

UNIVERSIDADE REGIONAL DO NOROESTE DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL – UNIJUI
VICE-REITORIA DE GRADUAÇÃO – VRG
COORDENADORIA DE EDUCAÇÃO A DISTÂNCIA – CEaD



Coleção Educação a Distância
Série Livro-Texto

Marcelo Loeblein dos Santos

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO



Ijuí, Rio Grande do Sul, Brasil
2011

© 2011, Editora Unijuí
Rua do Comércio, 1364
98700-000 - Ijuí - RS - Brasil
Fone: (0__55) 3332-0217
Fax: (0__55) 3332-0216
E-mail: editora@unijui.edu.br
www.editoraunijui.com.br

Editor: Gilmar Antonio Bedin

Editor-adjunto: Joel Corso

Capa: Elias Ricardo Schüssler

Designer Educacional: Jociane Dal Molin Berbaum

Responsabilidade Editorial, Gráfica e Administrativa:

Editora Unijuí da Universidade Regional do Noroeste
do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí; Ijuí, RS, Brasil)

Catálogo na Publicação:
Biblioteca Universitária Mario Osorio Marques – Unijuí

S237d

Santos, Marcelo Loeblein dos.

Direito internacional privado / Marcelo Loeblein dos Santos. – Ijuí : Ed. Unijuí, 2011. – 96 p. – (Coleção educação a distância. Série livro-texto).

ISBN 978-85-7429-964-8

1. Direito. 2. Direito internacional. 3. Direito internacional privado. I. Título. II. Série.

CDU : 341
341.9

Sumário



APRESENTAÇÃO	5
CONHECENDO O PROFESSOR	7
UNIDADE 1 – DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO:	
Histórico, Conceito, Fontes, Codificações	9
Seção 1.1 – Definição de Direito Internacional Privado – DIPr	10
Seção 1.2 – A História Moderna do Direito Internacional	12
Seção 1.3 – Objeto do Direito Internacional Privado	16
Seção 1.4 – Objetivos do Direito Internacional Privado	19
Seção 1.5 – Fontes do Direito Internacional Privado	20
1.5.1 – A Lei	21
1.5.2 – Os Tratados	22
1.5.3 – Os Costumes	25
1.5.4 – Os Princípios	26
1.5.5 – A Doutrina	26
1.5.6 – A Jurisprudência	27
UNIDADE 2 – CONFLITOS DE NORMAS: Elementos de Conexão, Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro	29
Seção 2.1 – Elementos de Conexão	30
Seção 2.2 – Principais Elementos de Conexão	31
2.2.1 – Nacionalidade	31
2.2.2 – Domicílio	33
2.2.3 – Territorialidade	34
Seção 2.3 – Considerações Acerca da Classificação que Leva o Elemento de Conexão	35
Seção 2.4 – Como se Estrutura a Norma de Direito Internacional Privado?	36
Seção 2.5 – Normas Indicativas ou Indiretas: Limitam-se a Indicar o Direito Aplicável. ...	37
2.5.1 – As Normas Indicativas Bilaterais são Compostas de Duas Partes:	37

Seção 2.6 – Algumas Restrições na Aplicação do Direito Estrangeiro	39
Seção 2.7 – Direito Processual	40
Seção 2.8 – Classificação da Competência	41
Seção 2.9 – Competência Relativa	42
Seção 2.10 – Competência Absoluta	44
Seção 2.11 – Produção de Provas no Estrangeiro	45
Seção 2.12 – Cartas Rogatórias	47
Seção 2.13 – Homologação de Sentença Estrangeira	50
UNIDADE 3 – A APLICAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) no Direito Internacional Privado Brasileiro	
55	
Seção 3.1 – A Aplicação da LINDB no Direito Internacional Privado Brasileiro	55
Seção 3.2 – O Casamento e seus Efeitos para o Direito Internacional Privado	56
Seção 3.3 – Artigo 8º da LINDB	63
3.3.1 – Normas sobre Bens Móveis e Imóveis	63
Seção 3.4 – Das Obrigações e Contratos	66
3.4.1 – Sobre a Autonomia da Vontade nos Contratos Internacionais	66
3.4.2 – Comentários sobre o artigo 10º da LINDB	67
3.4.3 – Art. 11 da LINDB	69
UNIDADE 4 – NACIONALIDADE E CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO	
73	
Seção 4.1 – Condição Jurídica do Estrangeiro	73
4.1.1 – Afastamento Compulsório de Estrangeiro	78
4.1.2 – Asilo x Refúgio	83
Seção 4.2 – Direitos e Deveres do Estrangeiro	84
Seção 4.3 – A Especial Condição dos Portugueses	86
Seção 4.4 – Nacionalidade e Naturalização	87
Seção 4.5 – Conflitos de Nacionalidade	92
REFERÊNCIAS	95

Apresentação



Inicialmente, pode-se afirmar que a população mundial está cada vez mais envolvida pela ideia de globalização, o que causa uma interdependência entre os países, em que até as medidas econômicas de um Estado soberano têm de ser feitas em estreita combinação com a administração de outros Estados, sob pena do insucesso ou consequências desastrosas.

Vivemos, assim, numa sociedade internacional, composta por indivíduos das mais diferentes nacionalidades e por interesses privados das mais diversas ordens. Diante dessa realidade, faz-se necessária a existência de uma disciplina que regule a relação entre seus membros. Esta disciplina é o Direito Internacional Privado.

Assim, o Direito Internacional Privado concebe o desenvolvimento tomando por base as relações de ordem privada entre os diferentes povos, além das várias legislações que surgem para atender às necessidades internacionais da circulação de pessoas, gerando o conflito de leis, afinal, para cada caso concreto é preciso analisar a lei a ser aplicada àquele caso.

Conhecendo o Professor



Marcelo Loeblein dos Santos

É graduado em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (Unijuí) (2005) e em Letras pela mesma instituição (1997). Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul, com dissertação defendida em 28 de março de 2008, vinculada à linha de pesquisa Direito Ambiental e Biodireito. Ao longo do Mestrado foi bolsista Capes, modalidade 1.

Professor das disciplinas de Direito de Família, Direito Constitucional, Ética Geral e Jurídica, Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Docente vinculado aos cursos de Direito da Faculdade de Itapiranga (FAI), no Estado de SC e da Unijuí.



DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: Histórico, Conceito, Fontes, Codificações

OBJETIVOS DESTA UNIDADE

- O objetivo do estudo desta unidade é colocar o acadêmico em contato com os precedentes históricos do Direito Internacional Privado ou DIPr, sigla pela qual a disciplina é conhecida. Entender a importância da disciplina, seu conceito, as fontes e a aplicação destas no ordenamento jurídico brasileiro.
- Esta primeira unidade é uma espécie de introdução ao assunto, e muitos de seus pontos serão abordados de forma mais específica nas outras unidades do livro-texto.

AS SEÇÕES DESTA UNIDADE

Seção 1.1 – Definição de Direito Internacional Privado – DIPr

Seção 1.2 – A História Moderna do Direito Internacional

Seção 1.3 – Objeto do Direito Internacional Privado

Seção 1.4 – Objetivos do Direito Internacional Privado

Seção 1.5 – Fontes do Direito Internacional Privado

Antes de entrar propriamente no conteúdo do componente curricular de Direito Internacional Privado – DIPr – cabe fazermos uma distinção entre este e o Direito Internacional Público – DIP.

Para Rechsteiner (2007), o Direito Internacional Privado refere-se às relações jurídicas pertinentes à área de Direito Privado, com conexão internacional, não sendo aplicáveis às relações de conflitos do Direito Internacional Público. Não se pode negar, porém, que o Direito Público reflete de modo visível na matéria privada, influenciando a aplicação do Direito Internacional Privado.

Afinal, cada país reconhece em seu ordenamento jurídico interno normas de Direito Internacional Público. Tais normas são frutos de tratados internacionais, que muitas vezes versam sobre as relações privadas.

Assim, se forem aplicadas as normas de Direito Interno numa relação jurídica de Direito Internacional Privado, com conexão internacional, o juiz leva em consideração todas as normas de Direito Público, aplicadas ao caso concreto.

Cabe salientar ainda que as normas de Direito Público Internacional se aplicam-se à solução de conflitos públicos, especialmente os conflitos entre Estados soberanos, enquanto as normas de Direito Internacional Privado destinam-se a regular as relações entre os particulares, mas amparado em normas que são fruto do Direito Público. Podemos citar como exemplo os tratados internacionais sobre extradição, os quais são celebrados pelos Estados (direito público), mas aplicados aos particulares.

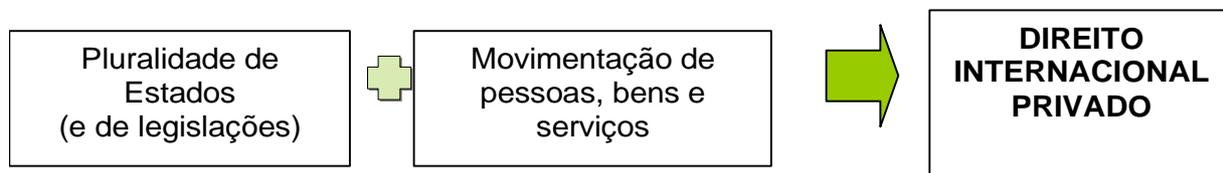
Seção 1.1

Definição de Direito Internacional Privado – DIPr



¹ O Direito Internacional Privado é resultante da **pluralidade de Estados** e por conseguinte, de legislações (*aspecto jurídico*); e da **movimentação de pessoas, bens e serviços** (*aspecto fático*).

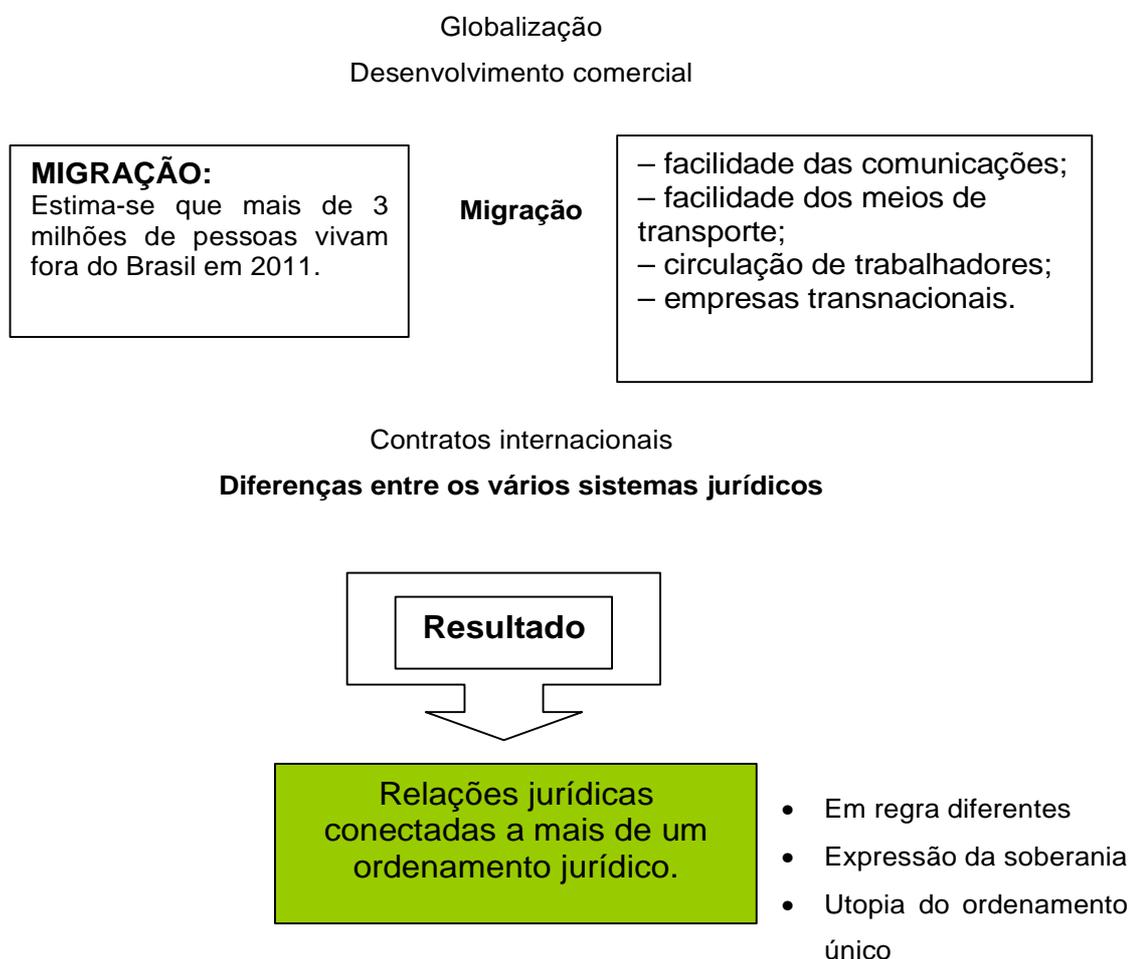
O DIPr não existiria se os ordenamentos jurídicos fossem todos iguais ou se os Estados (países) vivessem de forma isolada.



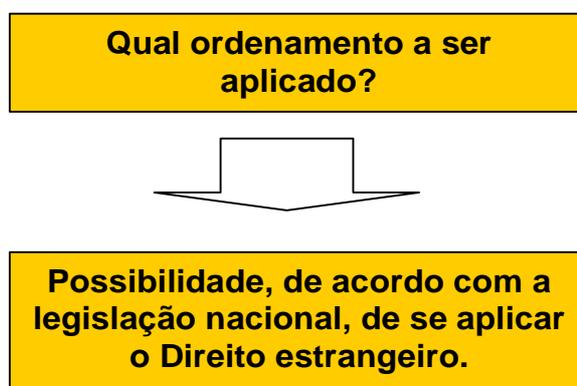
Diante disso, percebemos que não existe um Direito superior a todos os demais, capaz de resolver esses conflitos. O Direito Internacional Privado supre esta ausência, determinando qual ordenamento jurídico que deve ser aplicado a cada situação concreta, que permita (em razão de elementos de conexão) a aplicabilidade de mais de um ordenamento jurídico.

¹ Disponível em: <www.vousemembrodomp.wordpress.com>. Acesso em: 5 set. 2011.

Podemos observar pelo organograma a seguir, a realidade do Direito Internacional Privado



Julgador defronta-se com a seguinte questão:



As questões apontadas até aqui serão estudadas no DIPr ao longo das 4 unidades deste livro-texto.

Assim, em relação à definição do Direito Internacional Privado, podemos trazer o conceito de alguns autores renomados:

Luiz Ivani de Amorim Araújo	Conjunto de regras de Direito Interno que objetiva solucionar os conflitos de lei originários de Estados diversos, indicando, em cada caso que se apresente, a lei competente a ser aplicada.
Haroldo Valladão	É o ramo da ciência jurídica que resolve os conflitos de leis no espaço, disciplinando os fatos, em conexão no espaço, com leis divergentes e autônomas.
Edgar Carlos de Amorim	É o ramo da ciência jurídica que trata da licitude das condições do estrangeiro, da aplicação de suas leis e dos conflitos destas com as leis locais.

Podemos observar ainda que o DIPr refere-se à aplicação da lei, seja nacional ou estrangeira, a um caso concreto. Em relação aos conflitos, estão a opção do juiz ante o elemento de conexão, pela nacional, e a recusa à norma alienígena (estrangeira) por esta ofender a ordem pública nacional.

Seção 1.2

A História Moderna do Direito Internacional

Conhecer a história do Direito Internacional Privado facilitará consideravelmente a compreensão da nossa disciplina, uma vez que os princípios gerais e a parte geral do Direito Internacional Privado foram esboçados pela doutrina ainda no século 19.

Não nos remeteremos aos primórdios do Direito Internacional, mas ao Direito Internacional Privado moderno, que está, segundo Rechsteiner (2007), vinculado a três importantes doutrinadores: o americano Joseph Story (1779-1845), o alemão Friedrich Carl von Savigny (1779-1861) e o italiano Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888).

O referido autor assevera que os doutrinadores mencionados são símbolos para os três pilares básicos do Direito Internacional Privado, com vistas a sua evolução histórica, quais sejam, a territorialidade do Direito (Joseph Story), a personalidade do Direito (Pasquale Stanislao Mancini) e a universalidade das normas de conflitos de leis no espaço (Friedrich Carl von Savigny).

Joseph Story foi juiz na Suprema Corte dos Estados Unidos e para ele o Direito Internacional Privado era, na realidade, Direito Nacional. Resulta desse fato, necessariamente, que também a aplicação do Direito estrangeiro dentro do país dependeria, exclusivamente, da vontade do legislador pátrio.

Segundo Rechsteiner (2007), a soberania de determinado Estado seria a base dogmática para reflexões sobre o conflito de leis. Influenciado pela teoria de Huber, Story acentuava a territorialidade do Direito, ou seja, a aplicação da lei do território, mas admitia a aplicação do Direito estrangeiro como ato de cortesia, o que era, particularmente, o caso dos direitos adquiridos no estrangeiro.

Em relação a Friedrich Carl Von Savigny, este foi um dos membros fundadores da Universidade de Berlim, ministro do Estado da Prússia, além de romanista, historiador do Direito e um dos grandes mestres clássicos do Direito Internacional Privado.

De acordo com Rechsteiner (2007), a doutrina de Savigny abriu inúmeras portas para uma nova compreensão da nossa disciplina, assim, cada relação jurídica possui a sua própria sede à qual pertence, segundo a sua própria natureza. Dessa forma, deve ser observado o caso concreto e a lei que deve ser aplicada a este caso, a situação concreta muitas vezes enseja a aplicação do Direito estrangeiro.

O pensamento de Savigny, portanto, será de que o Direito Internacional Privado deveria ter uma harmonia internacional de suas decisões, acreditando ser irrelevante se uma sentença era proferida pelo juiz de um ou de outro país. Por essa razão, a disciplina não deve ser vista, tão somente, sob um ângulo nacional, mas orientar-se conforme as exigências da comunidade dos povos.

Savigny acreditava ainda que o mesmo fim poderia ser alcançado por uma lei comum universal sobre o Direito Aplicável, o que revela um caráter universal da teoria de Savigny.

Cumprir destacar ainda a obra de Pasquale Stanislao Mancini (1817-1888), que desenvolveu, dentre outras atividades, aquelas de advogado, professor universitário e ministro de Educação, da Justiça e das Relações Exteriores.

Os ensinamentos de Mancini repousam em três pilares básicos: nacionalidade, liberdade e soberania.

A razão do primeiro princípio é o elemento de conexão da nacionalidade, que é o elemento de conexão dominante na doutrina de Mancini, ou seja, a lide deve ser dirimida pela lei da nacionalidade da pessoa. O princípio da liberdade refere-se ao direito das partes de escolherem livremente o Direito aplicável dentro dos limites traçados pela lei (princípio da autonomia da vontade das partes). Separa, porém, os dois princípios mencionados. Quando couber o Direito estrangeiro este não será aplicado quando ofender a ordem pública nacional, ou seja, contrariar interesses da soberania do Estado, consolidando assim o terceiro princípio, o da soberania.

O elemento de conexão principal, para Mancini, é a nacionalidade no Direito Internacional Privado. Nesse ponto divergiu de Savigny, que preferiu o elemento de conexão do domicílio àquele da nacionalidade.

Mancini defendeu a aplicação ampla do elemento de conexão da nacionalidade no Direito Internacional Privado, formulando, assim, a sua doutrina, que teve repercussão extraordinária, sendo adotada por legislações de vários Estados. Posteriormente, porém, o elemento de conexão da nacionalidade começou a perder a sua hegemonia, sendo contínuo o seu declínio na atualidade.

De acordo com Rechsteiner (2007), durante o século 19, muitas foram as codificações em relações aos seus direitos privados. As primeiras codificações europeias, entre as quais figuravam o Código Civil da Grécia de 1856, o Código Civil da Itália de 1865 e o Código Civil alemão de 1896, podendo já se basear nas doutrinas modernas de Story, Mancini e Savigny, conheceram no seu texto ainda poucas normas de Direito Internacional Privado.

Mesmo na América Latina surgiram as primeiras codificações naquela época, dentre as quais em 1855 o Código Civil do Chile e o Código Civil da Argentina de 1871. As suas normas sobre o Direito Internacional Privado, em geral, têm uma tendência territorialista, ou seja, preferem elementos de conexão que favorecem a aplicação da *lex fori* (lei do foro), excluindo, assim, em maior ou menor escala a aplicação do Direito estrangeiro. Uma exceção às tendências territorialistas na América Latina era o Brasil, pelo fato de a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916 adotar o elemento de conexão da nacionalidade em relação ao estatuto pessoal da pessoa física.

Em relação ao histórico do Direito Internacional Privado no Brasil, podemos nos amparar nas palavras de Florisbal Del'Olmo (2010), este afirma que antes da Independência, vigoravam no Brasil as leis portuguesas em todos os campos do Direito. Tinha-se naquela época as *Ordenações Afonsinas*, *Manuelinas* e *Filipinas* – que tiveram uma vigência mais longa. Estas normas que regulavam o Direito Internacional, porém, estavam impregnadas de uma inspiração estatutária oriunda da Europa.

Del'Olmo (2010) destaca a influência de Augusto Teixeira de Freitas para o desenvolvimento do DIPr no Brasil. Freitas publicou em 1860 o *Esboço do Código Civil do Império*, que teve notável influência no Código Civil da Argentina, Paraguai e Uruguai, entre outros países.

Inspirado na teoria de Savigny, mas a aperfeiçoando com ideias próprias, Teixeira de Freitas adotou o domicílio como principal elemento de conexão. O domicílio determina que a capacidade jurídica das pessoas domiciliadas no Império deveriam ser julgadas pelas leis brasileiras. O Código Civil de 1916 optou pela nacionalidade como solução de conflitos, porém com a edição da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), de 1942, o Brasil passou a adotar o domicílio como elemento para resolução dos conflitos no DIPr.

Não podemos deixar de citar a obra de José Antônio Pimenta Bueno, intitulada *Direito Internacional Privado e a Aplicação de Seus Princípios com Referência às Leis Particulares do Brasil*. Inspirado pela obra de Foelix (advogado alemão radicado em Paris) e pelo Código Napoleônico, fez uma exposição sistematizada da matéria, tendo sido intransigente defensor da *nacionalidade* como principal *elemento de conexão*, ou seja, a lei da origem da pessoa que deveria ser aplicada para dirimir os conflitos.

Assim, considerando-se a contemporaneidade dos trabalhos de Teixeira de Freitas e de Pimenta Bueno, incontestáveis precursores do DIPr no Brasil, defrontou-se o nosso Direito com duas correntes doutrinárias quanto ao elemento de conexão: uma defendendo o *domicílio* e outra a *nacionalidade*.

Como já observado, a **Lei de Introdução ao Código Civil de 1916** adotou a corrente de Pimenta Bueno, ou seja, a **nacionalidade** como seu elemento de conexão.

Em 1942, porém, quando da edição da **nova Lei de Introdução do Código Civil** e, tendo em vista os conflitos da Segunda Guerra Mundial, o Brasil não pretendia mais aplicar leis de países inimigos como a Alemanha, a Itália, o Japão, optando então, na nova lei, pelo **domicílio**, consagrando a tese de Teixeira de Freitas.

Assim corrobora Del'Olmo (2010, p. 15):

A LICC, como afirmado, *adotou o domicílio como principal elemento de conexão*, dando assim razão à tese historicamente defendida por Teixeira de Freitas. Deve-se ressaltar que a mudança ocorreu em plena II Guerra Mundial, período em que o número de alemães, italianos e japoneses residentes no Brasil era expressivo, podendo, pela legislação então vigente, verem-se aplicadas em nosso país leis de nações tornadas inimigas. Embora essa situação não impeça, por si só, o emprego de lei estrangeira no direito interno – até porque o jurídico não se deve submeter ao político –, a comprovação do conteúdo e da vigência das normas desses Estados quando invocadas pelas partes ficava extremamente prejudicada pela ausência de órgãos desses países no Brasil.

O estrangeiro, portanto, terá o seu relacionamento com o Estado Brasileiro determinado pela Lei de Introdução do Código Civil, que a partir de 2010 passou a se chamar Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, regulamentada pela Lei 12.376/2010. Muitos países signatários ainda adotam o Código de Bustamante para resolverem os seus conflitos.

Caros acadêmicos, a questão do elemento de conexão e objeto de conexão será abordada e explicada de forma mais aprofundada na Unidade 2.

Diante destas breves considerações sobre a história moderna do Direito Internacional Privado, cabe trazer de forma resumida, a partir da leitura de Rechsteiner (2007), algumas das características básicas da evolução do Direito Internacional Privado durante os últimos dois séculos:

- a) De acordo com o Direito Internacional Privado moderno, devem ser examinados, em primeiro lugar, a relação jurídica concreta ou, mais precisamente, os fatos e fatores sociais com conexão internacional, a fim de determinar em seguida o Direito aplicável, que será sempre o **Direito-Interno ou determinado Direito estrangeiro**, consoante as respectivas normas indicativas ou indiretas do Direito Internacional Privado da *lex fori* (*lei do foro*).
- b) Até o final do século 19 acreditava-se ser possível elaborar normas de Direito Internacional Privado com vigência universal. Essa visão, porém, não se tornou realidade. O almejado universalismo das normas do Direito Internacional Privado cedeu lugar a uma codificação de sistemas jurídicos nacionais em que muitos Estados elaboraram leis sistemáticas acerca dessa matéria.

Apesar de não ter atingido o ideal de universalização, o Direito Internacional Privado foi de fato uniformizado em vários dos seus ramos, mediante o instrumento jurídico do tratado internacional em que muitos ordenamentos jurídicos elegeram o mesmo elemento de conexão.

- c) A América Latina possui uma grande tradição de cooperação internacional no âmbito do Direito Internacional Privado. Na atualidade, as Conferências Especializadas Interamericanas de Direito Internacional Privado estão exercendo maior influência nesse campo e tentando uniformizar normas referentes à matéria.
- d) Para finalizar as considerações acerca da história moderna do Direito Internacional Privado brasileiro, cumpre, ainda, fazer algumas observações relativas à evolução legislativa no Brasil. Nesse contexto do DIPr brasileiro, merecem destaque a Lei de Introdução ao Código Civil de 1916, a Lei nº. 3.071, do mesmo ano, que entrou em vigor em 1917, e a Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 (Decreto-Lei n. 4.657), que entrou em vigor em 24 de outubro de 1942, substituída pela Lei 12.376 de 2010, Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, constituindo a legislação básica do Direito Internacional Privado brasileiro em vigor. A LICC de 1916 havia adotado a nacionalidade como elemento de conexão; já a LICC de 1942 e a LINDB de 2010 adotam o domicílio como elemento de conexão.

Seção 1.3

Objeto do Direito Internacional Privado

No entendimento de Del'Olmo (2010), o objeto central do DIPr consiste no Conflito de Leis no Espaço, definido este espaço como o de ordenamentos jurídicos diversos, ou seja, de cada Estado. Nestas leis estão incluídos temas das mais diversas áreas do Direito Privado, ou seja, das relações entre os particulares.

Assim, temos como objeto do DIPr resolver conflitos de leis no espaço. Podemos observar que quando aplicamos uma lei estrangeira em razão das determinações de uma lei local, não estamos tratando de conflitos, mas tão somente do reconhecimento de um direito adquirido no exterior. Quem vai nos dizer se iremos aplicar a lei nacional ou estrangeira é a nossa própria lei, normalmente a atual Lei de Introdução, a LINDB.

Temos ainda como objeto do DIPr: indicar direito competente para o fato interjurisdicional; indicar direito aplicável ou adequado a esse fato; determinar a jurisdição competente em matéria de Direito Processual; resolver conflito de leis escolhendo a lei aplicável ao fato interjurisdicional.

Alguns doutrinadores trazem ainda outros problemas relevantes à matéria, como a questão da nacionalidade na solução dos conflitos entre pessoas. Nesse caso um Estado não pode impor suas normas aos demais, valendo a norma interna de casa país (leia-se também Estado) para a solução. Quanto ao assunto, ver o artigo 12, incisos e parágrafos da Constituição Federal.

Importante também é determinar a condição jurídica do estrangeiro, ou seja, o conjunto de direitos internos de cada país aplicáveis ao estrangeiro.

Trazemos alguns dispositivos legais das leis internas que versam sobre a temática: artigo 5º, caput da CF, 5º, LII, 227, § 5º, Código Civil, artigo 3º; Lei nº 6.815, de 19-8-1980 (estatuto) e Decreto nº 86.715, de 10-12-1981 (regulamento). Aquisição de imóvel rural: Lei nº 5.709, de 7-10-1971 e Decreto nº 74.965, de 26-11-1974. Casamento com brasileiro: Lei nº 1.542, de 5-1-1952. Falsa declaração no registro civil; LINDB.

Assim sendo, o Objeto do Direito Internacional Privado é a autorização para que o juiz, ante um fato interjurisdicional, proceda de acordo com a natureza especial do fato, aplicando-lhe, se necessário, lei de outra jurisdição, ou ainda, organizar direito adequado à apreciação do fato anormal, tendo como objetos:

- A) resolver conflitos de leis;
- B) indicar direito competente para o fato interjurisdicional;
- C) indicar direito aplicável ou adequado a esse fato.

Os autores concordam que o objeto primordial é o conflito de leis ou de ordenamentos. As regras de Direito Internacional Privado servem para definir qual ordenamento a ser aplicado.

Muitos acrescentam o estudo do **direito adquirido**, a **nacionalidade** e a **condição jurídica do estrangeiro**.

Em realidade, pode-se afirmar que cinco temas são objeto do DIPr:

Nacionalidade	Artigo 12 da Constituição Federal
Condição jurídica do estrangeiro	Lei 6.815/80
Reconhecimento do direito adquirido Obs.: o estrangeiro só não tem direitos políticos de votar e ser votado, no mais, se entrar legalmente no país, possui os mesmos direitos que um brasileiro nato. É reconhecido o casamento de 2 franceses domiciliados no Brasil, de acordo com o artigo 129, parágrafo 6º da Lei 6015/73.	Artigo 5º, caput. da Constituição Federal
Conflito das jurisdições Identificar a jurisdição competente para o caso.	Competência internacional, CPC, artigos 88 a 90.
Conflito de leis Obs.: Brasil não reconhece, por exemplo, a possibilidade de um árabe domiciliado no Brasil vir a se casar com várias mulheres, pois o nosso ordenamento jurídico coíbe a poligamia.	Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Decreto-lei 4.657/1942, artigos 7º – 19

Quadro 1 – Temas que são objeto do DIPr

Fonte: Elaboração do autor.

Os quatro primeiros, no entanto, acabam sendo pressupostos para a análise do quinto tema, que é o efetivo objeto do Direito Internacional Privado.

De acordo com Rechsteiner (2007), o Direito Internacional Privado resolve os conflitos de leis no espaço referentes ao Direito Privado, ou seja, determina o direito aplicável a uma relação jurídica de Direito Privado com conexão internacional. Não soluciona a questão jurídica propriamente dita, mas indica, a partir do elemento de conexão, a Lei do Estado que deverá ser aplicada.

Na doutrina, é pacífico que o Direito Internacional Privado, em sua essência, é representado pelo Direito Interno conforme a sua origem, pois cada Estado possui suas próprias normas de Direito Internacional Privado.

Haroldo Valladão (1980) defende um amplo campo de abrangência para o objeto do Direito Internacional Privado. Segundo ele, o Direito Internacional Privado tem por objeto leis de qualquer natureza que abranjam conflitos de leis no espaço.

Assim, o Direito Internacional Privado admite a aplicação do Direito estrangeiro de forma generalizada. Isto acontece quando as normas do Direito Internacional Privado da *lex fori* designam o Direito estrangeiro como o aplicável a uma relação jurídica de Direito Privado com conexão internacional.

Seção 1.4

Objetivos do Direito Internacional Privado

De acordo com Rechsteiner (2007), a conexão internacional da causa *sub judice* (sob a apreciação judicial) é pressuposto de fato necessário para a aplicação, pelo juiz, de uma norma de Direito Internacional Privado da *lex fori* (lei do foro). Assim, a norma de conexão determinará o Direito aplicável, ou seja, o Direito doméstico ou determinado Direito estrangeiro.

Se a norma brasileira de Direito Internacional determinar que seja aplicado o Direito estrangeiro, este será aplicado.

Assim, o Direito Internacional Privado vai indagar qual o vínculo mais significativo para uma relação jurídica com conexão internacional.

O autor supracitado argumenta ainda que cada Estado estabelece a partir do elemento de conexão, ou seja, a partir da norma do Direito Internacional Privado designativa do Direito aplicável, a relação mais estreita com uma determinada ordem jurídica. Indica o elemento de conexão que mais lhe convém, uma vez que este, na realidade, pode distinguir-se, consideravelmente, nos vários ordenamentos jurídicos nacionais. O elemento e objeto de conexão serão estudados de forma aprofundada na próxima Unidade.

É importante observar se a aplicação do Direito estrangeiro *in casu* violar princípios fundamentais do Direito interno, ou seja, a ordem pública. Nestes casos o Direito estrangeiro não será aplicado.

A doutrina postula que o juiz deverá levar em consideração não só os princípios básicos da ordem jurídica interna, mas também aqueles do Direito Internacional, consubstanciados em tratados internacionais, no Direito costumeiro internacional, em princípios gerais de Direito e em outras fontes supranacionais que vinculam juridicamente um Estado, trata-se da observância complementar da "ordem pública internacional", "ordem pública mundial" ou "verdadeiramente internacional".

Nadia de Araujo (2006) adverte que a primeira finalidade do Direito Internacional Privado deve ser a proteção da pessoa humana, devendo os limites em relação à solução de conflitos de lei serem traçados pelos direitos, pois a proteção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais tem caráter universal, e não deverá esbarrar nas Constituições nacionais dos diferentes países.

De forma particular o Brasil, por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, deu um passo significativo rumo ao efetivo reconhecimento dos direitos humanos no país. Conforme o artigo 5º, § 3º, introduzido pela mencionada emenda na Constitui-

ção Federal, “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Rechsteiner (2007) salienta que o objetivo do Direito Internacional Privado não é a aplicação do Direito “melhor”, mas buscar a harmonização das decisões judiciais proferidas pela Justiça doméstica com o Direito dos países com os quais a relação jurídica, a partir do caso concreto, tenha conexão internacional.

Seção 1.5

Fontes do Direito Internacional Privado

Inicialmente podemos afirmar que fonte é o modo pelo qual o Direito se manifesta. Assim, de acordo com Del'Olmo (2010), as fontes do Direito podem ser *materiais* (representadas pelos fatores sociológicos, econômicos e culturais, entre outros, que conduzem à instituição da norma jurídica), e *formais* (regras jurídicas elaboradas por processo legislativo, os costumes, a analogia e os princípios gerais do Direito). As primeiras são fontes de inspiração e as segundas, de vigência do Direito. Na nossa disciplina interessa-nos referir acerca das *fontes formais* do Direito Internacional Privado, que não se afastam substancialmente dos demais ramos das Ciências Jurídicas.

Muitos doutrinadores divergem quanto às fontes, mas em essência as classificam em *fontes internas* — as leis de cada país — e *fontes externas* — os tratados. Nos dois polos, entretanto, tanto nas internas quanto nas externas, encontramos a lei, os costumes, a doutrina e a jurisprudência.

Apresentamos a seguir, de forma esquematizada, algumas das fontes internas do DIPr que servirão de base para nossos estudos e também para questões de revisão que serão aplicadas no final da unidade.

Fontes Internas do DIPr

<u>Constituição Federal</u>	Artigos 5º, especialmente XXXI, e 12 (nacionalidade)
	Artigo 102, I, g Competência STF
	Artigo 105, I, i Competência STJ
	Artigo 109, II, III, V e X Competência juízes federais
<u>LINDB</u>	Artigos 7º a 19

<u>Código Civil</u>	Conceito de domicílio (artigo 70)	
<u>Código de Processo Civil</u>	Competência internacional	Artigos 88 a 90
	Homologação de sentença estrangeira	Artigos 483 e 484

Estas são algumas das leis internas que regulam o Direito Internacional Privado. Existem outras, como na área penal ou tributária, mas que não serão tratadas nesta matéria, além dos costumes, dos princípios e da jurisprudência.

Para Amorim (2008), o Direito é como a vida, nasce, cresce e renasce, mas sempre com o propósito de contribuir para a realização dos seus elevados fins, salientando que a fonte primária do Direito é a lei, sendo o costume a secundária, seguida pelos princípios.

Em nosso sistema jurídico quando a lei não disciplina o fato, supre-a o costume, na falta deste, os princípios gerais do Direito.

Cabe lembrar aqui o que foi estudado em Direito Internacional Público, ou seja, que o Estatuto da Corte Internacional de Haia, de 26 de junho de 1945, enumera no seu artigo 38 como fontes de Direito Internacional Público os tratados, o Direito costumeiro internacional e os princípios gerais de Direito reconhecidos pelas nações civilizadas. O mesmo artigo do Estatuto qualifica a doutrina e a jurisprudência como meio de auxílio na aplicação do Direito Internacional Público. Tais fontes fazem parte também do DIPr além da lei que faz parte das fontes da disciplina ora estudada.

Veremos, a seguir, cada uma das fontes do Direito Internacional Privado, quais sejam: a lei, os tratados, os costumes, os princípios, a doutrina e a jurisprudência.

1.5.1 – A LEI

Para Rechsteiner (2007), a lei é considerada a fonte primária do DIPr, sendo esta que, na prática deve ser consultada em primeiro lugar diante de uma relação jurídica de Direito Privado com conexão internacional.

No Brasil, as regras básicas do Direito Internacional Privado estão disciplinadas na LINDB. A doutrina nacional parece unânime ao afirmar que as normas esparsas em vigor não estão satisfazendo mais as exigências da crescente internacionalização do país.

Del'Olmo (2010) observa que na Constituição Federal de 1988, temos postulados referentes aos estrangeiros nos artigos 5º, 12, 14 e 22, bem como sobre extradição (artigo 102, I, g) e sobre homologação de sentença estrangeira (artigo 105, I, i). No *Código Tributário Na-*

cional (artigos 98 e 100), *Código de Processo Civil* (artigos 88 e 337), *Código Civil* de 1916 e *Código Civil* de 2002 existem dispositivos de Direito Internacional Privado. A maioria das normas sobre o conflito de leis no espaço, contudo, encontra-se na *Lei de Introdução ao Código Civil de 1942*, em seus artigos 7º a 19. O *Estatuto do Estrangeiro* (Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, atualizada pela Lei n. 6.964/81) segue-se à LINDB em importância no ordenamento jurídico brasileiro, com amplo e rico conjunto de normas de DIPr.

1.5.2 – OS TRATADOS

O tratado é a fonte por excelência externa do Direito Internacional, porém para se revestir de obrigatoriedade, precisa ajustar-se aos preceitos constitucionais de cada Estado.

Os tratados nada mais são que acordos firmados entre dois ou mais Estados, visando à consecução de um objetivo ou ao estabelecimento de normas de conduta nas suas múltiplas relações.

Como norma internacional para a assinatura dos tratados tem-se a **Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados**, assinada em 1969, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 496, de 17 de julho de 2009, tendo o governo brasileiro depositado o instrumento de ratificação da referida Convenção na Secretaria Geral das Nações Unidas em 25 de setembro de 2009 e publicado no Diário Oficial da União o Decreto 7.030 de 14 de dezembro de 2009. A referida Convenção dispõe sobre as condições de validade, capacidade das partes, habilitação dos agentes signatários, consentimento mútuo, objeto lícito e possível e a ratificação de determinado tratado.

No Brasil os tratados internacionais somente têm aplicabilidade e são ratificados depois de uma série complexa de atos, que envolve o poder Executivo e o poder Legislativo, compreendendo a assinatura do tratado, sua ratificação e posterior promulgação. Segundo o **artigo 84, VIII, da Constituição**, o presidente da República (ou quem dele recebe delegação) tem competência privativa para celebrar tratados, convenções ou atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional. **Conforme artigo 49, I, da Constituição**, cabe ao Congresso resolver definitivamente sobre tratados (o Congresso aprova o Tratado por meio de Decreto Legislativo). Nessa ocasião o presidente deve ratificar o tratado, que significa avisar aos outros contratantes da aprovação pelo Congresso. Embora não haja qualquer previsão legal, o STF entende que um Tratado só tem vigência interna a partir de sua “promulgação” mediante decreto presidencial.

Nadia Araujo (2006) nos apresenta um resumo das fases de elaboração e internacionalização dos tratados:

1 – Negociação: é a fase inicial do processo de conclusão de um Tratado. Dentro da ordem constitucional do Estado, sua competência é do poder Executivo. Nesta fase os representantes do chefe do Estado, ou seja, os negociadores, se reúnem com a intenção de concluir um Tratado.

2 – Assinatura: a assinatura é a segunda fase de conclusão do Tratado. Após a fase de negociação, com o texto do Tratado pronto, este deverá ser assinado. Com a assinatura os Estados atestam que estão de acordo com o texto produzido. Para a assinatura do Tratado os negociadores deverão estar munidos dos “plenos poderes” ou deles estarem dispensados.

Poder para celebrar tratados: presidente da República (CF artigo 84, VIII) que delega ao Ministério das Relações Exteriores (Decreto 2. 246/97). Salienta-se que a competência originária é do presidente da República, sendo a competência derivada do ministro das Relações Exteriores.

3 – Resolução pelo Congresso Nacional: passa pelo crivo do poder Legislativo, artigo 49, I CF, que editará um Decreto.

4 – Ratificação: esta fase consiste na troca ou depósito de instrumentos de ratificação. A troca de instrumentos de ratificação ocorre quando o Tratado é bilateral, ou seja, realizado entre dois Estados. O depósito do Instrumento de Ratificação ocorre quando o Tratado é multilateral, realizado por mais de dois Estados, sendo o depósito feito no local onde foi realizada a conferência ou congresso.

5 – Promulgação – presidente da República – validade interna do Tratado.

6 – Publicação: no Diário Oficial da União.

7 – Registro: o Registro procura abolir a chamada diplomacia secreta, ou seja, pretende dar publicidade aos tratados internacionais assinados pelos Estados. Assim, o registro é feito na Secretaria Geral da ONU, que emite um certificado de registro. Salienta-se que somente poderão ser invocados perante a Corte Internacional de Justiça os tratados que possuem registro na Secretaria Geral da ONU.

Percebe-se, portanto, que para os tratados de Direito Internacional Privado é indispensável a aprovação pelo Congresso Nacional, seguida pela promulgação mediante decreto do poder Executivo para que passem a ter força de lei.

Acerca da matéria, Rechsteiner (2007) faz algumas observações em relação ao instituto **da denúncia** de um Tratado, ou seja, a declaração de que um Estado não deseja ser mais vinculado juridicamente a ele. Ocorre no Brasil regularmente sem intervenção do Congresso Nacional mediante ato unilateral do poder Executivo. A denúncia consiste na saída de um Estado como parte de um tratado que havia ratificado. Temos ainda o instituto da **Re-**

serva, que consiste no fato de o Estado não ratificar algum dispositivo do Tratado, ou seja, se reservar o direito de não aplicar, ou se comprometer com determinada cláusula de um Tratado. A reserva só é possível em tratados multilaterais ou convenções, podendo ser feita por ocasião do término das negociações de um Tratado, quando o texto já é definitivo e está assinado pelos negociadores, ou, ainda, durante o processo de aprovação legislativa. Um exemplo de reserva pode ser visto na **Convenção de Viena Sobre Direito dos Tratados**, assinada em 1969, que foi ratificada pelo Brasil em 2009, com reserva aos Artigos 25 e 66. A referida convenção pode ser lida na íntegra no site do Planalto (<www.planalto.gov.br) (veja o **Decreto nº 7.030, de 14 de dezembro de 2009**).

Um dos tratados mais relevantes de Direito Internacional Privado ratificado pelo Brasil foi o Código Bustamante, de 20 de fevereiro de 1928, promulgado pelo Decreto n. 18.871, de 13 de agosto de 1929.

Para Del'Olmo (2010), o chamado Código de Direito Internacional Privado, mais conhecido por *Código Bustamante*, consiste num bem elaborado projeto do diplomata e mestre internacionalista cubano Antonio Sanchez de Bustamante y Sirvén, aprovado em 28 de fevereiro de 1928 por 15 Estados americanos, na Conferência Pan-Americana de Havana, e promulgado no Brasil em 13 de agosto de 1929 pelo Decreto n. 18.871.

Este Código tem 437 artigos e trata de quase todas as questões de Direito Internacional Privado e Direito Processual Civil Internacional. É a mais ampla codificação, no âmbito da nossa disciplina, que tem por base uma convenção internacional.

O Código Bustamante, contudo, quase não tem aplicação prática na ordem jurídica nacional. Quais seriam as razões para tanto?

O Tratado é muito abrangente; refere-se, inclusive, a matérias que não pertencem ao Direito Internacional Privado propriamente, como o Direito Penal Internacional e a extradição. Seu conteúdo é muitas vezes vago, e por isso vários países declararam reservas quanto a sua aplicação. As regras contidas no Tratado, em parte, não correspondem mais às tendências modernas do Direito Internacional Privado.

Assim, pela falta de aplicabilidade prática do Código de Bustamante, as normas do Direito Internacional Privado brasileiro encontram-se, basicamente, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB. Essa lei é posterior à promulgação do Código Bustamante, e uma parte da doutrina e a jurisprudência dominante entendem que a lei posterior derroga o tratado anterior quando em conflito com este.

Por fim, Rechsteiner (2007) afirma que os juízes não conhecem o Código Bustamante ou não querem aplicá-lo, sendo assim aplicada a LINDB para a resolução dos conflitos.

Ainda acerca dos tratados, cabe trazer o posicionamento do doutrinador Florisbal Del'Olmo (2010), que nos lembra que uma vez aprovado pelas partes signatárias e promulgado, o Tratado passa a ter força de lei, tanto internamente quanto no plano internacional.

O mesmo autor insiste que a forma escrita é obrigatória nos tratados, os quais ocorrem entre dois ou mais Estados soberanos e visam a um fim específico ou ao estabelecimento de normas para conduzir assuntos que implicam relações jurídicas entre seus respectivos cidadãos.

Observa-se que o objeto do Tratado deve ser **lícito e possível**, sendo considerado nulo aquele que ferir uma norma maior de Direito Internacional, por exemplo, a garantia dos direitos humanos.

Del'Olmo (2010) destaca a promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, a qual inseriu o § 3º no artigo 5º, que tem a seguinte redação: "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos quando forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Assim, os tratados de direitos humanos aprovados depois da Emenda Constitucional n. 45/2004 terão *status* de Emenda Constitucional, no entanto resta a dúvida sobre qual *status* teriam os tratados internacionais sobre direitos humanos anteriores à referida emenda e os que não foram aprovados pelo quorum especial.

A fim de resolver essa questão, o ministro Gilmar Mendes defende a tese da *natureza supralegal*, a qual destaca que os instrumentos convencionais sobre direitos humanos seriam infraconstitucionais, mas, diante de sua natureza especial em relação aos demais atos normativos internacionais, seriam dotados de caráter de supralegalidade, ou seja, não poderiam afrontar a supremacia da Constituição. Estariam, portanto, abaixo da Constituição, mas acima das leis infraconstitucionais.

1.5.3 – OS COSTUMES



² O Costume consiste na prática geral aceita como um direito não escrito, sendo um acordo tácito dos Estados no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas suas relações mútuas.

² Disponível em: <<http://enquantoisso.com/curso-gratis-direito-internacional-online-e-onde-fazer/>>. Acesso em: 5 set. 2011.

A diferença entre costume interno e costume internacional é que o primeiro obriga os membros de uma determinada sociedade, que obedecem à norma costumeira na convicção de que estão obedecendo uma regra jurídica; o costume internacional obriga os Estados à norma costumeira.

Del'Olmo (2010) explica que uma regra de Direito costumeiro se forma, em qualquer desses planos, pelo uso prolongado e geral de prática considerada conveniente, justa, útil e adequada ao contexto social. A reiteração desse comportamento culmina, muitas vezes, com a convicção jurídica de se tratar de uma norma de Direito.

O valor como fonte, atribuído aos costumes, varia de um país para outro. No Brasil, o Direito costumeiro *só se aplica na falta ou na omissão da lei*, segundo reza a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro – LINDB.

Rechsteiner (2007) reforça esse entendimento, salientando que o artigo 4º da LINDB estabelece: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de Direito”. O mesmo autor afirma ainda que o Direito costumeiro internacional, contudo, está perdendo, paulatinamente, a importância de outrora como fonte de Direito, embora desempenhe, ainda, um papel mais significativo que o Direito costumeiro interno na grande maioria dos países.

O elemento essencial à formação de uma regra do Direito Costumeiro internacional é o uso prolongado e geral. Sendo assim, temos três elementos básicos para a configuração de um costume, ou seja, **a espontaneidade, a reiteração e a aceitação pelos outros Estados.**

1.5.4 – OS PRINCÍPIOS

Princípios são aqueles que decorrem dos próprios fundamentos do ordenamento jurídico positivo. Encontram-se de forma implícita nas leis brasileiras.

Ex: artigo 5º caput da CF – Princípio da igualdade.

1.5.5 – A DOUTRINA

Rechsteiner (2007) salienta que a doutrina é outra fonte reconhecida de Direito Internacional Privado, tendo muito influenciado a evolução desta disciplina em todas as partes do mundo.

O grande relevância da doutrina é o de ter elaborado um sistema de regras jurídicas constitutivas da parte geral do Direito Internacional Privado, sendo que muitas dessas regras foram incorporadas à legislação dos Estados.

Del'Olmo (2010) reconhece a notável importância da doutrina na solução de conflitos de leis no espaço, quando há omissão da lei e inexistência de tratado. Mesmo convenções assinadas, mas não ratificadas ou promulgadas, oferecem subsídios para os doutrinadores, em cuja obra o magistrado poderá encontrar a solução do conflito em julgamento.

1.5.6 – A JURISPRUDÊNCIA

De acordo com Del'Olmo (2010), a jurisprudência está se constituindo em verdadeira fonte de Direito Internacional Privado diante do intenso intercâmbio entre pessoas de diferentes países, firmando negócios, unindo-se por meio de casamentos, contratando pacotes turísticos e interagindo com pessoas das mais diversas nacionalidades, o que tem ocasionado o surgimento de litígios entre pessoas regidas por legislações diversas. As decisões a respeito de tais litígios, até pela natural semelhança decisória em casos análogos, dado que muitos conflitos se repetem, acabam ensejando valiosos precedentes para o julgador.

Rechsteiner (2007) reconhece a jurisprudência como fonte jurídica do Direito Internacional Privado, afinal muitos países ainda não possuem uma codificação própria de tal matéria, ou possuem normas escassas de DIPr. Nesses casos, as lacunas precisam ser preenchidas pela jurisprudência.

Ao atribuímos à jurisprudência a qualidade de fonte do Direito Internacional Privado equivale a dizer que o juiz deve criar uma verdadeira norma jurídica perante as lacunas encontradas na legislação. Rechsteiner (2007) acrescenta ainda que essa jurisprudência normativa foi utilizada, em muitos países, como fundamento para uma posterior codificação do Direito Internacional Privado.

SÍNTESE DA UNIDADE 1



Esta Unidade buscou estudar a diferença entre DIP e DIPr, sua denominação, seu objeto, objetivos e fontes.

Em relação às fontes, pode-se dizer que são internas às leis de cada Estado, sendo que externas são consideradas as leis, os tratados, os costumes, os princípios, a doutrina e a jurisprudência.

Salienta-se que os tratados têm grande importância ante a ausência de leis supranacionais, possuindo natureza jurídica dupla: obrigam nos planos interno e internacional. Hierarquicamente, no caso do Brasil, o tratado está no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas ordinárias. O tratado é aprovado pelo Legislativo e promulgado pelo presidente da República. A forma escrita é obrigatória para os tratados, que podem receber várias denominações, como Convenção, Declaração, Pacto, Protocolo, entre outras já estudadas em Direito Internacional Público.

CONFLITOS DE NORMAS: Elementos de Conexão, Aplicação, Prova e Interpretação do Direito Estrangeiro

OBJETIVOS DESTA UNIDADE

- O objetivo desta Unidade é levar o acadêmico a entender as questões básicas acerca dos elementos de conexão e objetos de conexão, a fim de identificar a lei que será aplicada ao caso concreto.
- Serão abordadas ainda questões referentes ao processo internacional, a carta rogatória e a homologação de sentenças estrangeiras pelo STJ.

AS SEÇÕES DESTA UNIDADE

Seção 2.1 – Elementos de Conexão

Seção 2.2 – Principais Elementos de Conexão

Seção 2.3 – Considerações Acerca da Classificação que Leva o Elemento de conexão

Seção 2.4 – Como se estrutura a norma de Direito Internacional Privado?

Seção 2.5 – Normas indicativas ou indiretas: limitam-se a indicar o Direito aplicável

Seção 2.6 – Algumas restrições na aplicação do Direito estrangeiro

Seção 2.7 – Direito Processual

Seção 2.8 – Classificação da competência

Seção 2.9 – Competência relativa

Seção 2.10 – Competência Absoluta

Seção 2.11 – Produção de provas no estrangeiro

Seção 2.12 – Cartas Rogatórias

Seção 2.13 – Homologação de sentença estrangeira

Seção 2.1

Elementos de Conexão

De vital importância na solução dos conflitos de leis no espaço, Del'Olmo (2010), explica que *conexão* significa ligação, união, encontro, vínculo, nexos, ponto comum. Assim, o *elemento de conexão* consiste na parte da norma de DIPr que determina o Direito aplicável, seja o nacional (do julgador), seja o estrangeiro.

Preliminarmente, cabe distinguir que a norma de DIPr contém três partes: *objeto*, *elemento* e *consequência jurídica*. O *objeto de conexão* é a matéria a que se refere uma norma indicativa ou indireta de Direito Internacional Privado, ocupando-se de questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais com conexão internacional – como capacidade jurídica, nome de uma pessoa ou pretensões jurídicas decorrentes, por exemplo, de acidente de carro. O *elemento de conexão* é a parte que torna possível a determinação do direito aplicável – nacionalidade, domicílio e *lex fori*. Por fim, a *consequência jurídica*, que nem sempre é escrita, podendo ser subentendida, é a aplicação de um direito material.

Nesse contexto, o *objeto* de conexão pode ser comparado ao tipo da norma penal (matar alguém), o *elemento* como o resultado imediato desse ato ilícito (levar seu agente a julgamento) e a *consequência* à aplicação de uma regra (pena: reclusão de seis a vinte anos) (Del'Olmo, 2010, p. 41).

Assim, a partir da citação anterior, cabe distinguir objeto de conexão e elemento de conexão, partes que compõem toda norma indicativa do DIPr.

Objeto de conexão: descreve a matéria à qual se refere uma norma indicativa ou indireta de DIPr, abordando sempre questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais com conexão internacional. Como capacidade jurídica, nome de uma pessoa ou pretensões jurídicas decorrentes, por exemplo, de acidente de carro.

Elemento de conexão: é a parte que torna possível a aplicação do Direito como a nacionalidade, o domicílio e a *lex fori* (lei do foro).

A solução será encontrada na *lex fori*, ou seja, na **lei do foro**, no conjunto de leis internas de cada país, que tratam da aplicação da lei estrangeira e dos conflitos destas com as leis locais.

Aqui entre nós, a nossa *lex fori* é a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que foi substituída pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, que altera a ementa da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) para denominá-la Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Doravante, portanto, sempre que nos referirmos à LINDB, estaremos falando da antiga LICC.

Devemos ressaltar que um Estado pode ter como base um elemento de conexão principal e outros subsidiários.

Haroldo Valladão (1980), grande internacionalista brasileiro, usou um termo muito original para esclarecer o que seja elemento de conexão, ou seja, para ele são mísseis que transportam as leis de um território de um Estado para o território de outro.

Fazem parte da norma indicativa ou indireta. Ajudam a determinar o Direito aplicável, diferenciando-se conforme o Direito Internacional Privado de cada país.

Seção 2.2

Principais Elementos de Conexão

Sugiro fazer uma breve introdução.

2.2.1 – NACIONALIDADE



¹ Aplica-se à lei da nacionalidade da pessoa. Utilizado habitualmente para a determinação do estatuto pessoal (determina o Direito aplicável as suas relações pessoais de Direito Privado com conexão internacional).

Muito empregado pelos países de grande imigração (a exemplo dos países europeus). Hoje existe uma forte tendência de abandonar este elemento, em razão de as pessoas possuírem mais de uma nacionalidade.

Quando se tiver mais de uma nacionalidade, deve-se privilegiar a mais relevante, considerada como tal aquela em que se pode verificar um liame efetivo entre a pessoa física e o Estado.

Quando é **apátrida** (sem nacionalidade) usa-se a lei do domicílio ou, na falta deste, a lei de sua residência.

Para Amorim (2008) a nacionalidade, sob o ponto de vista jurídico, constitui o objetivo principal do nosso exame. Neste sentido, ela é vínculo que une o indivíduo ao Estado.

¹ Disponível em: <<http://enquantoisso.com/curso-gratis-direito-internacional-online-e-onde-fazer/>>. Acesso em: 5 set. 2011.

O mesmo autor, de modo categórico, argumenta que a nacionalidade é uma espécie de contrato existente entre o indivíduo e o Estado. Desse contrato bilateral, como é lógico, surgem direitos e deveres para os contratantes.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, apesar de não ser um tratado entre os Estados, uma vez que está subscrita por todos eles sem qualquer vínculo obrigacional, tendo apenas como fins éticos, traz no seu bojo os critérios básicos para as soluções das divergências sobre nacionalidade. Senão, vejamos: a) toda pessoa deve ter nacionalidade; b) deve tê-la desde o nascimento; c) pode mudá-la voluntariamente.

Ante o exposto, podemos afirmar que a nacionalidade é originária ou natural, aquela advinda do nascimento, e adquirida, quando é mudada após o nascimento, como é óbvio.

Temos, igualmente, dois sistemas determinantes da nacionalidade de origem:

- a) *jus sanguinius*: a nacionalidade do pai determina a nacionalidade do filho; este sendo desconhecido prevalece a nacionalidade da mãe;
- b) *jus soli*: a nacionalidade é uma consequência do lugar do nascimento.

O *jus soli*, ou direito de solo, teve, como já dissemos, sua origem no feudalismo, ou melhor esclarecendo, a nacionalidade é estabelecida pelo lugar do nascimento, sem que seja tomada por base a nacionalidade do pai ou da mãe.

Os países da Europa, com o propósito de serem conservados os laços consanguíneos da nacionalidade com base na raça, sempre adotaram o *jus sanguinis* como fator determinante de nacionalidade. Já os das Américas, principalmente no Brasil em razão do povoamento, foram forçados a adotar o *jus soli*.

Dentro do sistema *jus soli*, entretanto, são brasileiros os nascidos no solo pátrio, nas aeronaves militares e públicas, nos navios de guerra, no mar territorial, nas sedes das embaixadas, nas ilhas, nos golfos, nos estreitos, nos canais, nos lagos, nos rios, bem como no nosso espaço aéreo.

São também brasileiros, claro que por exceção ao sistema do *jus soli*, os filhos de brasileiros que nascerem no exterior quando os pais estiverem a serviço do Brasil, podendo ser apenas o pai ou a mãe o prestador do mister.

Igualmente são nacionais os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, embora não estejam a serviço do Brasil, desde que venham a residir neste país e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira (artigo 12, c, da CF de 1988).

A Constituição Federal Brasileira estabeleceu, portanto, apenas dois critérios para ser firmada a nossa nacionalidade: vir residir no Brasil e, em qualquer tempo, venha a optar pela nacionalidade brasileira.

Diante desses dois sistemas, uma pessoa pode ter mais de uma nacionalidade. Consequentemente será polipátrida ou, por circunstâncias outras, poderá não ter nenhuma – chamar-se apátrida.

De acordo com Jacob Dolinger (2001), os defensores da regra da nacionalidade para reger o estatuto pessoal alegam que: a) a lei nacional é mais adequada, eis que as tradições refletem os costumes e as tradições nacionais; b) a questão da estabilidade, eis que a nacionalidade é um componente mais estável do que o do domicílio, que se muda e se troca com mais facilidade, e ainda c) o argumento da certeza, segundo o qual é mais fácil determinar a nacionalidade de uma pessoa do que seu domicílio.

Exemplo: Europeu que se domicilia no Iraque ou na China dificilmente se adaptará aos costumes muçulmanos ou chineses, sofrendo muito se tivesse de se submeter sua vida e a de sua família às leis daqueles países.

2.2.2 – DOMICÍLIO

Aplica-se o domicílio ou *Lex Domicilli* à lei do local onde é domiciliada a pessoa. Também é utilizado, normalmente, para a determinação da capacidade do estatuto pessoal, como Direito de Família e direitos sucessórios, sendo predominante nos países de grande imigração, tais como os americanos, mais próximo da realidade das pessoas e de fácil aplicação pelos tribunais locais.

Sobre o **conceito de domicílio**, esta é uma questão complexa, especialmente quando surge dúvida sobre o domicílio da pessoa. Tem-se, assim, o conceito dado pelo Código Civil de 2002 – artigo 70. O domicílio da pessoa natural é o lugar onde ela estabelece a sua residência com ânimo definitivo.

Como já foi visto, o Brasil adota, atualmente o domicílio como elemento de conexão. Anteriormente seguia a nacionalidade, entretanto veio a Segunda Guerra Mundial e os países do Eixo – Alemanha, Itália e Japão – tinham muito dos seus súditos domiciliados no Brasil.

O domicílio voluntário é aquele do lugar que a pessoa escolhe para morar, enquanto o necessário é imposto por lei.

O domicílio necessário pode ser de funcionário público, do militar e do preso. Do funcionário público é o lugar onde presta serviço; do militar, onde serve ou presta igualmente serviço, e o preso, o presídio ou cadeia em que está recolhido.

Nas Américas do Sul e Central alguns países adotam o domicílio como simples residência, outros a residência como *animus* de permanecer; é o caso do Brasil. Outros consideram a residência habitual familiar ou o centro principal dos negócios. Este critério está previsto na nossa *lex fori* (artigo 7º, inciso 8º, LINDB).

Para Del'Olmo (2010), quando houver pluralidade de domicílios, deve se dar preferência ao domicílio nacional.

Jacob Dolinger (2001) lembra que os defensores do **domicílio como critério determinador da lei que deve reger o estatuto pessoal** (adotado pelo Brasil) enunciam as suas vantagens, destacando cinco razões:

- a) a lei do domicílio corresponde ao interesse do imigrante, pois conhece melhor a legislação do país onde vive e trabalha do que a de sua pátria e não deseja ser discriminado por outras regras jurídicas dentro da sociedade na qual se integrou;
- b) os interesses dos terceiros que contratam e convivem com o imigrante são mais bem protegidos aplicando a lei local, eis que a lei da nacionalidade do estrangeiro lhe é desconhecida, podendo levá-lo a contratar com um incapaz sem disso se conscientizar;
- c) a aplicação da lei domiciliar facilita a adaptação e integração na cultura, na mentalidade, enfim na vida do país;
- d) como o estatuto pessoal abrange o Direito de Família e considerando o número cada vez maior de casamentos entre pessoas de nacionalidades diversas, a submissão ao direito da nacionalidade ocasiona conflitos de leis no seio da família, com cônjuges regidos por leis diversas. Pela lei do domicílio, simplificam-se as situações jurídicas que se formam no âmbito conjugal, paternal, filial e parental;
- e) considerando que a competência jurisdicional é, via de regra, determinada pelo domicílio, a aplicação do sistema jurídico domiciliar proporciona a coincidência da jurisdição com a competência legal, ou seja, o juiz julgará de acordo com sua própria lei, sempre mais bem conhecida do que a lei estrangeira.

2.2.3 – TERRITORIALIDADE

É o regime de Direito Internacional Privado que determina a aplicação irrestrita da lei local, lei do foro, sem levar em consideração a nacionalidade ou domicílio da pessoa em matéria de estatuto pessoal. Este sistema esteve vigente no México e dispunha que “as leis mexicanas, inclusive as referentes ao estado e à capacidade das pessoas, se aplicam a todos os habitantes da república, seja nacionais ou estrangeiros, estejam domiciliados nela ou estejam em trânsito.” Em 1987, com a reforma do Código Civil Mexicano, o país adotou o critério do local do domicílio. Como este princípio é aplicado sem restrições, inclusive aos estrangeiros em trânsito pelo país, é considerado um retrocesso na evolução do DIPr, que foi construído com base no respeito ao estrangeiro.

Seção 2.3

Considerações Acerca da Classificação que Leva o Elemento de Conexão

Para Dolinger (2001), a conexão vem a ser a ligação, o contato entre uma situação de vida e a norma que vai regê-la. Nesse sentido, o processo de classificação que leva ao elemento de conexão toma em consideração **um de três** diferentes aspectos: **o estatuto pessoal (sujeito), o estatuto real (o objeto), e o ato ou fato jurídico**, tudo dependendo da categorização que estiver se estabelecido inicialmente.

Esta classificação tripartite divide as regras em três espécies:

a) O estatuto pessoal (o sujeito):

Sobre o estatuto pessoal: este engloba o estado da pessoa e sua capacidade. O estado da pessoa é definido como “o conjunto de atributos constitutivos de sua individualidade jurídica”. Isso abrange todos os acontecimentos juridicamente relevantes que marcam a vida de uma pessoa, começando pelo nascimento e aquisição da personalidade, questões atinentes à filiação, ao nome, ao relacionamento com os pais, poder familiar, ao casamento, aos deveres conjugais, à separação, ao divórcio e à morte.

Para reger esse estatuto pessoal há de se recorrer a um sistema jurídico que é indicado pelo DIPr de cada país (no caso do Brasil, O Código Civil, assim como na LINDB em seu artigo 7º, refere-se ao começo e fim da personalidade, ao nome, à capacidade e aos direitos de família), este assunto será estudado na próxima Unidade.

b) O estatuto real, regido pela situação dos bens:

No tratamento do estatuto real há de se localizar a sede jurídica por meio da situação do bem (móvel ou imóvel). *Lex rei sitae* – utilizado apenas para bens corpóreos. Significa a aplicação da lei onde está situada a coisa (aquisição, posse, direitos reais, etc.).

c) O estatuto do Ato e do Fato jurídico:

São submetidos à lei do local de sua ocorrência, local da constituição da obrigação ou pelo local de sua execução ou à lei escolhida pelas partes.

Segundo Dolinger (2001), cada uma dessas espécies ou categorias tem sua sede jurídica que deve ser localizada, o estado e a capacidade da pessoa se localizam no país de sua nacionalidade, de seu domicílio ou da territorialidade. A coisa se localiza no país em que estiver situada e o ato jurídico no local onde tiver sido constituído.

Uma vez localizada essa sede jurídica, está encontrado o elemento de conexão, indicando em seguida a aplicação do Direito vigente nesse local.

Anteriormente vimos a posição de Dolinger em relação ao elemento de conexão. A seguir trazemos a posição de Del'Olmo, que apresenta uma classificação a partir de características comuns:

- a) *Pessoais*: nacionalidade, domicílio, residência (habitual e simples), origem e religião;
- b) *Reais*: lei da situação da coisa (*lex rei sitae* ou *lex situs*, obrigatória para os bens imóveis), lugar da aquisição e domicílio ou nacionalidade do proprietário (*mobilia sequuntur personam*);
- c) *Reais de natureza especial*: lei do pavilhão (navios ou aeronaves), lugar em que se encontra, lei do destino, lugar da partida, local do registro e domicílio ou nacionalidade do proprietário;
- d) *Delituais* ou *penais*: lugar do ilícito (*lex delicti commissi*), domicílio ou nacionalidade do infrator ou da vítima, natureza da infração e lei do dano (*lex damni*);
- e) *Voluntários*: lei do lugar da celebração (*lex loci celebrationis*), do lugar da execução (*lex loci executionis*) e autonomia da vontade (*lex voluntatis*);
- f) *Normativos*: *lex fori*, *lex causae* (que abarca todas as normas de conexão que não são *lex fori*) e lei mais favorável. Essa última compreende pelo menos cinco tipos: favor *infans* (lei mais favorável ao menor), *favor negotii* (válida ato ou contrato), *favor matrimonii* (manutenção do vínculo conjugal), *favor laesi* (pessoa que sofreu dano) e lei favorável ao consumidor;
- g) *Processuais*: *forum rei sitae*, *forum conexitatis* (juiz do principal se estende ao acessório), *forum reciprocitatis*, *forum efectitatis* e *forum voluntatis* (autonomia vontade) (Del'Olmo, 2010, p. 42-43).

Percebe-se, portanto, que o Direito aplicável a uma **relação jurídica de Direito Privado com conexão internacional** é sempre o nacional ou o estrangeiro, conforme as leis de Direito Internacional Privado da **Lei do Foro = *lex fori***, que pode ser baseado na nacionalidade, no domicílio, ou na territorialidade. Observamos que o Brasil adota o domicílio como elemento de conexão.

Seção 2.4

Como se Estrutura a Norma de Direito Internacional Privado?

Já vimos que as normas de Direito Internacional Privado não resolvem a questão de Direito material, sendo, portanto, necessário conhecer o Direito aplicável (que pode ser o nacional ou o estrangeiro – nesse caso, pode ser necessária a prova do teor e da vigência do direito estrangeiro (artigo 14 da LINDB e artigo 337 do CPC).

O artigo 14 da LINDB determina que “Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”. Quem invoca a lei, portanto, deverá provar o texto da mesma, bem como a vigência daquela Lei.

A norma **interna** de Direito Internacional Privado apenas indica o Direito aplicável ao caso concreto, por isso são chamadas de **Normas Indicativas ou Indiretas**.

O juiz, então, ao se deparar com a relação jurídica de Direito privado com conexão internacional realiza duas operações:

1. Determina o Direito aplicável (por meio da LINDB): aplicação da norma indicativa;
2. Aplica o Direito escolhido.

Seção 2.5

Normas Indicativas ou Indiretas: Limitam-se a Indicar o Direito Aplicável

Podem ser:

UNILATERAIS: declaram apenas uma única ordem jurídica aplicável: em regra o Direito nacional. São excepcionais.

Ex.: Artigo 10, § 1º, LINDB (artigo 5º, XXXI, CF/88).

BILATERAIS: indicam como aplicáveis as normas de Direito nacional **ou** de Direito estrangeiro. A maioria das normas de Direito Internacional Privado são dessa natureza.
Ex.: artigo 10º, *caput*, LINDB.

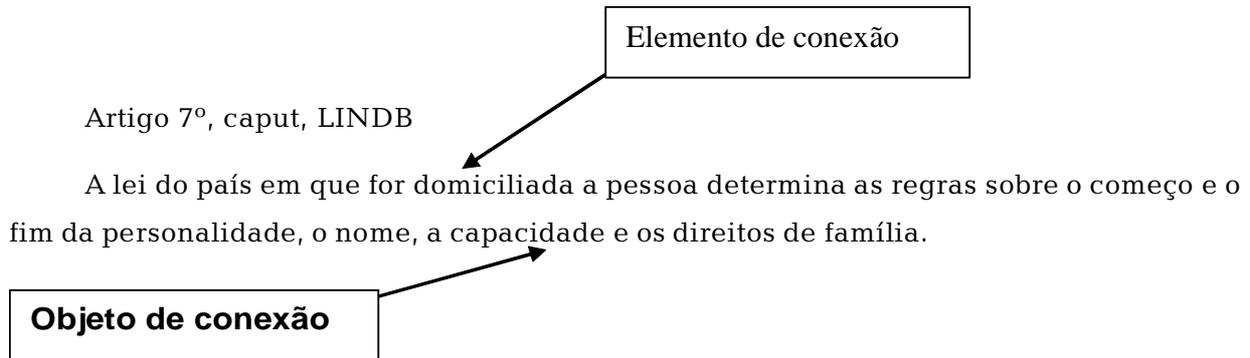
2.5.1 – AS NORMAS INDICATIVAS BILATERAIS SÃO COMPOSTAS DE DUAS PARTES:

Objeto de conexão: descreve a **matéria à qual se refere uma norma** indicativa ou indireta de DIPr, abordando sempre questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais como conexão internacional. Capacidade jurídica, nome de uma pessoa, conceitos jurídicos, direitos e pretensões.

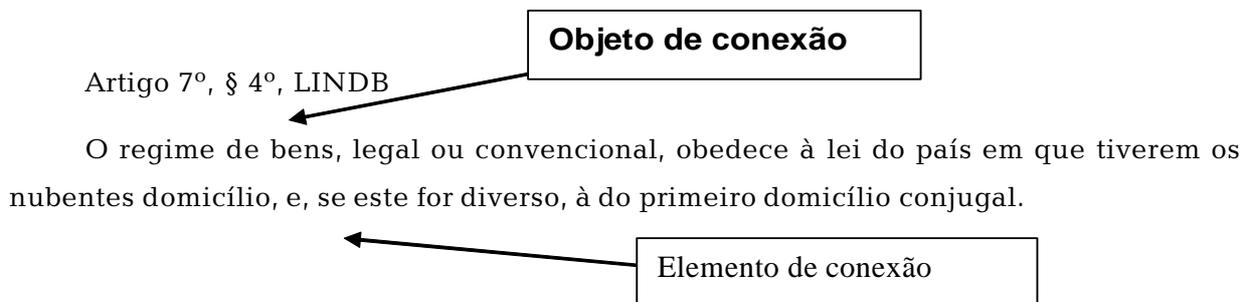
Elemento de conexão: é a parte que torna possível a determinação do **Direito aplicável**. Nacionalidade, domicílio, residência habitual e a lei do foro.

Para esclarecer essa distinção entre elemento de conexão e objeto de conexão, trouxemos o seguinte exemplo baseado na LINDB:

Exemplo 1:



Exemplo 2:



O ideal é a aplicação de uma única ordem jurídica a determinada relação de direito. Nem sempre é fácil. Às vezes se aplica **mais** de um ordenamento a uma relação jurídica.

Existe uma divisão em relação ao Direito aplicável, denominada **dépeçage** (divisão, desmembramento).

A lei do local da celebração resolve tudo que disser respeito à substância e aos efeitos do contrato, no entanto há ainda a possibilidade da aplicação de mais de uma lei às questões correlatas. Convencionou-se chamar tal aplicação de *dépeçage* ou fracionamento, havendo consenso a respeito.

Consagrou-se a utilização da terminologia *dépeçage* quando há mais de uma lei regente do contrato internacional. Assim, pelo sistema do DIPr, a substância da obrigação pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes, a forma e a execução poderão ser regidas por outra. Esta matéria será estudada na próxima Unidade.

Seção 2.6

Algumas Restrições na Aplicação do Direito Estrangeiro

No momento em que a norma de Direito Internacional Privado **interna** (*lex fori*) determina a aplicação do Direito estrangeiro, **o juiz não aplicará a norma estrangeira se esta viola a ordem pública, de acordo como artigo 17 da LINDB:**

Art. 17. 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.

A reserva de ordem pública é uma cláusula de exceção que corrige a aplicação da lei estrangeira ao caso concreto, quando esta operação leva a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem jurídica interna.

Na concepção de Maria Helena Diniz (2000), a noção de ordem pública é a que engloba a soberania nacional e os bons costumes, constantes nos princípios *da conduta impostos pela moralidade média do povo, apurados no meio social*. Esta noção é relativa e depende do sistema jurídico interno e da época vivida, ou seja, é uma norma aberta e varia de acordo com o tempo e o espaço, ficando por conta da jurisprudência do país sua definição.

A **reserva** de ordem pública (reserva na aplicação do Direito estrangeiro) tanto pode ser invocada na aplicação do Direito estrangeiro (Direito material ou substantivo), como na execução de decisão estrangeira no país (reserva de ordem pública processual).

Caso o juiz deixe de aplicar a lei estrangeira, devido à violação da ordem pública, a regra é a de que o juiz aplique a *lex fori* (lei interna).

Cabe fazer referência a **fraude à lei**, que consiste numa forma de abuso de direito, não sendo admitida perante o Direito Internacional Privado. Nesse sentido, ocorrerá fraude à lei se a pessoa aproveitar-se das regras de Direito Internacional Privado, intencionalmente, de forma a obter vantagem indevida pela ordem jurídica existente.

De acordo com Rechsteiner (2007), são três os **pressupostos** fundamentais para a caracterização da **fraude à lei**: a) Pretende-se evitar a aplicação de determinadas normas materiais do Direito interno ou, excepcionalmente, normas estrangeiras, cujas consequências legais não são desejadas; b) Manobra legal para obter o efeito desejado (exemplo: transferir o domicílio para obter, no estrangeiro, um divórcio proibido no país de origem); c) Objetivo de evitar a aplicação do Direito material interno, principalmente transferindo atividades e praticando atos para e no exterior.

Ex.: Casamento entre Sophia Loren e Carlo Ponti. Ambos adquiriram a nacionalidade francesa, para que Carlo Ponti pudesse divorciar-se de sua primeira esposa e contrair núpcias com Sophia Loren. A Itália, país de origem de ambos, não permitia, à época, o divórcio, enquanto na França não havia qualquer restrição.

A **sanção** à fraude à lei é a de que uma sentença, negócio ou ato jurídico obtido mediante fraude não será reconhecido pelo Direito interno, não surtindo efeitos jurídicos no país. Caberá ao juiz, entretanto, ponderar os interesses conflitantes no caso concreto.

Não existem, na maioria dos países e mesmo no Brasil, normas gerais escritas sobre a exceção de fraude à lei. A doutrina e jurisprudência reconhecem esse princípio como inerente ao Direito brasileiro. A Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, celebrada em 8 de maio de 1979 em Montevideu e ratificada pelo Brasil, estabelece em seu artigo 6º a seguinte regra sobre a *fraus legis*:

Artigo 6º. Não se aplicará como Direito estrangeiro o Direito de um Estado-Parte quando artificiosamente se tenham burlado os princípios fundamentais da lei de outro Estado-Parte. Ficará a juízo das autoridades competentes do Estado receptor determinar a intenção fraudulenta das partes interessadas.

Seção 2.7

Direito Processual

As normas de Direito Internacional Privado indicam o Direito aplicável, mas dependem sempre de uma autoridade judiciária, ou de um órgão com funções equivalentes, que seja internacionalmente competente. Se não for assim, o juiz ou tribunal não pode conhecer e pronunciar-se com relação ao mérito da causa.

Competência: a competência internacional tem seu fundamento no Direito interno. Assim, as normas sobre competência internacional determinam a extensão da jurisdição nacional, ante aquele dos outros Estados, basicamente conforme o ordenamento jurídico interno. Tais regras estabelecem os pressupostos pelos quais um juiz ou tribunal brasileiro está autorizado para decidir uma causa com conexão internacional. São aplicáveis somente se o juiz for competente.

No Brasil a competência é estabelecida na Constituição Federal:

Competências do STF

- Artigo 102, I, e, CF. Litígio entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e a União, os Estados, o Distrito Federal ou o território.
- Artigo 102, I, g, CF. A extradição solicitada por Estado estrangeiro.

Competências do STJ

- Artigo 105, I, i, CF. Homologação de sentença estrangeira e concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;
- Artigo 105, II, c, CF. Competência recursal: pessoa ou município x Estado estrangeiro ou organismo internacional.

Competências da Justiça Federal

- Artigo 109, II, CF. Causas entre pessoa ou município x Estado estrangeiro ou organismo internacional;
- Artigo 109, X, CF. a) execução de carta rogatória (após *exequatur*, pelo STJ); b) execução de sentença estrangeira (após homologação pelo STJ); c) causas referentes à **nacionalidade**).

Jurisdição: ato de soberania. É territorial, entretanto não é sem limite. O país só pode exercer jurisdição se a relação jurídica em discussão possui alguma analogia em relação a ele (elemento de conexão).

Quem determina a competência internacional dos seus tribunais é o CPC (artigos 88 a 90). Estão fora do alcance da livre disposição das partes, não podendo ser modificadas pelo contrato.

O juiz deve conhecer de ofício sua competência internacional para julgar a lide *sub judice* (pode haver exceção de incompetência: artigo 301, II, CPC).

Observação: leia os artigos do CPC e da CF supracitados.

Seção 2.8

Classificação da Competência

Normas **diretas**: definem, de forma direta, quando os tribunais e juízes domésticos são competentes internacionalmente perante um processo com conexão internacional instaurado no próprio país (CPC, artigos 88 e 89).

Normas **indiretas**: estão relacionadas a causas com conexão internacional, anteriormente submetidas à apreciação de um juiz ou tribunal estrangeiro. A competência internacional indireta será analisada por ocasião do processo de reconhecimento (homologação) de uma decisão proferida por autoridade judiciária estrangeira. No Brasil esta análise é de competência do STJ: é requisito indispensável à homologação da sentença estrangeira (artigo 15, a, LINDB).

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado à revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal (vide art. 105, I, i da Constituição Federal) (agora pelo Supremo Tribunal de Justiça).

Estes são, portanto, os requisitos básicos para que uma sentença proferida no exterior seja homologada pelo STJ.

Temos ainda a competência **Concorrente**: quando admite a possibilidade de outros Estados serem internacionalmente competentes para julgar uma causa idêntica entre as mesmas partes (artigo 88, CPC).

Competência **Exclusiva ou Absoluta**: quando a lei estabelece que unicamente a justiça doméstica é internacionalmente competente, com exclusão de qualquer outra. Para os processos indicados, a *lex fori* reconhece como internacionalmente competente apenas seus juízes e tribunais (artigo 89, CPC).

Seção 2.9

Competência Relativa

O artigo 88 do CPC traduz uma espécie de **competência relativa**, também denominada alternativa ou cumulativa. Nos casos do referido artigo, existe a possibilidade de a ação correr por outro foro, que não o brasileiro.

Vejamos o que diz o artigo 88 do Código de Processo Civil:

Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver que ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no n. I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver filial, agência ou sucursal.

Assim, no Brasil, nos casos em que a competência não é absoluta, não pode a litispendência ser conhecida de ofício, tampouco arguida pelas partes. O tribunal de um país não pode exercer influência sobre ação pendente em outro Estado.

Assim, imagine-se o processo ajuizado na Itália e no Brasil. Se a primeira sentença (alcançar a coisa julgada antes) pode ser homologada pelo STJ e executada no Brasil, desde que não haja eventual abuso ou desrespeito à ordem pública brasileira, pela sentença proferida no estrangeiro, o que será verificado pelo STJ no momento da homologação.

Segundo ponto relevante a ser analisado ocorre quando a parte domiciliada no Brasil é acionada no juízo estrangeiro. O processo perante a jurisdição estrangeira é sempre válido (pelo menos quanto à possibilidade de ser a sentença homologada pelo STJ).

A resposta é negativa. Neste caso deve ser analisada a recusa à submissão do nacional à jurisdição estrangeira.

A recusa pode ser expressa ou tácita.

Expressa é a recusa que se manifesta por meio de petição de embargos ou simples recusa ao *exequatur* da carta rogatória citatória concedida pelo STJ (estudaremos posteriormente), ou petição manifestando a recusa à jurisdição nos autos do processo que corre no exterior.

Nesta última hipótese dois problemas podem ocorrer. O primeiro refere-se à possibilidade de o juiz estrangeiro não acolher o pedido de recusa. Nesse caso, o processo seria julgado à revelia,

Exequatur

A expressão é de origem latina e significa “execute-se”, “cumpra-se”. Muito usada no Direito Internacional, é um documento autorizador de um Estado para executar as funções de um cônsul. Assim, o *exequatur* simboliza a jurisdição consular, sua sede da repartição, e também atesta a qualidade de cônsul do representante do Estado. A competência para a concessão do *exequatur* é do Superior Tribunal de Justiça.

podendo o STJ não homologar a sentença estrangeira posteriormente. O segundo problema está justamente no posicionamento tradicional do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao tema. O STF já decidiu da seguinte maneira:

Tácita é a recusa silente, correndo o processo no estrangeiro à revelia do réu brasileiro. Este só se manifesta na contestação da homologação da sentença estrangeira pelo STJ ou na execução da mesma. Neste caso, entendia o STF, em casos de competência concorrente, que se o réu brasileiro foi regularmente citado, há que se homologar a sentença.

A recusa expressa, manifestada nos autos da carta rogatória citatória, não tem o condão de impedir a citação. Tal recusa, porém, deve ser comunicada à justiça rogante, advertindo que tal recusa é legítima, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, o que, segundo a jurisprudência do STF, impedirá a homologação da sentença estrangeira proferida à revelia do réu domiciliado no Brasil.

Mesmo, no entanto, que a sentença não venha a ser homologada no Brasil, consequências outras podem atingir a parte ré. Esta sentença gerará efeitos no país onde foi prolatada e, eventualmente, em terceiro país, no qual a parte vencida tenha bens, permanecendo no alcance da parte vencedora.

Seção 2.10

Competência Absoluta

O artigo 89 do CPC traduz espécie de **competência absoluta** da Justiça brasileira, razão pela qual exclui-se qualquer autoridade judiciária da decisão destes temas.

Vejamos o que expressa o artigo 89 do Código de Processo Civil:

Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

No que se refere ao primeiro inciso, a intenção do legislador é garantir a soberania do país, permitindo apenas ao Judiciário nacional decidir sobre imóveis localizados no território brasileiro. Caso aplicada a lei estrangeira e esta violasse a ordem pública brasileira ou a soberania nacional, o juiz brasileiro ainda poderia deixar de aplicá-la por força do artigo 17 da LINDB.

O inciso II do artigo 89 tem sua razão de ser na possibilidade de aplicação dos impostos brasileiros sobre a transferência *causa mortis* da propriedade, e, especialmente, para garantir a aplicação do artigo 5º, XXXI da Constituição (elencado também na LICC, em seu artigo 10, § 1º) que protege o nacional.

Consequência imediata é a de que as sentenças sobre tais temas, proferidas por tribunal estrangeiro, não serão homologadas no Brasil pelo STJ, tendo em vista que foi violado o artigo 89 do CPC e, portanto, não poderão ser executadas no Brasil.

Seção 2.11

Produção de Provas no Estrangeiro

As regras gerais estão estabelecidas nos artigos 13 e 14 LICC.

O artigo 13 refere-se à prova dos fatos ocorridos no estrangeiro. Deve ser feita pela lei do lugar onde ocorreram (*lex loci*), determinando, também, sua força probante. Quanto ao modo de produzi-la, submetem-se à *lex fori*, posto que se desconhece as provas não autorizadas pela lei do juiz. Assim reza o artigo 13 da LINDB: "A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar, quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça".

Pode-se ressaltar aqui ainda o artigo 16 da LINDB: "Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei", portanto somente é considerada uma lei estrangeira, as observações a qualquer outra lei serão desconsideradas.

O artigo 14 deve ser lido em consonância com o artigo 337 do CPC. As partes interessadas, se assim determinar o juiz, serão responsáveis pela prova do teor e da vigência da lei estrangeira.

A parte, entretanto, é uma mera colaboradora do juiz nesta missão. Não se pode atribuir à parte que foi encarregada de provar o teor e a vigência da lei estrangeira o ônus de não se ter desincumbido da prova, sob pena de considerar a norma estrangeira como fato. Assim, o juiz deve aplicar o Direito estrangeiro de ofício. Acaso solicite a colaboração da parte que invoca o Direito estrangeiro e esta não trouxer prova de seu conteúdo e vigência ao processo, deve o juiz decidir a questão aplicando a lei brasileira (*lex fori*), e não simplesmente decidindo contra aquela.

Recurso Especial 254.544 MG. Relator: Eduardo Ribeiro. Ementa: Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de Direito estrangeiro, consoante as normas de Direito Internacional Privado, caberá ao juiz fazê-lo, **de ofício**. Não se poderá, entretanto, encarregar à parte ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o juiz aplicará o Direito nacional.

Os tratados e convenções internacionais, entretanto, podem prever forma diferente de prova do Direito estrangeiro.

O Brasil é signatário da **Convenção Interamericana sobre Prova e Informação Acerca do Direito Estrangeiro** (Decreto 1925, de 10.6.1996).

Seu artigo 2º determina que as autoridades (no Brasil é o Ministério da Justiça) dos Estados solicitados deverão proporcionar às autoridades dos demais Estados que o solicitarem "*os elementos de prova ou informação sobre o texto, vigência, sentido e alcance legal do seu direito*". O atendimento à consulta é de ofício e não há remuneração ou ressarcimento de despesas.

Tal determinação faz parte da **Cooperação Interjurisdicional**, afinal com o crescimento das demandas envolvendo interesses transnacionais surge a necessidade de produção de atos processuais em um país para cumprimento em outro.

A cooperação visa a assegurar os direitos fundamentais dos cidadãos na prática dos atos processuais transfronteiriços, bem como estabelecer um controle mínimo sobre a execução de decisões e atos praticados no estrangeiro em nosso país, demonstrando uma forma de soberania.

Nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) nas **Cartas Rogatórias e Homologação de Sentenças Estrangeiras**, principais instrumentos processuais a serviço da cooperação interjurisdicional, verifica-se a aplicação dos princípios constitucionais de proteção da pessoa. Ressalte-se que a jurisprudência consolidou-se no âmbito do STF, mas, a partir da Emenda Constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União em 31 de dezembro de 2004, o órgão responsável pela **concessão de exequatur às Cartas Rogatórias** enviadas ao Brasil e pela **homologação das sentenças estrangeiras** a serem executadas no Brasil é o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme artigo 105, I, i da Constituição.

Seção 2.12

Cartas Rogatórias

São solicitações de um tribunal estrangeiro para que a Justiça nacional coopere na realização de determinados atos que interessam àquela Justiça. No conceito de José Carlos Barbosa Moreira (1994), é o **instrumento próprio para a requisição de ato processual**, por juiz brasileiro a juiz estrangeiro ou vice-versa.

Atos processuais objeto de Carta Rogatória:

Atos ordinatórios: citação, notificação e cientificação;

Atos instrutórios: coleta de provas;

Atos executórios: medidas de caráter restritivo.

O STJ é que tem competência para analisar todos os atos provenientes do exterior, para que conceda o **exequatur**, conforme determinação constitucional (artigo 105, I, i, CF/88). Estas são as **cartas rogatórias passivas**. Com relação aos atos enviados ao exterior, **cartas rogatórias ativas**, a remessa é feita diretamente pelo Tribunal requerente. A expedição de carta rogatória pelo juiz nacional está prevista na legislação processual em seus artigos 201 a 212.

A carta rogatória ativa (que será enviada pela autoridade rogante ao Ministério da Justiça, que por sua vez a encaminhará ao Ministério das Relações Exteriores, a fim de que chegue ao Estado rogado por via diplomática) deve cumprir os requisitos da lei brasileira, estabelecidos no artigo 202 do CPC, além de conformar-se com a lei estrangeira do país rogado.

Lei do país de **origem** ⇒ determina a **forma** e o **modo de encaminhamento**;

Lei do país de **destino** ⇒ cuida do **recebimento** e **cumprimento** e, geralmente, investiga o **conteúdo**, para verificar a possibilidade de realização dos atos solicitados.

Já o cumprimento de uma rogatória passiva não significa o reconhecimento da competência do Judiciário estrangeiro para proferir decisão e nem garante a posterior homologação da sentença estrangeira.

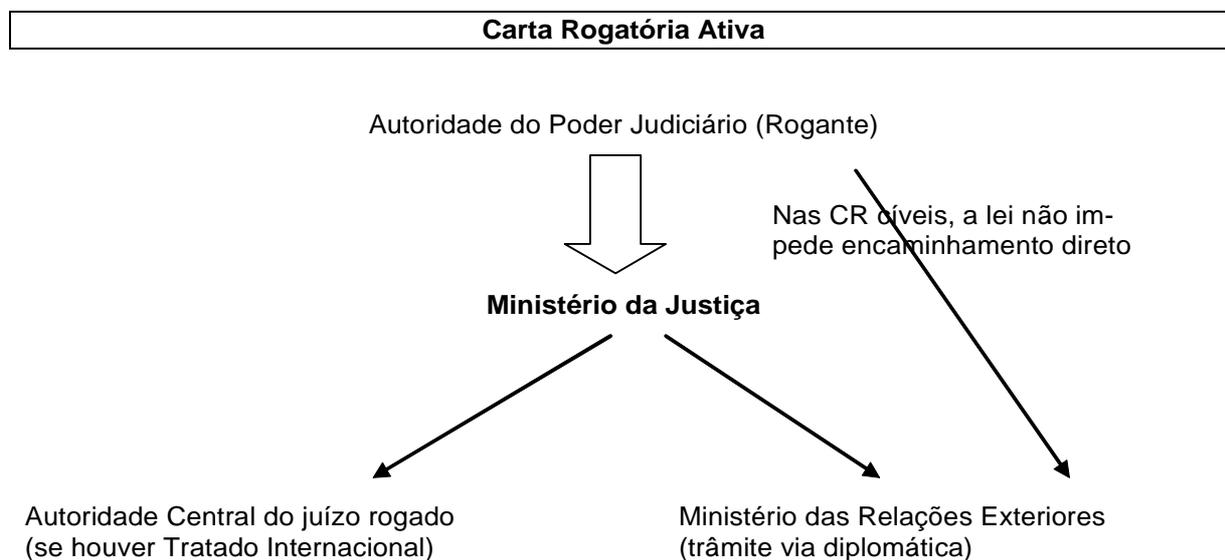
A **defesa** só poderá versar sobre **autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos formais** para concessão do *exequatur* (artigo 9º, Resolução nº 9, de 4 de maio de 2005, da Presidência do STJ).

Eventualmente, existem diplomas internacionais, bilaterais ou multilaterais, que preveem tratamento diferenciado acerca da matéria, procurando facilitar seu trâmite.

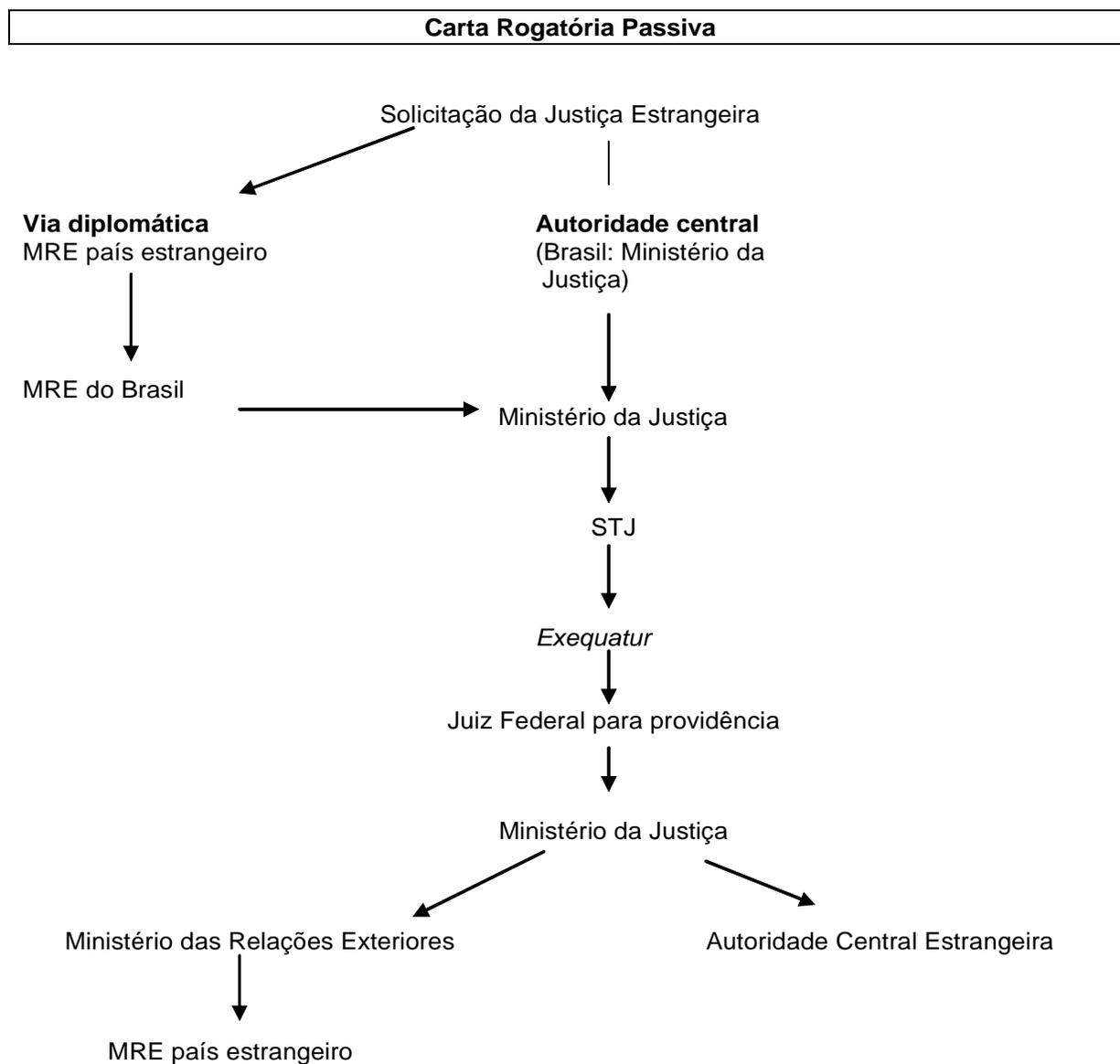
O Brasil, a exemplo de outros países, incluindo os Estados Unidos, é signatário da **Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias**, de 1975, vigente no Brasil por força do Decreto 1.899, de 9.5.1996 (Com seu Protocolo Adicional, aprovado pelo Decreto 2.022/96). Conforme o artigo 2º, pode ser utilizado apenas em matéria civil e comercial, entre órgãos de caráter jurisdicional, para diligências de mero trâmite (como notificações, citações ou emprazamentos no exterior), ou recebimento e obtenção de provas e informações no exterior.

No âmbito do Mercosul, o Brasil é signatário do **Protocolo de Las Leñas** (Decreto 2.067/96), que prevê procedimentos simplificados e mais ágeis na tramitação das rogatórias, por intermédio da autoridade central (Ministério da Justiça).

TRAMITAÇÃO DA CARTA ROGATÓRIA



Volta ao Ministério da Justiça (direto ou por meio do MRE) e este encaminha ao Juízo rogante.



Organograma 1 – Tramitação da Carta Rogatória

Fonte: Elaboração do autor.

Seção 2.13

Homologação de Sentença Estrangeira



² O reconhecimento e execução das sentenças estrangeiras é uma necessidade para o reconhecimento dos direitos adquiridos, assim como a efetividade da aplicação da lei estrangeira. Se é possível reconhecer a aplicação da lei estrangeira, também deve ser necessária a certificação da sentença estrangeira, com os requisitos peculiares da homologação pelo STJ.

Somente a ordem jurídica do foro pode atribuir eficácia aos julgados estrangeiros, uma vez que estes não têm o condão de possuir força executória fora do país em que foram prolatados, além de não existir um poder central internacional coercitivo.

Não há uma análise de mérito da decisão, mas um juízo meramente deliberativo, que se traduz na verificação dos requisitos enumerados no artigo 15 da LINDB e no Regimento Interno do STF, artigo 217 (ver artigo 483, CPC), norma suplantada pela mudança de competência para o STJ, por força da EC 45, que deu nova redação ao artigo 105, I, i da Constituição. Hoje, a norma que regula o procedimento de homologação de sentença estrangeira pelo STJ é a Resolução nº 9, da Presidência do STJ, de 4 de maio de 2005. Assim, não se exige reciprocidade do país em que a sentença foi prolatada, homologando-se sentenças mesmo de países sem relações diplomáticas com o Brasil ou em guerra com o país.

Uma vez homologada a sentença estrangeira, ela será executada pela Justiça Federal (artigo 109, X, da CF), por meio de carta de sentença extraída dos autos da homologação, obedecendo às regras estabelecidas para a execução de sentença nacional da mesma natureza (artigo 484, CPC).

Cabe citar ainda o artigo 12 da LINDB:

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

² Disponível em: <<http://jusfilhote.blogspot.com/2010/05/fontes-do-direito-internacional-publico.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

A homologação tem característica de ação, tendo natureza jurisdicional, em que se julga o mérito da homologação. O contraditório ocorre quanto à satisfação dos requisitos de homologabilidade (este é o mérito do pedido da “ação de homologação”).

Compete no Brasil ao STJ (artigo 105, I, i, CF) homologar a sentença estrangeira para que ela seja aqui executada.

2.13.1 – REQUISITOS PARA A HOMOLOGAÇÃO:

A) Objeto da homologação: a sentença estrangeira

A expressão sentença estrangeira é compreendida pelo STF em sentido amplo, bastando que a decisão tenha conteúdo e efeitos típicos de sentença. Têm sido aceitas pelo STF decisões proferidas por órgãos que não fazem parte do poder Judiciário, por exemplo, os divórcios proferidos por decreto real na Dinamarca; por tribunal rabínico em Israel e autoridade administrativa no Japão.

Toda e qualquer decisão, para produzir efeitos no Brasil, deve ser homologada. Assim, resta revogado o artigo 15, parágrafo único, da LICC, que dispensava a homologação de sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas, pelo artigo 483 do CPC, que não abre exceção, exigindo o procedimento homologatório de qualquer tipo de decisão.

B) Competência do juiz prolator

O STJ não se imiscui na determinação da competência estrangeira, mas apenas verifica se as regras de atribuição da competência no país estrangeiro foram respeitadas.

A sentença não será homologada (tampouco será concedido *exequatur* para citação) quando a competência for exclusiva da Justiça brasileira – artigo 89 do CPC. Nesse sentido a seguinte decisão STF, proferida quando ainda competente para tanto:

SE 3.989, julgada em 1.12.1987. “Sentença estrangeira. Imóveis situados no Brasil doados a instituição beneficente sediada em Portugal. Anulação da cláusula de inalienabilidade. Homologação denegada”.

Tem-se admitido, entretanto, a sentença estrangeira de divórcio que ratifica acordo das partes quanto à partilha de bens imóveis situados no Brasil. Existem vários precedentes: SE 3.633, SE 3.408, SEC 7.146-EUA.

C) Citação do réu

A sentença estrangeira somente será homologada se for promovida na forma da lei brasileira. Assim, **o STJ só homologa se a citação for efetuada por meio de carta rogatória**, não aceitando as promovidas por via postal ou outros métodos.

SE 4.125. Rel. Célio Borja. Julg. 12.09.90. Ementa: Sentença estrangeira. Divórcio. Irregularidade da revelia decretada pelo juízo estrangeiro. Matéria de direito e de ordem pública, o que torna ocioso discutir eventual intempestividade da contestação apresentada ao pedido de homologação. Inadmissibilidade de proceder-se à citação da ré – residente no Brasil – por meio outro que não a carta rogatória, segundo resulta das normas jurídicas em vigor no nosso país. Precedentes do STF.

O entendimento é de que a inobservância a esta forma implica contrariedade à ordem pública brasileira, pois esta seria a única maneira pela qual haveria segurança jurídica para o réu aqui domiciliado. Não se trata de mera formalidade, pois se a parte comparecer espontaneamente ao juízo estrangeiro, estará suprida a questão.

D) Trânsito em julgado

Não se homologa sentença estrangeira sem prova de seu trânsito em julgado: Súmula 420 do STF. Da mesma forma, o requisito está previsto no artigo 15, c, da LINDB.

E) Autenticação dos documentos

Para que o STJ proceda à análise da sentença estrangeira é necessário comprovar sua autenticidade. O documento deve estar consularizado, contendo a chancela do consulado (Súmula 259, STF) brasileiro do local de origem da sentença.

F) Tradução por tradutor juramentado

A sentença estrangeira, bem como os documentos necessários e indispensáveis, deve ser traduzida por tradutor público e juramentado. Assim, não é possível fazer a tradução fora do Brasil, para cumprimento do artigo 157, CPC. Quando não houver tradutor juramentado naquela língua, deve a parte providenciar um tradutor *ad hoc*.

G) Respeito à ordem pública brasileira

Há uma estreita análise de mérito no sistema brasileiro de deliberação a respeito da sentença estrangeira. O STJ verifica se a decisão não viola a ordem pública, a soberania nacional ou os bons costumes.

SÍNTESE DA UNIDADE 2



Nesta Unidade tratamos as questões referentes ao elemento de conexão, que pode ser entendido como a parte da norma de Direito Internacional Privado que torna possível a determinação do Direito aplicável, seja o nacional (do julgador), seja o estrangeiro. É referido, ainda, como *circunstância de conexão* ou *regra de conexão*.

Deve-se ter claro que o **objeto de conexão** descreve a matéria à qual se refere uma norma indicativa ou indireta de DIPr, ou seja, o caso concreto, enquanto o **elemento de conexão** é a parte que torna possível a aplicação do Direito aplicável, como a nacionalidade, o domicílio e a *lex fori*, ou seja, indica a lei do país que deve ser aplicado para o caso.

Constatamos que a partir da LICC de 1942 o Brasil adotou o domicílio como elemento de conexão, o que continua mesmo com a LINDB.

Sobre as cartas rogatórias, estas consistem em instrumento próprio para a requisição de ato processual, por juiz brasileiro a juiz estrangeiro e vice-versa.

Sobre a homologação de sentença estrangeira, esta é de competência do STJ, de acordo com artigo 105, I, i, da Constituição Federal.

A APLICAÇÃO DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO – LINDB no Direito Internacional Privado Brasileiro

OBJETIVO DESTA UNIDADE

- O objetivo desta Unidade consiste no estudo da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente no que diz respeito à capacidade das partes em celebrar contratos e ao Direito de Família no âmbito internacional, aprofundando questões mais relevantes, como a habilitação para o casamento, o divórcio e a anulação do casamento.

AS SEÇÕES DESTA UNIDADE

Seção 3.1 – A aplicação da LINDB no Direito Internacional Privado Brasileiro

Seção 3.2 – O casamento e seus efeitos para o Direito Internacional Privado

Seção 3.3 – Artigo 8º da LINDB

Seção 3.4 – Das obrigações e contratos

Seção 3.1

A aplicação da LINDB no Direito Internacional Privado Brasileiro

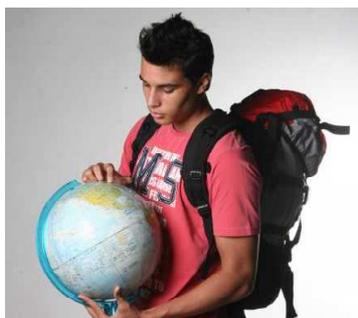
Como já foi referido nas unidades anteriores, a antiga Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) era muito mais ampla que sua nomenclatura. Na verdade ela era uma norma preliminar da totalidade do ordenamento jurídico nacional e não apenas referente ao Código Civil. Assim, a LICC foi substituída pela Lei 12.376, de 30 de dezembro de 2010, e passou a ser denominada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB).

A técnica legislativa da LINDB conservou a matéria da lei de introdução, tendo por objetivo facilitar a aplicação dos princípios das leis em geral, destinada a reger a aplicação de todas as leis do sistema jurídico nacional no tempo e no espaço.

A LICC era considerada uma *lex legun* (lei das leis), ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre o direito e a LINDB continua tendo a mesma importância, como um direito coordenador, assinalando suas projeções nas situações conflitivas de ordenamentos jurídicos nacionais e alienígenas, evidenciando os elementos de conexão.

A parte da LINDB referente aos artigos 7º ao 18, constitui um estatuto do Direito Internacional Privado, ou seja, são os artigos centrais de nosso estudo.

Como já mencionado, o **Brasil adotou desde 1942, com a LICC, domicílio (lex domicilli)** como elemento de conexão para **reger as questões relativas à capacidade e ao Direito de Família. Já a LINDB conservou o domicílio como elemento de conexão.** Assim, **será regido pela lei brasileira o estrangeiro aqui domiciliado**, sendo irrelevante para o DIPr brasileiro, em regra, a nacionalidade do indivíduo ou qualquer disposição proveniente de sua lei nacional.



¹ Da mesma forma, **o brasileiro domiciliado no exterior não será mais regulado pela lei brasileira no tocante a sua capacidade e direitos de família**, mas sim pela lei de seu domicílio.

Faremos a seguir alguns comentários acerca dos artigos da LINDB que são foco de nosso estudo.

Inicialmente cabe observar que as regras consubstanciadas no **artigo 7º da LINDB** cuidam da lei aplicável ao começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade, contratos e o Direito de Família.

Serão abordados alguns aspectos do Direito de Família, a partir do artigo 7º da LICC, especialmente sobre o casamento.

Seção 3.2

O Casamento e Seus Efeitos para o Direito Internacional Privado

O casamento é algo complexo para o DIPR, pois vai exigir tanto:

- a determinação da **Lei aplicável à capacidade das partes** para praticar o ato;
- como da lei **aplicável à celebração do ato.**

¹ Disponível em: <<http://www.opovo.com.br>>. Acesso em: 5 set. 2011.

Cabe lembrar que toda a matéria sobre o casamento, até o século 16, era disciplinada pelo Direito Canônico. Naquele século surgiu o casamento civil, e a Holanda foi o primeiro país a adotá-lo, mesmo enfrentando a oposição da Igreja.

Devido a esta complexidade, o **caput do artigo 7º da LICC não é suficiente para solucionar, pela simples aplicação da regra domiciliar**, todos os problemas dos conflitos de leis existente em relação ao casamento. **Os parágrafos 1º a 6º do artigo 7º vão regular questões pertinentes ao casamento e em alguns casos trazendo exceções ao critério domiciliar geral.** Estas questões dizem respeito a: celebração, invalidade, regime de bens, efeitos do divórcio estrangeiro.

Vejamos o que expressa o caput do artigo 7º da LINDB:

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

Assim, começa a Lei pela teoria geral do Direito Civil, enunciando a regra sobre personalidade. A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade. Na lei brasileira estas regras estão presentes especialmente nos artigos 2º e 6º do Código civil.

Também a lei do país em que for domiciliada a pessoa é que determina as regras sobre o nome. Nome é direito da personalidade, que está basicamente nos artigos 16 a 19 do Código Civil.

É ainda a lei do país em que for domiciliada a pessoa que determina as regras sobre a sua capacidade para a vida civil. A capacidade pode ser de direito ou de fato. Capacidade de direito (ou de gozo) é um atributo da personalidade, todos os seres humanos a possuem, em consonância ao **artigo 1º do CC, que diz que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.** Já a capacidade de fato (ou de exercício) é a aptidão para exercer pessoalmente os direitos e obrigações; não a têm os incapazes, de acordo com o artigo 3º (absolutamente incapazes) e 4º (relativamente incapazes) do Código Civil Brasileiro.

Os direitos de família são regulados pela lei do país em que for domiciliada a pessoa, mas esta regra sofre algumas exceções nos parágrafos do artigo 7º da LINDB, que passaremos a estudar.

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

Embora haja permissão em todos os países para que estrangeiros se casem perante suas autoridades competentes, o matrimônio realizado no Brasil, mesmo por autoridade estrangeira competente, deverá obedecer os preceitos do Código Civil Brasileiro. Decreta o

parágrafo primeiro que se o casamento se realizar no Brasil, deve ser aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e quanto às formalidades para a celebração. Os impedimentos dirimentes podem ser absolutos ou relativos. Os impedimentos absolutamente dirimentes estão no artigo 1.521 do Código Civil. Estes, quando violados, inquinam o casamento de *nulidade absoluta*. Os relativamente dirimentes não estão mais expressos no código como impedimentos, mas como causas de anulação, constantes, de acordo com Del'Olmo (2010), nos artigos 1.523 e 1.550 do CC.

Assim, o Direito Civil estabeleceu limites para a capacidade de casar, diferentes daqueles para contratar ou agir em geral, constituindo-se numa capacidade específica. Se o casamento ocorresse no Brasil, por ocasião da habilitação, o nubente, mesmo domiciliado no exterior, deveria atender aos requisitos de capacidade matrimonial da lei brasileira, mesmo que diversos ou inexistentes em sua lei domiciliar.

Além dos impedimentos, temos ainda a questão da capacidade para o casamento:

No que tange especificamente à capacidade para o casamento, o artigo 1.517 do Código Civil de 2002 estabelece que os menores relativamente incapazes, entre 16 e 18 anos, embora incapazes para os atos da vida civil em geral, podem se casar, até atingir a maioridade, mediante autorização de ambos os pais ou de seu representante legal. Tal consentimento será igualmente necessário nos casos de tutela e curatela. Salienta-se que essa assistência é exigida para todos os atos da vida civil dessas pessoas (Del'Olmo, 2010, p. 117).

Dessa forma, o parágrafo 1º do artigo 7º da LINDB tem caráter unilateral e imperativo, pois aplica a lei brasileira a ambos os nubentes, sejam domiciliados ou não no Brasil.

No processo de habilitação para o casamento no Brasil, caso um dos nubentes for divorciado no estrangeiro, há a necessidade de se proceder à homologação desta sentença como condição para a concessão dessa habilitação. Esta homologação da sentença de divórcio é bastante polêmica por parte dos doutrinadores, mas recentemente o STF considerou derogado o dispositivo do artigo 483 do CPC, considerando ser obrigatória a homologação de sentença estrangeira, posto que virá a produzir efeitos no Brasil.

Del'Olmo (2010) assevera que em relação à *celebração* do casamento, esta deverá observar a legislação do país em que ele se realiza. Trata-se do princípio *locus regit actum*, a lei local rege o ato aí ocorrido, em toda a sua plenitude. Assim, para que o casamento se realize no Brasil, qualquer que seja sua nacionalidade ou domicílio, os nubentes devem preencher os requisitos dos artigos do Código Civil de 2002.

§ 2º O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957).

O parágrafo 2º trata do chamado casamento consular ou diplomático. São duas espécies de casamento consular ou diplomático: o casamento de brasileiro no exterior e o casamento de estrangeiro no Brasil. Apenas esta última hipótese é tratada no parágrafo segundo.

Este parágrafo faculta o casamento de estrangeiros perante autoridade diplomática ou consular de **ambos os nubentes**, no próprio consulado ou fora dele, de acordo com a lei dos nubentes, porém se os noivos não forem da mesma nacionalidade, será competente a autoridade local. Fica demonstrado que o casamento realizado por corpo consular é conforme a lei do país dos nubentes e ambos precisam ser da mesma nacionalidade.

Já o casamento de brasileiros no exterior é tratado no **artigo 18 da LINDB**.

Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascido no país da sede do Consulado (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º.8.1957).

Assim também, se o brasileiro casar no estrangeiro, mesmo domiciliado fora do Brasil, poderá ser realizado no consulado, por autoridade competente brasileira, desde que **ambos os nubentes sejam brasileiros**.

A legislação brasileira exige que ambos os nubentes devam ser da nacionalidade do país da autoridade celebrante, pois se ambos forem estrangeiros, mas de nacionalidades diferentes, o casamento é **considerado nulo, sem efeitos no Brasil**.

Inovou o CC de 2002, em seu artigo 1.544, ao determinar prazo para o registro no Brasil, contado do retorno de um dos cônjuges brasileiros, de 180 dias, mas não estabeleceu sanção se o prazo não for atendido. Acreditam os doutrinadores que foi uma infeliz modificação promovida pelo legislador, porém a ausência do registro no Brasil não significa invalidade do casamento.

§ 3º Tendo os nubentes domicílio diverso, regerà os casos de invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal.

Para Edgar Amorim (2008), este dispositivo é ilógico, pois o casamento é realizado com base na lei do local de sua celebração e a discussão de sua possível anulação ocorrerá já sob outro ordenamento jurídico, uma vez que os recém-casados podem estabelecer-se, e isso muitas vezes ocorre em outro Estado.

Observa ainda o mesmo autor que seria mais adequado a anulabilidade submeter-se à legislação sob a qual se deu a celebração do matrimônio.

A invalidade do matrimônio é regida, como regra, pela lei do domicílio dos cônjuges no momento do casamento, nos termos do *caput* deste artigo. Se eles, entretanto, tiverem domicílio diverso (entenda-se países diversos), regerá a invalidade do matrimônio a lei do primeiro domicílio conjugal do casal, como determina este parágrafo 3º.

Sobre o primeiro domicílio conjugal veremos no próximo parágrafo.

§ 4º 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.

Em regra, regerá o regime de bens, legal ou convencional, a lei do domicílio dos nubentes; se, contudo, tiverem eles domicílios diversos (entenda-se países diversos), aplicar-se-á a lei do primeiro domicílio conjugal, nos termos desse parágrafo.

Volta-se a falar do domicílio, pois esta questão é de grande importância para o Direito Internacional Privado, afinal depende do domicílio conjugal a determinação da lei aplicável à invalidade e aos efeitos patrimoniais do casamento, isso devido à hipótese de casais que residem em países diversos. Assim, deixa-se ao livre-arbítrio dos cônjuges a determinação do primeiro domicílio conjugal, eliminando a dúvida sobre qual domicílio utilizar para fins de determinação da lei aplicável ao casamento.

Como conhecer o primeiro domicílio conjugal é importante para o DIPr, o CC em seu artigo 1.525, IV, exige que o domicílio declarado no **processo de habilitação para o casamento** conste na certidão de casamento e fará prova do domicílio dos contraentes no momento da celebração. Se comum, será este que definirá o regime de bens; se diverso, poderão os **cônjuges prestar declaração às autoridades no momento de estabelecer o primeiro domicílio conjugal**, a partir do qual se estabelecerá o regime de bens.

Quanto a esse aspecto, Edgar Amorim (2008) defende que a escolha do regime de bens deve preceder o casamento, portanto, para evitar fraudes, deveria vigorar para os casos de anulação a lei da celebração do casamento.

Osiris Rocha (1975) tem um posicionamento oposto, ou seja, a opção do legislador brasileiro pelo primeiro domicílio conjugal na falta do domicílio dos nubentes, por haver uma indicação positiva de *adaptação*, na lei comum, ou naquela do *meio social* a que os nubentes *se terão integrado pelo primeiro domicílio conjugal*.

Independentemente dos posicionamentos dos autores supracitados, porém, o regime de bens será sempre regido pela lei do domicílio comum, na seguinte ordem: o domicílio que já existia antes do casamento, havendo aqui uma presunção de permanência deste para a sociedade conjugal, ou o primeiro domicílio da recém-criada sociedade conjugal, no caso de os nubentes terem domicílios diversos, pois este será o primeiro domicílio comum.

Cabe citarmos o exemplo trazido por Araujo (2006) acerca de uma decisão do STF (quando este ainda era responsável pela matéria, agora de competência do STJ), que julgou o divórcio de um casal que foi ao Uruguai para a realização de seu casamento, declarando naquela ocasião que estavam domiciliados naquele país. Quando da separação, em que era necessário declarar o local do primeiro domicílio do casal para aplicar o regime de bens, já domiciliados no Rio grande do Sul, quis o cônjuge varão convencer o Tribunal de que na verdade aquele era seu domicílio (a fim de que fosse aplicada a lei brasileira ao caso e não a lei uruguaia, como havia sido declarado no ato do casamento).

Faz-se necessário apontar alguns aspectos, a mulher, ao se casar, era viúva, de família abastada e 20 anos mais velha que o noivo. Por considerarem escandaloso o relacionamento, foram se casar no Uruguai. Além disso, o casal não tinha qualquer impedimento, poderia se casar no Brasil, mas depois do casamento e de um curto período no Uruguai, voltaram ao Brasil onde ficaram casados por alguns anos.

Assim, a determinação do domicílio do casal foi elemento crucial para a determinação do regime de bens a ser aplicado. Afinal, o regime de bens uruguaio era o da comunhão parcial, ou seja, divide-se tudo o que foi conseguido durante o casamento. Já no Brasil o regime de bens era o de comunhão universal, em que se divide todos os bens do casal. No caso concreto foi aplicado o primeiro domicílio, ou seja, as leis do Uruguai, portanto o cônjuge varão não teve direito a nenhum bem que a esposa possuía antes de se casar.

§ 5º – 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 (Redação dada pela Lei nº 6.515, de 26.12.1977).

Prevê a lei a possibilidade de o estrangeiro que se naturalizar brasileiro requerer ao juiz que no ato de entrega do decreto de naturalização se apostile ao mesmo a adoção do regime de comunhão parcial de bens, desde que **com a concordância do cônjuge**. Trata-se da possibilidade de alteração do regime de bens prevista pelo CC de 2002, em seu artigo 1.639, parágrafo 1º.

§ 6º – 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 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 Supremo 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 (Redação dada pela Lei nº 12.036 de 2009).

Para homologação (artigo 105, I, i da CF, homologação compete ao STJ) de sentença estrangeira de divórcio, em que um ou ambos os cônjuges sejam brasileiros, é mister que tenha transcorrido o mínimo de um ano da prolação da sentença no país de origem ou que, por igual prazo, a sentença tenha sido precedida de separação judicial. Como, porém, a Emenda Constitucional n. 66/2010, a chamada Nova Lei do Divórcio, que foi promulgada no dia 13 de julho de 2010, alterou o § 6º, do artigo 226 da Constituição da República, não exigindo nenhum prazo entre a separação judicial e o divórcio, acredita-se que o STJ homologará as sentenças divórcio sem obedecer ao artigo anteriormente referido.

Como visto na unidade anterior, o Código de Processo Civil, em seu artigo 88 dispõe sobre a competência relativa e no artigo 89 sobre a competência absoluta. Vejamos no quadro e seguiu os casos em que o divórcio pode ocorrer no Brasil.

	Domicílio atual	Celebração	Primeiro domicílio	Pode o divórcio ocorrer no Brasil?
BR – BR	Brasil	Estrangeiro	Estrangeiro	Sim, CPC artigo 88, I e II.
BR – BR	Estrangeiro	Brasil	Estrangeiro	Sim, CPC artigo 88, III
BR – BR	Estrangeiro	Estrangeiro	Estrangeiro	Só se tiver bens no Brasil (CPC artigo 89). Competência absoluta.
Est – Est	Brasil	Estrangeiro	Estrangeiro	Sim, CPC artigo 88, I. Brasil não distingue nacionais e estrangeiros no exercício de direitos.
Est – Est	Estrangeiro	Estrangeiro	Estrangeiro	Só se tiver bens no Brasil. Competência absoluta (CPC artigo 89).

Quadro 1 – Aplicação das Leis nos Casos de Divórcio

Fonte: Elaboração do autor.

Para ilustrar, trazemos o exemplo citado por Nadia de Araujo (2006), de um casal brasileiro, ele desquitado, por isso se casaram no Uruguai antes da lei do divórcio de 1977 e, posterior a essa lei, solicitou a transcrição da certidão, o que foi negado pelo STJ. Ele deveria se divorciar no Brasil e posteriormente realizar um novo casamento, pois nesse caso a lei não pode retroagir. Pelo princípio da monogamia ele não poderia estar casado com duas mulheres ao mesmo tempo.

§ 7º (LICC) Salvo o caso de abandono, o domicílio do chefe da família estende-se ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados, e o do tutor ou curador aos incapazes sob sua guarda.

Dizia a lei que o domicílio do chefe de família se estende ao outro cônjuge e aos filhos não emancipados. Em verdade, não se pode mais falar em chefe de família, pois a CF determina a igualdade dos cônjuges na sociedade conjugal (artigo 226, parágrafo 5º). O

domicílio dos cônjuges deve ser fixado em comum acordo por ambos (artigo 1.569 CC). E, dependendo do local das atividades profissionais, pode ser diverso para os cônjuges (artigo 72 CC).

Deve-se, portanto, respeitar a autonomia da vontade para estabelecimento de um domicílio conjugal por mútuo consenso.

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

Quando a pessoa não tiver domicílio certo, considerar-se-á domiciliada no lugar onde for encontrada. Embora a lei dê como opção o lugar da sua residência, em verdade, se tiver ela residência fixa, terá então domicílio certo, uma vez que domicílio é o lugar onde a pessoa estabelece a sua residência com ânimo definitivo (artigo 70 CC).

Seção 3.3

Artigo 8º da LINDB

Em relação aos bens móveis e imóveis, temos o artigo 8º da LINDB:

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 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.

Bens são as coisas materiais que têm valor econômico que podem servir de objeto de uma relação jurídica. Podem ser móveis ou imóveis.

De suma importância é esta classificação para o Direito Internacional Privado. Se alguns doutrinadores pretendem que ambos fiquem, em qualquer hipótese, regidos pela *lex rei sitae* (lei da situação da coisa), outros sistemas introduzem exceções.

3.3.1 – NORMAS SOBRE BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

Nosso sistema jurídico consagra um tratamento unitário, por meio do artigo 8º da LINDB, aos bens imóveis e móveis de situação permanente. Modernamente prevalece apenas a distinção entre móvel de situação permanente e móvel de situação variável. Para este

se aplica a *lex domicilii* do proprietário. Assim, para a bagagem do viajante, as mercadorias transportadas por via aérea, marítima e terrestre, que apresentam uma grande instabilidade na localização, deve-se aplicar o Direito do lugar do portador (*lex domicilii*).

Não seria lógico aplicar a regra geral dos bens móveis de situação permanente ou dos bens imóveis, situação em que o Direito se tornaria inaplicável. A *lex rei sitae*, cabe observar, tem uma abrangência limitada aos bens móveis e imóveis considerados em si mesmos como unidade (*ut singuli*). Quando forem elementos de uma universalidade (*ut universitas*) de Direito – conjunto de várias coisas singulares, corpóreas heterogêneas ou incorpóreas, a que a norma jurídica dá unidade com intuito de produzir certos efeitos – afastada estará a sua aplicação, pois neste caso a lei competente para regê-la é aquela sob a qual está formada a universalidade. Os bens considerados *ut universitas*, como o espólio, o patrimônio conjugal, a massa falida, escapam à aplicação da *lex rei sitae*, passando a se reger pela reguladora do instituto.

O nosso Direito adota o domicílio do proprietário como elemento para qualificar os bens em trânsito, no entanto deve prevalecer a *lex rei sitae* tão logo o bem adquira uma situação estável, isto porque a denominação de bens móveis, para este caso, coincide com o conceito comum de coisas que possam ser trasladadas em estado de movimentação. Se houver mudança da situação de um bem móvel, a lei da nova situação aplicar-se-á, respeitando-se os direitos adquiridos pelos motivos de ordem prática, econômica, política de conveniência e utilidade jurídica. Mostram o interesse particular, dando maior certeza, uniformidade e garantia da eficácia da publicidade.

Não se poderia conceber que os direitos de propriedade de dois imóveis de situação permanente, localizados em Florianópolis, por exemplo, fossem apreciados, um pelo Direito belga e outro pelo Direito italiano, somente por seus proprietários serem, atualmente um belga e outro italiano.

Nesse sentido:

O local da situação da coisa (Lex rei sitae) é o elemento de conexão aplicado aos imóveis, sendo aceito quase universalmente, inclusive no direito positivo interno. Assim, no artigo 8º da LICC temos: "Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados." Seu objeto de conexão é o regime jurídico geral dos bens (aquisição, posse, disposição, direitos reais) (Del'Olmo, 2010, p. 45).

Numa classificação para efeitos didáticos podemos estabelecer que a *lex rei sitae* é competente para:

- a) estabelecer as diversas classificações dos bens, como móveis e imóveis, divisíveis e indivisíveis, públicos e particulares, etc.;

- b) reger a posse e seus efeitos, especificando a legitimação até na proteção possessória;
- c) dispor sobre aquisição e perda dos direitos reais;
- d) traçar normas de usucapião de coisa móvel ou imóvel;
- e) restringir o direito de propriedade imobiliária ou mobiliária;
- f) resolver questões de transferência de propriedade por meio de atos intervivos;
- g) estipular as ações cabíveis ao titular do direito real;
- h) decidir os bens que podem ser objeto de direito real sobre coisas alheias;
- i) disciplinar o direito real sobre coisas alheias de fruição.

O artigo 8º, § 2º da LINDB estabelece que:

O penhor se aprecia pelo Direito do domicílio da pessoa cujo bem está sendo penhorado. Prevalece assim, portanto, a *lex domicilii*, que decidirá qual será o objeto sobre o qual recairá o penhor, quais os seus efeitos, questões de publicidade, a necessidade de dispensa ou tradição real para sua validade. Pouco importa a localização do móvel, de tal sorte que este pode ficar fora do domicílio do proprietário e também fora do domicílio do possuidor. Esta disposição é uma exceção à *lex rei sitae*, vindo a prevalecer a *lex domicilii* do possuidor no momento de constituição do penhor.

O penhor constitui-se pela tradição efetiva do objeto móvel suscetível de alienação que o devedor, ou alguém por lei, faz ao credor, ou a quem o represente, em garantia de débito.

Ainda sobre o estatuto real constante no artigo 8º da LINDB, Maria Helena Diniz (2001) nos traz de forma resumida que a legislação aplicável aos bens imóveis abarcam o princípio da lei do local onde se encontram (*lex rei sitae*).

Em relação aos bens móveis que estão com a pessoa (mobilidade dos bens): estatuto pessoal. Bens móveis que não estão com a pessoa: lei do local onde se encontram. Navios e aeronaves: lei do pavilhão. Bens imóveis: lei de sua localização (*ideia de soberania*), territorialidade.

Extraterritorial (§1º e §2º):

Artigo 8º, §1º, bens móveis sem localização permanente.

Bens de uso pessoal, que acompanham a pessoa, e coisas em trânsito. Não há como caracterizar a lei da situação, portanto aplica-se a lei do domicílio da pessoa (afinal, esta é a mais interessada nesses bens).

Artigo 8º, §2º, penhor. Prevalece a lei domiciliar do possuidor da coisa empenhada. Não importa a localização do bem. Então, é o domicílio do possuidor (ainda que por ficção) no momento de ser constituído o direito real de garantia.

Seção 3.4

Das Obrigações e Contratos

De acordo com o artigo 9º da LINDB, aplica-se a lei do local da celebração do contrato e o cumprimento de suas formalidades, conforme se lê:

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 especial, 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.

Se tiver de ser a obrigação cumprida no Brasil, entretanto, e depender de forma essencial na nossa lei, esta deverá ser observada (além das normas estrangeiras).

Não se podendo determinar o local da constituição, reputa-se constituída no local onde residir o proponente.

3.4.1 – SOBRE A AUTONOMIA DA VONTADE NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

De acordo com Del'Olmo (2010), apesar de muitos ordenamentos jurídicos serem contra a autonomia da vontade humana, na esfera do Direito Internacional Privado vem se acentuando o reconhecimento da autonomia da vontade, formulada por Charles Dumoulin no século 16, como elemento de conexão.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência admitem que contratos realizados no estrangeiro, com indicação da lei brasileira a ser observada, são plenamente válidos. A LICC de 1916 permitia entender-se aceita a autonomia da vontade, pois prescrevia, no *caput* do artigo 13, a regulação das obrigações quanto à substância e aos seus efeitos pela lei do lugar em que fossem contraídas, *salvo estipulação em contrário*. A supressão dessa expressão pela LICC, em 1942, que se manteve na LINDB, significa, para alguns autores, que os contratantes não podem dispor de sua vontade, enquanto outros afirmam que o silêncio da nova norma mantém o princípio jurídico até então admitido.

Nadia de Araujo (2006), apesar de ser defensora da autonomia da vontade, reconhece que a não menção do princípio pela LINDB torna-o proibido. Recomenda cautela na redação dessa cláusula em contrato internacional, porque os tribunais brasileiros não abordam diretamente a questão nem aceitam o entendimento doutrinário favorável à autonomia da vontade.

Em relação à *lex fori* – lei do foro ou lei local –, esta será aplicada em situações excepcionais. Normalmente está prevista como elemento de conexão nos casos de proteção ao nacional, especialmente no que se refere ao Direito de Família e à proteção de crianças e adolescentes. Ela é usada também nos casos em que foi escolhida a lei estrangeira e esta violar a ordem pública brasileira ou ainda se a lei estrangeira não for conhecida.

Cabe salientar ainda que existe uma divisão em relação ao Direito aplicável, denominada **dépeçage (desmembramento)**. A lei do local da celebração resolve tudo que disser respeito à substância e aos efeitos do contrato. Há, no entanto, ainda a possibilidade da aplicação de mais de uma lei às questões correlatas. Convencionou-se chamar tal aplicação de *dépeçage* ou fracionamento, havendo consenso a respeito.

Consagrou-se a utilização da terminologia *dépeçage* quando há mais de uma lei regente do contrato internacional. Assim, pelo sistema do DIPr, a substância da obrigação pode ser regida por uma lei, enquanto a capacidade das partes, a forma e a execução poderão ser regidas por outra. Esta matéria será estudada na próxima Unidade.

Exemplo: **Assinatura de um contrato internacional.** Suíço, residente e domiciliado na Argentina, propõe contrato a um brasileiro. Para qualificar a obrigação, aplica-se a lei argentina (artigo 9º, LINDB), mas quanto à capacidade das partes aplica-se a lei argentina ao suíço e a lei brasileira ao brasileiro.

3.4.2 – COMENTÁRIOS SOBRE O ARTIGO 10º DA LINDB

Art. 10. 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*.

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

O artigo 10º da LINDB vai ao encontro do artigo 5º, XXXI, da CF.

Ao estudarmos o instituto da sucessão no DIPr, pode-se constatar que ele comporta dois fatores essenciais: o primeiro é pessoal, representado pelo falecido e por seus herdeiros; o segundo é material, representado pelo patrimônio deixado pelo falecido. Assim, para o DIPr temos duas leis que podem ser aplicadas, a lei pessoal do falecido ou a lei da situação dos bens.

A sucessão, tanto por morte quanto por ausência obedece à lei do país em que esteve domiciliado o defunto ou o desaparecido.

Diante da teoria da unidade sucessória, que é a adotada pela LINDB, a sucessão *causa mortis* deverá ser regida pela lei do domicílio do *de cuius* (falecido), não levando em consideração a nacionalidade do autor da herança e a de seus sucessores, nem a natureza e a situação dos bens, unificando assim a jurisdição do último domicílio do falecido.

No caso de o falecido ter mais de uma residência (CC, artigo 71), competente será o foro onde primeiro o inventário foi requerido.

De acordo com Maria Helena Diniz (2000), a lei do domicílio do *de cuius* no momento de sua morte irá determinar: a) a instituição e a substituição da pessoa sucessível; b) a ordem de vocação hereditária, quando se tratar de sucessão legítima; c) a medida dos direitos sucessórios dos herdeiros ou legatários, sejam eles nacionais ou estrangeiros; d) os limites da capacidade de testar; e) a existência e a proporção da legítima do herdeiro necessário; f) a causa da deserção; g) a colação; h) a redução das disposições testamentárias; i) a partilha dos bens do acervo hereditário; j) o pagamento das dívidas do espólio.

Em relação aos casos do § 1º do artigo 10º da LINDB, que trata da sucessão de bens de estrangeiro situados no Brasil, observa-se exceção à variação da ordem de vocação hereditária disposta no artigo 1.829 do Código Civil, não se aplicando o princípio de que a existência de herdeiro de uma classe exclui da sucessão os herdeiros da classe subsequente.

Podemos citar também o artigo 5º, XXXI da Constituição Federal, que prevê que "a sucessão de bens de estrangeiro situados no país será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*".

Temos uma exceção em relação à possibilidade de alteração da ordem da vocação hereditária, pois, nos casos em que os bens estiverem no Brasil, mas de propriedade de um estrangeiro falecido que era casado com brasileira ou com filhos brasileiros, é aplicada a lei nacional do *de cuius* quando for mais vantajosa aos sucessores do que a lei brasileira.

Assim, a sucessão somente estará sujeita à aplicação da lei brasileira nos seguintes casos: quando os bens estiverem no Brasil; quando houverem cônjuge ou filhos brasileiros; quando a lei pessoal do *de cuius* não for mais favorável aos herdeiros.

3.4.3 – ARTIGO 11 DA LINDB

Em relação à constituição da pessoa jurídica, temos o artigo 11 da LINDB, como segue:

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

§ 1º 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.

§ 2º Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

§ 3º Os governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

Pela leitura do artigo 11 percebe-se que o mesmo determina a lei aplicável às relações jurídicas internacionais de Direito privado da pessoa jurídica *lex societatis*. São normas aplicáveis quanto as suas relações internas: natureza jurídica; constituição; dissolução; nome comercial; responsabilidade; administração e representação, etc.

Duas são as teorias principais: a da **incorporação** e a da **sede social**.

Teoria da incorporação

É aplicável à lei do lugar da constituição da pessoa jurídica. Cumprindo os requisitos legais da constituição, a capacidade jurídica da pessoa jurídica é reconhecida, e o Direito aplicável rege-se basicamente pelo Direito do lugar da sua constituição.

Cabe lembrar que os sócios podem constituir a pessoa jurídica conforme o Direito de sua escolha, ainda que não desenvolva suas atividades no país da constituição, bastando que escolha o país onde irá constituir a pessoa jurídica.

FATOR DECISIVO: Sede Estatutária ou Designada no Contrato Social

Teoria da sede social

Esta teoria determina como Direito aplicável aquele do lugar da sede efetiva da pessoa jurídica, que se situa no lugar da sua administração real.

A incorporação, portanto, favorece a certeza do Direito, prática liberal do Estado para reconhecer as pessoas jurídicas.

Sede social: coíbe a fraude, uma vez que a sede estatutária pode ser escolhida pelos fundadores para ser instalada num país para se evitar que sejam aplicadas à sociedade determinadas normas do Estado onde se concentram suas atividades (protege, por exemplo, a evasão de capitais).

O Direito brasileiro aplica a teoria da incorporação às pessoa jurídicas, tendo em vista o seu estatuto pessoal.

Artigo 11, *caput*, LINDB.

A pessoa jurídica estrangeira, entretanto (**aquela que tem sua sede social fora do território nacional**), que queira se estabelecer no Brasil mediante sucursal, filial ou agência, necessita autorização governamental para funcionar (ver artigos 1.134 a 1.141, CC).

Acadêmicos: acerca dos artigos 12 a 17 da LINDB, foram analisados na unidade anterior, junto ao processo internacional. O artigo 18 da LINDB foi analisado em conjunto com o artigo 7º § 2º da referida Lei.

SÍNTESE DA UNIDADE 3



A lei consoante ao DIPr no Brasil *admite* o casamento no consulado ou embaixada do Brasil em outros países, desde que sejam brasileiros *ambos* os nubentes. As formalidades e impedimentos serão os do ordenamento jurídico brasileiro.

Acerca da nulidade do casamento, esta será regida pela lei do primeiro domicílio conjugal.

Em relação ao regime de bens, o Direito brasileiro admite quatro regimes de bens no casamento: comunhão parcial (de ofício, na ausência de pacto antenupcial), comunhão universal, separação de bens e participação final nos aquestos. O regime *pode ser modificado* pelos cônjuges.

“O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à lei do primeiro domicílio conjugal” (§ 4º do artigo 7º da LINDB). O estrangeiro casado que se naturalize brasileiro pode solicitar que se apostile a adoção do regime de comunhão parcial de bens (§ 5º do mesmo artigo).

O divórcio realizado no estrangeiro precisa ser homologado pelo STJ para ter validade no Brasil (artigo 105, I, i da CF).

Em relação aos bens móveis, aplica-se a *lex domicilii* de seu proprietário. Para os bens imóveis aplica-se a lei do país em que se localiza o imóvel.

Quando se tratar de contratos internacionais, aplicam-se as normas do local onde foram constituídos. Em relação à autonomia da vontade das partes, é preciso ter cautela, pois nem sempre ela é bem aceita pelo ordenamento pátrio.

O Direito sucessório no DIPr é bastante controverso, mas vale a pena salientar que a LINDB recomenda aplicação do Direito mais favorável aos herdeiros, portanto nem sempre a lei da situação do imóvel irá prevalecer para o inventário.

As transnacionais que quiserem instalar uma filial no Brasil precisam ter seus atos constitutivos aprovados pelo governo e estarão sujeitas às leis brasileiras.

NACIONALIDADE E CONDIÇÃO JURÍDICA DO ESTRANGEIRO

OBJETIVOS DESTA UNIDADE

- Nesta última Unidade de nosso livro-texto estudaremos, inicialmente, a situação jurídica do estrangeiro que deseja ingressar no Brasil, abordando as questões referentes aos vários tipos de vistos concedidos. Na sequência, veremos as formas de saída compulsória do território nacional, quais sejam: a extradição, a expulsão e a deportação. Posteriormente as questões sobre naturalização e nacionalidade, bem como os direitos e deveres do estrangeiro residente no Brasil, abordando ainda a especial condição dos portugueses que vivem em nosso país.

AS SEÇÕES DESTA UNIDADE

Seção 4.1 – Condição Jurídica do Estrangeiro

Seção 4.2 – Direitos e Deveres do Estrangeiro

Seção 4.3 – A Especial Condição dos Portugueses

Seção 4.4 – Nacionalidade e Naturalização

Seção 4.5 – Conflitos de Nacionalidade

Seção 4.1

Condição Jurídica do Estrangeiro



¹ Iniciaremos esta quarta Unidade do livro-texto de *Direito Internacional Privado* observando que cada Estado, diante do princípio da soberania e da independência, reconhecidos pelo Direito Internacional, tem o direito de determinar em quais situações os indivíduos podem ou não participar de sua cidadania.

¹ Disponível em: <<http://www.freelegaladvicehelp.com/Portuguese/employment/labor-law/What-Is-International-Labour-Law.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

Assim, cada Estado cria suas próprias leis e a sua própria condição jurídica para o estrangeiro que se encontra em seus limites territoriais. No Brasil, a condição jurídica do estrangeiro encontra-se na Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, conhecida como *Estatuto do Estrangeiro* (EE), com algumas alterações introduzidas pela Lei n. 6.964, de 9 de dezembro de 1981.

Observo que para o estudo desta Unidade é de fundamental importância ter em mãos o Estatuto do Estrangeiro para acompanhar o desenvolvimento das aulas.

Importante, antes de entrarmos propriamente no estudo da lei em questão, conhecermos um pouco da história do Direito Internacional Privado, cuja sigla é DIPr.

No ano de 1808, com a abertura dos portos às nações amigas, D. João VI estimulou a imigração no país. As Constituições de 1824 e 1891 admitiam a livre entrada, permanência e saída dos estrangeiros do país.

A partir do século 20, influenciado pelo sistema de cotas instituído pelos Estados Unidos, é que o Brasil começou a apresentar certas restrições à entrada de estrangeiros no país, constando do artigo 121, § 6º, da Constituição de 1934, prevendo que não poderia a corrente imigratória de cada país exceder anualmente a 2% do total de nacionais fixados no Brasil durante os últimos 50 anos.

A Constituição de 1946 aboliu o sistema de cotas, permitiu a entrada de acordo com a lei e criou um órgão especializado para o controle da imigração.

A Constituição de 1988 prevê a possibilidade de entrar, permanecer e sair do território nacional como um direito fundamental (artigo 5º, XV), estabelecendo competência à União para legislar sobre a matéria (artigo 22, XV).

Em relação ao estrangeiro, podemos recorrer às palavras de Del'Olmo (2010), que nos lembra que a pessoa que se ausenta do Estado do qual é nacional assumirá o *status* de estrangeiro em outro Estado. A condição jurídica dessa pessoa depende de cada país, pois, conforme referido anteriormente, cada Estado (leia-se país) goza de soberania para oferecer ao seu estrangeiro o tratamento que lhe parece mais adequado.

Assim, quando uma pessoa desejar se afastar de seu país e ingressar em outro, vai necessitar de um documento especial, no caso o passaporte, bem como o visto para ingressar no outro território.

O passaporte é um documento oficial de identidade, de validade internacional, fornecido a quem pretende sair do país. Ele é aceito pelos demais Estados, garantindo o acolhimento desse ser humano no estrangeiro. Normalmente é concedido mediante a apresentação de outros documentos e pagamento de taxas, indicando, por si só, a idoneidade do seu portador (Del'Olmo, 2010, p. 88).

O mesmo autor assevera, contudo, que apenas a apresentação do passaporte não garante a entrada em outro Estado, pois há a necessidade de constar, no passaporte, o visto de entrada, quando a legislação do país assim o exigir, que é o caso do Brasil. Observamos que o visto consiste numa cortesia de um Estado ao estrangeiro que pretenda ingressar nele, não é um direito do estrangeiro, mas uma cortesia dada pelo Estado, de acordo com sua lei interna.

Para conceder visto a um estrangeiro é imprescindível que se respeite as regras do artigo 7º do Estatuto do Estrangeiro, pois o Brasil não concederá visto ao estrangeiro: a) menor de 18 anos, desacompanhado do responsável legal ou sem sua autorização; b) considerado nocivo à ordem pública ou aos interesses nacionais; c) anteriormente expulso do país (salvo se a expulsão tiver sido revogada); d) condenado ou processado em outro país por crime doloso, passível de extradição, segundo a lei brasileira; e) que não satisfaça às condições de saúde ditadas pelo Ministério da Saúde.

Já o artigo 4º da Lei 6.815/80 apresenta as formas de visto que poderão ser concedidos ao estrangeiro que pretende ingressar no Brasil, quais sejam, visto de trânsito; de turista; temporário; permanente; de cortesia; oficial e diplomático.

Veremos a seguir cada uma destas espécies de vistos estabelecidos pelo Estatuto do Estrangeiro, observando que a concessão de cada um deles depende do objetivo pretendido pelo estrangeiro em nosso país.

1) Visto de trânsito: regulado pelo artigo 8º do Estatuto do Estrangeiro, este visto destina-se para quem precisa passar pelo Brasil para atingir o país de destino. O prazo de concessão deste visto é de 10 dias, improrrogáveis, portanto válido apenas para uma entrada no território nacional, não se exigindo no caso de escalas em viagens contínuas, ou seja, em que o estrangeiro não chega a descer em território nacional.

Para concedê-lo o Brasil exige a apresentação do passaporte, o certificado de imunização e o bilhete de passagem.

Não é difícil imaginarmos a necessidade deste visto, afinal, o Brasil, tendo um território tão extenso, não é tão raro, para chegar a um país de destino, tem-se que passar pelo território nacional.

No caso de interrupção da viagem do estrangeiro por algum motivo imperioso, como a impossibilidade de transbordo imediato, o transportador, ou seu agente, dará conhecimento do fato ao Departamento de Polícia Federal, que poderá permitir o desembarque do estrangeiro tripulante.

2) Visto de turista: regulado pelo artigo 9º e seguintes do Estatuto do Estrangeiro, este visto é destinado ao estrangeiro que vem ao Brasil em caráter recreativo ou de visita, cuja viagem não tenha finalidade imigratória ou de exercício de atividade remunerada.

O prazo de validade do visto é de cinco anos, prazo este estabelecido pelo Ministério das Relações Exteriores. Temos, porém, de tomar cuidado com uma questão: o estrangeiro poderá permanecer em solo brasileiro por 90 dias, prazo que poderá ser prorrogado por igual período. Ou seja, o estrangeiro pode ficar no Brasil com o visto de turista, no máximo, 180 dias por ano.

A prorrogação do período de visita ao Brasil consiste num ato discricionário do país e sua prorrogação está ligada às exigências do artigo 7º do Estatuto do Estrangeiro.

Temos ainda a questão da reciprocidade, sendo dispensada a exigência de visto de turista ao nacional de país que o dispense ao brasileiro, constituindo prerrogativa do Departamento Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores indicar os países cujos nacionais gozam de isenção do visto de turista, informando a relação ao Departamento de Polícia Federal do Ministério da Justiça.

No caso do estrangeiro que não deixar o Brasil, findos os 180 dias, este será considerado irregular, ficando sujeito as duas sanções dispostas no artigo 125, II, do Estatuto do Estrangeiro.

3) Visto temporário: regulado pelos artigos 13 a 15 do Estatuto do Estrangeiro. De acordo com tais artigos, o visto pode ser concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil em: a) viagem cultural ou em missão de estudos (duração da missão); b) viagem de negócios; c) na condição de artista ou desportista; d) na condição de estudante; e) na condição de cientista, professor, técnico ou profissional de outra categoria, sob regime de contrato ou a serviço do governo brasileiro; f) correspondente de jornal, revista, rádio, televisão ou agência noticiosa estrangeira; g) ministro de confissão religiosa ou membro de instituto de vida consagrada e de congregação ou ordem religiosa.

Neste caso, a concessão é dada àquele que não é turista, mas que vem por um certo período, mais longo, e que não pretende se estabelecer de forma definitiva no Brasil.

É preciso cuidar com a questão dos prazos, os quais estão estabelecidos nos artigos 14 e 15 do Estatuto. Para cada um dos casos anteriormente citados de vistos temporários há um prazo específico. Leia com atenção os artigos do Estatuto do Estrangeiro (Brasil, 1980).

4) Visto permanente: regulado pelos artigos 16 a 18 do Estatuto do Estrangeiro. Este visto, de acordo com Del'Olmo (2010), tem por objetivo regular a situação de um estrangeiro que, em virtude de seu trabalho, deseja residir no território nacional.

Para que lhe seja concedido o visto, o estrangeiro precisa comprovar que terá como sustentar a si e sua família, fazendo do Brasil sua segunda pátria, ou mesmo adotá-la, mediante futura naturalização. O visto permanente está condicionado ao exercício de determinadas atividades profissionais, que visam ao desenvolvimento do país com o auxílio de mão de obra especializada em determinadas áreas não contempladas em algumas regiões do Brasil.

Exige-se, para a sua concessão, além dos documentos antes referidos, prova de residência, certidão de nascimento ou casamento e contrato de trabalho visado pelo Ministério do Trabalho, quando for o caso. Sua concessão poderá ficar condicionada, por prazo não superior a cinco anos, ao exercício de atividade certa e à fixação em região determinada do território nacional (art. 18 do EE). É esse visto que assegura ao estrangeiro os direitos individuais, comparando-o aos nacionais, conforme o *caput* do artigo 5º do texto constitucional vigente (Del'Olmo, 2010, p. 89).

Assim, o estrangeiro deverá satisfazer, além dos requisitos referidos no artigo 7º do Estatuto do Estrangeiro, a outras exigências, de caráter especial, estabelecidas nas normas de seleção de imigrantes instituídas pelo Conselho Nacional de Imigração.

Em relação aos vistos de **cortesia, oficial e diplomático**, constantes no artigo 19 do Estatuto de Estrangeiro, estes são definidos pelo Ministério das Relações Exteriores.

Continuaremos a enumeração dos vistos, citando as características destes três últimos.

5) Visto de cortesia: não temos normas preestabelecidas para a concessão de tal visto. Ele é concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, por meio de portaria do titular da pasta, mediante convite feito pelas autoridades brasileiras a pessoas amigas ou de reconhecido valor social, sempre atendendo às regras do artigo 7º, que são pressupostos para a concessão de qualquer tipo de visto.

6) Visto oficial: da mesma forma que a concessão do visto de cortesia, o visto oficial é decidido pelo Ministério das Relações Exteriores, sendo destinado ao estrangeiro que vem ao Brasil para uma missão oficial e aos funcionários de órgãos internacionais portadores de salvo-conduto. O salvo-conduto permite aos seus portadores transitar de forma livre ou com escolta policial por todo o território nacional.

7) Visto diplomático: da mesma forma que os dois anteriores, este também será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores, sendo destinado a autoridades diplomáticas estrangeiras, acreditadas junto ao governo brasileiro.

Temos de tomar o cuidado de não confundir a prerrogativa da profissão com a concessão do visto, pois ao titular de passaporte diplomático não se deve, necessariamente, conceder visto diplomático, pois o que determina a espécie de visto é o objetivo da viagem, não o tipo de passaporte, cargo ou função de seu titular. Assim, se ele vier ao Brasil de férias com a família, o visto terá de ser o de turista, pois ele não está no exercício da profissão.

Ainda acerca dos vistos, cabem algumas observações:

Del'Olmo (2010) nos lembra que o Ministério da Justiça, se achar inconveniente a presença de determinado estrangeiro no território nacional, **poderá obstar a entrada**, bem como a estada de estrangeiro no país, até mesmo no caso de vistos de cortesia, oficial e diplomático (Veja o artigo 26 do E.E).

Existe a possibilidade ainda da **Transformação de Vistos**, ou seja, um tipo de visto ser transformado em outro tipo. Podemos citar o exemplo de um cientista que pode solicitar a transformação de seu visto temporário em permanente. O visto oficial e o diplomático também podem ser permutados para o visto permanente, sempre com a anuência do Ministério das Relações Exteriores, nos termos do parágrafo único do artigo 39 da Lei n. 6.815/1980. Vale salientar que, entretanto, a lei veda a substituição dos vistos de trânsito, de turista e de cortesia por um visto permanente.

Poderão solicitar a transformação dos vistos temporários dos incisos V e VII do artigo 22, em permanente, de acordo com o disposto no artigo 69 do Decreto Lei 86.715/81.

Para melhor assimilação sobre o conteúdo da transformação de vistos, o acadêmico deve ler ainda os artigos 22 e 37 a 42 da Lei 6.815 de 1980, e ainda o artigo 69 e seguintes do Decreto Lei 86.715/81.

Para maiores informações sobre a documentação necessária para a transformação de vistos, veja o portal do Ministério da Justiça: <<http://portal.mj.gov.br/EstrangeiroWEB/transformacao.htm>>.

Cabe lembrar ainda que os **vistos temporários podem ser prorrogados** por igual período, na mesma categoria em que estiver classificado o estrangeiro. A prorrogação deve obedecer aos limites do determinado pelo artigo 25 do Decreto Lei 86.715/81. É interessante fazer ainda a leitura dos artigos 66 a 68 do referido Decreto Lei. Caso o acadêmico deseje mais informações acerca da prorrogação dos vistos e informações sobre a documentação necessária, poderá entrar no site do Ministério da Justiça: <<http://portal.mj.gov.br/EstrangeiroWEB/prorrogacao.htm>>.

4.1.1 – AFASTAMENTO COMPULSÓRIO DE ESTRANGEIRO

De acordo com Del'Olmo (2010), pode-se considerar que o Direito Internacional tem uma especial atenção na defesa dos valores em favor da pessoa e da democracia, valores estes que repudiam o afastamento forçado de certas parcelas de suas populações, como o que aconteceu durante a Segunda Guerra Mundial, em que Hitler e Stalin perseguiram muitos de seus nacionais. Assim, está consolidada na sociedade internacional a repulsa à coação para saída de nacionais do território de seu próprio Estado.

Mesmo diante da repulsa em relação à saída forçada de algumas pessoas, tem-se ainda na atual ordem jurídica os institutos da *expulsão*, a *deportação* e a *extradição*, que serão estudadas a seguir.

a) Expulsão

A matéria concernente à expulsão encontra-se disciplinada nos artigos 65 a 75 do Estatuto do Estrangeiro, e ainda, no Decreto nº. 86.715/1981, que o regulamenta, em seus artigos 100 a 109.

A expulsão é o ato pelo qual o estrangeiro, com entrada ou permanência regular no Brasil, é obrigado a abandonar o País. Isso ocorre quando ele atenta contra a segurança nacional, a ordem pública ou social, a tranquilidade ou a moralidade pública e a economia popular, ou quando seu procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais (Del'Olmo, 2010, p. 91).

Pela leitura constata-se que uma pessoa poderá ser expulsa sempre que for necessário ao interesse da ordem pública ou da segurança nacional, afinal consiste na saída coercitiva do estrangeiro quando este atentar contra a segurança nacional, contra a ordem política e social, a tranquilidade, a moralidade pública, a economia popular, ou cujo procedimento seja nocivo à convivência com os interesses nacionais.

Observa-se ainda, pelas palavras de Del'Olmo (2010), que a expulsão não é considerada uma pena, mas sim uma medida administrativa, tomada de acordo com a soberania de cada Estado, constituindo um ato discricionário, do presidente da República.

Ressalta-se o disposto no artigo 75 da Lei n. 6.815/1980 – Estatuto do Estrangeiro – em que **não se procederá à expulsão** do estrangeiro quando tal ato implicar extradição inadmitida pela lei brasileira (exemplo: crime político) ou quando ele tiver cônjuge brasileiro ou filho brasileiro que dependa de sua economia. Depois de cessadas tais situações, poderá proceder-se à expulsão.

A expulsão é dirigida a um estrangeiro legalmente residente no Brasil que, sendo expulso, tem vedado seu retorno ao território nacional, salvo revogação. É ato discricionário, que de acordo com o artigo 66, compete exclusivamente ao presidente da República.

A expulsão distingue-se da extradição (que será estudada mais adiante), uma vez que na extradição o estrangeiro é entregue à autoridade de determinado Estado que o reclama. Na expulsão o estrangeiro recebe ordem de deixar o território do Estado, mas é livre para se dirigir ao Estado que bem entender.

Em relação aos efeitos da expulsão, estes são: a retirada do território nacional do estrangeiro nocivo à ordem pública e o estrangeiro expulso não pode voltar ao território nacional, porque se fizer ficará sujeito à pena disposta no **artigo 338 do Código Penal**.

Um **exemplo** de expulsão de estrangeiro no Brasil é o caso do Padre Vito Miracapillo, que foi vigário de Ribeirão-PE, e se recusou a celebrar uma missa no dia 7 de setembro de 1980, quando teria justificado que o Brasil ainda não era um país livre e independente. Por este motivo veio a ser decretada a expulsão do nosso país de um padre italiano com relevan-

tes serviços prestados. A expulsão ocorreu durante o governo do presidente João Batista Figueiredo. O Supremo Tribunal Federal ratificou a medida considerando natural o poder discricionário do Executivo em tomar esta providência (Lei 6.815, artigo 107).

Em 1993 o presidente Itamar Franco revogou o Decreto de Expulsão, de acordo com o disposto no artigo 65 do Estatuto do Estrangeiro.

Cabe aqui fazer referência a outro instituto, o **banimento**, que consiste na expulsão de um brasileiro nato. Tal pena é repelida pelas legislações mais avançadas e humanizadas. O *banimento* mais importante em nossa História foi o *da Família Imperial*, após a instituição da República. Nos dias atuais o Brasil não admite mais a pena de banimento, de acordo com o artigo 5º, XLVII, d, da Constituição Federal de 1988.

b) Deportação

A matéria acerca da deportação está disciplinada nos artigos 57 a 64 da Lei 6.815/80. A deportação, também conhecida como repatriamento, consiste na devolução de estrangeiro para o país de sua nacionalidade ou procedência, ou para outro que consista em recebê-lo. A deportação ocorre nos casos de estrangeiros que não chegaram a obter residência no Brasil. O deportado poderá voltar ao Brasil depois de atender os requisitos legais de entrada. A competência é da Justiça Federal, de acordo com artigo 109, X, da Constituição Federal de 1988.

É deportado o estrangeiro que se encontra com *visto de permanência vencido*, ou que entra no País *sem visto válido*. Também conduz à deportação o exercício de atividade remunerada no Brasil por estrangeiro com *visto de trânsito, de turista ou temporário como estudante*. Ainda, enseja essa saída compulsória o trabalho remunerado por fonte brasileira do *correspondente* de jornal, revista ou agência de notícias estrangeira que aqui se encontra com visto temporário (Del'Olmo, 2010, p. 92).

O artigo 57 da Lei n. 6.815/1980, além de definir os casos de deportação, prescreve os prazos para tanto, sendo de oito dias o prazo concedido ao estrangeiro para sua saída do país. Já nos casos de ingresso irregular, esse prazo é de três dias, improrrogáveis.

Os casos de deportação são de iniciativa do Departamento de Polícia Federal, devendo ser lavrado o termo competente quando de sua ocorrência. Eventual *habeas-corpus* em favor do deportando deverá ser impetrado perante a Justiça Federal de primeiro grau.

c) Extradicação

O instituto da extradicação está disciplinado nos artigos **76 a 94 da Lei 6.815/80**. Del'Olmo (2010) entende que a extradicação é um processo no qual um Estado entrega determinada pessoa, mediante solicitação de outro Estado, no qual a pessoa foi condenada ou indiciada. Assim, a extradicação deve ser vista como um instrumento de cooperação internacional e paz entre os Estados.

Praticamente todos os Estados não concedem a extradição de seus nacionais, inclusive o Brasil. No caso de pessoa naturalizada, de acordo com o artigo 5º, LI, da Constituição Federal, salvo o naturalizado em caso de crime comum que foi praticado antes da naturalização ou envolvimento com tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins.

Também não será concedida a extradição nos casos dos artigos 77 e 78 da Lei 6.815/80. Além disso, o Brasil não entrega a pessoa se o Estado estrangeiro não assumir os compromissos do artigo 91 da Lei 6.815/80.

Em relação à **classificação**, temos a Extradição Passiva (solicitada por Estado estrangeiro): competência originária do STF (artigo 102, I, g, CF/88), e a Extradição Ativa (solicitada pelo Brasil): poder Judiciário envia ao Ministério da Justiça (que verifica requisitos e tradução) e este envia ao Ministério das Relações Exteriores para tramitação por via diplomática.

Depois de deferido o pedido extraditacional pelo Supremo Tribunal Federal, o governo brasileiro deverá fazer a entrega do extraditando, colocando-o à disposição do Estado requerente, e este terá o prazo de 45 dias para retirá-lo do país, caso contrário o indivíduo poderá ser solto, não podendo o processo de extradição ser renovado.

Tal entrega, contudo, ainda está condicionada ao atendimento de certas condições pelo Estado postulante. Assim, de acordo com o artigo 91 do Estatuto do Estrangeiro, o Estado postulante deverá se comprometer a efetuar a detração, computando o tempo de prisão cumprido no Brasil; converterá uma eventual pena de morte em pena privativa de liberdade; não punirá o extraditando por fatos que não estejam no pedido e sejam anteriores a ele; não entregará o extraditando a outro Estado, sem consultar o governo brasileiro, entre outros requisitos do referido artigo.

Cabe ainda citar as palavras de Del'Olmo (2010, p, 98), ao se referir a extradição na ordem jurídica brasileira:

A concessão da extradição em nosso país tem tratamento constitucional, cabendo ao Supremo Tribunal Federal "processar e julgar, originariamente, a extradição solicitada por Estado estrangeiro", segundo o art. 102, I, g, da Carta Magna vigente. Tal determinação visa ao estudo, no mais alto tribunal brasileiro, do caráter da infração, uma vez que *crimes políticos não ensejarão* o deferimento da extradição. A decisão será tomada pelo *Plenário*, após examinada a *legalidade* e a *procedência* do pedido, *não cabendo*, por óbvio, qualquer *recurso*.

Ainda de acordo com o artigo 77, § 3º, da Lei n. 6.815/1980, o Supremo pode deixar de considerar crime político o atentado contra Chefe de Estado ou outras autoridades, bem como atos de anarquismo, terrorismo, sabotagem, sequestro de pessoa ou propaganda de guerra.

Os meios para a solicitação da extradição deverão ser requeridos pela *via diplomática* ou *de governo a governo*. A solicitação deverá ser instruída com cópia da certidão da sentença condenatória, da pronúncia ou da que decretar a prisão. O Ministério das Relações Exteriores remeterá a petição ao ministro da Justiça, que a encaminhará ao Supremo Tribunal Federal. Caberá ao relator do processo no STF expedir a ordem de prisão do extraditando. Caso esse estrangeiro já se encontre preso, o pedido será encaminhado diretamente ao Supremo Tribunal Federal.

A extradição vai depender da existência de um tratado entre os Estados, todavia, mesmo sem tratado, o Estado não está impedido de conceder a extradição, neste caso, temos uma promessa de reciprocidade, de acordo com o artigo 76 do Estatuto do Estrangeiro.

O quadro a seguir apresenta os países com os quais o Brasil firmou tratado de extradição:

País/Bloco acordante	Assinatura do Tratado	Promulgação do Decreto no Brasil	Entrada em Vigor
Argentina	15.11.1961	Decreto n. 62.979, de 11.7.1968	7.6.1968
Austrália	22.8.1994	Decreto n. 2.010, de 23.9.1996	1º.9.1996
Bélgica	6.5.1953	Decreto n. 41.909, de 29.7.1957	14.7.1957
Bolívia	25.2.1938	Decreto n. 9.920, de 8.7.1942	26.7.1942
Chile	8.11.1935	Decreto n. 1.888, de 17.8.1937	9.8.1937
Colômbia	28.12.1938	Decreto n. 6.330, de 25.9.1940	2.10.1940
Coréia do Sul	1º.9.1995	Decreto n. 4.152 de 7.3.2002	1º.2.2002
Equador	4.3.1937	Decreto n. 2.950, de 8.8.1938	3.6.1938
Espanha	2.2.1988	Decreto n. 99.340, de 22.6.1990	30.6.1990
Estados Unidos	13.1.1961	Decreto n. 55.750, de 11.2.1965	18.12.1964
França	28.5.1996	Decreto n. 5.258, de 27.10.2004	1º.9.2004
Itália	17.10.1989	Decreto n. 863, de 9.7.1993	1º.8.1993
Lituânia	28.9.1937	Decreto n. 4528, de 16.8.1939	19.7.1939
Mercosul	10.12.1998	Decreto n. 4.975, de 30.1.2004	1º.1.2004
Mercosul, Bolívia e Chile	10.12.1998	Decreto n. 5.867, de 3.8.2006	11.4.2005
México	28.12.1933	Decreto n. 2.535, de 22.3.1938	23.3.1938
Paraguai	24.2.1922	Decreto n. 16.925, de 27.5.1925	22.5.1925
Peru (revogado)	13.2.1919	Decreto n. 15.506, de 31.5.1922	22.5.1922
Peru	25.8.2003	Decreto n. 5.853, de 19.7.2006	30.6.2006
Portugal	7.5.1991	Decreto n. 1.325, de 2.12.1994	1º.12.1994
Reino Unido e Irlanda do Norte	18.7.1995	Decreto n. 2.347, de 10.10.1997	13.8.1997
República Dominicana	17.11.2003	Decreto n. 6.738, de 12.1.2009	25.12.2008

Quadro 1 – Países com os Quais o Brasil Firmou Tratado de Extradição

Fonte: Del'Olmo, 2010, p. 99-100.

4.1.2 – ASILO X REFÚGIO

Um importante instituto das relações internacionais é o *asilo político*, matéria que se encontra amparada no artigo 4º, X da Constituição Federal e no Estatuto do Estrangeiro em seus artigos 28 e 29. O asilo se caracteriza pelo acolhimento, por determinado Estado, de pessoa estrangeira que o requerer quando perseguido em seu país de origem pela prática de crimes de opinião, por motivo de dissidência ideológica ou ainda de convicção religiosa.

O asilo pode ser diplomático ou territorial. No caso do diplomático, de acordo com as palavras de Seitenfus (1997), este poderá ser concedido ao estrangeiro alvo de perseguição política, com o asilo ocorrendo no recinto de uma missão diplomática ou de uma repartição consular. A concessão é feita pela representação diplomática brasileira no exterior, como no recente caso do *presidente de Honduras*, Manuel Zelaya, que ficou asilado na embaixada brasileira naquele país. Teremos ainda o asilo territorial ou convencional, quando concedido ao estrangeiro que ultrapassou a fronteira, adentrando no território nacional, requerendo o benefício, concedido pelo Ministério da Justiça, pelo prazo máximo de 2 anos, renovável se persistirem as condições adversas.



² O asilo diplomático não assegura ao estrangeiro o direito ao asilo territorial, pois este consiste num ato discricionário do Estado. O estrangeiro refugiado deve requerê-lo ao Ministério da Justiça, que o concede mediante termo de compromisso assinado perante o diretor do Departamento de Estrangeiros, após as sindicâncias que investigam as causas determinantes do asilo.

Uma vez concedido, procede-se ao registro na Polícia Federal, que emite documento de identidade. Se as condições alegadas para o asilo, a juízo do governo brasileiro, não ficarem suficientemente caracterizadas, configura-se o impedimento a sua entrada ou permanência no território nacional.

É importante ressaltar que a saída do asilado do país sem a prévia e expressa autorização do governo brasileiro implicará em renúncia ao asilo e impedirá o seu regresso nesta condição. Os asilados admitidos no território nacional estão sujeitos, além dos deveres que lhes forem impostos pelo Direito Internacional, a cumprir as disposições da legislação vigente e as que o governo brasileiro fixar.

Em relação ao refúgio, cabe destacar que a principal diferença entre o asilo e o refúgio, está no fato de que o **asilo** é o exercício de um ato soberano do Estado, decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional.

² Disponível em: <<http://modusoperandibylevifreirejr.blogspot.com/2011/03/diferencas-entre-direito-internacional.html>>. Acesso em: 5 set. 2011.

Já o refúgio, ao contrário do asilo, é apolítico, tem caráter universal e visa à proteção de pessoas que temem a perseguição por motivos étnicos, religiosos ou ideologia política, como no caso dos refugiados da Palestina, afinal, de cada três refugiados no mundo, um é palestino. Salientamos que o asilo geralmente ocorre em situações particulares, individuais, enquanto que o refúgio atinge um número maior de pessoas e tem um aspecto mais generalizado, operando-se em massa.

A maior diferença está no fato de que o asilo é uma relação do indivíduo perseguido com o Estado que o acolhe, e o refúgio é oriundo do abalo estrutural de um país ou região, gerando vítimas ameaçadas em seus direitos humanos.

Seção 4.2

Direitos e Deveres do Estrangeiro

Diante da concessão de algum dos vistos anteriormente estudados ou mesmo no caso de concessão de asilo ou refúgio, os estrangeiros possuem, além de direitos, também deveres dentro do território nacional.

A matéria pode ser encontrada nos artigos 95 a 110 da lei 6.815/80. Os deveres encontram-se nos artigos 96, 102 e 103. Já os Direitos estão nos artigos 95, 97, 99, § único, e 108. Veja ainda os artigos 111 a 118 do Decreto Lei 86.715/91.

No âmbito privado, os estrangeiros possuem a mesma proteção dada pela legislação brasileira aos nacionais. As principais ressalvas ocorrem quanto ao exercício de atividades políticas e ocupação de determinados cargos.

A partir do disposto no artigo 107 da Lei 6.815/80 constata-se a vedação ao exercício de atividades políticas, porém não é qualquer atividade política, mas sim aquelas que influenciem na condução da administração do país. Assim, é assegurada a manifestação do pensamento (artigo 5º, IV, da CF), liberdade de comunicação (artigo 5º, IX), direito de reunião (artigo 5º, XVI) e liberdade de associação (artigo 5º, XVII).

Os estrangeiros, entretanto, não podem votar, como dispõe o artigo 14, § 2º, da CF/88, exceto os portugueses.

Para determinados cargos a Constituição Federal só admite brasileiros natos, em seu artigo 12, § 3º:

- I – Presidente e Vice-Presidente da República;
- II – Presidente da Câmara dos Deputados;

III – Presidente do Senado Federal;

IV – Ministro do STF;

V – Diplomata de Carreira;

VI – Oficial das Forças Armadas;

VII – Ministro de Estado da Defesa.

Existe ainda a restrição para os membros eleitos e nomeados do Conselho da República (artigo 89, VII).

Em relação aos remédios constitucionais como o *habeas-corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção e *habeas-data* são garantias do exercício de direitos assegurados na Constituição. Tais garantias individuais asseguram aos brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil os direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, com as limitações impostas pelo interesse público e a soberania nacional.

Art. 5º (XXXI) – A sucessão de bens de estrangeiros situados no País, será regulada pela Lei brasileira, em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*.

Vale a pena lembrar ainda o disposto no artigo 5º (LII) da Constituição: “Não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; [...] Parágrafo 2º – A Lei não poderá estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados, salvo em casos previstos na Constituição”.

No que tange ao exercício de cargo público por estrangeiro, este é admitido pela CF em seu artigo 37, I, mas ainda não foi regulamentado, mas admite-se amplamente para os professores federais, conforme artigo 5º, § 3º, da Lei 8.112/90. A Emenda Constitucional nº 19, de 4/7/1998, tornou-lhe acessíveis os cargos, empregos e funções públicas, modificando, portanto, a redação do artigo 37, I, da CF, que determinava esta impossibilidade.

No que diz respeito às **atividades econômicas**, os estrangeiros têm assegurados alguns direitos, de acordo com os parâmetros estabelecidos na nossa Constituição Federal, que remete também à lei ordinária a disciplina a respeito dos investimentos estrangeiros e das remessas de lucros, sendo tal disciplina, no teor da lei 4.131/62, que trata da aplicação do capital estrangeiro e remessas de valores para o exterior. No mais, os estrangeiros estão sujeitos às mesmas obrigações a que se sujeitam os nacionais.

Consoante o artigo 22 da Constituição Federal, “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.”

De acordo com Del'Olmo (2010), ainda tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.655/2009, que visa a alterar o atual Estatuto do Estrangeiro, especialmente no que se relaciona ao respeito ao humanismo da imigração, à garantia dos direitos humanos, interesses socioeconômicos e culturais do Brasil, defesa do trabalhador nacional, segurança da sociedade e à preservação das instituições democráticas.

Seção 4.3

A Especial Condição dos Portugueses

O princípio fundamental é de que os estrangeiros residentes no Brasil gozem dos mesmos direitos e tenham os mesmos deveres dos nacionais.

Nossa Constituição Federal de 1988, todavia, favorece os portugueses residentes no país, de acordo com o art. 12, II, "a" e em seu § 1º, que expressa: "aos portugueses com residência permanente no País, se houver reciprocidade em favor de brasileiros, serão atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro, salvo os casos previstos nesta Constituição".

Assim, temos que aos portugueses com residência permanente no país são atribuídos os direitos inerentes ao brasileiro naturalizado, preenchendo dois pressupostos: residência permanente no Brasil e reciprocidade em favor de brasileiros.

A Constituição portuguesa, no entanto, em seu artigo 15, impõe limites, declarando que "aos cidadãos dos países de língua portuguesa podem ser atribuídos, mediante convenção internacional e em condições de reciprocidade, direitos não conferidos aos estrangeiros, salvo o acesso à titularidade dos órgãos de soberania e dos órgãos de governo próprio das regiões autônomas, o serviço das forças armadas e a carreira diplomática".

Percebemos que a redação deste artigo da Constituição portuguesa apenas faculta a outorga de direitos, o que deixa a critério do governo atribuir ou não, enquanto a Constituição brasileira outorga diretamente os direitos.

Cabe mencionarmos a situação especial dos portugueses no Brasil, e do brasileiro em Portugal, que foi estabelecida pela **convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses de 1971** e no citado Artigo 12, II, "a" c/c § 1º da Constituição Federal, em que se estabelece a reciprocidade para a concessão da igualdade de direitos e deveres com os nacionais.

Em relação à igualdade de direitos à naturalização, com um ano de residência permanente e idoneidade moral, é estendida a todos os oriundos dos países que falam a língua portuguesa, quais sejam: **Portugal, Angola, Cabo Verde, Guiné Bissau, Moçambique, São Tomé e Príncipe e Timor Leste.**

Seção 4.4

Nacionalidade e Naturalização

As preocupações com a nacionalidade são antigas. Desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já constava em seu artigo 15, incisos I e II, a seguinte disposição: “I – todo homem tem direito a uma nacionalidade; II – ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade.”

O regime jurídico da nacionalidade faz parte, igualmente, do curso de Direito Internacional Privado e do Direito Constitucional. Sua matéria está disciplinada no artigo 12 da Constituição Federal, nos artigos 111 a 124 da Lei 6.815 de 1980 e nos artigos 119 a 134 do Decreto lei 86.715, de 1981. Observo a importância de o acadêmico ler todos os artigos referendados, especialmente para responder às questões propostas e para a realização dos exercícios e da prova final.

A nacionalidade identifica o liame jurídico fundamental entre o ser humano e o Estado, constituindo-se no elo que cria para ambos direitos e obrigações recíprocas. Esses elos os manterão unidos, mesmo na eventualidade de afastamento da pessoa do espaço geográfico do país, onde continuará recebendo proteção estatal e respeitando as diretrizes emanantes da sua soberania. Trata-se de vínculo jurídico-político, social e moral que segue princípios instituídos pelo Estado, mas admitidos pelo Direito Internacional. Pela nacionalidade a pessoa passa a pertencer juridicamente à população constitutiva de um Estado (Del’Olmo, 2010, p. 73).

Percebemos que é de competência do Estado a normatização da aquisição e perda da nacionalidade, prescrevendo, por meio da legislação citada, as necessárias limitações nesses casos, com o que impede, por exemplo, a supressão da categoria de estrangeiros pela concessão irrestrita e indiscriminada da nacionalidade.

Em relação às **formas de nacionalidade**, temos a nacionalidade originária, provinda do nascimento, e a naturalização, que consiste na nacionalidade secundária, ou seja, um ato unilateral e discricionário do Estado, no exercício de sua soberania, que poderá conceder ou negar a nacionalidade ao estrangeiro que a requeira. Veremos cada uma delas a seguir.

a) **Nacionalidade originária:** consiste naquela atribuída à pessoa por ocasião de seu nascimento. Assim, dois são os critérios empregados pelos Estados para essa concessão, um privilegiando o vínculo familiar, sanguíneo, o *jus sanguinis*, e o outro privilegiando o local do nascimento, ou seja, o *jus soli*.

O *jus sanguinis*, de acordo com Del’Olmo (2010), ainda é muito usado nos países europeus mais populosos, a fim de beneficiar a entrada dos descendentes de seus nacionais. O Brasil, apesar de adotar o *jus soli*, tem exceções em que aplica o *jus sanguinis*, quando

combinado com critério funcional, ou seja, a pessoa nascida no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, a serviço do país no exterior, será considerado brasileiro nato, de acordo como artigo 12, I, b, da Constituição Federal. Temos ainda o caso da pessoa nascida no estrangeiro, de pai ou mãe brasileiros, que venha a residir no Brasil e opte pela nacionalidade brasileira a qualquer tempo, disposto no artigo 12, I, c, da Constituição Federal.

O *jus soli*, que atribui a nacionalidade ao país de nascimento, é adotado pelo Brasil no artigo 12, I, a, da Constituição Federal. Atualmente visto como um critério democrático de nacionalidade, afinal não discrimina pessoas que seriam consideradas estrangeiras em função de seus pais serem oriundos de outros países.

Pode-se afirmar que não existe, inicialmente, o emprego absoluto de apenas um dos critérios *jus soli* ou *jus sanguinis*, mas uma combinação entre eles, ou seja, a atribuição da nacionalidade a um recém-nascido por um destes vínculos, mas facultando-se a opção pelo outro critério ao atingir a maioridade, de acordo com o artigo 12 da Constituição Federal.

Assim, de acordo com o artigo 12, I da Constituição Federal, são brasileiros natos: “os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país”, tal dispositivo deixa clara a aplicação direta do critério do *jus solis*, com notória concessão para o *jus sanguinis*. Já em relação ao filho de estrangeiros, nascido no Brasil, de pais que estão a serviço de seu país no território brasileiro, terá a nacionalidade do país de origem dos genitores. A doutrina admite que não é necessário que ambos os pais sejam estrangeiros e estejam a serviço de seu país, bastando que um deles cumpra o requisito.

Em relação aos “nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil”, neste caso o critério do *jus sanguinis* combina-se com o critério funcional, para admitir que o nascido no exterior, filho de pai ou mãe brasileiros, a serviço da República Brasileira no exterior, é brasileiro nato.

Temos ainda, estudando o artigo 12 da Constituição Federal, que os “nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira”, consistindo numa forma diferenciada de aquisição da nacionalidade brasileira por pessoa nascida no estrangeiro.

Antes de darmos continuidade aos nossos estudos, cabe esclarecer a **diferença entre nacionalidade e cidadania**. Sabemos que é bastante comum a confusão entre nacionalidade, que está disposta no artigo 12 da Constituição Federal, enquanto a cidadania está disposta no artigos 14 a 16 da Carta Magna. Muitos, de forma desavisada, afirmam que brasileiros descendentes de pessoas vindas de certos países europeus podem obter a “dupla cida-

dania", o que é um equívoco, pois consiste na dupla nacionalidade. Entende-se que a nacionalidade é o atributo que liga um indivíduo a determinado Estado, enquanto a cidadania é um conteúdo adicional, de caráter político, facultando à pessoa certos direitos políticos, como votar e ser votado. Assim sendo, até mesmo o nacional pode perder seus direitos políticos, estabelecidos no artigo 15 da Constituição, sem perder a nacionalidade, entretanto, a perda da nacionalidade implica perda dos direitos políticos, de acordo com o artigo 12, § 4º combinado com artigo 15, I, da Constituição Federal.

b) **Nacionalidade secundária:** a forma secundária de nacionalidade Consiste na **naturalização**, que, segundo Del'Olmo (2010, p. 75),

consiste no ato pelo qual o estrangeiro ou o *anacional* se investe juridicamente da condição de nacional de país que adotou para viver e trabalhar e que agora o admite como tal. Trata-se de nacionalidade derivada ou secundária, uma vez que adquirida após o nascimento. Na atualidade, não implica necessariamente a perda da nacionalidade originária, dependendo das regras internas de cada ordenamento jurídico. É ato gracioso, *faculdade* do poder Executivo, uma vez que nenhum Estado está obrigado a naturalizar qualquer pessoa.

Salientamos que se o estrangeiro estiver sendo responsabilizado civil ou penalmente no seu país de origem, com a naturalização, não se extingue o processo, de acordo com artigo 124 da Lei 6.815 de 1980. A naturalização consiste num ato personalíssimo, portanto não abrange os familiares do naturalizando, de acordo com artigo 123 do Estatuto do Estrangeiro. Del'Olmo (2010) observa que no passado a naturalização do marido se estendia à esposa e filhos menores.

Ainda com base nos ensinamentos de Del'Olmo (2010), pode-se dizer que o instituto da naturalização comporta duas formas, quais sejam: a tácita e a expressa. O Direito brasileiro, entretanto, admite atualmente apenas a naturalização expressa, concedida mediante petição escrita.

O autor supracitado lembra ainda que a naturalização tácita existiu no Brasil em dois momentos: o primeiro, na Constituição do Império, de 1824, que considerou brasileiros os portugueses e os nascidos nas Colônias portuguesas que estivessem residindo no Brasil na época da Independência e aderissem à nacionalidade brasileira de forma expressa ou tacitamente, pela continuidade da residência no país.

O segundo momento foi com a Constituição de 1891 que declarou brasileiros todos os estrangeiros que residissem no Brasil em 15.11.1889 e não declarassem, de forma expressa, seu desejo de conservar a nacionalidade de origem no prazo de seis meses. A mesma Constituição concedeu também a condição de brasileiros aos estrangeiros que tivessem imóveis no Brasil, fossem casados com brasileiras ou que tivessem filhos brasileiros, desde que residissem no país e não declarassem a intenção de manter a nacionalidade de origem.

Acerca da naturalização, nossa Constituição Federal traz normas gerais, disciplinadas no artigo 12. A matéria é ainda disciplinada pela Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, no artigo 111 e seguintes.

A concessão da naturalização se fará mediante portaria do Ministério da Justiça, conforme o referido artigo 111 do Estatuto do Estrangeiro. Preenchendo os requisitos legais, o estrangeiro deve requerê-la ao referido Ministério, apresentando todos os documentos exigidos por lei. O processo está disciplinado nesse Estatuto, artigos 116 e segs., bem como no Decreto n. 86.715, de 10.12.1981, artigos 119 a 134 (Del'Olmo, 2010, p. 76).

Salientamos que o Estado não é obrigado a conceder a nacionalidade, ainda que o requerente preencha todos os requisitos estabelecidos pelo Estatuto do Estrangeiro – Lei 6.815/80 –, afinal, em seu artigo 121 assevera que “A satisfação das condições previstas nesta lei não assegura ao estrangeiro o direito à naturalização”. No caso de concessão, o certificado de naturalização será entregue pelo juiz federal do domicílio do naturalizado.

O artigo 12, II, b, determina ainda que sejam naturalizados os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes no Brasil há mais de 15 anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira. O brasileiro naturalizado é equiparado ao brasileiro nato, sendo concedido a ele o gozo dos direitos civis e políticos, excetuados os que a Constituição atribui exclusivamente a brasileiros natos. Algumas restrições aos brasileiros naturalizados estão dispostas no artigo 12, § 3º, e artigo 89, VII, da Constituição Federal, entre outros.

A fim de reforçar nossos estudos, podemos apresentar ainda as **espécies de naturalização**, entre elas: **naturalização comum**, no caso de estrangeiro que deseja se tornar um cidadão brasileiro, este precisará atender aos requisitos descritos no artigo 112 da Lei nº 6.815; **naturalização extraordinária**, destinada a estrangeiros que vivem no Brasil há mais de 15 anos, de acordo com os preceitos do artigo 12, alínea “b”, da Constituição Federal; **naturalização especial**, destinada ao(a) estrangeiro(a) casado(a) com diplomata brasileiro há mais de cinco anos, ou então a estrangeiro que conte com mais de dez anos de serviços ininterruptos em missão diplomática ou repartição consular brasileira; **naturalização provisória**, esta destina-se ao estrangeiro que tenha ingressado no Brasil durante os primeiros cinco anos de vida, estabelecendo-se definitivamente no território nacional; **transformação de naturalização provisória em definitiva**, pode ser concedida ao titular do certificado provisório, até dois anos depois de atingida a maioridade, desde que confirmado expressamente, perante o ministro da Justiça, a intenção de continuar brasileiro.

Caso algum acadêmico tenha interesse em saber a documentação exigida para cada uma das espécies de naturalização anteriormente citadas, poderá acessar o site do Ministério da Justiça: <<http://portal.mj.gov.br/servicos>>.

Acerca das condições para a concessão da naturalização, estas encontram-se dispostas no artigo 112 da Lei 6.815/80. Observamos que a naturalização, de acordo com o artigo 122 da referida lei, só produz **efeitos** depois da entrega do certificado de naturalização. **Leiam com atenção os artigos acerca da matéria.**

Estudamos anteriormente as questões acerca da nacionalidade originária e secundária. Dando seguimento à matéria, continuaremos os estudos acerca da nacionalidade, especialmente em relação a sua perda.

Em relação à **perda da nacionalidade**, esta é admitida em muitos países de forma voluntária, ocorrendo por renúncia ou abdicação, porém estas formas não são admitidas na ordem jurídica brasileira, sendo inclusive condenadas pela doutrina. Assim, a perda da nacionalidade no Brasil se dará em duas situações, baseadas no artigo 12, § 4º, da Constituição Federal, que são: a perda-punição e a perda-mudança.

Perda-punição: de acordo com o inciso I do referido artigo, perderá a nacionalidade o brasileiro que tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional. Já a perda-mudança, de acordo com inciso II, perderá a nacionalidade o brasileiro que adquirir outra nacionalidade, se naturalizando voluntariamente em outro país.

É de competência da Justiça Federal conhecer e julgar o processo de perda de nacionalidade (artigo 109, X, da CF/88). Assim, depois da representação do ministro da Justiça ou solicitação de qualquer cidadão, instaurar-se-á inquérito para apurar a eventual prática de atividade nociva ao interesse nacional. Após dar vistas ao Ministério Público Federal, este poderá oferecer denúncia, instaurando o processo judicial de cancelamento de naturalização. Somente depois do trânsito em julgado da sentença, porém, a pessoa perderá a naturalização, que decorrerá de decreto do presidente da República.

Cabe salientar que no Decreto n. 3.453, de 9 de maio de 2000, o presidente da República delegou ao ministro da Justiça a competência para declarar a perda e a reaquisição da nacionalidade brasileira, na forma do artigo 12, § 4º, inciso II, da Constituição e artigos 22, incisos I e II, e 36 da Lei n. 818/1949. Assim, atualmente quem efetivamente declara a perda e a reaquisição da nacionalidade é o ministro da Justiça, por meio de portaria publicada no Diário Oficial da União (Del'Olmo, 2010, p. 81).

Em relação ao naturalizado que teve cancelada a sua naturalização por sentença judicial transitada em julgado, somente poderá readquiri-la por meio de ação rescisória. Assim sendo, não poderá fazê-lo por meio de novo processo de naturalização, o que é vedado legalmente. Mesmo depois de decretada a perda da nacionalidade, entretanto, caso a pessoa tenha adquirido outra nacionalidade, mas tenha interesse em reaver a brasileira, poderá readquiri-la, mediante decreto presidencial ou portaria do ministro da Justiça, caso esteja domiciliado no Brasil (artigo 36 da Lei n. 818 de 1949).

Seção 4.5

Conflitos de Nacionalidade

Quando nos referimos aos critérios de atribuição da nacionalidade empregados pelos Estados, muitas vezes aparecem dúvidas e conflitos sobre estes critérios. Assim, a partir do posicionamento de Del'Olmo (2010), **estudaremos a seguir os conflitos de nacionalidade**, conhecidos como plurinacionalidade e apatridia.

No que tange à plurinacionalidade, acontece quando a pessoa tem mais de uma nacionalidade. Normalmente ocorre quando uma criança nascida em país que adota o *jus soli*, é filha de estrangeiros, nacionais de Estado que admite o *jus sanguinis*. A *plurinacionalidade* também é conhecida como polipatridia.

Em relação à apatridia, *esta se refere aos seres humanos que nascem privados de nacionalidade*, ou que a perdem em qualquer momento da vida, conhecidos por apátridas, são pessoas desprotegidas no âmbito internacional.

De acordo com Del'Olmo (2010), o termo **apátrida** tem sido empregado para identificar esse tipo de situação nos tratados internacionais, entretanto, o referido autor acredita que o termo *anacionalidade* seria mais apropriado à matéria.

A palavra *apatridia*, embora muito usada, é politicamente incorreta e porta forte viés estigmatizante, dando ideia de supressão do vínculo do ser humano com sua pátria, o que traz à lembrança a tragédia vivida nos Estados totalitários que privaram da nacionalidade seus cidadãos, como a Alemanha nazista, especialmente quanto aos judeus, e a Rússia comunista, aos dissidentes políticos durante a longa e sanguinária ditadura de Stalin (Del'Olmo, 2010, p. 78).

Dessa forma, designar esse cidadão por *anacional* seria uma forma mais branda do que *apátrida*, pois dá conotação de transitoriedade a sua situação e leva ao entendimento de que a condição de anacional será passageira, e que a pessoa será inserida como nacional de algum país.

A principal fonte da *anacionalidade* está na existência dos dois sistemas utilizados pelos Estados na atribuição originária da nacionalidade. Assim, criança nascida em país que adota o *jus sanguinis*, de país oriundo de Estado que privilegia o *jus soli*, não terá nacionalidade. Outra fonte é a legislação de países totalitários permitindo a supressão da nacionalidade por motivos políticos ou raciais (Del'Olmo, 2010, p. 78-79).

Os Estados e as organizações internacionais têm buscado o fim da anacionalidade, entretanto a própria pessoa pode ser a causadora de sua apatridia quando renuncia à nacionalidade e não mostra interesse em adquirir outra, acontecimento raro, mas possível.

Veamos os quadros a seguir. Neles o professor Florisbal Del'Olmo apresenta as linhas de diferenciação entre a nacionalidade originária e a nacionalidade adquirida, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro atual.

Nacionalidade	<i>Jus soli</i>	nascidos no Brasil, ainda que de pais estrangeiros desde que não estejam a serviço de seu país de origem.
	<i>Jus sanguinis</i> + critério laboral	nascidos no exterior, de pai ou mãe brasileiros, desde que qualquer um deles esteja a serviço do país.
	<i>Jus sanguinis</i>	Nascidos no exterior, desde que de pai ou mãe brasileiros e: a) sejam registrados em repartição brasileira competente; b) venham residir no Brasil e depois de atingir a maioridade optem pela nacionalidade brasileira.

Quadro 2 – Nacionalidade Originária Adquirida

Fonte: Del'Olmo, 2010, p. 83.

Nacionalidade secundária (naturalização)	Tácita	– Carta Imperial de 1824: portugueses e pessoas de colônias lusas. – Constituição de 1891: estrangeiro que estivesse no país em 15.11.1889 e não declarasse em seis meses o desejo de manter a nacionalidade de origem.		
	Expressa	Extraordinária	Critérios: • residir 15 anos ininterruptos no Brasil; • não ter condenação penal.	
		Ordinária	Estrangeiros de países que não sejam de língua portuguesa	Critérios: • residência no Brasil por 4 anos; • capacidade civil; • demais requisitos da Lei n. 6.815/1980.
			Estrangeiros de países de língua portuguesa, exceto portugueses	Critérios: • residência no Brasil por 1 ano ininterrupto; • idoneidade moral.
			Portugueses	Direitos inerentes a brasileiros se houver reciprocidade.
		Hipóteses legais	Residência precoce: quem se radicou no Brasil antes dos cinco anos de idade, podendo requerê-la quando alcançar a maioridade. Graduação universitária: desde que a residência tenha ocorrido antes de atingida a maioridade, e o estrangeiro a tenha cursado em estabelecimento de ensino superior no Brasil.	

Quadro 3 – Nacionalidade Originária e Nacionalidade Adquirida

Fonte: Del'Olmo, 2010, p. 83.

SÍNTESE DA UNIDADE 4



Nesta quarta Unidade foi estudada a condição jurídica do estrangeiro, com base na Lei n. 6.815, de 1980, o Estatuto do Estrangeiro. Vimos os meios usados pelos Estados para ingresso, permanência e afastamento de estrangeiros, como as formas de visto e os casos de expulsão, deportação e extradição.

Quando uma pessoa deseja sair de seu país, ela precisará de um documento especial, o passaporte, o qual deverá conter uma autorização inserida pelo Estado para o qual se está deslocando, que é o visto de entrada.

Vale salientar que o visto não é um direito, mas uma cortesia do Estado ao estrangeiro. Assim, temos os seguintes vistos: de trânsito, de turista, temporário, permanente, de cortesia, oficial e diplomático. Existe a possibilidade de transformação de alguns desses vistos, de acordo com a legislação vigente sobre os casos.

Vimos também que o Direito não admite afastamento coercitivo de nacionais do Estado, o Brasil não possui pena de banimento, por isso a saída compulsória destina-se a estrangeiros por meio da expulsão, a deportação e a extradição.

Cabe lembrar ainda que está tramitando no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 5.655/2009, ou seja, o projeto do novo Estatuto do Estrangeiro. De acordo com Del'Olmo (2010), os pontos relevantes deste novo Estatuto consistem no humanismo da imigração, garantia dos direitos humanos, defesa do trabalhador nacional, preservação das instituições democráticas e segurança da sociedade e das relações internacionais.

Em relação à diferença entre asilados e refugiados esta reside no fato de que o asilo é uma relação do indivíduo perseguido com o Estado que o acolhe, e o refúgio é oriundo do abalo estrutural de um país ou região, gerando vítimas ameaçadas em seus direitos humanos.

Os portugueses possuem uma condição especial no Brasil, assim como os brasileiros deveriam ter tal condição, em virtude da reciprocidade estabelecida pela convenção sobre igualdade de direitos e deveres entre brasileiros e portugueses de 1971 e no artigo 12, II, "a" c/c § 1º da Constituição Federal.

Em relação à nacionalidade, esta identifica o liame jurídico fundamental entre a pessoa e o Estado, criando direitos e obrigações recíprocas. Nesta seara, temos dois critérios para a concessão da nacionalidade originária: o vínculo familiar – *jus sanguinis*; e o local do nascimento – *jus soli*.

Já a naturalização consiste no ato pelo qual o estrangeiro adquire a nacionalidade do Estado que o acolhe. O Brasil só admite a nacionalidade expressa, e sua concessão é de competência exclusiva do poder Executivo, realizada mediante portaria do Ministério da Justiça.

Referências



- AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito Internacional Privado*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- ARAUJO, Luiz Ivani de Amorim. *Introdução ao Direito Internacional Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
- ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: teoria e prática brasileira*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. *Estatuto do Estrangeiro*. Lei 6.815 de 19 de agosto de 1980.
- DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Curso de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de introdução ao Código Civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado*. 6ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Problemas Relativos a Litígios Internacionais. In: *Temas de Direito Processual Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. 10. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- SEITENFUS, Ricardo. *Manual das Organizações Internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- RESEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- ROCHA, Osiris. *Curso de Direito Internacional Privado*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 5. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980.

