

A FRAUDE À LEI NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Pelo DR. ALEXANDRE REY COLAÇO
DE CASTRO FREIRE

O historiador do direito, von Jehring, diz algures no seu célebre *Espírito do Direito Romano*:

«Um dos problemas mais árduos com o qual o legislador é obrigado a lutar é o de impedir a fraude à lei. Toda a arte que ele empregue para proteger a lei pode ceder perante os subterfúgios que a vida cria para a violar, a minar, a fazer soçobrar. Não é suficiente para atingir um fim desejado, ordenar qualquer coisa; não é suficiente que a lei tenha um gume afiado, para que o golpe acerte; o golpe mais temível, se o adversário o evita, resulta numa espadeirada na água».

Nestas poucas palavras von Jehring exprimiu claramente, por um lado, o que há de especialmente fugidio na essência da fraude à lei, e, por outro lado, a necessidade que se impõe ao jurista de conseguir um meio que combatendo eficazmente a mesma, assegura à lei o respeito das imposições que ela encerra.

É, na verdade, de todos os tempos a astúcia com que as pessoas conseguem processos, legítimos na aparência, através dos quais se visa a subtracção à aplicação da lei. Mais. Há como que uma crença popular desde há muito enraizada, segundo a qual se encontra sempre uma maneira de fugir ao império da lei. É conhecido o provérbio italiano — *Fatta la legge, trovato l'inganno*.

Se remontarmos aos tempos primitivos, na História do Direito, encontramos uma primeira fase em que o contrato é a regra. A lei representa excepção. Esta começa por ter um carácter rigorosamente formal. No direito romano está sujeita a uma interpretação estrita

e o jurisconsulto e o pretor apenas tinham que tomar em conta as *littera*.

Enquanto domina o formalismo rigoroso, o problema da fraude à lei não se põe porque, em opposição à violação, o que precisamente caracteriza a fraude é o facto da letra ser respeitada, muito embora de maneira tal que vem a ser violado o seu real significado.

Mais tarde o formalismo deixa de imperar e à letra da lei opõe-se a *mens ac sententia*, o seu verdadeiro conteúdo.

É natural esta evolução. À medida que foram surgindo novas modalidades de relações sociais, que estas se foram tornando mais intensas, impõe-se a necessidade duma maior regulamentação legal onde as situações novas pudessem ser abrangidas.

Com o predomínio do direito escrito e a regulamentação cada vez mais exhaustiva, e apesar de caber agora ao intérprete a missão, que ele não podia ter nos tempos primitivos, de integrar as lacunas da lei, começam a surgir os casos em que se atinge por meios lícitos em si (porque a interpretação extensiva os não pode abranger) um resultado que o legislador proibiu.

É este o campo da fraude.

Encontra-se por vezes na linguagem dos leigos e mesmo na dos juristas — em decisões jurisprudenciais até — o emprego da palavra fraude em hipóteses em que realmente se não pode com rigor usar de tal expressão porque se trata duma verdadeira violação da lei.

A lei poderá ser umas vezes violada abertamente por uma conduta que vai de encontro ao seu texto, outras vezes a violação será mais disfarçada e só graças a uma observação mais cuidada dos factos é que é possível descortinar a inobservância da lei, mas em suma, trata-se sempre de violação.

Só poderemos falar pròpriamente de fraude quando se não encontra nenhuma disposição legal que reprove a conduta, que por isso mesmo se apresenta como inteiramente lícita, e que no entanto levou a um resultado contrário, em última análise, à ordem jurídica.

Por isso um autor alemão ao referir-se à fraude diz que se não deveria falar em *fraus legis* mas antes em *fraus juris*.

O problema, pela própria índole, pertence ao direito privado e tem sido aí objecto de muitas investigações doutrinárias, mas cedo se começou a observar (já no tempo dos estatutários) que o direito internacional privado fornece à fraude um campo de eleição.

Com efeito, as normas de conflitos destinando-se a resolver conflitos de leis mediante a determinação da lei competente dentre as várias leis em conexão com uma dada relação jurídica, induzem a um processo fraudulento que formalmente tem sempre esta mesma estrutura: submeter uma relação jurídica pela criação artificial, anormal, dum elemento extranacional, à regulamentação dum lei estrangeira tornada assim competente, quando *normalmente* este elemento extranacional não deveria existir e só foi criado com o fim de se evitar a aplicação da lei nacional.

Isto aconteceu e acontece em inúmeras hipóteses em que a lei nacional contém disposições proibitivas ou imperativas que a lei estrangeira invocada não consigna.

Com os progressos cada vez maiores das comunicações e o estreitamento das relações entre os povos, com a intensificação do comércio internacional, por outro lado com a admissão gradual da competência da lei pessoal encarada como um dos grandes princípios informadores do direito internacional privado, (e isto é verdade mesmo no caso de se não seguir a escola italiana de conflitos de leis), era fácil o recurso ao processo que descrevemos, como meio de defraudar a *lex fori*.

Houve, é certo, inúmeras disposições legislativas que se destinaram a combater efectivamente a fraude praticada em certas matérias com um aspecto de generalização, mas na verdade mesmo essas medidas legislativas foram solicitadas pela circunstância desses casos de fraude terem surgido e haverem sido discutidos nos tribunais.

Postos muitas vezes em face das dificuldades do problema os tribunais alegaram que competia ao legislador pronunciar-se sobre o assunto.

Depois, há como que um fatalismo em redor da lei, que deriva afinal da psicologia naturalmente interessada de tantas e tantas pessoas; e deve infelizmente surgir sempre, em maior ou menor grau, a possibilidade da fraude.

Para darmos uma ideia do aspecto grave, pelo que representa de atentatório à soberania e às instituições dum Estado, desta prática da fraude no campo do direito internacional, basta citar a verdadeira epidemia de divórcios fraudulentos que se verificaram após a guerra de 1914, na cidade livre de Fiúme ou os que ficaram conhecidos pela designação de divórcios da Transilvânia.

A imoralidade chegou a um tal ponto que no jornal austriaco

Neues Wiener Tagblatt, de 22 de Dezembro de 1878 (Clunet, 1880, pág. 272) apareceu o seguinte anúncio: «Um especialista indica, discretamente, aos esposos católicos separados de pessoas e bens, o caminho legal a seguir para se poderem casar com outras pessoas».

Em face disto impunha-se edificar um conceito que pudesse reprimir eficazmente a fraude à lei para além dos casos, e são muitos, que o legislador por si consiga atingir. Este conceito que tem também, desde que generalizada a sua aceitação, uma função preventiva — uma vez que cria a convicção de que os tribunais têm ao seu alcance uma arma que aniquila a fraude — não é novo nem na jurisprudência nem na doutrina.

Não é todavia um conceito que se possa dizer pacífico. Pelo contrário sempre houve opiniões manifestadas a seu respeito nos mais variados sentidos.

Confinando-nos ao domínio próprio do direito internacional privado, pretendemos com este modesto trabalho dar uma ideia do seu significado jurídico.

ESBOÇO HISTÓRICO DA FRAUDE À LEI NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Não parece, segundo a melhor opinião, que a fraude à lei tenha tido qualquer papel no direito romano.

Não se podia falar então em direito internacional. Para além das fronteiras do império romano apenas havia os bárbaros e a oposição que existia entre os romanos e os peregrinos não era de molde a criar relações de direito internacional propriamente, porque os últimos eram regidos, segundo condições mais ou menos variáveis, pelo *jus gentium*.

Alguns autores apresentam como exemplo de fraude à lei, no direito romano, a seguinte hipótese:

Um latino que pretendia a aquisição da cidadania romana arranjava maneira de ser adoptado por um cidadão romano, ou então, conseguia ser vendido *in mancipio*.

Depois de realizada a adopção ou a venda, quer o pai adoptivo quer o *dominus* tinha o direito de o emancipar e desta forma podia ele tornar-se *civis romanus*.

Não há aqui, no entanto, uma hipótese de direito internacional porque os latinos estavam sujeitos ao *imperium romanum*.

No direito medieval é que, graças ao fraccionamento das soberanias e ao carácter estritamente territorial dos estatutos, começam a surgir inúmeras hipóteses de fraude à lei num campo que já é essencialmente o do direito internacional.

Cedo se começou a sentir o interesse manifesto em combater esta forma de inobservância das prescrições legais. Era esta patente sobretudo em países como a França, em que havia numerosos costumes locais e onde a residência no território era, ao princípio, suficiente para determinar a aplicabilidade da lei territorial, mas mesmo depois, quando a lei do domicílio passou a reger o estado e capacidade das pessoas, deparamos com inúmeras hipóteses de fraude à lei do domicílio.

Froland refere-se ao caso :

Os cônjuges tinham o seu domicílio na Normandia. O costume normando proibia o regime de comunhão de bens. Pois bem. Os esposos vinham-se domiciliar em Paris, faziam aí a estipulação de comunhão de bens que a lei de Paris consentia e depois regressavam à Normandia.

Segundo conta Froland, casos como estes foram discutidos na Conferência dos Advogados de Paris onde alguns manifestaram a opinião de que tais estipulações tinham que ser consideradas válidas mas outros, e entre eles o próprio Froland, se inclinavam para a sanção à fraude.

É interessante notar que Froland fala claramente em *fraude à lei do domicílio* e conclui dizendo que se trata de rebeldes à lei do domicílio que depois de desobedecerem, através do fingimento do abandono da sua alçada, voltam a lançar-se nos seus braços, a partir do momento em que já conseguiram a finalidade em vista.

Estas e outras hipóteses descritas pelo mesmo autor são uma clara ilustração do mecanismo que segue a fraude à lei em direito internacional.

Graças aos poderes bastante latos que os juizes tinham em razão de equidade era-lhes lícito (e a necessidade impunha-o) reprimir a fraude à lei. Compreende-se por isso o acolhimento que a doutrina fez a esta excepção. Furgole diz *«la fraude affecte essentiellement*

tous les contrats qui en sont compliqués e Merlin sustenta que a fraude à lei deve ser banida de todos os contratos e deve ser punida onde quer que a encontremos.

Jean Voet e Boullenois defendiam que o acto celebrado de harmonia com a *lex loci actus* era válido em toda a parte, salvo se tivesse sido celebrado com um pensamento de fraude. E finalmente, como Froland, Richand e Rodenburg observam que a regra de que o estado e capacidade das pessoas muda todas as vezes que o domicílio mudar, deve ser afastada se a mudança de domicílio tiver como intenção um pensamento de fraude.

O direito canónico, por seu lado, impregnado de noções morais, acolhe a noção de fraude à lei em direito internacional privado.

É assim que é declarado nulo um casamento obtido em fraude dos cânones do Concílio de Trento pelo estabelecimento provisório do domicílio fora do território em que aqueles eram aplicados.

Em Inglaterra houve uma série de casamentos fraudulentos no século XVIII que ficaram conhecidos na História pela designação de casamentos de Gretna Green.

Em 1753, com o fim de evitar certos casamentos clandestinos, foi publicado o Estatuto de lord Hardwicke.

Em obediência a esta medida legislativa era obrigatória a publicação de editais e a celebração devia ter lugar numa capela pública.

Porém, na Escócia bastava a simples manifestação do consentimento para que o casamento fosse válido e assim muitos ingleses, com o fito de evitarem o rigor do estatuto, dirigiam-se à aldeia escocesa de Gretna Green (a mais próxima da fronteira) e aí contraíam o casamento.

Por este processo casaram-se um arcebispo de Canterbury e um lord do Selo Privado.

Estes casamentos celebrados manifestamente em fraude à lei inglesa foram, no entanto, declarados válidos em Inglaterra. Só que isso deveu-se, provavelmente, como sugere Dicey, ao facto de haver uma tensão política entre a Inglaterra e a Escócia que fazia com que se pretendesse evitar em Inglaterra, a todo o custo, quaisquer atitudes susceptíveis de ferir ou descontentar os escoceses.

Em 1856, quando tais razões políticas já não subsistiam, outra medida legislativa — o Estatuto de lord Brougham — põe fim à

manobra: tais casamentos não eram válidos «a não ser que uma das partes tenha vivido na Escócia durante os 21 dias que precederam imediatamente o casamento ou tivesse a sua residência habitual na Escócia à data deste».

A FRAUDE À LEI PERANTE A DOUTRINA E A JURISPRUDÊNCIA

No direito positivo português não se encontra nenhuma disposição que se refira à fraude à lei.

Mas do facto do legislador não ter consagrado *expressamente* uma tal disposição, onde se especificasse que os tribunais portugueses não reconhecem os direitos adquiridos ou declarados por sentença sob o império duma lei estrangeira tornada competente *fraudulenta* pelas partes, não podemos inferir que tenha sido intenção do legislador repudiar o conceito.

Significa sim, que caberá à jurisprudência e à doutrina defini-lo e ocupar-se do caso.

De resto é esta a atitude da maioria dos legisladores. Em França, na Bélgica e na Itália, onde apesar das críticas dos adversários da fraude à lei em direito internacional privado é incontestável e patente o acolhimento feito a esta noção tanto pela doutrina como pela jurisprudência, também os textos legais lhe não fazem nenhuma alusão directa.

E isto compreende-se. Esta noção, extremamente maleável, que se baseia essencialmente em dados de facto, foge pela sua própria natureza a uma definição substancial.

Noutros países, algumas disposições legais há em que se tomou o partido de dizer expressamente que a fraude à lei é equiparada à violação da lei, ou em que, pelo menos, se fez a expressa consagração da teoria da fraude à lei.

Assim no Código Civil suíço encontramos a seguinte disposição: «um casamento que foi concluído no estrangeiro de harmonia com a lei aí em vigor, é considerado válido na Suíça, quando a sua celebração não tenha sido transferida para o estrangeiro com o fim manifesto de iludir as causas de nulidade do direito suíço» art.º 59.º, 7.º f., § 1.º.

Na lei alemã, promulgada sob o regime nacional-socialista, para a «Protecção do sangue e da honra alemã» encontra-se uma disposição assim concebida: «os casamentos entre os judeus e nacionais alemães ou da mesma raça pelo sangue, são interditos. Os casamentos celebrados a despeito da interdição são nulos, *mesmo se forem contraídos no estrangeiro em vista de defraudar a presente lei*».

Uma disposição semelhante era contida nas leis eugénicas da Alemanha desta época.

Regra geral, em moldes muito simples, era a prevista no art.º 80.º do Código Civil da Saxónia de 1865: «os actos praticados em vista de defraudar a lei devem ser colocados em pé de igualdade com a violação aberta da lei».

Finalmente encontramos a disposição muito ampla do art.º 30.º do Código Civil da U. R. S. S.:

«É nulo o acto jurídico celebrado com uma intenção contrária à lei ou para contornar a lei, da mesma maneira que o acto jurídico visando manifestamente a lesar o Estado».

É claro que uma vez que a lei consagra tais disposições, verificada a fraude, já não se tratará precisamente de *in fraudem legis agere* mas duma verdadeira violação.

Simplemente, na prática o problema está em saber quando é que estamos em face duma fraude, quais são os casos que entram no conceito que a lei expressamente acolheu, e a isto as referidas disposições não podem responder.

Outras vezes no intuito de reprimir a fraude praticada sistematicamente em certa matéria, alguns legisladores definem o acto em fraude à lei naquele caso especial.

Mas então, imediatamente surge a possibilidade de fraude a essa disposição que por si, na sua letra, visava a evitar a fraude.

É assim que nos Estados Unidos da América (quanto às relações interestaduais, reguladas pelo *Common Law*) se têm editado certas medidas legislativas tendentes a fornecer definições de fraudes. Nas questões de divórcio — em que a lei competente é a lei do domicílio — entendeu o legislador que um certo lapso de tempo de permanência dos cônjuges no domicílio onde pretendem o divórcio é indispensável para que esse domicílio não seja considerado como adquirido fraudulentamente.

Passou assim automaticamente a existir a possibilidade de se

conseguir um domicílio juridicamente subsistente pela simples permanência de mais um dia além do prazo estabelecido.

A única atitude do legislador realmente eficaz consiste em, uma vez verificada a prática sistemática da fraude em certo domínio, ampliar, restringir, corrigir de certa maneira os textos no sentido de evitar directamente a fraude. Como diz Portalis, «toda a lei nasce de um abuso».

Em França começou a haver no fim do século passado uma série de naturalizações que chamaram a atenção dos tribunais. Súbditos franceses, desejosos de se verem livres do serviço militar em França, adquiriam a nacionalidade dum Estado onde o serviço militar era inexistente ou, pelo menos, não tão rigoroso. Na maioria dos casos limitavam-se a abdicar da nacionalidade francesa mediante a aquisição, extremamente fácil, do direito de burguesia num cantão suíço, o que não os impedia de continuarem a residir e a ter o seu domicílio em França.

Foi assim que os tribunais tiveram que conhecer das acções intentadas pelas autoridades administrativas contra tais indivíduos, quando das operações de recrutamento militar.

Depois de uma decisão do tribunal de Douai de 1887, confirmada pelas instâncias superiores, firmou-se jurisprudência no sentido de considerar estas naturalizações como obtidas em fraude à lei.

Reconhecia-se a necessidade de invocar esta noção por se tratar de um caso em que os tribunais não tinham ao seu alcance qualquer outra medida capaz de evitar a desobediência, a evasão, às leis militares francesas.

Por se ter verificado a existência desta fraude sistemática, a Lei de 26 de Junho de 1889 modificou a redacção do art.º 17.º do Código Civil nos seguintes termos: «se o francês está ainda submetido à obrigação do serviço militar no exército activo, a naturalização no estrangeiro não o fará perder a qualidade de francês, a não ser que ela tenha sido autorizada pelo Governo francês».

A lei portuguesa, como já se disse, não consagra em nenhuma disposição a teoria da fraude à lei em direito internacional privado.

A jurisprudência, que o saibamos, nunca levantou o problema. Não terá havido entre nós as razões especiais que se verificaram em França ou na Itália e na Áustria e que obrigaram os respectivos tribunais a lançar mão da excepção da fraude à lei.

Ela é sobretudo uma arma que tem justificado o seu emprego, inegavelmente tão melindroso, nas hipóteses em que o recurso fraudulento à lei estrangeira se transforma por assim dizer em prática generalizada.

E isso mercê de múltiplas circunstâncias, nunca se verificou entre nós na medida em que teve lugar, por exemplo, nos países atrás referidos.

Dentre as fraudes que as jurisprudências dos vários países têm registado, evidenciam-se sobretudo as naturalizações fraudulentas, com este ou aquele móbil mas sempre em hipóteses em que o recurso a uma outra lei é facilitado por razões políticas, geográficas, etc.. Foi o que se deu com os divórcios de cônjuges católicos austríacos na Transilvânia e com os célebres divórcios de Fiúme.

O Prof. Machado Vilela, no 1.º vol. do seu *Tratado*, consagra algumas palavras à noção que nos ocupa.

Teixeira de Abreu, no seu livro *Estudos sobre o Código Civil Português* também se refere à teoria da fraude à lei, examinando-a apenas a propósito da regra *locus regit actum* e para se pronunciar pela rejeição da teoria.

Quanto ao Prof. Machado Vilela parece não acatar dum modo geral a admissibilidade do princípio inspirado no adágio *fraus omnia corrumpit* mas, por outro lado, declara a competência da lei nacional sempre que as partes adquirem uma naturalização *juridicamente insubsistente* e entre os casos que cita refere-se ao acto de naturalização que não é conforme à lei que o regula por ter havido apenas uma *vontade fictícia* de adquirir a nova nacionalidade.

Esta doutrina, que é também a de Anzilotti, admite a fraude à lei apenas neste caso de naturalização (banindo-a do campo da autonomia da vontade, quanto à matéria contratual, e da esfera de aplicação da regra *locus regit actum*) e, segundo pensamos, aproxima o conceito de fraude à lei da ideia de ficção, quer dizer, da noção de simulação tal como ela é encarada em direito interno.

Apesar deste relativamente escasso interesse que o problema tem suscitado entre nós e não obstante a relutância de boa parte da doutrina e dos tribunais da maioria dos países em dar foros de cidade à excepção da fraude à lei, parece-nos de acolher, no campo do direito internacional privado, este conceito cujo fundamento jurídico se impõe à nossa consideração.

Quanto à sua eficácia prática, deve-se dizer dele sobretudo o que disse Niboyet :

«a sua utilidade tem que se avaliar como a do agente de polícia que dirige o trânsito nas ruas para evitar acidentes e cuja função não é suprimida quando verificarmos que felizmente os acidentes são raros. Tem uma função preventiva sobretudo».

AS CONVENÇÕES DE HAIA DE 1902 E 1905 E O PROBLEMA DA FRAUDE À LEI

Em 12 de Junho de 1902 foram celebradas na Haia duas Convenções, uma sobre as condições de validade do casamento e outra sobre divórcio. Em 17 de Julho de 1905 foi assinada uma outra Convenção sobre os efeitos do casamento.

Entre os vários Estados europeus que assinaram e ratificaram estas Convenções figura Portugal.

Mais tarde a França e a Bélgica (respectivamente em 1914 e 1918) denunciaram as Convenções de 1902 e as relações dos outros Estados contratantes modificaram-se para com a Alemanha, também parte contratante, devido à Guerra Mundial de 1914.

Este direito convencional continua em vigor para Portugal e uma vez que regula a disciplina jurídica internacional de relações, com respeito às quais precisamente se prende o problema da fraude à lei, convém investigar as contribuições que ele porventura traz ao estudo do nosso assunto.

Maurice Travers examinou esta questão em relação ao direito francês, num estudo que se intitula *A teoria da fraude à lei em matéria de casamentos*.

Travers, à semelhança de Audinet e Perroud, considera a teoria errada no tocante a naturalizações (noutro lugar tentaremos mostrar porque não podemos estar de acordo), mas isso não o impede de notar que as Convenções da Haia não significam, por si, nenhum argumento que rejeite a teoria.

Creemos que em face destas disposições convencionais, o problema se põe nos mesmos termos, mas, por outro lado, têm interesse algumas disposições das Convenções que se destinam manifestamente a evitar fraudes.

O art.º 4.º da Convenção relativa ao divórcio preceitua que as

partes não se podem servir como fundamento do seu pedido de divórcio dum facto que é reconhecido como causa legítima de divórcio pela sua lei, se esse facto tiver ocorrido quando um ou ambos os cônjuges pertenciam a outra nacionalidade.

O art.º 5.º da mesma Convenção permite que a acção de divórcio seja intentada perante a jurisdição competente do último domicílio comum, quando o cônjuge que deu causa ao divórcio, e depois desta se ter verificado, mudar de domicílio.

O art.º 8.º diz-nos que no caso dos cônjuges não terem a mesma nacionalidade será considerada sua lei nacional, para os efeitos da Convenção, a última lei nacional comum.

O art.º 9.º, alínea 2, da Convenção sobre os efeitos do casamento também considera no caso dos cônjuges não terem, na constância do matrimónio, a mesma nacionalidade, a última legislação comum como sua lei nacional.

Quer dizer, as Convenções da Haia consagram sem dúvida alguma aplicações da teoria da fraude à lei e a única ilação a tirar é que, em muitos casos, no que diz respeito ao domínio de aplicação deste direito convencional, não será fácil a verificação na prática da fraude à lei.

Poder-se-ia pensar que o art.º 1.º da Convenção sobre o casamento, ao dizer que o direito de contrair casamento será regulado pela lei nacional de cada um dos futuros cônjuges, *a não ser que uma disposição dessa lei se refira expressamente a outra lei*, consagra a tese defendida por Travers.

Se a competência da lei nacional só é afastada no caso de ela própria conter uma cláusula de reenvio, à primeira vista parece que isso significa a rejeição da excepção de fraude à lei. A não ser assim, o legislador teria aberto uma outra excepção além da devolução, dir-se-á.

Travers, que refere este argumento aparente, é o primeiro a desfazê-lo. Trata-se de uma verdadeira petição de princípio.

A Convenção diz formal, literalmente, *que a lei nacional é a competente* mas deixa em suspenso a maneira como se faz a determinação dessa lei. Este outro problema, em relação com o qual pode surgir a hipótese de naturalização obtida em fraude, tem que ser resolvido à luz de textos e princípios de direito interno e a sua solução é prévia de aplicação da Convenção.

CONSTRUÇÃO JURÍDICA

Um rápido exame que se faça de alguns casos em que a fraude à lei foi invocada perante os tribunais dos diversos países estrangeiros é bastante para nos apercebermos das hesitações, das flutuações, da maneira pouco nítida de encarar este conceito.

Assim, umas vezes a fraude aparece nas decisões claramente como uma noção jurídica *autónoma*, único fundamento invocado para o não reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro, enquanto que outras vezes ela aparece confundida com outros argumentos como a simulação ou a fraude aos direitos de terceiros.

Umás vezes ela surge ligada à excepção de ordem pública, quando noutras decisões não se fazem nenhuma considerações de ordem pública.

Por isso se impõe examinar as razões que possam levar-nos a considerar a fraude à lei um *conceito jurídico* no campo do direito internacional privado, e em que termos.

Diga-se de passagem, aliás, que se, por um lado, boa parte da doutrina se recusa cada vez mais a dar-lhe relevância jurídica, os partidários deste ponto de vista apressam-se, os primeiros, a afirmar que é incontestável a evolução inversa da jurisprudência em inúmeros países.

I

ADMISSIBILIDADE DO CONCEITO

Vários autores se têm pronunciado, como já dissemos, pela rejeição em absoluto, pela inadmissibilidade no domínio dos conflitos de leis, da doutrina da fraude à lei.

É esta a opinião de Audinet, von Bar, Fedozzi, Niemayer, Perroud, Weechter, Weiss e Travers.

Examinemos os argumentos desta corrente doutrinária, tais como eles foram apresentados pelo último daqueles autores, um dos seus mais representativos defensores.

Travers, na citada monografia *A teoria da fraude à lei em matéria de casamento* que foi publicada na época em que a Convenção da Haia sobre as condições de validade do casamento permanecia em

vigor em França, combate a noção de fraude à lei e defende o reconhecimento, sem reservas pelos tribunais franceses, dos casamentos celebrados após naturalização dos nubentes no estrangeiro.

Diz-nos ele em resumo :

1.º — Os textos repudiam implícita mas nitidamente a teoria da nulidade das naturalizações fraudulentas.

O Código Civil francês edita disposições duma real precisão a respeito da perda da nacionalidade francesa e não há nenhuma alusão às naturalizações fraudulentas: O art.º 17.º, depois de consagrar o princípio de que a naturalização em país estrangeiro implica a perda da nacionalidade francesa, só abre a este princípio uma única excepção (é a do caso do naturalizado estar ainda submetido às obrigações do serviço militar em França) e esta disposição, que foi acrescentada pela lei de 1889, não se refere a naturalizações fraudulentas.

Travers observa que tendo sido votada esta lei muito depois de se afirmar na jurisprudência a doutrina das naturalizações fraudulentas, não sendo crível que ao legislador de 1889 tal doutrina fosse desconhecida, o seu silêncio só pode significar a rejeição *in limine* da noção de naturalização em fraude à lei estrangeira.

2.º — Depois de considerar este argumento decisivo, o citado autor diz-nos que, unicamente a título de argumentação superabundante, é preciso considerar que a máxima *fraus omnia corrumpit* não é admitida de maneira nenhuma pelo menos como princípio geral, pelo direito francês. O facto, continua, do art.º 1.167.º do Código regular expressa e directamente a acção pauliana, traduz precisamente a intenção do legislador de não aceitar como princípio geral a fraude à lei.

O legislador não quis, acrescenta, extrair do direito costumeiro aquela máxima e fazê-la reviver através duma regulamentação legal.

3.º — Além dos referidos argumentos que apelam para a interpretação dos textos sustenta Travers que, pelo menos quanto às naturalizações fraudulentas, a doutrina da fraude à lei nem é aconselhável: defender, como fazem certos autores, que se devem considerar nulas as naturalizações que sejam *fictícias* quando o naturalizado, após a realização do acto que o levou a solicitar a protecção da lei estrangeira, regressa à pátria, é esquecer que o Estado lesado por essa fraude tem muitos outros meios ao seu alcance — a expulsão do ex-francês, a recusa da reintegração na nacionalidade francesa.

Por outro lado, quando se baseia a fraude nos motivos que levaram à naturalização, na intenção de iludir as proibições da lei francesa, não se pode deixar de encarar o acto como legítimo.

A naturalização tem sempre um motivo, é sempre interessada, sendo irrelevante que o fito tenha sido o do ex-francês pretender beneficiar de certas regalias que lhe concede uma lei estrangeira e que não existem na lei francesa. Para se poder falar em iludir a lei francesa seria preciso que esta ainda fosse legalmente aplicável, o que na hipótese considerada já não acontece pois que o ex-francês passou a ser nacional dum outro Estado.

Finalmente conclui pela afirmação de que textos, princípios, tudo nos obriga a condenar a teoria que *declara sem efeito em França um casamento celebrado após naturalização fraudulenta no estrangeiro, por dois ex-franceses*.

Da aplicação da doutrina que sustenta resultam efeitos que não devem alarmar-nos tanto como isso, observa Travers : o facto de dois franceses poderem legitimamente contrair matrimónio através duma naturalização obtida na Alemanha, a despeito do impedimento de parentesco do 3.º grau existente entre eles, e de esse casamento dever ser considerado válido, não é em si tão chocante, uma vez que na realidade já não se trata de nacionais do Estado a que pertencem os tribunais perante os quais se põe a questão daquela validade.

Depois, se verosimilmente resultasse qualquer real inconveniente da circunstância de regressarem a França as pessoas em questão e de inclusivamente pedirem a sua reintegração na nacionalidade de origem, restava sempre a possibilidade ao Governo francês de não conceder a reintegração e até de os expulsar.

Por muito habilidosa que seja esta argumentação, ela não pode por forma nenhuma convencer-nos.

Quanto ao primeiro argumento, já vimos que a razão de ser da modificação trazida ao Código Civil francês pela lei de 1889 foi exactamente a necessidade de combater um certo tipo de fraude e o silêncio dos textos a respeito da doutrina da fraude à lei não significa que o legislador a não admitisse (dizemo-lo, aliás, não só quanto à lei francesa mas duma maneira geral e designadamente no tocante ao direito português); significa sim, que na prática se revela inútil a

afirmação expressa em textos legais de que não produzirão efeitos os actos praticados em fraude à lei.

Não é possível, e sobretudo nestas condições, afirmar que a ausência na lei de uma referência explícita ao conceito de fraude signifique a sua rejeição.

Se é incontestável que o caminho seguido em França pelo legislador (aliás o de quase todos os países e entre eles o nosso) não foi o de consagrar num texto de lei a doutrina da fraude, acontece que quanto ao Código Napoleónico há um argumento histórico que nos faz dizer que a possibilidade de combater os actos em fraude à lei francesa era uma ideia presente ao espírito do legislador quando da elaboração daquele Código.

Portalis ao apresentar o título preliminar do Código Civil (em Fenêt, *Trabalhos Preliminares do Código Civil*) declarava que «as disposições da lei nunca devem ser iludidas» e tentando esclarecer o âmbito da lei pessoal, tal como ela é concebida no art.º 3.º, diz-nos: «um francês não pode defraudar as leis do seu país, com o propósito de ir contrair um casamento no estrangeiro sem o consentimento de seus pai e mãe, antes dos 25 anos. Citamos este exemplo, dentre mil, para darmos uma ideia da extensão e da força da lei pessoal».

Só daqui parece lícito inferir-se que, se o legislador francês não consagrou em disposições expressas a doutrina que nos ocupa, nem por isso esta deixa de estar implícita na *mens legis*: caberá ao intérprete e ao prudente arbítrio do julgador definir as circunstâncias em que a excepção da fraude à lei poderá ser invocada.

Acresce que o argumento tirado do art.º 1.167.º do Código é manifestamente inoportuno.

Esta disposição regula a chamada acção *pauliana* que permite atacar os actos contratuais celebrados em fraude aos direitos de terceiros. Mas como é possível concluir que se trata de fazer uma especial aplicação a determinada matéria duma doutrina que, só por isso, ficava banida de todos os seus outros possíveis campos de aplicação?

São inegáveis os pontos de contacto entre a fraude à lei e a fraude aos direitos de terceiros. Todavia, e sobretudo porque estamos a considerar a primeira no campo do direito internacional privado e abstraímos, portanto, dos aspectos tão diversos que o problema possa revestir em direito interno, mas também porque, a considerar-se a aceitação da fraude à lei pelo direito interno, ela nunca se confundirá

com a fraude aos direitos de terceiros, não podemos perder de vista que são noções radicalmente distintas.

Quando se fala de fraude aos direitos de terceiros tem-se em vista o acto que sendo em si lícito e parecendo em todos os aspectos innocente (é aqui que surge a semelhança, evidentemente), foi no entanto realizado com a finalidade, ou até simplesmente com a *consciência*, de prejudicar os direitos de terceiros em relação a esse acto, direitos esses que o autor da manobra tinha por hipótese o dever de respeitar, em virtude duma disposição legal ou dum acto contratual.

Na fraude à lei o que está em jogo é a lesão directa da lei (do seu espirito, se se quizer) cujas disposições houve em vista afastar. Indirectamente, haverá na prática terceiros que uma tal conduta prejudicou, sòmente esta consideração não entra na essência da noção de fraude à lei.

Em resumo, não nos convencem os referidos argumentos de texto invocados por Travers para demonstrar a reprovação da teoria em face do direito positivo francês.

Convém frisar mais uma vez que a natureza especialmente delicada desta noção, o facto de se tratar (e disso a fraude não é único exemplo) de uma conduta que usando meios jurídicos, perfeitamente lícitos, à primeira vista nos tenta a invocar o adágio *feci, sed jure feci*, por outro lado, a dificuldade de conseguir uma definição legal de fraude (o mesmo se passa com a enumeração das disposições de ordem pública) justificam por igual o silêncio do legislador. Este conceito é como que lógicamente anterior ao próprio texto.

De resto, se se seguir o caminho do Código da U. R. S. S. onde se consagra uma disposição — já a citámos — que expressamente preceitua a nulidade dos actos celebrados com o fim de iludir a lei o resultado será, juridicamente, que tais actos uma vez verificados pelo tribunal serão *contra legem* e já não *in fraudem legis*.

Praticamente há que reconhecer que, se a maioria dos Códigos não incluiu semelhante disposição, isso resulta de que a dificuldade está precisamente em se saber quando é que um acto foi celebrado com o fim de *iludir a lei*, isto é, quando é que nos encontramos perante um caso concreto de fraude.

Quanto aos outros argumentos para que Travers apelou no citado estudo, são eles afinal os mesmos que invocam os restantes adversários da ideia de fraude à lei.

Dizer-se que, só porque existe o princípio da liberdade de mudança de nacionalidade (a nacionalidade perpétua é uma concepção que hoje em dia ninguém evidentemente aceita), não é possível deixar de reconhecer as mudanças de nacionalidade fraudulentas, é sem dúvida interpretar muito estreitamente o espírito das normas de conflitos e, dum modo geral, de toda a ordem jurídica dum Estado.

Recusamo-nos a aceitar um tal ponto de vista, que acabaria por reduzir à ineficácia a soberania dos Estados, as suas instituições, leis e costumes. Perderiam estas toda a sua real significação.

O que é *imperativo* no interior das fronteiras, graças à simples possibilidade de se estabelecer uma conexão com uma lei estrangeira passaria, pela via do direito internacional, a ser *facultativo*.

Sustentar, como faz Travers, a obrigação para os tribunais dum Estado de v. g. reconhecer um casamento celebrado em fraude às leis desse Estado é abrir caminho a um procedimento que abala nos seus fundamentos as leis internas, as instituições, a moral e até os interesses políticos.

Mas vejamos mais de perto ainda os argumentos que o citado autor apresenta. Referindo-se às naturalizações, Travers cita duas opiniões com que na doutrina se tem pretendido justificar a ineficácia das naturalizações fraudulentas.

Uns pretendem que se deve investigar os motivos que levaram à mudança de nacionalidade, enquanto que outros afirmam que o que está na base da fraude, neste caso, é uma naturalização fictícia e que é a ficção que se impõe investigar.

Estamos de acordo em que se não pode aqui falar de naturalização fictícia. A naturalização como meio de realizar uma fraude é em si tão real como qualquer outra. A menos que pela palavra ficção se queira significar que o naturalizado não tinha em vista, directamente, adquirir uma nova nacionalidade, mas tão-sòmente realizar determinados actos, cuja legalidade aparente a naturalização torna possível, e que, portanto, é desprovida de uma *intenção* séria, a palavra ficção não tem aqui cabimento.

Há pois que fazer esta reserva.

Se a naturalização não foi realmente obtida e há apenas um fingimento de naturalização, ao abrigo do qual foi praticado um acto proibido pela *lex fori*, desmascarado esse fingimento, como se prova

que a nacionalidade afinal permaneceu a mesma, ao aplicar a *lex fori* o tribunal aplica a lei normalmente competente.

Outra coisa — e é a hipótese que nos interessa — é a nova nacionalidade ter sido realmente obtida, por concessão de um Governo estrangeiro (como é o caso mais normal) ou por aquisição do direito à mesma, nas hipóteses em que por trás está a intenção de obter certas vantagens que não são contempladas pela lei nacional da qual se abdica.

É só aqui que o problema da fraude pode surgir a uma das suas maiores dificuldades provém exactamente de se tratar de um elemento de conexão que, mesmo verificada a fraude, os tribunais não têm competência para apreciar. A naturalização foi por hipótese *real e válidamente* concedida pelo Governo estrangeiro, não há que negá-lo.

Mas se os tribunais não têm competência para se pronunciar sobre a naturalização obtida no estrangeiro (seria interferir numa questão de soberania desse Estado estrangeiro) são no entanto eles que decidem do reconhecimento dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro e compreende-se que o reconhecimento que por hipótese lhes é solicitado, de todos ou parte dos efeitos da mesma naturalização, possa ser recusado. E isso sustentamos que deverá acontecer sempre que se prove que o motivo da submissão à lei estrangeira foi a intenção de iludir a lei nacional.

A intenção ou má fé, a *fraus*, é sem dúvida um dos elementos essenciais da fraude, não bastando para que se possa invocar a excepção a mera existência do que a doutrina usualmente chama o *elemento material*, isto é, a subtracção, mediante um acto voluntário, a uma disposição proibitiva da lei nacional. É preciso que a mudança de nacionalidade seja determinada por esse motivo, o de tornar tal disposição inaplicável.

Poder-se-á dizer como Travers que não é lícito proceder à investigação dos motivos que presidiram à naturalização, porque esta é sempre um acto interessado?

Que, uma vez que os nacionais de um Estado têm o direito de mudar de nacionalidade, estará antes na lógica das coisas que o exercício desse direito seja as mais das vezes ditado por considerações de interesse?

Esta razão é igualmente invocada por Arminjon, o qual aliás

aceita plenamente a doutrina da fraude à lei reguladora da forma dos actos, negando-lhe qualquer significado em todas as hipóteses de mudança de nacionalidade.

Não nos podemos conformar com semelhante ponto de vista.

No caso em que o nacional dum Estado tem inegáveis e duradouros interesses que o ligam a outro Estado, porque tem nesse outro a sua residência e nele exerce a sua actividade comercial ou doutra ordem, ou unicamente por nutrir uma sincera admiração pela civilização que esse país irradia, compreende-se que a motivação do pedido de naturalização é diversa da que revela o indivíduo que, permanecendo embora na sua pátria de origem e de tal maneira que a sua vida não passa a ser diferente do que tinha sido até aí, obtenha no entanto a naturalização num país estrangeiro com o único motivo de se esquivar às obrigações do serviço militar.

Admitir que há em ambos os casos um interesse legítimo e igualmente atendível é, como diz Niboyet, transformar a naturalização numa simples operação comercial.

Haverá, é claro, que ponderar cuidadosamente todas as circunstâncias capazes de revelar, no caso concreto, a intenção fraudulenta. É preciso que esta se ache demonstrada para podermos declarar a ineficácia do acto.

É na verdade melindrosa esta tarefa que é forçoso deixar ao prudente arbítrio do julgador e que consiste em examinar as circunstâncias, o ambiente íamos a dizer, que envolve o acto e sobre esses dados, através de conjecturas, dar ou não por provada a má fé.

Tem-se dito que isto conduz a uma grande incerteza dos direitos dos particulares, favorecendo, pelos latos poderes que confere ao juiz, o arbítrio jurisprudencial.

Não cremos que assim seja, mas a ser a uma consequência inevitável ela não é peculiar a esta noção. O mesmo se dá com a teoria do abuso do direito, com o qual a fraude à lei tem tão inegáveis pontos de contacto, e com tantos outros conceitos que nem por isso deixam de ser unânimemente aceites pela jurisprudência e pela doutrina.

Por tudo isto nos parece o conceito de fraude à lei inteiramente legítimo.

Há certos autores que sustentam o ponto de vista mais particular de que a fraude à lei não deve ser aceite em certas das matérias de conflitos de leis onde ela tem sido invocada.

Já vimos que Arminjon — e o mesmo escreve Audinet — considera inaceitável a fraude em matéria de nacionalidade, restringindo o seu alcance ao campo da regra *locus regit actum*.

Inversamente, noutros autores encontramos a opinião de que esta regra não pode sofrer a aplicação da doutrina da fraude à lei.

Parece ser esta a maneira de pensar do Prof. Machado Vilela. Nussbaum afirma que a fraude à lei está excluída desta hipótese, porque a admissão da regra de que os actos, quanto à forma, são regulados pela lei do lugar da sua celebração, implica a aceitação de eventuais inconvenientes e fissuras.

Não se compreende bem porque é que o eventual abuso da norma de conflitos tem que ser aceite quanto à escolha do lugar da celebração e já não deve sê-lo se se tratar da liberdade de mudança de nacionalidade ou de domicílio.

Em todas estas hipóteses, a fraude representa sempre o exercício abusivo duma liberdade que o direito internacional privado confere aos interessados e em todas elas a excepção de fraude à lei se destina, em última análise, a reconduzir aquele exercício aos seus justos e rigorosos limites.

II

FUNDAMENTO JURIDICO

Não basta aceitar a legitimidade do conceito há que tentar defini-lo, delimitá-lo.

Quando é que poderemos dizer que estamos em face de uma fraude, que o procedimento das partes representa uma fraude à lei?

Por vezes das decisões verifica-se que o tribunal, embora tivesse em princípio admitido a doutrina da fraude, rejeitou esta no caso *sub judice*: isso é patente sobretudo em matéria contratual, nas hipóteses em que os tribunais franceses, belgas, alemães, tiveram que decidir litígios em que se sustentava que havia sido fraudulenta a celebração do contrato.

Nem sempre a aparência da fraude corresponde à sua real existência e assim concebe-se, por exemplo, que uma naturalização transitória, accidental, não implique um procedimento fraudulento apesar da possibilidade da fraude se nos apresentar à primeira vista.

Quais são, pois, os elementos de que nos devemos socorrer para caracterizar com segurança a fraude?

Mais uma vez vem a propósito frisar o paralelismo entre o conceito que nos ocupa e o abuso do direito. É que aqui também a doutrina construiu duas orientações, ditas, uma, *escola objectiva*, e outra, *escola subjectiva*, as quais por igual pretendem fundamentar a fraude.

Para os autores que seguem a primeira, o elemento intencional não teria qualquer significado, tudo dependendo do que chamar-se o elemento material: estaríamos em face duma fraude à lei todas as vezes que por actos reais e voluntários, embora por vezes não intencionais, se criasse uma situação conforme à lei, que em última análise no entanto a ilude.

O que impressiona estes autores é a circunstância da fraude consistir numa conduta que, servindo-se de processos em si, cria uma situação que o legislador proibiu. E tendo em vista unicamente este aspecto (que sendo o elemento material da fraude é ao mesmo tempo o seu elemento de direito) concluem com uma certa lógica que, provada a contradição entre o resultado que se obteve e o espírito do texto legal, necessariamente tem de seguir-se uma repressão daquela conduta independentemente de quaisquer considerações sobre a intenção.

Desde já se observa que isto significa negar qualquer autonomia à fraude e fazer do *in fraudem legis agere* uma simples modalidade da violação da lei. Estaríamos assim, apenas, em face duma violação menos patente da lei e tudo redundaria em se determinar o conteúdo real desta.

Por outras palavras: para a escola objectiva a fraude à lei traduz-se meramente num problema de interpretação.

É neste sentido que o escritor italiano Rotondi, autor duma monografia sobre a fraude à lei, pretende que ela represente apenas o índice duma interpretação larga e enérgica; que não esteja realmente sujeita à significação literal do texto mas saiba pôr em evidência o verdadeiro conteúdo da regra.

Ir mais além, acrescenta este escritor, é procurar a intenção das partes, é sempre perigoso.

Vistas as coisas por este prisma, a razão parece estar com os que assim pensam.

Se se parte do ponto de vista, o que aliás ninguém põe em dúvida,

que a função do intérprete é determinar o verdadeiro sentido da lei e não sujeitar-se em absoluto à sua letra, parece que a intenção de iludir as proibições legais não tem, em si, nenhum significado. Pouco importa que houvesse ou não o propósito de fugir a uma regra legal desde que esta tenha sido violada na sua *mens ac sententia* (*scire leges non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*).

Porém, perde-se de vista que o problema é outro.

A interpretação extensiva é pacificamente admitida e comumente advogada, mas como levá-la a abranger lacunas que ela por hipótese não pode alcançar?

Assim, por exemplo, se se reconhece que o direito a pedir o divórcio é regido unicamente pela lei nacional (abstraindo, é claro, do direito convencional) e se, por hipótese, se trata de nacionais dum Estado que se naturalizaram *efectivamente* num outro Estado e aí pediram o divórcio, não é possível interpretar extensivamente uma lei que na hipótese já não é aplicável (a disposição da *lex fori* proibindo o divórcio no país onde se pretende fazer valer os efeitos da decisão estrangeira que o decretou).

O que faz da fraude um conceito à parte — nunca é demais repeti-lo — é o facto da conduta que ela pressupõe ser em si inteiramente legítima, mercê duma série de manobras astuciosas que não raras vezes envolvem experimentados conhecimentos de técnica jurídica e conseguem na realidade que a proibição legal não possa actuar directamente.

Mas há nesse procedimento qualquer coisa de anormal que atrai a atenção dos tribunais: do conjunto das circunstâncias que acompanharam a submissão à lei estrangeira, ou melhor, que determinaram a conexão com essa lei de modo a conseguir-se a sua aplicabilidade, infere-se que o móbil de tal conduta foi o de iludir uma *lei proibitiva ou imperativa*.

É por isso especialmente sugestiva a denominação alemã de «*Gezetzumgehung*».

Torna-se, pois, indispensável pôr em relevo ao lado do elemento material o elemento intencional que se traduz, este, no aspecto de facto da fraude.

É tão importante na verdade o elemento intencional que, por outro lado, já se chegou a sustentar que ele só por si é constitutivo da

fraude, confundindo-se assim a fraude à lei com a *fraus* (o ânimo de defraudar).

Esta reacção de alguns partidários da escola chamada subjectiva é por sua vez também um exagero: o direito positivo nunca pode admitir a punição da intenção quando ela não seja acompanhada duma conduta capaz de afectar a ordem jurídica de qualquer maneira. A simples intenção nem mesmo em direito penal é reprimida (e por isso o crime putativo não tem nenhum real significado).

Se alguém supõe que uma determinada regra da *lex fori* proíbe um certo resultado e no entanto não é esse o caso, se se serviu intencionalmente duma transitória situação de facto que tornou uma lei estrangeira normalmente competente aplicável à hipótese obtendo assim aquele resultado, tal conduta, muito embora moralmente reprovável porque teve a animá-la o único desejo de se fugir à suposta proibição, não pode ser considerada uma fraude à lei nem pode justificar uma sanção. Falta-lhe uma *substância*, uma regra legal cujo imperativo se possa dizer ter sido afastado.

Hoje em dia pode dizer-se que a maioria dos autores se inclina para a opinião que considera os dois elementos apontados indispensáveis à noção de fraude.

Para alguns a *má fé* não representaria pròpriamente um elemento *essencial* de noção, mas é-lhe em todo o caso atribuído um considerável papel no que respeita à prova.

Seja como for, este papel de má fé na caracterização da fraude nunca se poderá perder de vista, pois tem o significado de restringir o alcance da excepção aos casos em que de facto é justo que ela seja invocada. Só assim se consegue que uma tal arma posta ao serviço dos tribunais por imperiosas razões de equidade se não transforme num meio arbitrário de recusar o reconhecimento de direitos adquiridos em país estrangeiro, quando é certo que tal recusa representa um limite excepcional ao princípio da comunidade do direito.

A importância do elemento psicológico da fraude, a qual nos obriga a afastar a concepção seguida por Rotondi, Aulagnon, etc., foi posta em relevo por Pachioni por forma a convencer grande parte da doutrina: é preciso ter em conta, diz este notável escritor, que em numerosos casos um certo resultado económico e social é declarado lícito por uma lei e condenado por outra sem que o legislador tenha caído em contradição.

Assim, por exemplo, os tribunais dum Estado podem proibir o divórcio aos seus nacionais e no entanto reconhecerem o divórcio de estrangeiros concedido no Estado de que estes são nacionais, o qual, ao contrário do primeiro, admite a dissolução do vínculo conjugal.

Se os estrangeiros, na hipótese figurada, fossem primitivamente cidadãos do primeiro Estado e depois se tivessem naturalizado, em obediência a razões sérias, no segundo, e se vier mais tarde a ser necessário que invoquem o divórcio no Estado onde nasceram, não se vê porque é que os tribunais desse primeiro Estado não poderão conceder o *exequatur*.

A separação dos casos em que tal resultado — o divórcio — é condenado e daqueles em que é permitido, como acentua Pachioni, só nos pode ser fornecida pela investigação da intenção.

Esta orientação que exige a coexistência do elemento material — uma regra de direito que tenha sido iludida — e do elemento intelectual ou má fé pode dizer-se aceite duma maneira geral pelos escritores que mais recentemente têm abordado o assunto.

Este aspecto moral de má fé como fundamento da fraude é posto em destaque nalgumas decisões dos tribunais; e na grande maioria dos casos tudo gira em volta da investigação da má fé, isto é, em cada caso concreto pretende investigar-se se a única razão que levou a invocar a lei estrangeira foi a intenção de defraudar a lei nacional.

Mas ainda não é tudo, para que o tribunal possa sancionar a fraude.

Os autores anglo-saxónicos costumam distinguir entre *evasion of law* e *avoidance of law*; a primeira expressão corresponde no seu verdadeiro significado à fraude à lei, enquanto que pela segunda querem referir uma fraude permitida, ou melhor, um acto que muito embora represente uma fraude à lei, um procedimento que ilude a lei, com todas as características atrás apontadas, é não obstante reconhecido como inteiramente válido.

Porém, esta nova delimitação da fraude só é possível se se entender (como julgamos pela nossa parte de aceitar) que ela deve ser intimamente relacionada com a excepção de ordem pública.

Passamos a examinar este problema, que é afinal o da própria natureza jurídica do conceito de fraude à lei.

III

A FRAUDE À LEI E A ORDEM PÚBLICA INTERNACIONAL

Niboyet, depois de ter sido partidário desta concepção que vê na fraude à lei em direito internacional privado um aspecto, uma modalidade da ordem pública, preconizou mais tarde uma outra teoria.

Independentemente de qualquer questão de ordem pública, a fraude à lei seria uma excepção destinada a sancionar o carácter imperativo das leis internas, nas relações internacionais.

Tratar-se-ia dum conceito, portanto, inteiramente autónomo. Assim como verificada a inobservância, na ordem interna, dum preceito imperativo os tribunais têm sanções ao seu alcance, também se torna indispensável que uma sanção exista quando por via duma «exportação fraudulenta do direito» a lei nacional perde o seu carácter imperativo.

A não existir este *remédio*, diz Niboyet, as leis que são imperativas no direito interno tornar-se-iam facultativas no campo do direito internacional.

Mas pergunta-se. Como é que a excepção pode ser invocada a título de sanção do carácter imperativo ou proibitivo duma lei, se é devido a uma norma de conflitos da *lex fori* que a lei estrangeira é expressamente reconhecida como competente e, portanto, implicitamente, deixa de o ser a lei cuja protecção se pretende assegurar?

O rigor jurídico não permite certamente que se fale em sanção duma lei, senão quando esta deva ser aplicada.

A dificuldade é resolvida quando se parta do ponto de vista de que a aplicação da lei normalmente competente se transforma num mal social, dadas as circunstâncias de facto que determinaram a sua aplicabilidade, pois que estas visavam exclusivamente a evitar um imperativo legal.

E assim compreende-se que o tribunal só proceda à evicção da lei normalmente competente quando a aplicação desta, em face da anormalidade, da imoralidade dos factos no caso concreto, se traduza realmente num mal social e numa violação dos princípios de ordem pública.

Esta teoria que considera a noção de fraude à lei uma mani-

festação especial do princípio de ordem pública foi apresentada pela primeira vez por Bartin nos seus *Estudos de Direito Internacional Privado*. Tem ela, antes de mais, a vantagem de atribuir à fraude um papel que se harmoniza melhor com a sua natureza intrínseca, uma vez que o recurso a esta excepção terá, nesta ordem de ideias, uma feição maleável de acordo com os próprios dados do problema.

Este prisma da oportunidade na aplicação da excepção concilia-se com a atitude dominante dos tribunais onde a fraude à lei tem sido admitida.

O escritor belga Verplaetse que segue esta construção de Bartin invoca em seu apoio o seguinte eloquente argumento, extraído da jurisprudência americana :

A semelhança do que aconteceu noutros casos, no célebre processo *Medway* o casamento tinha sido celebrado manifestamente em fraude à lei do domicílio. Todavia o tribunal tendo em atenção o interesse de ordem pública relativo à estabilidade do casamento, em vez que este, mesmo considerado um contrato, é em todo o caso duma natureza muito especial, e por ele se adquirem direitos e obrigações que devem manter-se quanto possível inalteradas, em poucas palavras, invocando o que os Estados Unidos da América chamam a *policy in favorem matrimonii* decidiu considerar o casamento válido. Foi então declarado que este princípio de ordem pública em favor do casamento, que tem um carácter geral e anula a fraude. O princípio defronta-se aqui com o princípio de ordem pública também *contra fraudem* e nesta hipótese o primeiro levou a melhor.

A sentença acrescentou que em face dum contrato ordinário, não havendo esta ordem pública especial do casamento, a fraude seria invocada.

Semelhante resultado, que é incontestavelmente mais equitativo e conforme com a natureza das coisas, é impossível na construção de Niboyet ; o imperativo legal não pode permitir este carácter de relatividade quanto à solução adoptada. A lei iludida pela fraude é uma lei imperativa e não se concebe que, a atribuir-se ao conceito o papel de sanção daquele imperativo, este deva ser sancionado nuns casos e noutros não.

Um imperativo é sempre um imperativo e na própria liberdade de escolha de uma lei (quer se trate de princípio de autonomia da vontade em matéria contratual, quer da liberdade de mudança de

domicílio) desde que há certas restrições, certos limites a essa liberdade, estes são igualmente imperativos.

Pelo contrário a noção de ordem pública não tem, no significado que lhe atribuímos pelo menos, esta rigidez. Baseando-se em solicitações políticas, económicas e sociais, sendo como é um índice das divergências dos sistemas jurídicos da *lex fori* e da *lex loci actus* — parece estar hoje inteiramente posto de parte o sistema tentado por Pillet e outros que pretendiam construir uma enumeração das disposições de ordem pública — é ao juiz que caberá em cada caso interpretar esta ou aquela disposição da lei local como de ordem pública. Bartin resume assim a sua doutrina :

«Só vejo uma diferença entre as duas séries de hipóteses : quando a ideia de ordem pública entre em acção, a evicção da lei normalmente aplicável resulta invariavelmente do próprio *objecto* dessa lei, enquanto que resulta acidentalmente, quando é devida à influência da ideia de fraude à lei, da *intenção que teve* o sujeito da relação jurídica em litígio de iludir as disposições do seu estatuto pessoal.

Estas disposições tomam então *de facto*, graças à intenção fraudulenta da pessoa que se lhes pretende subtrair, o carácter de disposições de ordem pública.

Por consequência há disposições legais que podem, segundo os casos, aparecer-nos como disposições de ordem pública ou como disposições ordinárias, submetidas às regras normais do conflito de leis».

Esta doutrina leva-nos a uma consequência que está igualmente de acordo com a jurisprudência da fraude à lei.

Na sentença, por exemplo, que pôs termo ao conhecido processo *Avvocato* (Tribunal civil de Tunis) diz-se que não compete ao tribunal investigar se a naturalização foi obtida em fraude à lei italiana com o fim de se conseguir o divórcio, que a lei italiana proíbe. Tal questão, acrescenta-se, poderá ser levantada perante os tribunais italianos, não perante os tribunais franceses.

Negar quaisquer efeitos, qualquer relevância, à fraude à lei estrangeira, é uma atitude logicamente de harmonia com a ideia que defendemos de conexão entre a fraude à lei e a ordem pública.

Esta que é costume denominar-se ordem pública *internacional* pela intervenção que lhe compete na disciplina jurídica de certas relações internacionais, é na realidade *nacional* quanto ao seu significado e alcance, à sua maneira de actuar.

Revela-se sempre como um meio excepcional de preservar certos interesses básicos de ordem jurídica interna, em atenção aos quais a lei estrangeira é por vezes afastada.

A admissão de fraude à lei estrangeira foi defendida por Niboyet. Autores há para quem ela seria desejável num ponto de vista de absoluta justiça, mas que reconhecem que é impossível dar-lhe eficácia na prática já que não assiste ao juiz qualquer fundamento para afastar a aplicação da *lex fori* (Aulagnon, Ligeropoulo).

Creemos que a razão está aqui também com os que se pronunciam em favor desta construção jurídica que assenta na conexão entre a fraude à lei e a ordem pública.

Atribuir efeitos à fraude à lei estrangeira é implicitamente admitir que o tribunal dum Estado, em certa medida, é obrigado a defender os interesses da soberania dos outros Estados.

Tal princípio de solidariedade está manifestamente para além da simples obrigação jurídica de reconhecer certa competência às leis estrangeiras e não tem por certo uma feição jurídica; se ele é um ideal desejável, não se concebe todavia que no actual estado da civilização e do direito internacional, privado como público, seja susceptível de se impor nas relações entre nações soberanas.

Seria aliás conceber uma ordem pública internacional no mais directo sentido desta expressão, concepção essa que sem dúvida não tem inspirado de facto os tribunais.

IV

SANÇÃO

Por vezes os juízes, em face da verificação da fraude, recusaram-se a aplicar qualquer espécie de sanção, alegando que era ao legislador que competia preencher a lacuna.

Porém, para quem admita como legítima a noção de fraude à lei, é mister proceder-se à aplicação duma sanção.

Surge pois o problema delicado da forma que esta deve revestir. É possível declarar a nulidade dum acto praticado em fraude à *lex fori*, que por outro lado está inteiramente de harmonia com uma lei estrangeira, normalmente competente para o regular?

E mais. A sanção deverá incidir só sobre este acto, isoladamente considerado, ou deverá afectar também a conexão em que a sua realização se baseou?

Isto é, figurando a hipótese do divórcio fraudulento, o tribunal deve-se pronunciar igualmente acerca do valor da naturalização a cuja sombra o divórcio foi concedido?

Pode dizer-se que é opinião assente a de que a sanção não pode atingir a conexão, pois que esta foi válidamente obtida e apreciá-la seria proferir uma decisão que não cabe na competência do tribunal.

Isso é patente quanto às naturalizações. A naturalização é as mais das vezes um acto que emana duma soberania estrangeira. Países há onde, diversamente, o legislador reconheceu um *direito* à naturalização, mas em qualquer das hipóteses a solução tem de ser a mesma.

Com efeito se o tribunal da *lex fori* nem sequer tem competência para apreciar a concessão da naturalização feita pelo poder executivo do seu próprio Estado (pois seria violar o princípio da separação dos poderes) como poderia ele conhecer das naturalizações concedidas pelos Governos estrangeiros?

Esta incorrecção foi cometida pelo tribunal de primeira instância, em França, chamado a julgar a famosa questão *Beaufremont*. A segunda instância corrigiu a sentença no tocante à declaração da nulidade da naturalização.

Não queremos dizer, por outro lado, que o tribunal que invoca a excepção de fraude à lei pronuncie simultaneamente a declaração de validade da naturalização: o tribunal, muito simplesmente, abstém-se de se pronunciar porque não tem competência para tanto.

Quanto ao acto praticado em fraude cujo reconhecimento se pede uma única solução é viável. É ela, verificada a fraude, o não reconhecimento da produção de efeitos *no território da «lex fori»*, ou seja, a sua ineficácia. O tribunal julga que o direito não foi legitimamente adquirido e por isso recusa-lhe a produção de efeitos dentro do território desse Estado. Não pode ir mais longe e pronunciar a nulidade do acto — isso só poderia caber à lei de harmonia com a qual o acto foi por hipótese praticado.

A este respeito pode dizer-se igualmente que a atitude do tribunal ao aplicar a sanção não é a de afirmar a produção de efeitos no território estrangeiro e negá-la, por outro lado, no seu próprio território. O tribunal limita-se a não conhecer dos efeitos do acto para

além do seu território, em obediência ao respeito devido à soberania estrangeira.

A sanção tem assim um alcance puramente territorial e não se diga (como já se tem pretendido) que ela produz uma cisão, manifestamente contraditória dos efeitos do acto.

Aqui evidencia-se também a íntima relação que em todos os aspectos existe entre a fraude à lei e o conceito mais genérico de ordem pública.

Tem-se defendido por vezes a opinião de que a fraude à lei é meramente um argumento subsidiário, isto é, que a recusa do reconhecimento dum direito adquirido ou declarado por sentença num país estrangeiro seria baseada na ideia de fraude, quando os outros argumentos falhassem.

Este modo de pensar não nos convence. A fraude é um argumento, por si, incontestavelmente legítimo e valioso quando é a única realidade que permite evitar a produção de efeitos dum acto que não merece a recepção jurídica do Estado onde esta é pretendida.

O que acontece muitas vezes, sim, é que haverá outros argumentos em relação aos quais ela colabora. Mas frequentemente, mesmo neste caso, a fraude tem um papel relevante a desempenhar. Assim, quando a intenção de evitar a lei nacional reguladora das sociedades comerciais levou à criação de uma sede fictícia no estrangeiro, acontecerá que a ideia preconcebida de indagar a existência duma fraude acabará por fornecer a prova do argumento decisivo, ou seja, a simulação.

Nesta e noutras tantas hipóteses em que a *fraus* se apresenta como simples elemento de prova de outros vícios, é capital a função desempenhada.

Em conclusão, o facto de tantas vezes a fraude à lei ser apenas um argumento complementar (o que não é o mesmo que subsidiário) não é de molde a negar a legitimidade desta noção que, por tudo o que deixamos dito, se nos apresenta como um conceito que merece a plena aceitação da doutrina.

Ele é capaz em certas circunstâncias de proteger os interesses, as instituições, de salvaguardar até a própria independência soberana dum Estado, em face da interpretação viciosa dos princípios de liberdade que este se obriga a aceitar no campo das relações internacionais.