Aplica-se a lei do primeiro domicílio conjugal quando os cônjuges mudam de país? Esta é a questão que se coloca. A princípio, conforme o artigo acima, seria aplicada, a lei do primeiro domicílio do casal. Esta posição vem sendo criticada, pois trata-se, na realidade, de uma imposição.

Há um caso famoso na jurisprudência brasileira de uma viúva rica que queria se casar com um jovem, no Uruguai, onde ela possuía fazendas. No momento da celebração, declararam que o domicílio do casal seria no Uruguai, mas passados menos de trinta dias, retornaram ao Brasil. Quando da separação, o varão queria discutir sobre o regime de bens. O Judiciário entendeu que não se aplicaria o primeiro domicílio conjugal e sim o primeiro domicílio declarado pelas partes. Se os cônjuges morarem em países distintos, será aplicada a lei do domicílio escolhido pelas partes. Hoje em dia, no CC/2002 já se encontra consolidada a possibilidade de escolha do domicílio pelos cônjuges.

7ª aula, terça-feira, dia 06 de setembro de 2011.

Art. 7, §4º, LICC: *O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, a do primeiro domicílio conjugal.*

Art. 1.569, CC/2002: *O domicílio do casal será escolhido por ambos os cônjuges, mas um e outro podem ausentar-se do domicílio conjugal para atender a encargos públicos, ao exercício de sua profissão, ou a interesses particulares relevantes.*

Mesmo antes do CC/2002, valia a declaração feita pelas partes. Em geral, se especifica o primeiro domicílio conjugal quando não há declaração das partes. Ainda assim, esta questão é controversa. Com o CC/2002, a declaração dos cônjuges continua a ser válida.

No caso da união estável, é levada em conta também a declaração feita pelas partes. Se não há nenhum tipo de declaração das partes, entende-se que será o primeiro domicílio conjugal.

Direito Internacional Privado

Pode o regime de bens ser modificado após o casamento? Anteriormente, na vigência do Código de 1916 não poderia, pois havia o princípio da imutabilidade do regime de bens. Assim, para que o regime fosse modificado a pessoa, na prática, deveria se separar e depois se casar de novo. Hoje em dia, o Código Civil de 2002, modificou a regra. Vejamos:

Art. 1639, §2º, CC/2002: *É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.*

O princípio da imutabilidade se tornou princípio da mutabilidade dos bens. O pedido, no caso, tem que ser feito por ambos os cônjuges. Os dois devem querer, portanto, a modificação do regime. Esta mudança só pode ser feita mediante autorização judicial a fim de se resguardar os direitos do próprio cônjuge, dos filhos e de terceiros.

Qual a consequência do art. 1639 para o Direito Internacional Privado? No caso de mudança do regime de bens, derroga-se a lei do primeiro domicílio e aplica-se a lei brasileira. Esta é uma interpretação doutrinária bastante forçada, embora seja majoritária. Os autores defendem esta interpretação com base no princípio da autonomia da vontade já que a escolha do domicílio se dá justamente para preservar a vontade dos cônjuges. Quando o Brasil não admitia a modificação, e os casais o modificavam no exterior, o Brasil não reconheceria a mudança, por razões de ordem pública.

O regime convencional são os chamados pactos antenupciais. Hoje, este regime tem ficado mais comum no Brasil para evitar, no futuro, a declaração de união estável.

Art. 1653, CC/2002: *É nulo o pacto antenupcial se não for feito por escritura pública, e ineficaz se não lhe seguir o casamento.*

O pacto feito no exterior, por instrumento particular, em país que o admite desta forma, é reconhecido no Brasil? O pacto quer seja considerado contrato quer seja considerado elemento do direito de família, teria que ser reconhecido por escritura pública para que produza efeitos perante terceiros. O fato de o pacto não ter sido feito por escritura pública não significa em sua invalidez. Mas significa tão somente que vigorará o regime legal de bens, isto é, o da comunhão parcial.

A jurisprudência reconhece os efeitos do pacto celebrado sem que seja por escritura pública, mas para bens móveis deve ser feita escritura perante o Cartório competente. No caso de direitos reais, é importante que se entenda a necessidade de se registrar esse pacto ainda que os autores considerem que isto seria mera publicidade.

Art.7,§5º, LICC: *O estrangeiro casado, que se naturalizar brasileiro, pode, mediante expressa anuência de seu cônjuge, requerer ao juiz, no ato de entrega do decreto de naturalização, se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros e dada esta adoção ao competente registro.*

Art.7,§6º, LICC: *O divórcio realizado no estrangeiro, se um ou ambos os cônjuges forem brasileiros, só será reconhecido no Brasil depois de 1 (um) ano da data da sentença, salvo se*

Direito Internacional Privado

houver sido antecedida de separação judicial por igual prazo, caso em que a homologação produzirá efeito imediato, obedecidas as condições estabelecidas para a eficácia das sentenças estrangeiras no país. O Superior Tribunal de Justiça, na forma de seu regimento interno, poderá reexaminar, a requerimento do interessado, decisões já proferidas em pedidos de homologação de sentenças estrangeiras de divórcio de brasileiros, a fim de que passem a produzir todos os efeitos legais

O divórcio no Brasil, anteriormente, só ocorria dois anos após a separação. Hoje em dia, admite-se o divórcio direto, desde que cumpridas certas condições. A doutrina entende, portanto, que o prazo do art. 7, §6º não se aplica mais, pois perdeu a razão de ser. Todavia, ressalte-se o divórcio direto não pode ser feito em toda e qualquer situação. Se assim não for, o prazo do art. 7, §6º aplica-se. Se o divórcio direto for cabível, por outro lado, não há de se falar em cumprimento deste prazo. Logo, este prazo aplica-se ou não conforme as circunstâncias.

A homologação da sentença de divórcio ocorria no estrangeiro é obrigatória? No passado, havia uma discussão. Para os que entendiam que essa sentença era meramente declaratória do estado da pessoa, não era necessária homologação.

Em um caso desta natureza, o STF entendeu ser obrigatória a homologação nos termos do CPC. Assim, toda sentença de divórcio seja considerada meramente declaratória ou não tinha que ser homologada. Hoje este procedimento é feito no STJ, mas a homologação continua a ser obrigatória.

Em relação ao mérito, diz-se que este processo de homologação é de “litigiosidade contida”. Isto porque, em tese, o STJ não poderia analisar o mérito da questão. Há jurisprudência que entenda pela partilha de bens, mesmo se feita fora do Brasil. A partir da década de 90, a jurisprudência passa a aceitar a possibilidade de partilha de bens feita no exterior, desde que consensualmente estabelecido pelas partes.

Em princípio, se a partilha feita no exterior for consensual, deve haver seu reconhecimento.

Indeterminação do domicílio

Art. 7º, §8º, LICC: *Quando a pessoa não tiver domicílio, considerar-se-á domiciliada no lugar de sua residência ou naquele em que se encontre.*

Não existe possibilidade de inexistência do domicílio. O que existe é a impossibilidade de se determinar o domicílio. A LICC utiliza o chamado concurso sucessivo de critérios supletivos. Assim, fornece uma sucessão de critérios para que se descubra o domicílio da pessoa. Em princípio, o domicílio é o local da residência. Em não havendo residência, presume-se que o domicílio é onde a pessoa se encontra. Estes critérios supletivos são elementos factuais do domicílio voluntário. No caso do último critério, a doutrina tem olhar um pouco mais crítico já que possibilita a ocorrência de fraudes.

Há uma regra ainda que determina que o domicílio da pessoa é o local onde ela nasceu. Confunde-se, portanto, com a lei da nacionalidade. É esta a regra utilizada pelos países da *common law*.

Direito Internacional Privado

O projeto de Lei 296/04 estabelece um redimensionamento destes critérios. No caso da indeterminação do domicílio aplicar-se ao sucessivamente a lei da residência habitual e a lei da residência atual.

8ª aula, sexta-feira, dia 09 de setembro de 2011.

Direito ao nome de família

É o nome de família que demonstra as relações de parentesco de uma pessoa. Antigamente, no Brasil, a incorporação do nome de família se dava obrigatoriamente com o nome do marido sobre o da esposa. Hoje isso é facultativo, e pode ser feito da forma que os cônjuges quiserem.

Art. 7º, caput, LICC: *A lei do país em que domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*

O direito ao nome é regido pela lei do domicílio da pessoa.

Há dois casos famosos na jurisprudência: o caso do Japão e o caso da Itália.

No **caso do Japão** a mulher brasileira havia se casado com um homem japonês, no Japão onde era domiciliada, vindo, posteriormente, a residir no Brasil. No momento da transcrição do registro no Brasil a pessoa solicitou a incorporação do sobrenome do marido ao seu. A lei japonesa não permitia que estrangeiros incorporassem o sobrenome do marido ainda que estes fossem japoneses natos. A transcrição do registro é feita exatamente do modo como este foi expedido. Não poderia haver, portanto, modificação. O casal ajuizou uma ação solicitando a modificação do registro alegando que o direito ao nome é um direito subjetivo. Com base nestas alegações, entende-se que pode haver modificação do registro e incorporação do sobrenome do marido ao nome da mulher. Neste caso, baseado no direito personalíssimo da pessoa de modificação ao nome o Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu decisão favorável ao casal.

Há ainda o **caso da Itália**. Neste, a brasileira se casou com um italiano, na Itália. Este país não permitia a incorporação do nome do marido ao sobrenome da mulher. No Brasil, quando da transcrição do registro, a mulher solicitou a modificação do nome. A Justiça do Paraná decidiu que não poderia haver modificação no registro por se tratar este de ato de mera publicidade que não poderia mudar o teor do ato praticado na Itália. O registro não poderia ser mudado pela lei brasileira uma vez que o domicílio do casal, no momento do casamento, era a Itália. Assim, negou-se a possibilidade de incorporação do sobrenome do marido ao nome da mulher.

A doutrina, majoritariamente, entende que esta seria a melhor solução. Isto porque para o direito internacional privado, se o casamento foi celebrado validamente conforme a lei do local não poderia como se modificar posteriormente a certidão de casamento.

Quando do divórcio, em geral, a mulher pode retirar o sobrenome do marido facultada a possibilidade de se manter o sobrenome, a depender do caso concreto. Na falta de consensualidade, entende-se ser difícil esta manutenção.

Direito Internacional Privado

Outorga uxória:

Alguns atos da vida civil que envolvam o patrimônio comum dos cônjuges, exige-se a autorização do outro para sua validade. Trata-se de regulação de disposição dos bens do casal, evitando o prejuízo para um dos cônjuges e para os filhos. A outorga subsiste, então, como gerenciamento comum dos bens.

Art. 1.647, CC/2002: *Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:*

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único - São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

No regime de separação total a exigência não se aplica já que não há possibilidade de interação do patrimônio. A outorga uxória, no direito interno, é um instituto que se refere a direitos reais.

Os direitos reais no direito internacional privado se regem pela *lex rei sitae*, isto é, pelo local onde o bem está situado. No caso de outorga uxória, a jurisprudência modificou a regra. Antes, a outorga uxória não se vinculava aos direitos reais, mas à capacidade dos cônjuges. Assim, regia-se pela lei do domicílio. Depois, voltou-se para a *lex rei sitae* no sentido de que a outorga uxória seria regida pela lei do local onde o bem se encontrasse. Em um último momento, a outorga uxória se referia à forma dos atos no sentido da manifestação de vontade das pessoas ao realizar aqueles atos que irão influir sobre direitos reais, mas que possuem forma peculiar e que, portanto, seguirão a forma brasileira.

A última manifestação da jurisprudência entendeu-se neste sentido: a outorga uxória deveria seguir as formalidades exigidas pela lei brasileira. Se for a forma do ato que for válida, isto se refere aos casos celebrados no Brasil. Em se tratando de outros países, valerá a forma prescrita em cada um deles pelas leis de direito internacional privado internas.

Determinação da Nacionalidade da Pessoa Jurídica

Art. 11, LICC: *As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.*

Só interessa ao Direito Internacional Privado os atos praticados por sociedades internacionais. Como ocorre o reconhecimento da pessoa jurídica? As pessoas jurídicas são reconhecidas pela ordem jurídica não se podendo, a despeito da doutrina que entende o contrário, se falar em nacionalidade.

Em geral, a nacionalidade das pessoas é dada pelo local de seu nascimento ou pela nacionalidade de seus ascendentes, isto é, pelo sangue. Existem outros critérios. O critério

Direito Internacional Privado

adotado pelo Brasil hoje é o misto: já existe possibilidade de reconhecimento da nacionalidade brasileira àqueles que nasceram no exterior.

A pessoa física nasce de um fato. Sua nacionalidade é determinada pelo nascimento. A pessoa jurídica, por outro lado, nasce de um ato: contrato, estatuto social, registro. Portanto, refere-se a critérios mais técnico jurídicos do que políticos propriamente.

Quais critérios existem hoje para reconhecimento da pessoa jurídica? São três: da sede, da incorporação e do controle.

O que determina o **critério da sede**, adotado em países europeus, é a lei do local onde a empresa tiver sua sede principal, centro de negócios, a “cabeça” da administração. Aqui se refere à sede estatutária e não à sede física. O critério da sede determina que a pessoa jurídica se submeta à lei do local onde estiver determinada a sua sede.

A defesa do critério da sede aponta três características a ele favoráveis: a previsibilidade, a sinceridade (critério que coíbe fraudes) e o realismo. A sociedade deve reger-se pela lei do local onde está sua sede. Este elo além de ser mais acorde com a realidade, será mais estável no sentido de que dificilmente a pessoa jurídica modificará o seu centro de decisões.

Art. 1126, CC/2002: *É nacional a sociedade organizada de conformidade com a lei brasileira e que tenha no País a sede de sua administração.*

Parágrafo único - Quando a lei exigir que todos ou alguns sócios sejam brasileiros, as ações da sociedade anônima revestirão, no silêncio da lei, a forma nominativa. Qualquer que seja o tipo da sociedade, na sua sede ficará arquivada cópia autêntica do documento comprobatório da nacionalidade dos sócios.

Pelo **critério da incorporação**, a pessoa jurídica será regulada conforme a lei do país em que se constituir. Então, para aqueles que adotam o critério da incorporação, a nacionalidade da pessoa jurídica se determina pelo local onde ela foi constituída. Este é o critério adotado pela LICC para o reconhecimento da pessoa jurídica estrangeira. Para a pessoa jurídica nacional interna, faz-se necessária a constituição sob a forma das leis brasileiras. O art. 11º determina somente o critério da incorporação. **Para efeitos da LICC, vale o critério da incorporação.**

O **critério do controle** se determina, exclusivamente, pela nacionalidade dos detentores do capital daquela pessoa jurídica. Este critério foi muito utilizado durante as duas guerras especialmente para expropriar a empresa dos inimigos.

Barcelona Traction: Trata-se de uma empresa canadense, cujos sócios eram belgas e realizavam atividade na Espanha. O ditador espanhol Franco começou a criar dificuldades ao funcionamento da empresa, até promover sua falência. O governo belga tentou negócios com a Espanha, mas não logrou êxito. O Tribunal Internacional julgou que o governo belga não possuía legitimidade para interferir na relação, pois julgou, majoritariamente, que a empresa era canadense, e não belga. Adotou-se, neste caso, o critério da incorporação.

Praticamente todas as convenções inclinam-se pelo critério da incorporação, exceto as europeias. O reconhecimento diz respeito àquilo que vai reger o estatuto da pessoa jurídica. A necessidade de reconhecimento da nacionalidade se deve ao fato do estabelecimento ser

Direito Internacional Privado

aplicável a determinada pessoa jurídica e aos atos por ela praticados. No Brasil, vale o critério da incorporação para determinar o direito material que será aplicável à constituição, extinção e todos os demais atos praticados pela pessoa jurídica.

Empresa estrangeira no Brasil:

Se uma pessoa jurídica quiser se estabelecer no Brasil, a primeira opção seria que ela se constituísse conforme a lei estrangeira e estabelecesse aqui a sua sede. Na realidade, o que ocorre na maioria das vezes é que para funcionar no Brasil as empresas estrangeiras pedem autorização ao governo brasileiro.

Art. 11, §1º, LICC: *Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.*

O fundamento da norma é duplo: trata-se de uma solução técnica apresentada pelo Direito Internacional Privado para reconhecer pessoas jurídicas que atuem em território nacional. Além disso, seu fundamento diz respeito à proteção dos credores que contratam com esta empresa, de seus trabalhadores e até mesmo do próprio Estado brasileiro. O critério da sede nacionaliza a empresa. No caso, a empresa continua a ser pessoa jurídica estrangeira. Todavia, é autorizada a funcionar no Brasil. Esta autorização de funcionamento só vale quando a empresa quer aqui se estabelecer. O fato de ela não ter autorização não significa que ela não possa contratar com outra empresa brasileira ou mesmo com outra empresa estrangeira.

A necessidade de se pedir autorização para funcionamento não significa que a empresa irá adquirir nacionalidade brasileira. Este funcionamento determinará a competência internacional do juiz brasileiro, pois irá recair sobre uma pessoa jurídica estrangeira, mas que por razões imperativas deve-se submeter à legislação brasileira depois de obtida a autorização.

9ª aula, terça-feira, dia 13 de setembro de 2011.

Determinação *lex societatis*

Art. 11, §1º, LICC: *Não poderão, entretanto ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo Governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.*

Art. 1134, CC/2002: *A sociedade estrangeira, qualquer que seja o seu objeto, não pode, sem autorização do Poder Executivo, funcionar no País, ainda que por estabelecimentos subordinados, podendo, todavia, ressalvados os casos expressos em lei, ser acionista de sociedade anônima brasileira.*

§ 1º *Ao requerimento de autorização devem juntar-se:*

I - prova de se achar a sociedade constituída conforme a lei de seu país;

II - inteiro teor do contrato ou do estatuto;

Direito Internacional Privado

III - relação dos membros de todos os órgãos da administração da sociedade, com nome, nacionalidade, profissão, domicílio e, salvo quanto a ações ao portador, o valor da participação de cada um no capital da sociedade;

IV - cópia do ato que autorizou o funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território nacional;

V - prova de nomeação do representante no Brasil, com poderes expressos para aceitar as condições exigidas para a autorização;

VI - último balanço.

§ 2º Os documentos serão autenticados, de conformidade com a lei nacional da sociedade requerente, legalizados no consulado brasileiro da respectiva sede e acompanhados de tradução em vernáculo.

Os requisitos não são para constituição. A competência para analisar e autorizar o funcionamento das empresas estrangeiras no Brasil pertence hoje ao Departamento Nacional de Registro Comercial (Portaria n.º 14/2006), vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio, conforme portaria de 2006. Serão analisados os requisitos do art. 1.134 do CC/2002, no prazo de 120 dias.

Se um empresário estrangeiro quiser fixar no Brasil uma empresa, deverá fazer um requerimento e dar entrada no procedimento de análise do DNRC. O despacho de autorização é publicado no Diário Oficial. A autorização é prévia e obrigatória. O grande problema da autorização, na prática, é o prazo. A previsão deste prazo é de 120 dias. Todavia, na prática, o procedimento demora, dependendo da situação, em torno de um ano e meio ou até dois anos. Do ponto de vista documental, não existem grande problemas.

Há, contudo, a possibilidade de nacionalização da empresa conforme o art. 1141 do CC. A autorização é uma etapa prévia da nacionalização. A empresa estrangeira que quer se nacionalizar deverá transferir sua sede para o Brasil (art. 1126 do Código Civil).

Poderá ser cassada a autorização de funcionamento? A cassação pode ocorrer e é uma revogação, conforme o art. 1125 do CC/2002. Fraudes que atentem contra a ordem pública e jurídica podem ocasionar na cassação da autorização. O tipo de fraude, para a doutrina, independe para que a autorização seja cassada: poderá se tratar de fraude trabalhista, tributária ou contratual. Esta visão é passível de controvérsias.

Art. 1125, CC/2002: *Ao Poder Executivo é facultado, a qualquer tempo, cassar a autorização concedida a sociedade nacional ou estrangeira que infringir disposição de ordem pública ou praticar atos contrários aos fins declarados no seu estatuto.*

Art. 1135, CC/2002: *É facultado ao Poder Executivo, para conceder a autorização, estabelecer condições convenientes à defesa dos interesses nacionais.*

Parágrafo único - Aceitas as condições, expedirá o Poder Executivo decreto de autorização, do qual constará o montante de capital destinado às operações no País, cabendo à sociedade promover a publicação dos atos referidos no art. 1.131 e no § 1º do art. 1.134.

“Interesse nacional” é um conceito indeterminado ou para o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de um conceito plurissignificativo. Se o ato que autoriza o

Direito Internacional Privado

funcionamento é um ato discricionário, por óbvio que poderá ser revogado. A professora diz que a defesa do interesse nacional é um conceito jurídico indeterminado, logo, enseja discricionariedade (discordo frontalmente dessa concepção, pois entendo que a autorização é um ato em si discricionário, e não em virtude de um conceito impreciso ou indeterminado. Por isso a revogação a qualquer tempo (art. 1.125, CC/2002).

O art. 1.135 estabelece que o Executivo pode criar novos critérios para autorização.

A primeira obrigação resultante da autorização para funcionamento é que a empresa estrangeira estará submetida às leis e aos tribunais brasileiros. Além disto, ficará esta empresa proibida de realizar certas atividades, vedadas às empresas estrangeiras.

Art. 222, CF/88: *A propriedade de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.*

O fundamento da regra é o controle da programação. Seu fim, na prática, é a proteção dos interesses das empresas nacionais. As empresas devem possuir representantes no Brasil. Em geral, estes representantes são advogados.

Outra obrigação da empresa é arquivar as folhas do DOU e dos documentos que instruíram o pedido de autorização na Junta Comercial. Esta Junta Comercial deverá ser a da unidade federativa onde a empresa irá se instalar. A última obrigação é a publicação de informações relativas ao exercício financeiro social.

A filial, agência ou sucursal da matriz estrangeira situada no Brasil fica considerada como estabelecimento físico autônomo com administração própria sendo que os efeitos da declaração da falência, por exemplo, serão produzidos tão somente em relação aos bens do empresário estrangeiro situados no Brasil não envolvendo a matriz no exterior nos termos do art. 3º da Lei 12.101/2005.

Art. 9º, LICC: *Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

§ 1º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

As obrigações se submetem à lei do país em que se constituíram. Aqui, tratam-se de obrigações de caráter contratual. Há uma discussão na doutrina se estas obrigações poderiam ser de caráter extracontratual. A responsabilidade extracontratual engloba todas aquelas que não são derivadas de contratos.

Existe autonomia da vontade no DIP? A jurisprudência e a doutrina são divergentes. Aqui estamos falando de lei aplicável. As convenções internacionais prevêm a autonomia da vontade.

Obrigações resultantes da autorização:

Direito Internacional Privado

1) Sujeição às leis e aos tribunais brasileiros (jurisprudência internacional do caso de empresa japonesa que funcionava no EUA e só escolhia japoneses para altos cargos sociais. Mulheres americanas demandaram por discriminação, e a empresa se defendeu argumentando que era somente autorizada para funcionar. Entretanto, ela foi constituída nos EUA, o que a levou à derrota).

2) Proibição de promover atividades vedadas pela lei brasileira (Ex: radio difusão - art. 222 da CR/88). Fundamento - preservação da cultura brasileira.

3) Arquivar na Junta Comercial o diário oficial da União (DOU) com a publicação do despacho de autorização do Ministro, para dar publicidade ao ato;

4) Impossibilidade de modificação do contrato social sem autorização do Poder Executivo, sendo atinente às condições originárias do contrato que ensejaram a autorização;

5) Obrigação de publicar informações consolidadas de seu relatório econômico e balanço patrimonial segundo a lei de sua nacionalidade (art. 1.140, do CCB). Para dar publicidade aos credores externos. Na prática publica-se o extrato do balanço patrimonial segundo as leis nacionais e o relatório segundo a lei brasileira. Em tese isso é errado, mas é assim que é feito.

10ª aula, terça-feira, dia 20 de setembro de 2011.

Art. 9º: *Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.*

§ 1º *Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

§ 2º *A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.*

Princípio da precaução: na falta de certeza científica absoluta, não se adotará a atividade. É diferente do princípio da prevenção. Esta construção fala da probabilidade do risco, probabilidade de ocorrência do dano.

A lei que irá reger as obrigações é a *locus regit actum*, isto é, a do local onde estas se constituírem.

Esta regra é muito criticada por alguns doutrinadores uma vez que consistiria em uma limitação à autonomia da vontade, impedindo que os contratantes possam, livremente, escolher a lei aplicável para qualificar e reger as suas obrigações.

A autonomia da vontade vincula-se à liberdade de escolha; é a possibilidade das partes auto-regularem seus interesses da forma que melhor lhe convier, respeitados os limites da ordem pública nacional e internacional. A auto-regulação se dá em prol do sujeito. O fato de se ter autonomia da vontade não quer dizer que se possa desconsiderar a ordem jurídica vigente. A autonomia da vontade não é absoluta, é plena, mas relativizada pelas normas impostas pela ordem jurídica a qual se vincula.

Existe autonomia da vontade em Direito Internacional Privado no Brasil?

Direito Internacional Privado

A autonomia da vontade é limitada pelo art. 9 no que se refere à escolha da lei aplicável. Esta limitação diz respeito a uma norma de ordem pública que não pode ser afastada pelas partes. Existe, portanto, autonomia da vontade nos contratos e obrigações internacionais. O STJ tem decisões contrárias e a favor.

Na prática, esta discussão é pouco importante. As grandes empresas quando celebram grandes contratos internacionais possuem saídas, lícitas, para que esta situação não ocorra. O fundamento da norma é estabelecer a lei aplicável. Porque esta lei não pode ser a escolhida pelas partes? A tendência hoje é o reconhecimento da autonomia da vontade.

No Brasil não há possibilidade de troca de mercadoria defeituosa, adquirida no exterior, ainda que a empresa possua representação no Brasil. A jurisprudência anteriormente já admitiu esta possibilidade em relação a uma máquina filmadora adquirida em Miami.

A autonomia da vontade poderia levar ao desequilíbrio do contrato, pois uma das partes pode ser desfavorecida com a escolha de determinada lei. Em geral, nos contratos internacionais, existe cláusula arbitral. A arbitragem se refere à possibilidade de se aplicar ao conflito uma forma distinta da solução judicial. Alguns doutrinadores afirmam que a arbitragem não trouxe autonomia da vontade aos contratos internacionais. Contudo, não se pode negar que o que a arbitragem permite é que as partes possam escolher qual a forma pela qual as controvérsias serão solucionadas.

A arbitragem permite que as partes possam compor em caso de conflito e chegar a um resultado. É possível haver a eleição do foro e da lei aplicável. Outro problema gerado pela não aceitação da autonomia da vontade se refere ao crescimento do comércio internacional. Os países latino-americanos adotam a lei aplicável como o local da constituição da obrigação. Quando há um contrato entre uma pessoa que adota a autonomia da vontade e outra que adota a regra da constituição da obrigação, surge um problema. Em 1994, criou-se a Convenção Interamericana sobre Contratos Internacionais visando o estabelecimento de regras relativas à autonomia da vontade. Esta convenção influencia o projeto de lei em tramitação.

Art. 7º da Convenção: *O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.*

A eleição de determinado foro pelas partes não implica necessariamente a escolha do direito aplicável.

Art. 8º da Convenção: *As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.*

No Projeto de Lei da nova LICC, o art. 12 que tratará das obrigações contratuais seguirá a mesma lógica do art. 8º da Convenção Interamericana sobre Contratos Internacionais.

Direito Internacional Privado

Teoria dos vínculos mais estreitos:

Esta teoria predomina no Projeto de Lei (§1º do art. 12). A aplicação desta teoria criou polêmica na doutrina brasileira, mas hoje esta possibilidade é real. Esta convenção ainda não foi incorporada pelo Brasil. Assim, existem casos em que a jurisprudência aceitou a autonomia da vontade e outros em que não aceitou.

Pode o interprete transformar uma norma em norma imperativa ainda que o legislador não o tenha feito? Como saber se a norma é imperativa ou não? As partes, ainda que assim desejem, não podem derogar limitação estabelecida pelo sistema. A ordem pública, contudo, é mutável no tempo e no espaço. A norma imperativa não pode ser alterada pelas partes porque o sistema assim determina.

A ordem pública como limite à autonomia da vontade pode ser flexibilizada no sentido de ser interpretada segundo a visão do julgador, mas não pode importar em limitação à proteção do direito. O interprete não pode diminuir o grau de proteção conferido à determinado direito.

A autonomia da vontade se expressa na interface entre a liberdade de escolha do direito aplicável e os limites estabelecidos pelas ordens jurídicas nos quais tais obrigações serão executadas.

Art. 9, § 1º LICC: *Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.*

O §1º do art. 9º diz respeito às obrigações que serão executadas no Brasil as quais deverão seguir as formalidades estabelecidas pela lei brasileira. A lei que rege as obrigações é a lei do local onde elas se constituíram. Parte-se do princípio que aquele que analisa a obrigação, analisa a lei do local onde ela foi constituída. Observar-se-ão, assim, as formalidades impostas pela lei brasileira quanto à constituição daquela referida obrigação.

O que prevalece são as formalidades essenciais? Sim, se a obrigação for executada no Brasil. Deve-se analisar se a obrigação se constituiu de forma devida em relação às formalidades do local onde se constituiu. Em um segundo momento, deve-se analisar as exigências impostas pela lei brasileira em relação à execução da obrigação. Na parte que se refere às formalidades essenciais, o contrato deverá seguir a *locus regit actum*. Permite a observância da lei nacional em contraposição à lei do local da constituição. Isto não significa que o sistema jurídico brasileiro ignorou o *locus regit actum*. A não observância de forma essencial prevista pelo direito brasileiro pode acarretar nulidade absoluta do ato.

Art. 166, CC/2002: *É nulo o negócio jurídico quando:*

IV - não revestir a forma prescrita em lei;

V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade;

Direito Internacional Privado

11ª aula, sexta-feira, dia 23 de setembro de 2011.

FALTA

12ª aula, terça-feira, dia 27 de setembro de 2011.

Atraso

Art. 8º: *Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.*

§ 1º *Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens moveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.*

§ 2º *O penhor regula-se pela lei do domicílio que tiver a pessoa, em cuja posse se encontre a coisa apenhada.*

Quanto aos direitos reais aplica-se o *lex rei sitae*, isto é, a lei do local onde estão situados.

Teoria dos vínculos mais estreitos: Esta teoria foi criada no sistema norte-americano e busca descobrir qual sistema jurídico possui os vínculos com os elementos fáticos mais adequados à resolução da demanda, visando evitar a fraude na determinação da regra de conexão.

Esta teoria cria certa discricionariedade do juiz, mas na verdade tal escolha se pauta pelos elementos jurídicos que estão vinculados à situação do objeto de conexão. Baseia-se, portanto, no princípio da verdade real. Em um sistema de *common law*, que não é rígido nem legalista, a teoria dos vínculos mais estreitos funciona muito bem. No Brasil e demais países de *civil law*, não se sabe se, na prática, esta teoria funcionará de forma adequada. Contudo, deixar de aplicá-la seria grande retrocesso.

Pelo penhor, **o devedor transfere ao credor a posse de um bem móvel**. O bem dado em penhor é chamado bem empenhado. O credor pignoratício passa a ter a posse direta do bem. Se o devedor adimplir sua obrigação, o credor devolve a coisa que está em seu poder. Se o devedor não quita a dívida, o credor promove a venda judicial da coisa (ou extrajudicial se o contrato assim permitir). Vale, no caso do penhor, a lei do local do domicílio no momento da constituição do direito real de garantia, nos termos do §2º do art. 8º da LICC.

Sendo assim, as questões ocorridas antes da tradição do bem deverão ser resolvidas segundo a lei vigente no domicílio do devedor. No que tange as questões ocorridas depois da tradição do bem, estas serão reguladas pela lei do domicílio do credor. Vale, portanto, a lei do local do domicílio no momento da constituição do direito real de garantia.

No caso de um avião da companhia Iberia que sai do Uruguai em direção a Espanha e passa pelo Brasil, onde é incendiado, aplica-se a lei brasileira.

No caso do navio, aplica-se a lei do país onde ele foi abandeirado, o que também é chamado pavilhão. No caso das relações privadas, não há problema na aplicação da lei do país onde foi abandeirado. Os aviões são matriculados. A questão do abandeiramento e da matrícula deve ser analisada diante de cada situação concreta.

Direito Internacional Privado

O direito das sucessões regula os bens em geral do *de cuius*, a ordem da vocação hereditária e o que caberá a cada um dos sucessores. Criou-se a necessidade de determinar uma regra de conexão que fosse aplicável ao gerenciamento dos bens, do patrimônio, rendas e dívidas do *de cuius* antes de sua morte. No DIP buscou-se estabelecer um critério, ainda que ficto, que pudesse representar a vontade manifestada pelo *de cuius* no sentido de ver a lei aplicável naquele lugar onde ele havia se estabelecido por último, antes de sua morte. Assim, a lei aplicável é a lei do último domicílio do *de cuius*. É esta a regra de conexão.

Art. 10, LICC: *A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.*

§ 1º *A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cuius. [\(Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995\)](#)*

§ 2º *A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.*

Comprovada a fraude, não significa que se afastará a aplicação da lei estrangeira. Existe a sucessão legal e a testamentária. No caso do testamento, poderão ser aplicadas quatro leis distintas. Em relação à capacidade para testar, valerá a lei do domicílio do testador. A validade extrínseca do ato será regida pela lei do local onde o testamento foi feito. A validade intrínseca do testamento será analisada segundo a lei do último domicílio do *de cuius*.

13ª aula, sexta-feira, dia 30 de setembro de 2011.

Falta

14ª aula, terça-feira, dia 11 de outubro de 2011.

Aplicação:

Para as matérias disponíveis a aplicação da lei é feita de ofício pelo juiz.

A doutrina majoritária e a jurisprudência consideram que o juiz brasileiro deverá aplicar, de ofício, a lei estrangeira. O juiz poderá afastar a aplicação do direito estrangeiro. Existe possibilidade que os limites, de forma juridicamente aceita, possam afastar a aplicação da lei estrangeira. O que se discute aqui é a obrigatoriedade do juiz aplicar a norma uma vez indicada pela regra de conexão. Na verdade, a questão do limite funciona como um escudo pelo juiz que não quer aplicar a lei estrangeira. Isto na prática. Na teoria, é um limite que deve ser observado no momento da aplicação efetiva da norma.

Prova:

Art. 14, LICC. *Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.*

Direito Internacional Privado

Logo, é necessário que àquele que invoca a norma prove a existência do texto, a vigência e o sentido da norma. O problema maior aqui não diz respeito aos métodos para apresentação desta prova, mas também a respeito de o ônus da prova poder ser ou não exigido das partes. Poderia o juiz realizar a investigação e, apenas não encontrando resposta, invocar a parte a apresentação? A quem caberia o ônus da prova? Esta prova diz respeito ao texto, vigência e sentido da norma. Segundo a doutrina majoritária, compete ao juiz buscar todos os meios necessários para a prova deste direito.

Não se trata de mero desconhecimento e sim de desconhecimento derivado de ações prévias que não conseguiram obter a prova do direito. É mais fácil o Judiciário conseguir a informação acerca da lei estrangeira do que a parte.

Existem duas convenções vigentes no Brasil que tratam dos métodos para descoberta da norma estrangeira. Estes métodos encontram-se dispostos no Código Bustamante e na “Convenção Interamericana sobre prova e informação do Direito Estrangeiro”. Ambas determinam os mecanismos que as partes e o juiz podem utilizar para provar. Não basta provar a existência. É essencial que se prove a vigência e o sentido. O sentido é a interpretação dada à norma pela doutrina e jurisprudência do país do qual ela se origina.

Existem três vias para obtenção da prova acerca da norma estrangeira. Dois destes métodos encontram-se previstos pelo Código Bustamante. Segundo esta lei, a primeira forma é por meio de **apresentação de uma certidão/parecer assinado por dois advogados** que estejam regularmente matriculados naquele país. Este parecer deverá estar legalizado seguindo o procedimento de legalização dos documentos estrangeiros. No caso do Brasil, deve-se reconhecer a firma do advogado; o Ministério da Justiça deverá reconhecer a firma do Cartório e assim em diante, conforme já estudado.

A Convenção Interamericana traz outra possibilidade: a apresentação de **prova documental consistente em cópias autenticadas de texto legal com provas de sua vigência e dos precedentes judiciais**. Cada país tem seu procedimento próprio de autenticação. Os precedentes judiciais são necessários, pois existem sistemas onde os precedentes têm valor maior do que a própria lei.

Hoje esta questão da tradição é discutível. Parte-se do princípio que os documentos emitidos pelos países do MERCOSUL não precisariam de tradução. Contudo, as línguas oficiais do MERCOSUL são o português, o espanhol e o guarani. Este último idioma não é conhecido por todos logo, imperiosa a necessidade de sua tradução.

Há ainda a possibilidade consistente na **requisição de informações do Estado onde esta lei está sendo aplicada**. Existe hoje no direito internacional público e privado diversas convenções sobre cooperação judiciária. Na prática, em geral, o país determina um órgão (no caso do Brasil é o Ministério da Justiça) onde os Tribunais podem ter suas dúvidas solucionadas. Assim, os tribunais estrangeiros podem encaminhar ao Ministério da Justiça a requisição de informações acerca de uma lei.

É obrigatória a resposta do Estado questionado em prazo breve sendo determinada também que cada estado especifique qual será o órgão competente e como se dará este intercâmbio. A grande discussão hoje é a de como fazer esta cooperação já que a cooperação judicial não é apenas troca de informações. Diz respeito, ainda, à execução das sentenças estrangeiras, à extradição, dentre outras coisas. Hoje existe praticamente uma rede integrada

Direito Internacional Privado

de cooperação entre o Brasil e outros países por meio de convenções e outros acordos bilaterais de cooperação. Note-se que esta rede funciona perfeitamente.

Outro método previsto pelas convenções é o affidavit. Este nada mais é do que um documento emitido por especialistas. Há uma discussão se o affidavit necessita de assinatura de dois advogados ou não. Este documento atesta a vigência do direito. A figura do affidavit surgiu nos Estados Unidos quando havia necessidade de prova do direito estadual. Em alguns países o affidavit tem força probatória, isto é, vale como prova da existência da lei.

No Brasil, houve um caso interessante de affidavit em uma sentença estrangeira contestada do estado de Porto Rico. As partes entraram com processo judicial em Porto Rico contra uma empresa brasileira que havia lhes vendido painéis de pressão da marca Rochedo e as painéis haviam explodido. Estas partes ganharam a demanda em Porto Rico. Como lá não havia escritório de representação da empresa-ré, as pessoas vencedoras do processo em Porto Rico vieram pedir a execução da sentença estrangeira aqui no Brasil. Dentre outras razões, negou-se o pedido porque as partes não haviam apresentado certidão de trânsito em julgado da decisão porto-riquenha. Todavia, as partes não o fizeram porque simplesmente não existe, em Porto Rico, certidão deste tipo. Diante da negativa, as partes apresentaram ao estado brasileiro o affidavit, contendo a informação de que em Porto Rico não havia certidão de trânsito em julgado da decisão. Este affidavit foi assinado por um advogado porto-riquenho. Na realidade, as partes não apresentaram vários dos documentos necessários exigidos pelo Brasil para a execução da sentença estrangeira. O relator especificou que o affidavit não estava consularizado e nem tinha sido devidamente traduzido. A Procuradoria não aceitou o affidavit apresentado exigindo a apresentação de certidão emitida pelo próprio Tribunal atestando o trânsito em julgado. O Tribunal de Porto Rico expediu um documento informando que aquela sentença havia sido definitiva. Ao final, o Ministro Joaquim Barbosa acaba reconhecendo a possibilidade do affidavit para suprir uma exigência feita pelo direito brasileiro.

A melhor solução é, portanto que se solicite ao juiz que ele mesmo requeira as informações acerca da prova da lei estrangeira.

Interpretação:

Em relação à interpretação, esta deve ser analisada no contexto de incorporação ou nacionalização da norma estrangeira.

A recepção da lei estrangeira é apenas formal ou esta deve ser aplicada pura e simplesmente, sem necessidade de incorporação? A nacionalização da norma estrangeira permite que se possa aplicá-la como norma nacional. Na recepção formal, o país incorpora esta norma como norma nacional, mas a interpreta segundo o sistema estrangeiro. Isto é uma contradição.

Na incorporação da norma, existe a possibilidade de que esta seja aplicada pura e simplesmente da mesma forma em que é no seu sistema de origem. Esta é a corrente defendida pelos autores mais renomados.

15ª aula, sexta-feira, dia 14 de outubro de 2011.

Interpretação:

Direito Internacional Privado

A recepção material nacionaliza a norma. Esta passa a ser aplicada como se norma nacional fosse e é aplicada segundo o direito interno. Na recepção formal, a norma é incorporada ao ordenamento jurídico, mas é interpretada segundo o ordenamento estrangeiro de onde foi editada.

Na aplicação pura, não há integração e interpretação segundo o regime jurídico do estado de origem. O que se discute na interpretação é como a norma deve ser interpretada. Não se discute mais a sua aplicação.

É possível obrigar um juiz a aplicar corretamente a lei estrangeira? Sim. O juiz é obrigado a interpretar a norma segundo o sentido dado por seu estado de origem. Hoje, existem várias possibilidades de prova do direito estrangeiro.

A prova deve ser feita pelo juiz. Este só pode alegar desconhecimento da norma se não conseguir, através dos meios disponíveis, prová-la.

Vide art. 409 do Código de Bustamante e art. 5º da LICC.

Não se pode interpretar a lei estrangeira sem analisar a interpretação que lhe foi dada pelo sistema de origem.

Controle de constitucionalidade da lei estrangeira:

O juiz pode declarar a inconstitucionalidade de lei estrangeira em relação a seu próprio sistema? A maioria dos doutrinadores defende que não. O juiz pode negar efeito a norma devido a necessidade de interpretá-la pelo sistema que é cabível, mas não pelo controle de constitucionalidade propriamente dito. Soberania é uma questão de competência de cada juízo sobre sua jurisdição territorial.

Há quem defenda, contudo, esta possibilidade. O juiz não pode deixar de declarar a inconstitucionalidade da norma, pois, com base nesta declaração é que poderá negar os efeitos da lei estrangeira sobre o caso concreto.

No direito europeu esta discussão é pouco latente haja vista o direito comunitário. O que se fala é em controle de convencionalidade.

Limites de aplicação:

O primeiro limite que se tem é a ordem pública. A ordem pública é uma válvula de segurança não permitindo que uma lei estrangeira impeça a aplicação de uma lei nacional protegida pela imperatividade, obrigatoriedade e finalidade.

“A intervenção da exceção de ordem pública internacional consiste no afastamento da lei designada ocasionando um efeito negativo, pois sua utilização importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Essa exceção deve ser empregada raramente.” (Nádia de Araujo).

O dever de não ingerência é uma norma cogente. A ordem pública é, na verdade, variável e relativa. Principalmente, é de difícil comprovação. A ordem pública tem algumas características: relatividade, exogenia, contemporaneidade. Estas três características foram adotadas pela doutrina no sentido de se buscar uma definição.

Direito Internacional Privado

Pela contemporaneidade, tem-se que a ordem pública deve ser definida segundo o momento em que ela for julgada. A exogenia ou fator exógeno é um fato externo que compatibiliza a ordem pública interna e a ordem pública internacional.

16ª aula, terça-feira, dia 18 de outubro de 2011.

A dicotomia da ordem pública surgiu na doutrina europeia (interna/do foro e internacional). No Brasil, Amílcar de Castro chegou a conclusão de que a ordem pública é una, indivisível, mas o que pode ocorrer é ela ser defendida de duas maneiras: alegando que a lei estrangeira afronta a ordem pública interna ou aceitando a aplicação da ordem pública interna, ainda que em princípio ela pudesse, em tese, ofender a ordem pública.

Dollinger criou, assim, vários níveis de aplicação da ordem pública:

1. **Ordem pública interna:** é o primeiro nível de aplicação, trata-se da lei do foro. São normas consideradas imperativas em que não há possibilidade expressa de derrogação pelas partes ou estrangeiro. Uma norma estrangeira que afronte essas normas são gravissimamente chocantes ao foro. Exemplo destas normas são as relativas aos direitos da criança e do adolescente.
2. **Ordem pública internacional:** Permite a substituição da ordem do foro pela lei estrangeira. O afrontamento da lei do foro pela estrangeira aqui é apenas gravemente chocante. Exemplo: a norma francesa de maioridade aos 18 anos era aplicada no Brasil aos franceses à época em que a maioridade pela lei brasileira era de 21 anos.
3. **Reconhecimento de efeitos:** Não há aplicação da lei estrangeira, apenas reconhece-se alguns efeitos devido à consolidação daqueles direitos na ordem estrangeira. Exemplo disto é o casamento poligâmico e a discussão sobre o casamento homoafetivo. Se o sistema não proíbe e nem permite expressamente, não se trata de ofensa a ordem pública. O Brasil proíbe o casamento homoafetivo? Expressamente não! Ora, não obstante a CRFB/88 determinar que casamento é a união entre homem e mulher em momento algum o texto veda a possibilidade do casamento homoafetivo. Existem sentenças brasileiras reconhecendo o casamento homoafetivo. Essa discussão gera uma complexidade para o DIPR, pois se afasta a aplicação da lei estrangeira sem haver norma interna que expressamente proíba aquele direito, assim, o maior problema é esse: quando nem o foro determina claramente o que é a ordem pública.

"No plano interno, o princípio tem o maior raio de ação, vedada a aplicação da lei estrangeira contra as normas aceitas como integrantes da ordem pública. No plano internacional a ordem pública impede a aplicação de norma de direito estrangeiro que seja gravemente chocante ao foro. Nem tudo que às partes é vedado pactuar, conforme a lei estrangeira será rejeitado se contido na ordem pública externa. Num terceiro plano, a ordem pública não impede o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior, o que só ocorre quando estes são gravosamente chocantes aos princípios jurídicos do foro" (Dollinger, com modificações).

Direito Internacional Privado

O art. 17 da LICC estabelece dois âmbitos de aplicação da lei estrangeira em relação à sua compatibilidade com a ordem pública, quais sejam, o das leis estrangeiras e o dos atos, sentenças e declarações emanados em outros países.

Existe a necessidade de reconhecer atos, sentenças e declarações proferidas em outros países para que estes produzam efeitos no Brasil. O juiz brasileiro pode negar eficácia local e não validade, pois a validade é determinada na constituição do ato no exterior. Trata-se de eficácia e não de validade. Para a inadmissão desses atos no Brasil eles devem ser gravissimamente chocantes ao foro, devem criar uma instabilidade no sistema, pois parte-se do princípio de que já houve a existência e validade daquele direito.

No passado não se reconhecia a eficácia de sentenças que constituíam dívida de jogo por afronte à ordem pública, ainda que na ordem estrangeira o jogo fosse lícito. No ano 2000, o Ministro Marco Aurélio emitiu um voto segundo o qual tal sentença não afronta a ordem pública haja vista a regra de conexão adotada no Brasil pelo art. 9º da LICC, passando, assim, a se permitir o reconhecimento de sentença executória de dívida de jogo no Brasil.

O fundamento para aplicação do art. 9º em detrimento do art. 17 é o de evitar o enriquecimento ilícito. Atualmente, existem julgados nos dois sentidos: tanto pelo reconhecimento quanto pelo não reconhecimento da sentença executória de dívida de jogo. Deste modo temos que a jurisprudência ainda não é uniforme acerca do tema. Muito embora, deve-se ressaltar que a jurisprudência majoritária entende pelo reconhecimento e executoriedade da sentença de cobrança de dívida de jogo. Interessante notar que após essa mudança de entendimento jurisprudencial os casos de dívida de jogo diminuíram exponencialmente em número de ocorrência.

Inaplicabilidade

1. **Efeito Negativo:** a lei local proíbe aquilo que a lei estrangeira permite (por exemplo, o casamento poligâmico) Neste caso, aplica-se nesse caso a lei do foro.
2. **Efeito Positivo:** a lei estrangeira proíbe, mas a lei interna determina (mais que permite). Aplica-se a lei do foro.

Quando o sujeito altera a regra de conexão para obter o resultado que deseja (por exemplo, mudando de domicílio ou de nacionalidade), evidencia-se uma situação de fraude, isto é, de manipulação da norma, de seu sentido/fundamento, afim de se atingir interesse pessoal, deixando de se cumprir o fundamento da norma.

O fundamento da norma se vincula à teoria do abuso de direito, que consiste em utilizar-se indevidamente da fórmula legal aberta para atingir fim diverso do original da fórmula. Escapa-se à lei material originalmente competente por meio de artifícios.

"A fraude a lei possui dois componentes que se somam: abuso do direito e ordem pública. O abuso de algum direito para se pôr sobre a proteção de uma lei a fim de fugir à ordem pública da lei originalmente competente."

17ª aula, sexta-feira, dia 21 de outubro de 2011.

Limitações:

1. Ordem Pública
2. Fraude à Lei

Direito Internacional Privado

3. Reenvio

O reenvio pode ser de primeiro, segundo e terceiro grau.

1º grau: $A \leftrightarrow B$

2º grau: $A \rightarrow B \rightarrow C$ (de C para A)



3º grau: $A \rightarrow B \rightarrow C \rightarrow D$ (seta de A para D e de C para A)

O Brasil admite o reenvio de segundo grau. Todavia, o projeto de lei ainda não foi aprovado. Quando isto ocorrer, o reenvio de segundo grau será admitido.

A instituição desconhecida pode apresentar-se como uma instituição simplesmente ignorada pela *lex fori*. Talvez por força de elementos históricos diferentes na formação do direito ou pela incompatibilidade com a norma jurídica do foro.

18ª aula, terça-feira, dia 25 de outubro de 2011.

Condição Jurídica do Estrangeiro

No Brasil existem duas correntes doutrinárias: uma vinculada à escola francesa que inclui no Direito Internacional Privado elementos de conexão e a condição jurídica do estrangeiro; e outra, que segue o sistema norte-americano, entendendo que a condição jurídica do estrangeiro é matéria de direito internacional público.

Em princípio o critério que determina o estrangeiro é o de nacionalidade (tanto no sentido originário, quanto no derivado, de naturalização). A escolha desse critério é política.

Até pouco tempo atrás não havia um tratamento legal do estrangeiro e até o século XVIII e XIX o estrangeiro era tido como um intruso/inimigo, já que não havia uma lei que obrigava o recebimento e tratamento humanitário dos estrangeiros.

Com o desenvolvimento dos meios de locomoção e o aparecimento de movimentos migratórios, a disciplina jurídica começou a se desenvolver. Entretanto, até hoje o tema não está resolvido. O que interessa ao DIPR e ao DIP é qual o tratamento que deve ser dado à pessoa que vem de fora, isto é, o que deve ser atribuído a ele em termos de direitos e deveres.

Hoje, pelo menos, o estrangeiro já é visto como sujeito de direitos, que deve receber um tratamento protetivo uma vez que é ser humano. O maior problema em relação a esse tema é que ele é altamente influenciável pela vontade dos Estados, com base na soberania. Isto ocorre, por exemplo, porque um determinado Estado poderá determinar a deportação de estrangeiro que vive em seu território quando quiser e sob as condições que quiser.

Cada Estado tem a possibilidade de estabelecer os requisitos de entrada e permanência em seu território. A questão que se coloca é até que ponto essa possibilidade não se transforma em arbítrio ofendendo os direitos humanos.

Será que é possível estabelecer normas, ainda que mínimas, de proteção aos estrangeiros? Sim, é possível obrigar um Estado a seguir condutas mínimas sem ferir sua soberania. Daí a discussão gira em torno do que consistiriam estas normas mínimas, se é o

Direito Internacional Privado

direito dos países considerados mais civilizados. Entende-se que pelo menos os direitos humanos devem ser conferidos aos estrangeiros.

Outro problema é a observância das normas internacionais pelos Estados. O que leva os estados a observarem as normas de direito internacional? A simples codificação não o faz.

Um dado empírico interessante é que os governos de esquerda tendem a conferir mais proteções ao estrangeiro e os países em crise tendem a dificultar a entrada de estrangeiros em seu território. Não há, entretanto, um padrão de aceitação de estrangeiros.

No caso de guerra, a primeira medida a ser tomada é evacuar todos os estrangeiros do país, pois o estado é responsável por todos aqueles que estão em seu território. Logo, a fim de se evitar que, posteriormente, o estado não ser responsabilizado, este, em situações de guerra, deporta os estrangeiros para seus países de origem. Se o estrangeiro se recusar a deixar o país, ficará obrigado a assinar declaração informando que permanece por sua conta e risco. Quando alguém precisa passar por um Estado em guerra ou zona de conflito, sua entrada é condicionada a assinatura dessa declaração também, assumindo-se o risco. Isso demonstra que há responsabilidade do estado sobre a proteção de quem está em seu território, pois, se não houvesse, o estado não tomaria essas providências.

Hoje existem três categorias de sujeitos no Direito Internacional Privado da União Européia: aqueles que são considerados cidadãos na União Européia e que possuem direito de circular (o que inclui direito de estabelecimento, residência, aposentadoria); o estrangeiro (que pode se locomover se tiver visto, pode permanecer com o visto de permanência, mas não tem os mesmos direitos do cidadão).

O Estado pode restringir o direito do estrangeiro, por exemplo, o direito de votar ou de adquirir terra. Estas restrições são justas? Para a Professora, mesmo com os direitos humanos, não há uma norma que obrigue os Estados a aceitar e proteger os estrangeiros. Não há, no momento, uma solução dada a esta questão pelo Direito Internacional Público ou Privado e nem pelos Direitos Humanos. A solução, na opinião da Professora passa pelo desenvolvimento dos países de onde fluem os fluxos de imigração.

O Estado pode retirar o estrangeiro da forma que ele quiser? A deportação como ato do estado vai existir em razão da entrada ou da permanência irregular (não se trata de ilegalidade, mas de irregularidade).

19ª aula, terça-feira, dia 01 de novembro de 2011.

Falta

20ª aula, sexta-feira, dia 04 de novembro de 2011.

Meios Compulsórios de Saída:

- Deportação
- Expulsão
- Extradicação

Direito Internacional Privado

A extradição é, teoricamente, procedimento administrativo e judicial. A extradição, geralmente, é solicitada pela via diplomática: um estado pede ao outro que o indivíduo seja enviado ao seu território. Na prática, ocorre envio do pedido ao Ministério das Relações Exteriores. É necessário que o juízo do país estrangeiro envie documento em relação ao crime praticado pelo sujeito. O processo em tramitação no exterior não precisa ter terminado. O Ministério das Relações Exteriores envia o pedido ao Ministério da Justiça que ordena a prisão do extraditando que ficará a disposição do STF. Esta etapa é administrativa. A segunda etapa do processo de extradição é judicial. O plenário do STF é competente para analisar a legalidade e a procedência da extradição.

No caso Battisti, o STF reafirmou sua competência para tão somente analisar a legalidade da extradição não fazendo, portanto, considerações acerca da conveniência política da extradição. O art. 84 do Estatuto do Estrangeiro segundo o STF foi recepcionado pela Constituição da República.

O extraditando será interrogado no STF. Se o STF nega, o Poder Executivo não pode extraditar. Se o STF aceita, o Poder Executivo poderá ou não fazê-lo.