

MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA WROBEL

**O reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto
pessoal pelo Direito Internacional Privado**

Dissertação de Mestrado

Orientador: Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2023**

MÁRCIA CRISTINA DE SOUZA WROBEL

**O reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto
pessoal pelo Direito Internacional Privado**

Versão original

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração Direito Internacional e Comparado, sob a orientação do Professor Titular Dr. Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
SÃO PAULO-SP
2023**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Wrobel, Márcia Cristina de Souza

O reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto pessoal pelo Direito Internacional Privado ; Márcia Cristina de Souza Wrobel ; orientador Gustavo Ferraz de Campos Monaco -- São Paulo, 2023.

94 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Direito Internacional Privado. 2. Reconhecimento. 3. Situação jurídica estrangeira. 4. Direito adquirido. 5. Estatuto pessoal. I. Monaco, Gustavo Ferraz de Campos , orient. II. Título.

Nome: WROBEL, Márcia Cristina de Souza

Título: **O reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto pessoal pelo Direito Internacional Privado**

Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de Mestre em Direito.

Data de aprovação: ___/___/___

Banca examinadora

Orientação: Professor Titular Dr Gustavo Ferraz de Campos Monaco

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste trabalho foi uma das tarefas mais árduas que já enfrentei na vida. A solidão da pesquisa e da escrita, os desvios de rota pelo caminho e as vicissitudes da vida, que não fica suspensa enquanto pesquisamos e escrevemos, me fizeram perceber como somos pequenos e vulneráveis frente ao universo.

Mas, como dizia minha mãe, na simplicidade de suas observações: “- Quando Deus nos apresenta um desafio, ele envia, também, os anjos que nos ajudarão a enfrentá-lo”.

E Deus me enviou um orientador espetacular, que entrou na minha de uma forma muito amigável e responsável e soube me guiar com suas observações astutas e com seu humanismo muito acima da média.

Agradeço, do fundo do meu coração, ao Professor Gustavo Ferraz de Campos Monaco, pela oportunidade e pela amizade que me trouxeram até aqui.

Agradeço aos colegas da nossa querida - e cada ano maior - Família Internacional, pelas discussões, pela troca de ideias, pelo apoio na obtenção do material, pelo encorajamento. Enfim, por estarem junto comigo neste caminho.

Agradeço à minha família, meu marido, Dominique e nossa filha Manuela, que preenche minha vida com um amor que nunca me imaginei capaz de sentir. Muito obrigada pelo apoio e, sobretudo, pela paciência e compreensão nas ausências durante estes últimos anos.

Agradeço, enfim, aos meus pais, pela educação, pelo exemplo de dignidade, amor pelos livros, respeito e amor ao próximo que me transmitiram. Se eu sou capaz de ter empatia pelas pessoas, com certeza, devo isso a eles. Agradeço, também, por terem estado tão presentes, mesmo que do plano espiritual, fazendo visitas em momentos estratégicos, como na véspera da prova de admissão, em um dos sonhos mais lindos que já tive.

Agradeço, por fim, a Deus, por me dar saúde e disposição para encarar os desafios da vida.

“E, com frequência, as coisas que me pareceram verdadeiras quando as comecei a conceber, pareceram-me falsas, quando as quis colocar no papel.” (Descartes, *Discours sur la méthode*, 1637).

“A ‘riqueza da diversidade do mundo’, o Espírito de Tolerância e o Princípio da Proximidade, são estes os valores que aprendemos quando nos aprofundamos no estudo do Direito Internacional Privado” (DOLINGER, Jacob; TIBÚRCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Florense, 2017).

RESUMO

WROBEL, Márcia Cristina de Souza. *O reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto pessoal pelo direito internacional privado*. 2023. 94 p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

O objetivo deste trabalho é verificar o estado atual da doutrina e da jurisprudência do Direito Internacional Privado, relativas ao reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras para determinar se se faz necessária a criação de um novo método do Direito Internacional Privado ou se, ao contrário, o método conflitual clássico, tal como criado por Savigny, acrescido das inovações, consubstanciadas em novos instrumentos ou ferramentas, como as exceções de proximidade, fruto do estudo do princípio da proximidade, ou a exceção de previsibilidade, tirada da legítima expectativa das partes, é capaz de garantir o reconhecimento de tais situações, sobretudo no que concerne o estatuto pessoal.

Palavras-chave: Direito Internacional Privado; reconhecimento; situação jurídica estrangeira; direito adquirido; estatuto pessoal.

ABSTRACT

WROBEL, Márcia Cristina de Souza. *Recognition of foreign legal situations relating to personal status by private international law*. 2023. 94 p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

The objective of this work is to verify the current state of the doctrine and jurisprudence of Private International Law, related to the recognition of foreign legal situations, to determine if it is necessary to create a new method of Private International Law or if, on the contrary, the method classic conflictual, as created by Savigny, added to the innovations, embodied in new instruments or tools, such as the exceptions of proximity, fruit of the study of the principle of proximity, or the exception of predictability, drawn from the legitimate expectation of the parties, is capable of ensure the recognition of such situations, especially with regard to personal status.

Keywords: Private International Law; recognition; foreign legal status; vested right; personal status.

RÉSUMÉ

WROBEL, Márcia Cristina de Souza. *La reconnaissance par le Droit International Privé, des situations juridiques étrangères concernant le statut personnel*. 2023. 94 p. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2023.

L'objectif du présent travail est de vérifier l'état actuel de la doctrine et de la jurisprudence du Droit International Privé, relatives à la reconnaissance des situations juridiques étrangères pour déterminer s'il est nécessaire d'en créer une nouvelle méthode ou si, au contraire, la méthode classique de résolution des conflits comme imaginée par Savigny, accrue des innovations, telles les nouveaux instruments ou outils, comme les exceptions de proximité, fruit de l'étude sur le principe de la proximité ou encore l'exception de prévisibilité, tirée de la légitime expectative des parties est capable de garantir la reconnaissance des situations juridiques étrangères relatives au statut personnel.

Mot-clés : Droit International Privé ; reconnaissance ; situation juridique étrangère ; droit acquis ; statut personnel.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	17
PARTE I NOÇÕES INTRODUTÓRIAS	25
CAPÍTULO 1 O QUE SE ENTENDE POR SITUAÇÃO JURÍDICA ESTRANGEIRA - O ATO PÚBLICO.....	27
CAPÍTULO 2 O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS COMO PRINCÍPIO E FIM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	33
2.1 O reconhecimento das situações jurídicas como medida intuitiva	33
2.2 O reconhecimento das situações estrangeiras como objeto ou problema autônomo do DIP	35
PARTE II AS DIVERSAS TEORIAS QUE BUSCAM GARANTIR O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS .	37
CAPÍTULO 3 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DA IDEIA DE RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS .	39
3.1 As origens - do período da personalidade à territorialidade das leis	39
3.2 As soluções propostas pela doutrina do final do século XIX e da primeira metade do século XX	40
3.2.1 <i>TEORIA UNILATERALISTA</i>	41
3.2.2 <i>TEORIAS BILATERALISTAS</i>	45
3.2.2.1 <i>Teorias que propugnam o afastamento da regra de conflitos do foro</i>	46
3.2.2.1.2 A teoria de Étienne-Adolphe Bartin	50
3.2.2.2 <i>Teoria que propugna a analogia entre o conflito móvel e o direito transitório interno</i>	56
3.2.2.3 <i>Teorias que sustentam a consideração da regra de conflitos estrangeira</i>	63
CAPÍTULO 4 O ESTADO ATUAL DAS TEORIAS.....	67
4.1 O conflito móvel.....	67
4.2 Conflitos de sistemas	74
4.3 Conclusão parcial	79

PARTE III OS INSTRUMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS.....	83
CAPÍTULO 5 O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS NOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS.....	85
CONCLUSÃO.....	89
REFERÊNCIAS.....	91

INTRODUÇÃO

A circulação internacional de pessoas acarreta, entre outras consequências, o deslocamento, no espaço físico, de uma situação jurídica previamente constituída.

Desse deslocamento físico decorrem sérias consequências para o Direito, das quais se ocupa o Direito Internacional Privado (DIPr), como a necessidade de se garantir não só o reconhecimento mas, também, a de produção de efeitos, tais como previstos pelas partes, quando da constituição de tal situação, no Estado para o qual se deslocou a situação jurídica.

Embora complexo, o deslocamento no espaço das pessoas e, conseqüentemente, das situações jurídicas que as acompanham, não é um problema novo para o direito internacional privado. Ele ocorre desde a mais remota antiguidade¹.

Em outros casos, a questão do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras por um Estado diverso daquele em que foram constituídas, será debatida ainda que não tenha havido deslocamento territorial de seus titulares, e isto, sobretudo em se tratando de questões aquelas relativas ao estatuto pessoal.

Em qualquer hipótese, a garantia da estabilidade das situações jurídicas, nelas incluídas as questões atinentes ao estatuto pessoal, sempre foi uma das preocupações do DIPr.

Henry Batiffol², fazendo referência a Ernst Rabel, já explicava que, se fosse preciso dar, ao legislador, ao juiz e ao intérprete, um único objetivo para a elaboração de soluções no DIPr, este objetivo deveria ser a harmonia internacional das soluções.

No mesmo sentido, conforme nos relata Ferrer Correia³:

¹ Segundo Bertrand Ancel, a história do Direito internacional privado poderia remontar ao episódio da Torre de Babel, que teria sido o primeiro momento em que se deu a relação entre ordens jurídicas, mas, ante a ausência de confirmação histórica da ocorrência do episódio, ele considera que é mais prudente iniciar o estudo da matéria pelas cidades-Estados gregas. Ver a respeito, ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017. p. 20 e ss, esp. 27.

² BATIFFOL, Henry. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris : Dalloz, 2002. p. 212 e ss. *No original*: « *S'il faut rechercher un objectif susceptible de guider le législateur, le juge, l'interprète dans l'élaboration des solutions du droit international privé, et qui aille au-delà d'une protection individuelle, apparue insuffisante, un programme se présente comme tout opposé, en ce qu'il procède de la considération des ensembles et en même temps d'ailleurs modeste, précis et adapté, c'est celui de l'harmonie des solutions. Il a été particulièrement mis en relief dans l'oeuvre monumentale d'Ernst Rabel, 'The Conflict of Laws. A comparative Study' On en aperçoit vite des applications faciles. Les mariages 'à validité géographiquement limitée' font regarder deux mêmes personnes comme époux dans un pays, concubins, ou bigames dans un autre : le bon sens proteste.* ».

7. [...] o direito internacional privado procura formular os princípios e regras conducentes à determinação da lei ou leis aplicáveis às questões emergentes das relações privadas internacionais, e bem assim assegurar o reconhecimento no Estado do foro das situações jurídicas puramente internas, mas situadas na órbita de um único sistema de direito estrangeiro (situações internacionais de conexão única, situações relativamente internacionais).

Na tentativa de garantir esta estabilidade, a doutrina sempre buscou soluções para o problema do reconhecimento, por um Estado, das situações jurídicas constituídas em outro, quer este reconhecimento decorra, ou não, do deslocamento físico no espaço.

Surgiram, assim, diversas teorias e diversos métodos de reconhecimento, cada qual com uma peculiaridade, conforme veremos em seguida.

Com o avanço da pesquisa, no entanto, demo-nos conta que o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, não depende, necessariamente, da criação de um novo método, que venha a substituir o método clássico do conflito de leis, mas pode se dar pela aplicação de alguns mecanismos ou ferramentas de reconhecimento, como as cláusulas de exceção⁴ de previsibilidade⁵, com as adequações que lhes vêm sendo aplicadas, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, desde o século passado.

Por outro lado, sendo as situações jurídicas estrangeiras veiculadas, tanto em decisões judiciais, como, também, em atos notariais e do registro civil de pessoas naturais - chamados, pela doutrina estrangeira, de atos públicos ou, ainda, na França, de “*actes authentiques*” -, não poderiam elas, nestes dois últimos casos, receber um tratamento mais favorável, ou menos rigoroso, do que aquele comumente reservado ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras⁶.

³ CORREIA, Antônio de Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1. p. 19.

⁴ RAMOS, Rui Manuel de Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Gestlegal, 2020. v. 3. p. 408: « *Régime d'exception qui se traduit par l'accueil in foro de situations juridiques créées à l'étranger indépendamment de sa conformité à la règle de conflit de l'État concerné, cont l'autorité devient donc, dans un certain sens, limitée, ou au moins amoindrie.* »

⁵ Como o art. 9º, da Lei de Direito Internacional Privado dos Países Baixos, que será analisada adiante.

⁶ LAGARDE, Paul. La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 29. No original : « *Ces critiques ou ces craintes semblent avoir méconnu que la méthode de reconnaissance des situations n'est pas la reconnaissance à l'aveugle de toutes les situations, mais qu'elle est soumise à plusieurs conditions, à l'instar de celles qui sont posées pour la reconnaissance des jugements ou, plus précisément, des situations constatées ou constituées par des jugements.* [...] ».

Ainda que o afastamento do método conflitual, a princípio, pareça essencial para o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, como propôs Paul Lagarde⁷ e, antes dele, Pillet⁸, nem sempre esse afastamento será necessário. Isto porque, em alguns casos, pode ocorrer que a lei escolhida pela regra de conflito do foro corresponda àquela efetivamente aplicada pelas partes na celebração do ato jurídico, vindo a ser desnecessário, nestas hipóteses, o recurso a outro método ou solução para o reconhecimento da situação celebrada no estrangeiro.

E isto nos leva à segunda razão pela qual a adoção de um método do reconhecimento não seria mais benéfico do que o método conflitual. É que, ao analisar quais seriam essas condições, verificamos que os diversos métodos do reconhecimento, tal como propostos – ao menos até agora -, não fazem mais do que substituir as limitações impostas pelas regras de conflito de leis por outras, equivalentes, agora chamadas de “regras de recepção”.

Essas “regras de recepção” seriam, conforme nos explica Paul Lagarde⁹, editadas por cada Estado, para regular o reconhecimento, dentro do seu próprio território, de situações jurídicas estrangeiras, exatamente como ocorre com as regras de conflito de leis.

Pudemos constatar, através de nossas pesquisas que, efetivamente, alguns Estados, assim como algumas Convenções internacionais e Regulamentos europeus, já editaram “regras de reconhecimento”¹⁰ mas, quase todas as normas editadas estabelecem critérios

⁷ LAGARDE, Paul. La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 19.

⁸ Pillet entende que o verdadeiro lugar do respeito aos direitos adquiridos não é o do “conflito de leis”, mas o dos “efeitos dos atos jurídicos estrangeiros”. Nesse sentido, vejamos: PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 18 e 19. No original: « Une question de conflit de lois met toujours en jeu la validité ou l'invalidité d'un rapport de droit. Le juge n'a qu'à dire si ce rapport est valable ou nul. Au contraire, quand il s'agit de mesurer les effets internationaux d'un droit, acquis à l'étranger, on ne se demande plus si ce droit est valable ou inexistant, il ne s'agit plus que de savoir s'il peut produire ses effets à l'étranger, et dans quelle mesure il peut les produire. Il m'a semblé, Messieurs, au cours de mes études de Droit International Privé, que ces questions de conflits et d'effets de droits acquis devaient être séparées, soit parce qu'elles ne se présentent pas au même moment de l'existence du droit, soit parce qu'elles n'ont pas la même amplitude et ne peuvent pas être résolues de la même façon ».

⁹ LAGARDE, Paul. La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 30. No original : « [...] Chaque État est donc conduit à édicter les règles de réception sur son territoire des situations créées à l'étranger, des règles permettant de faire un tri entre les situations à reconnaître et les autres, un tri qui, par hypothèse ne doit pas reposer sur le respect de la règle de conflit de l'État où la situation est invoquée, sinon il ne s'agirait plus de la méthode de la reconnaissance ».

¹⁰ Veja-se, entre outras, as Convenções CIEC n° 29 sobre o reconhecimento das decisões constatando uma mudança de sexo, n° 31 sobre o reconhecimento dos nomes e n° 32 sobre o reconhecimento das uniões estáveis registradas e a Lei federal Suíça sobre o direito internacional privado (LDIP) de 18/12/1987: Art. 45 - Un mariage valablement célébré à l'étranger est reconnu en Suisse.

idênticos ou, ao menos, similares àqueles adotados pelas regras de conflito de leis, a saber, nacionalidade, domicílio ou residência habitual¹¹.

No mais das vezes, o que se constata é a adoção de elementos de conexão subsidiários ou, em alguns casos, alternativos, conferindo às partes, no momento da celebração do ato, uma certa autonomia da vontade ou uma “autonomia mitigada”.

Por vezes, no entanto, estas regras são verdadeiras regras de reconhecimento, configurando uma exceção ao método clássico de conflito de leis, como no caso do art. 9º, da lei de DIPr dos Países Baixos. Embora configurem exceções ao método clássico, tais regras não impedem ou excluem a aplicação de tal método, já que serão aplicadas ao final do raciocínio, assim como a exceção de ordem pública.

Por outro lado, pudemos notar que os requisitos para o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras variam a depender do sistema de reconhecimento das decisões estrangeiras adotado pelo Estado de acolhimento.

Nos sistemas que adotam um modelo baseado no juízo deliberatório¹², como o Brasil, basta que a decisão ou a situação estrangeira respeite requisitos mínimos de validade, como a competência da autoridade pública - no mais das vezes, o oficial do registro civil ou o agente diplomático - e o respeito à ordem pública, ficando vedada a verificação da lei aplicada.

Neste sentido, veja-se o disposto no art. 17, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro: “Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer

2. Si la fiancée ou le fiancé sont suisses ou si tous deux ont leur domicile en Suisse, le mariage célébré à l'étranger est reconnu, à moins qu'ils ne l'aient célébré à l'étranger dans l'intention manifeste d'éluder les dispositions sur l'annulation du mariage prévues par le droit suisse.

3. Un mariage valablement célébré à l'étranger entre personnes du même sexe est reconnu en Suisse en tant que partenariat enregistré.

¹¹ Neste sentido, ver: MAYER, Pierre. Les méthodes de la reconnaissance en Droit International Privé. In : JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle ; MAYER, Pierre (org.). *Le droit international privé : esprit et méthodes*. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Paris : Dalloz, 2005. p. 547-575, esp. p. 558 e ss.

¹² “[...] ‘A justiça brasileira – este ponto é capital – nem rejeita a causa julgada no outro país, nem confirma a sentença dele oriunda, por entender que ela decidiu de modo correto. Limita-se a apurar a presença de determinados requisitos, que se reputam necessários para justificar a colaboração da Justiça nacional, e bem assim averigua se a sentença estrangeira esbarra no sistema de limites além dos quais semelhante colaboração deve ser negada, expresso na fórmula: ‘Não será homologada sentença que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes’ [...]. Adota o Brasil, na matéria, o chamado sistema de deliberação, comum a países europeus (Itália, Portugal), mas adota-o em forma - por assim dizer – mais pura, refratária a toda e qualquer revisão de fundo, que se destinasse a apurar se foi ou não foi justa a solução dada ao litígio no exterior” (STF, SEC 4738-2, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/11/1994).

declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.”

Já naqueles Estados que adotam sistemas de controle exauriente, em que o controle da decisão estrangeira implica, necessariamente, a análise do mérito da decisão, o juiz verificará se a regra de conflito de leis do foro foi corretamente aplicada.

Talvez a doutrina estrangeira tenha sentido a necessidade de criar um novo método, que garantisse o afastamento do método conflitual, em consequência do tipo de controle que alguns Estados exercem sobre as decisões e atos estrangeiros, controle este que pode levar à análise, ainda que superficial, do mérito da decisão e que é aplicável, também, às situações jurídicas estrangeiras¹³.

¹³ Como os códigos napoleônicos só dispunham de dois artigos relativos ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras, coube à jurisprudência francesa regular a matéria. Podemos notar uma evolução cronológica na determinação, tanto dos poderes do juiz francês de rever o mérito das decisões judiciais estrangeiras, quanto dos requisitos exigidos para a concessão do exequatur a tais decisões. O primeiro caso ao qual a doutrina faz referência é o caso Parker (CCiv., 19/04/1819. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998, p. 10-18., no qual a Corte de cassação reconheceu um poder de revisão do mérito das decisões estrangeiras que permitia a reapreciação dos fatos e “do modo de aplicação da regra de direito” pelo juiz estrangeiro. Na decisão Bulkley (CCiv., 28/02/1860. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4. p. 26-33) a Corte, percebendo os inconvenientes da revisão do mérito da decisão estrangeira, sobretudo nos casos relativos ao estatuto pessoal (estado e capacidade das pessoas), acabou por estabelecer dois procedimentos distintos, conforme se tratasse da concessão do *exequatur* (concessão de força executória), ou do simples reconhecimento da qualidade de coisa julgada à decisão estrangeira. Assim, nesta última hipótese, a decisão estrangeira, poderia produzir efeitos de pleno direito na França, desde que observasse uma condição, a saber, o respeito à ordem pública internacional, sujeitando-se à revisão apenas em caso de contestação. O caso de Wrède (CCiv., 9/5/1900. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 10. p. 70-82) também reconheceu a eficácia de pleno direito das decisões estrangeiras relativas ao estado e à capacidade das pessoas, mas acrescentou duas novas condições, além do respeito à ordem pública internacional, que consistiam na competência internacional do juiz estrangeiro e a regularidade do procedimento, com o respeito ao contraditório. Foi no julgamento dos casos Bach e Schabel (CCiv., 11/04/1945 e 1/05/1945. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 10. p. 81-82), quarenta e cinco anos mais tarde, que a Corte de cassação acrescentou a quarta condição, a aplicação, ao mérito da causa, da lei designada pela regra de conflito de leis francesa, mas foi o caso Munzer (CCiv., 7/01/1964. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 41, p. 312-325) que marcou o fim do controle, pelo juiz francês, do mérito da decisão estrangeira, acrescentando a ausência de fraude às quatro condições já exigidas para o reconhecimento das decisões estrangeiras que, assim, passou a ser condicionado por um conjunto de 5 requisitos de regularidade, a saber: (i) competência indireta do tribunal estrangeiro, (ii) regularidade do procedimento, (iii) aplicação da lei competente de acordo com a regra de conflitos francesa, (iv) conformidade com a ordem pública internacional e, (v) ausência de fraude à lei. A decisão Bachir (CCiv. 1re, 04/10/1967. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 45. p. 351-362) reduziu a quatro os requisitos para o reconhecimento das decisões estrangeiras, ao incorporar a regularidade do procedimento estrangeiro ao respeito à ordem pública que, desse modo, passou a ser entendida como ordem pública procedimental e material. A decisão Simitch (CCiv. 1re, 06/02/1985), por sua

Todas essas constatações nos fizeram crer que a adoção de um método do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, nos moldes até agora propostos, na prática, não altera, significativamente, as soluções encontradas pelo DIP, equivalendo, no mais das vezes, à troca dos “elementos de conexão”, pelas “regras de reconhecimento”, com o inconveniente de, ao se afastar o sistema conflitual do foro, as situações privadas estrangeiras receberem um tratamento mais favorável do que aquele reservado às decisões judiciais¹⁴.

Para além destas considerações, verificamos que toda a construção, tanto do sistema conflitual clássico, quanto das regras de reconhecimento das decisões e atos jurídicos estrangeiros, tem como pressuposto alcançar os fins do direito internacional privado, a saber, a harmonia internacional entre os diversos sistemas nacionais e que, como nos demonstra

vez, referindo-se aos artigos 1015 e 1070, do novo Código de processo civil francês, definiu o que se deve entender por “competência indireta da jurisdição estrangeira”, nos seguintes termos: “Todas as vezes que a regra francesa de solução de conflito de jurisdições não atribuir competência exclusiva aos tribunais franceses, o tribunal estrangeiro deve ser reconhecido competente desde que o litígio guarde um vínculo suficiente com o país cujo juiz foi provocado, vale dizer, quando a escolha da jurisdição não houver sido nem arbitrária, nem artificial, nem fraudulenta” (*In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 67. p. 527-538, esp. p. 528 - tradução nossa). Recentemente, o caso Cornelissen (CCiv., 20/02/2007, 05-14.082, arrêt n° 222. Disponível em : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/arret_n_9829.html. Acesso em : 20 nov. 2020) marcou outra reviravolta no controle das decisões estrangeiras, ao decidir que “o juiz do exequatur não deve verificar se a lei aplicada pelo juiz estrangeiro é aquela designada pela regra de conflito de leis francesa” (tradução nossa), abandonou o controle do mérito da decisão francesa, devendo analisar, unicamente, 3 condições: (i) competência indireta do juiz estrangeiro, fundada no vínculo suficiente do litígio com o juiz provocado; (ii) conformidade com a ordem pública internacional procedimental e de mérito e; (iii) ausência de fraude à lei. Embora o juiz francês não realize mais, desde a decisão Munzer, um controle explícito sobre o mérito da ação e, embora a jurisprudência que se seguiu a essa decisão tenha reduzido os critérios de controle a somente três, a doutrina parece entender que ainda assim é possível exercer alguma verificação sobre o mérito da decisão estrangeira, por intermédio do requisito do respeito à ordem pública material e procedimental, conforme Pierre Mayer: “[...] a única via aberta é portanto, o exame, caso a caso, de uma eventual injustiça (seja no mérito, seja no plano do procedimento) e, caso seja ela verificada, o recurso à exceção de ordem pública” (MAYER, Pierre ; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé*. 11ème éd. Issy-les-Molines : LGDJ, 2014. p. 269).

¹⁴ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; VAREILLES-SOMMIERES, Pascal de. *Précis de Droit International Privé*. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 198 e ss. No original : « *La doctrine a mis en lumière au début du deuxième millénaire une tendance du droit positif des conflits de lois à traiter les situations dans lesquelles de tels conflits surgissent sans passer par l'aiguillage du for, mais en raisonnant en termes d'accueil ou de rejet de la situation juridique constituée à l'étranger. [...] Au lieu de suivre le raisonnement conflictuel classique tendant à la désignation du droit applicable, le juge saisi constate que la situation dans laquelle les parties se trouvent a été effectivement constituée, et que sur sa base les parties ont pu forger des expectatives, de telle sorte que la question est plutôt celle de savoir s'il y a lieu pour le for de tenir compte de ces attentes des justiciables en reconnaissant cette situation telle qu'elle a été créée, ou si, au contraire, il y a lieu de les ignorer en refusant de reconnaître la situation fautive pour elle d'avoir été constituée régulièrement.* ».

João Baptista Machado, “o Direito de Conflitos [...] é essencialmente um ‘direito de reconhecimento’”¹⁵.

Desta forma, trataremos, do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relacionadas ao estatuto pessoal (estado e capacidade das pessoas) e às relações de família e sucessões que poderão, eventualmente, levar à apreciação das consequências do conflito móvel sobre bens móveis ou imóveis que compõem o patrimônio familiar, no que se refere aos efeitos patrimoniais do casamento ou à sucessão, excluindo-se o reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras que serão abordadas apenas como critério de comparação entre os dois métodos.

Assim, neste trabalho, também nós, após conceituarmos o que se entende por situação jurídica, revisitaremos as teorias e os instrumentos propostos pela doutrina, para determinar se as soluções apresentadas pelo DIP, quer seja através do método clássico conflitual, quer através das regras de reconhecimento dos atos jurídicos estrangeiros, com as adequações que lhes vêm sendo aplicadas, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, desde o século passado, atendem as necessidades da disciplina, ou se ainda se faz necessário, como tem sugerido parte da doutrina moderna, buscar um novo método, mais eficaz, para a garantia do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, a estabilidade do estatuto pessoal e a harmonia internacional.

¹⁵ BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*. Coimbra : Almedina, 1998. p. 109.

PARTE I NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Considerando-se que o estatuto pessoal compreende o conjunto de atributos (ou qualidades) da personalidade e que tais atributos, algumas vezes, decorrem da lei e operam ipso facto, vale dizer, independentemente da intervenção humana, como no caso (i) da filiação e (ii) do estado civil, mas que, para produzirem efeitos jurídicos dependem de um ato público (registro de nascimento, registro de casamento, registro de óbito) e que, outras vezes, a atribuição de tais qualidades depende de uma decisão judicial, como no caso da adoção, do reconhecimento judicial de paternidade ou, ainda, da interdição, mas que, para produzir efeitos jurídicos, tais decisões também exigem um segundo ato público que lhes dê publicidade, a saber o registro civil, faz-se necessário iniciar o presente estudo, pela análise dos atos públicos (Capítulo 1), suas categorias e a quais espécies de controle estão eles sujeitos para, em seguida, demonstrar que o reconhecimento das situações jurídicas relativas ao estatuto pessoal, sempre esteve incluído dentre os fins do Direito Internacional Privado (Capítulo 2).

CAPÍTULO 1 O QUE SE ENTENDE POR SITUAÇÃO JURÍDICA ESTRANGEIRA - O ATO PÚBLICO

Como dito acima, as situações jurídicas relativas ao estatuto pessoal podem vir em forma de decisões judiciais - que não serão tratadas aqui -, em atos notariais e do registro civil de pessoas naturais ou, ainda, em atos formalizados por autoridades religiosas, que serão estudados pontualmente, na medida em que surgirem nas decisões comentadas.

A definição do que se deve entender por situação jurídica no âmbito do DIPr, não é tarefa fácil, devido ao fato de o conceito não receber tratamento uniforme em todos os regimes jurídicos.

Essa dificuldade foi sentida por Charalambos Pamboukis¹⁶, que decidiu analisar o ato público estrangeiro a partir da “noção interna de ato público”, buscando estabelecer uma equivalência entre ambos para assimilar o primeiro ao ato público do foro, conferindo-lhe a mesma força probante e eficácia deste.¹⁷

No Brasil, por ser a atividade extrajudicial uma atividade pública delegada aos oficiais do registro e aos tabeliães, não resta dúvida quanto a ser, o ato praticado pelos oficiais, uma espécie *sui generis* de ato público.

Na medida em que o Oficial do registro civil e notário recebem delegação do Poder Público para a prática dos atos que lhes são determinados pela lei, chamaremos, neste trabalho, tais atos, em geral, de atos públicos, apenas para fins de organização e explanação da matéria, por ser este o nome dado, também, pela doutrina estrangeira.

¹⁶ PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. 7. No original: « *En droit international privé, l'étude d'une notion nécessite une réflexion particulière. En effet, confronté à plusieurs ordres juridiques, ce droit aborde presque naturellement le problème de la diversité qui constitue son objet spécifique. L'étude de l'effet des actes publics étrangers suppose la définition préalable de ce qu'il sera convenu d'entendre par acte public. Deux approches sont possibles. La première consiste, en se fondant sur l'étude du droit comparé, à établir une notion proprement internationale destinée à servir dans les rapports présentant un lien pertinent d'extranéité. La deuxième consiste, au contraire, en prenant appui sur la notion interne d'acte public, à essayer d'établir une équivalence dans laquelle le premier terme de la comparaison serait la notion d'acte public au sens du for et le second l'acte étranger considéré. La seconde approche nécessite l'étude du droit interne afin de dégager la notion d'acte public. [...]* »

¹⁷ PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. 9 e ss. No original: « *La recherche d'une équivalence d'après la fonction permettra d'aboutir à une assimilation des actes publics étrangers aux actes publics français et de conférer aux premiers la force probante privilégiée de ces derniers. La jurisprudence française concernant les actes authentiques va, en grande partie, en ce sens. [...] En effet, la conséquence de cette conception est d'appliquer à l'acte public étranger le régime juridique correspondant que connaît l'acte du for, jugé comme équivalent.* ».

A natureza de ato público foi reconhecida pelo Min. Carlos Britto, na ADIN 3643/RJ, cujo trecho da ementa, é a seguir transcrito:

14. Numa frase, então, **serviços notariais e de registro** são típicas atividades estatais, mas não são serviços públicos, propriamente. **Inscrevem-se**, isto sim, **entre as atividades tidas como função pública lato sensu**, a exemplo das funções de legislação, diplomacia, defesa nacional, segurança pública, trânsito, controle externo e tantos outros cometimentos **que, nem por ser de exclusivo domínio estatal, passam a se confundir com serviço público.**¹⁸

Pierre Mayer¹⁹, apresenta uma definição restritiva de ato público, excluindo de tal classificação, as decisões judiciais, conforme a seguir transcrito:

[...] a intervenção de um órgão estatal, destinada a produzir efeitos jurídicos de direito privado, mas que não tomam a forma de uma decisão em sentido estrito, vale dizer, não comportando uma afirmação expressa, provida de uma autoridade própria, da existência de um estado de direito.

Em seu manual, o autor organiza o estudo do DIPr dividindo a matéria entre as regras de conflito de leis e conflito de jurisdições, incluindo, no primeiro, a questão da competência, por entender que esta é, substancialmente, um problema de lei aplicável. Por outro lado, ao conflito de jurisdições o autor acrescenta o estudo do “conflito de autoridades”, que compreende o problema da competência das autoridades não judiciárias francesas, bem como dos efeitos das decisões não judiciárias e dos atos públicos estrangeiros²⁰.

Seguindo este raciocínio, Pierre Mayer explica que, enquanto o conflito de leis tem a função de coordenar as diversas regras estatais que podem guardar relação com a questão de direito internacional, as decisões estrangeiras, “judiciais, ou não, colocam o problema de sua

¹⁸ ADI 3643-2/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, j. 8/12/2006, grifo nosso.

¹⁹ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. Droit International Privé. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 341, tradução nossa. No original: « *l'intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets juridiques de droit privé, mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est à dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre, de l'existence d'un état de droit* ».

²⁰ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. Droit International Privé. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 49. No original: « *Quant aux normes étatiques, on oppose traditionnellement, dans les ouvrages de droit international privé, les deux matières du conflit de lois et du conflit de juridictions. La première traite du problème du choix entre la loi française et les diverses lois étrangères ; la seconde s'attache à l'élaboration et aux effets des jugements, et regroupe en fait trois questions : la compétence des tribunaux français dans les litiges internationaux, la procédure dans les mêmes litiges, et l'effet des jugements étrangers. Cette présentation sera suivie, sous la réserve de deux modifications. En premier lieu, la procédure sera rapprochée du conflit de lois, car elle pose essentiellement le problème de la loi applicable ; on l'étudiera dans la sous-partie « spécificités ». En second lieu, on adjoindra à l'étude du conflit de juridictions - ainsi réduit - celle du conflit d'autorités, qui en est le parallèle exact dans le domaine des actes non judiciaires ; il comprend donc le problème de la compétence des autorités non judiciaires françaises, et celui de l'effet des décisions non judiciaires et des actes publics étrangers* ».

eficácia na França, sem que surja um verdadeiro conflito de normas a seu respeito”, exigindo, para tanto, apenas a reunião do que o autor chama de “condições gerais de eficácia”. No entanto, o autor reconhece que esta denominação de controle de eficácia não foi adotada pela doutrina, que continua a denominar tais hipóteses de “conflito de jurisdições e, mais recentemente, no que concerne às decisões não judiciais, de conflito de autoridades”²¹.

Dentro do conflito de autoridades, Pierre Mayer acomoda a questão da competência internacional das autoridades não judiciárias francesas e dos efeitos dos atos não judiciais estrangeiros.

Apesar de reconhecer a dificuldade de delimitar a competência dos órgãos não judiciários franceses, devido à diversidade de atos, o autor estabelece, como critério norteador, a atuação do órgão estatal como, de um lado, definidor da situação (poder ou atuação decisória) e, de outro, como mero receptor da vontade das partes, que agem em interesse próprio. É nesta esfera que se situam os tabeliães ou notários e os registradores (em especial, os oficiais do registro civil de pessoas naturais - já que o objeto do presente estudo é o reconhecimento das situações jurídicas relativas ao estatuto pessoal).

Nestes casos é preciso verificar que, assim como ocorre no Brasil, a competência interna dos *officiers de l'état civil* - que correspondem aos oficiais do registro civil -, é delimitada territorialmente, ao passo que os notários não obedecem a limites territoriais de competência, à condição de praticarem o ato dentro de suas circunscrições. Vale dizer, os notários não podem se deslocar para áreas não abrangidas por sua competência, mas nada impede que um interessado, mesmo não residente nesta área, vá até o tabelião para a prática do ato. Desta forma, verificado o respeito aos limites da competência interna de tais agentes, sua competência internacional estaria, automaticamente, fixada.

²¹ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 197. No original: «*Seules les règles des divers États donnent lieu au conflit de lois. Les décisions étrangères, judiciaires ou non, posent le problème de leur efficacité en France, sans lu'un véritable conflit de normes surgisse à leur propos : un seul jugement (ou un seul acte public, ou une seule décision administrative) est en général invoqué sur un point précis devant les organes français ; il n'y a pas lieu de procéder à un choix, mais simplement de vérifier si les conditions générales d'efficacité sont réunies [...] Cependant, l'habitude s'est prise de parler, à propos des jugements, de conflit de juridictions et, plus récemment, à propos des décisions non judiciaires, de conflit d'autorités*».

Por outro lado, Pamboukis²² apresenta um conceito extenso de ato público, englobando as decisões judiciais. Para o autor, “a expressão ato público” designa “todo ato recebido ou todo fato natural constatado por escrito como, também, todo ato elaborado ou proferido por um órgão público” (tradução nossa). Assim, em sua tese, os atos públicos são classificados em: (i) decisões e (ii) atos “quase públicos”, que ele define, por sua vez, como “o ato pelo qual a autoridade pública se limita a receber um ato privado preexistente, que ela apenas consolida, conferindo-lhe uma eficácia formal superior, mas sem modificar sua substância”²³.

A diferença entre eles reside na pessoa de quem emana a declaração de vontade, a saber, o particular ou o órgão público, vale dizer, no grau de participação da autoridade pública na elaboração do ato. Enquanto na decisão judicial é a vontade do Estado que prevalece, nos atos quase públicos, é a intenção das partes. Assim, para cada espécie de ato, o autor reserva um tipo de controle diferente, que varia, também, conforme o grau de intervenção da autoridade pública na realização do ato.

Segundo Pamboukis:

O fato de uma autoridade pública ter intervindo na elaboração de uma relação transporta o problema dos efeitos do ato, do método da regra de conflito - resolvido com a ajuda do adágio *locus regit actum* - ao método do reconhecimento da eficácia. A presença de uma autoridade opera, com efeito, como um vínculo objetivo a uma determinada ordem jurídica. Os dados divergem, assim, sensivelmente. **Não se tratará, mais, de se perguntar qual lei rege a validade do ato estrangeiro, *lex fori* ou *lex causae*, mas se o ato estrangeiro, que sabemos eficaz, poderá ser reconhecido como tal no foro, através de um controle.**²⁴

²² PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. 2. No original: « [C'est pourquoi, au sens de la présente étude.] l'expression acte public désignera tout acte reçu ou tout fait naturel constaté par écrit comme tout acte élaboré ou prononcé par un organe public ».

²³ PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. XVIII.

²⁴ PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. 9, grifo nosso, tradução nossa. No original: « Le fait qu'une autorité publique étrangère soit intervenue lors de l'élaboration d'un rapport fait passer le problème des effets de l'acte, de la méthode de la règle de conflit - résolu à l'aide de l'adage *locus regit actum* - à la méthode de reconnaissance de l'efficacité. La présence d'une autorité opère en effet comme rattachement objectif à un ordre juridique déterminé. Les données du problème divergent de ce fait sensiblement. Il ne s'agira plus de se demander quelle loi régit la validité de l'acte étranger, *lex fori* ou *lex causae*, mais si l'acte étranger, que l'on sait efficace, pourra être reconnu en tant que tel dans le for, moyennant un contrôle. ». (grifo do autor).

A questão que ele coloca é de saber se devemos buscar a lei aplicável à força probante deste ato ou se devemos buscar “as condições de reconhecimento que este ato estrangeiro deverá satisfazer”²⁵ para que produza efeitos no foro.

Em que pesem as divergências de classificação na doutrina, neste trabalho, para fins de coerência, adotaremos o conceito de ato público para designar os atos praticados pelos oficiais do serviço extrajudicial, sabendo que, no Brasil, tais atos exigem a análise de seu conteúdo tanto pelos oficiais do registro civil, como pelos tabeliães.

²⁵ PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993. p. 2. No original: « *A cet égard, on peut s'interroger sur un problème de choix de la méthode, et cela de la façon suivante : doit-on rechercher la loi applicable à la force probante de l'acte étranger, ou plutôt les conditions de reconnaissance auxquelles l'acte étranger devra satisfaire pour que lui soit accordé la force probante de la **lex auctoris** ?* ». (grifo do autor).

CAPÍTULO 2 O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS COMO PRINCÍPIO E FIM DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

2.1 O reconhecimento das situações jurídicas como medida intuitiva

Sendo o DIPr o ramo do direito que se ocupa das relações internacionais, a saber, aquelas que contêm elementos de estraneidade e que, portanto, se relacionam com mais de um sistema jurídico, desde logo se notou a necessidade de garantir a estabilidade das situações jurídicas adquiridas por uma pessoa, em um Estado, quando tais situações se encontravam em relação com outro Estado, quer em decorrência do deslocamento territorial de seus titulares, quer pela necessidade de produção de seus efeitos em outro território, ainda que sem o deslocamento territorial de seus titulares.

O reconhecimento das situações jurídicas e a autorização para aplicação da lei estrangeira são hipóteses previstas em quase todas as legislações modernas, de acordo com Antônio de Ferrer Correia²⁶:

6. O princípio do reconhecimento e aplicação das leis estrangeiras como princípio de direito internacional positivo. [...] não há Estado membro da comunidade internacional que não consinta em excluir, do âmbito de aplicação das suas normas de direito privado, determinadas categorias de relações e de factos, para os sujeitas aos critérios valorativos de outros sistemas jurídicos. Esses factos tendem a ser todos quantos se situarem fora dos limites da vida jurídica local - ou, pelo menos, se ligarem mais estreitamente, na opinião do respectivo legislador, à vida de um agregado social estranho.

7. Conceito de DIP – [...] o direito internacional privado procura formular os princípios e regras conducentes à determinação da lei ou leis aplicáveis às questões emergentes das relações privadas internacionais, e bem assim assegurar o reconhecimento no Estado do foro das situações jurídicas puramente internas, mas situadas na órbita de um único sistema de direito estrangeiro (situações internacionais de conexão única, situações relativamente internacionais)

A conservação do estatuto pessoal foi adotada intuitivamente pelos povos antigos, sendo certo, segundo Pierre Mayer²⁷ que, no período da alta idade média, época em que os

²⁶ CORREIA, Antônio de Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1. p.18 e ss.

²⁷ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 52.

Estados não possuíam fronteiras geográficas definidas como hoje, diversos povos conviviam no mesmo território, conservando, cada um deles, o seu estatuto jurídico.

Da mesma opinião é Baptista Machado²⁸, que também reconhece, como finalidade do DIPr, a estabilidade e a segurança jurídica, conforme a seguir transcrito:

[...] Um ponto há, porém, sobre o qual temos vindo a insistir e que julgamos firmemente adquirido: a finalidade primária do Direito de Conflitos, tanto no espaço como no tempo, é a tutela da natural expectativa dos indivíduos (das partes interessadas em dadas posições ou situações jurídicas, e de terceiros), a estabilidade e uniformidade de regulamentação das situações jurídicas subjectivas. É este interesse fundamental que nos dá a própria razão de ser do DIP e do Direito Transitório, bem como a razão de ser da aplicação do direito estrangeiro ou do direito antigo. É neste interesse fundamental que desde logo assenta a Regra Básica do Direito de Conflitos, segundo a qual nenhuma lei deve ser aplicada senão a factos com os quais esteja em contacto. [...]

Ferrer Correia²⁹ também aponta a estabilidade jurídica como um dos fins do DIPr, ao lado da certeza e estabilidade, senão vejamos

14. No domínio do DIP, é a valores de certeza e estabilidade jurídica que cabe a primazia: a ‘justiça’ do direito de conflitos é predominantemente de cunho formal. Ao DIP compete organizar a tutela das relações jurídicas plurilocalizadas. São relações estas que, exatamente em virtude de pertencerem a diversos espaços legislativos, se encontram numa situação de particular instabilidade. É função do DIP reduzir esta instabilidade ao mínimo possível, assegurando o respeito das referidas relações jurídicas onde quer que um interesse legítimo – designadamente o de evitar que as justas expectativas das partes e de terceiros sejam frustradas – faça surgir a necessidade de obter para elas a proteção da lei.

15. [...] os propósitos a que o DIP responde são dois. Em primeiro lugar, trata-se de determinar a lei sob o império da qual uma certa relação deve constituir-se para que seja juridicamente válida e possa tornar-se eficaz. Depois [e em segundo lugar], de executar esta tarefa de modo tal que a lei designada seja também tida por aplicável em todos os demais países; [...] a esta questão – a do reconhecimento das situações constituídas no estrangeiro – pode ser dada uma certa autonomia: pode um Estado estabelecer na sua legislação que o reconhecimento *in foro domestico* de tais situações é independente do fato de à constituição da relação jurídica ter presidido a lei declarada competente pelas normas de conflitos locais. Só que não é este o procedimento geralmente adotado: em regra, o reconhecimento pressupõe que a relação tenha sido criada de acordo com as disposições da lei considerada competente pelo DIP do *Forum*. [...] não é bastante dizer que o DIP tem por missão indicar a lei aplicável às relações multinacionais: é indispensável acrescentar que, para cumprir de modo adequado essa missão,

²⁸ BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*. Almedina: Coimbra, 1998. p. 180.

²⁹ CORREIA, Antônio de Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1. p. 31 e ss.

há-de ele proceder em termos de a competência da lei assim designada ser susceptível de reconhecimento universal.

2.2 O reconhecimento das situações estrangeiras como objeto ou problema autônomo do DIP

Como se verá adiante, parte da doutrina francesa³⁰ ao tratar do objeto do DIPr, sustenta que o reconhecimento das situações jurídicas deveria ser destacado do estudo das demais áreas do DIPr, configurando matéria ou objeto autônomo.

Para justificar seu raciocínio, Pillet argumenta que toda vez que a situação houver sido constituída no estrangeiro, a questão da produção de seus efeitos no foro demandará, não a aplicação do método clássico do DIPr, para apontar a lei competente, mas sim, do respeito aos direitos adquiridos pelos indivíduos.

Ferrer Correia não concorda com tal autonomia:

Deve ainda notar-se que certos representantes desta escola, à frente dos quais Pillet, apontavam a existência, a par da questão do conflito de leis, de um problema autônomo: o do reconhecimento dos direitos adquiridos em país estrangeiro. [...]

É inegável a importância do papel que o princípio do reconhecimento dos direitos adquiridos tem a desempenhar em DIP [...] Todavia esse papel não é de molde a justificar a referida autonomização daquele problema relativamente ao do direito de conflitos.

[...] o reconhecimento de um suposto direito adquirido não prescinde do averiguar se o direito alegado efetivamente existe segundo os preceitos de uma lei que, no âmbito do DIP do foro, possamos considerar competente. A determinação da lei competente constitui um *prius* relativamente ao reconhecimento do suposto direito adquirido. Por outro lado, [...] aquele problema – o da averiguação da lei competente – resolve-se pelo DIP da *lex fori*: as regras do direito de conflitos português tanto se aplicam às relações constituídas ou a constituir em Portugal, como às situações já criadas em país estrangeiro. Uma vez determinada a lei aplicável à situação litigiosa, não há senão proceder à aplicação das normas dessa lei que precisamente se referirem a tal situação: elas dirão se no caso concreto há ou não direito adquirido a respeitar.

[...]

Ora, se o reconhecimento de um direito como legitimamente adquirido decorre sem mais do reconhecimento da competência da lei que presidiu à sua constituição e se não é pelo fato de se tratar do reconhecimento de um direito adquirido no estrangeiro que a questão da determinação da lei aplicável deixa de se pôr em face das regras de conflitos da *lex fori* – temos

³⁰ Como se verá adiante, Pillet talvez seja o maior representante desta opinião.

de concluir que aquele problema não é um problema autônomo relativamente ao do conflito de leis.³¹

É preciso notar o acerto do raciocínio de Ferrer Correia³² quando refuta a crítica tecida pela doutrina ao método clássico do DIP, como se não houvesse ele, em todos estes anos, se desenvolvido e se adaptado para oferecer as soluções que o mundo moderno exige, senão vejamos:

A primeira delas é que as objecções dirigidas contra a concepção clássica do DIP e o método conflitual são, na sua maioria inconvincentes. Sem dúvida que o direito internacional privado clássico, na sua ortodoxia, na sua justiça puramente formal, na rigidez das suas normas, era presa fácil da crítica. Mas o amplo movimento contestatário, de que acima falávamos, não teve na devida consideração o facto de que **o DIP dos nossos dias** perdeu muito dessa feição antiga, porque **tem vindo a adaptar-se gradualmente a novas exigências**, a libertar-se de velhos preconceitos nacionalistas, a abrir-se a mais rasgadas perspectivas. **E, assim, o que se contesta e rejeita é em certa medida alguma coisa que já cessou de existir**, algo já reformado ou em caminho de reforma – **não este direito internacional privado que nos esforçamos hoje por emendar e reconstruir**, que tenta vencer a sua crise, mas aquele que, fruto de concepções ultrapassadas, vigorou quase sem oposição durante a primeira metade deste século.

³¹ CORREIA, António de Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1. p. 63 e ss, grifo nosso. Quer o autor dizer que se o reconhecimento de um direito como legitimamente adquirido depende do reconhecimento da competência da lei que presidiu à sua constituição e se tal reconhecimento não afasta a análise da lei aplicável de acordo com a regra de conflitos do foro, então temos de concluir que aquele problema (reconhecimento do direito) não é um problema autônomo do DIP, separado do conflito de leis.

³² CORREIA, António de Ferrer. A codificação do DIP. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 51, 1975. p. 80 e 81.

PARTE II AS DIVERSAS TEORIAS QUE BUSCAM GARANTIR O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS

Como visto acima, o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras sempre foi uma preocupação do DIPr, mas nem sempre pelos mesmos motivos que a doutrina lhe atribui hoje em dia.

Nas fases iniciais da história do DIPr, a soberania dos Estados era um conceito mais importante do que o reconhecimento das situações jurídicas ou o conceito de direitos adquiridos enquanto garantidores da legítima expectativa das partes. No entanto, esse mesmo conceito de soberania levou, ainda que indiretamente, a doutrina da época, a criar mecanismos para garantir o respeito aos direitos de seus súditos pelos Estados estrangeiros. Nesse sentido surgiu a *comitas*, ou a ideia de cordialidade entre Estados.

Talvez Huber tenha sido o primeiro a adotar a ideia de respeito aos direitos adquiridos como uma manifestação de cordialidade ou gentileza com os demais Estados, sustentando que o Estado que quisesse participar do comércio internacional, deveria “agir de maneira cortês com os seus parceiros, a fim de obter para seus nacionais um tratamento recíproco”³³.

Neste capítulo veremos o desenvolvimento das teorias do DIPr que, de uma forma ou de outra, guardam relação com o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras relativas ao estatuto pessoal, sendo tratado, ora junto com o conflito móvel, ora com o conflito de sistemas, ora como uma questão de territorialidade, ora como uma questão de direito intertemporal.

³³ Huber *apud* PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11^{ème} ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 62. No original: « *C'est même pour lui à la fois une obligation naturelle, que Huber fonde sur l'idée de respect des 'droits acquis', et l'obéissance à ses propres intérêts bien compris, car un État qui prétend participer au commerce international - c'est précisément le cas des Pays-Bas - se doit d'agir courtoisement à l'égard de ses partenaires, afin d'obtenir pour ses sujets un traitement réciproque.* ».

CAPÍTULO 3 AS PRIMEIRAS MANIFESTAÇÕES DA IDEIA DE RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS

3.1 As origens - do período da personalidade à territorialidade das leis

Pierre Mayer³⁴ explica que durante a alta idade média, os Estados ainda não possuíam limites territoriais bem definidos. Naquela época, diversos povos, de culturas distintas, coabitavam o mesmo território, cada qual sendo regido por sua própria lei, vale dizer, a lei que regulava seu próprio grupo étnico, fase à qual o autor dá o nome de “época da personalidade das leis”³⁵.

Percebe-se que o respeito às leis de um grupo não decorria da noção de soberania, a qual viria a ser imposta apenas mais tarde, mas sim, da intuição dos povos daquela época, em favor do respeito aos direitos subjetivos de todos os habitantes de um determinado território que podiam preservar seu estatuto jurídico, ainda quando um povo era vencido por outro.

Pierre Mayer explica, ainda, que toda vez que a relação jurídica envolvia indivíduos de grupos étnicos diversos não se falava, propriamente, em conflito de leis, mas sim, em um problema de combinação, ou aplicação concomitante das diversas leis envolvidas. O negócio era considerado válido se cada um, no momento da conclusão do negócio, tivesse capacidade, de acordo com sua própria lei.

³⁴ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 52. No original : « *Dans les siècles que suivent les invasions barbares, fonctionne le système dit de la personnalité des lois. Les divers peuples (Romains, Saliens, Wisigoths, Burgondes, etc) ne constituent pas des États distincts, puisqu'ils coexistent sur le même territoire ; mais ils conservent leurs lois. Chaque individu est donc régi par la loi du groupe ethnique auquel il appartient. Que soient en présence sur certains territoires des vainqueurs et des vaincus n'entraîne pas la disparition de la loi des seconds au profit de celle des premiers ; on a presque toujours pu observer, de l'Antiquité jusqu'à nos jours, que le nouveau groupe dominant laisse subsister la loi du groupe dominé, lorsque celui-ci est numériquement plus important que lui sur les territoires conquis. Les lois des vaincus ne constituent que la survivance des règles anciennes, émanées d'autorités politiques disparues. Le fondement de leur application ne peut donc résider dans le respect d'une quelconque souveraineté. Mais on admet que chaque individu a un véritable **droit subjectif** à l'application de sa propre loi, application qui traduit son appartenance au groupe ; chacun peut **sua lege vivere**, vivre selon sa loi. [...] S'il n'existe pas à proprement parler à cette période de conflit de lois, on doit en revanche résoudre le problème de la combinaison de deux lois lorsque des relations de droit privé se nouent entre personnes relevant de lois différentes. Le principe de solution est toujours le suivant : on vérifie que chacun a valablement pu acquérir ou aliéner le droit en question selon sa loi personnelle. » (grifo do autor).*

³⁵ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 52.

Com o desenvolvimento das sociedades vieram, também, a fixação da população em um território, para possibilitar o cultivo da terra e a mistura dos diversos grupos, através dos casamentos, levando à criação de novas regras, fruto da combinação das diversas leis que regiam os grupos originais. Assim, a noção de territorialidade das leis vai, pouco a pouco, ganhando espaço e se substituindo à da personalidade.

Essa evolução, ainda segundo Pierre Mayer, se deu de duas formas diferentes³⁶. Na Holanda e demais regiões do norte da Europa, onde havia uma predominância de cidades independentes, surgiu a discussão sobre conflito de jurisdições e aplicação, ou não, da lei do foro, pela autoridade competente, ao passo que na Itália e no Sul da França, onde o regime feudal era prevalente³⁷ e o direito romano era o direito comumente aplicado, o sistema da personalidade das leis foi substituído com maior rapidez por um novo sistema, o dos estatutos³⁸. Esse sistema, como veremos adiante, será desenvolvido, na Holanda, no século XVII, vindo a dar origem a um dos mecanismos atualmente utilizados para o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras³⁹.

3.2 As soluções propostas pela doutrina do final do século XIX e da primeira metade do século XX

Algumas teorias, buscando garantir os direitos adquiridos, viram a necessidade de impor limites à aplicação da regra de conflitos do foro, defendendo o seu afastamento e a consequente aplicação da lei do Estado de constituição da situação jurídica. Outras, reconhecendo o caráter absoluto e ilimitado das regras de conflito do foro, sustentaram a

³⁶ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 54. No original : « *L'évolution s'est produite de façon différente en Italie et dans le Sud de la France d'une part, dans le reste de l'Europe occidentale d'autre part.* »

³⁷ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 55. No original : « [...] *Dans les régions où le système féodal est fortement implanté, et spécialement en France, elle [la formation du système de droit international privé] est plus harmonieuse, grâce au rôle coordonnateur du suzerain, que dans celles où coexistent, comme aux Pays-Bas, de multiples entités indépendantes, villes ou provinces.* ».

³⁸ PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014. p. 56. No original : « *En Italie et dans le Midi de la France, le droit romain constitue le droit commun. Ce facteur a grandement contribué à l'effacement du système de la personnalité des lois en accélérant la disparition des droits barbares concurrents. [...] Ce problème [du conflit de lois] semble se poser en termes assez voisins de ceux que l'on peut observer dans les Pays-Bas du Nord à la même époque dans les deux cas, les conflits naissent entre de multiples cités, dotées de lois propres et attachées à leur indépendance. Mais un facteur original va jouer ici l'apparition, à partir du début du XIIIe siècle, d'une théorie doctrinale, la théorie des statuts, de source principalement universitaire. Liée à la renaissance des études du droit romain, elle puise dans la glose de ce droit ses principes de solution.* ».

³⁹ Ver, adiante, o art. 9º, da lei de Direito Internacional Privado dos Países Baixos.

aplicação da lei do Estado de acolhimento. Outras, ainda, reconhecendo a incompatibilidade entre as duas teorias e a necessidade, de um lado, de se garantir a legítima expectativa das partes, quanto ao respeito aos direitos adquiridos em Estado estrangeiro e, de outro, a observação das regras internas de direito internacional privado, elaboradas pelos legisladores nacionais, sustentaram que o problema do conflito móvel, na verdade, seria um problema de interpretação, que exige que o intérprete faça uma adaptação entre os sistemas de conflito dos Estados em causa e o direito regularmente adquirido. Foi sugerida, então, a criação de um sistema intermediário, casuístico, que levasse em consideração a lei que guarda a relação mais estreita com a situação.

Ante a diversidade das classificações das teorias apresentadas pela doutrina, partiremos, nesta parte do trabalho, daquela apresentada por Moura Ramos, que nos parece a mais clara entre todas as consultadas e que separa as teorias formuladas pela doutrina para a solução do problema do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras em:

- (i) teoria unilateralista, e
- (ii) teorias bilateralistas, por sua vez, subdivididas entre:
 - (ii.i) teorias que propugnam o afastamento da regra de conflitos do foro;
 - (ii.ii) teorias que defendem a aplicação de tais regras e,
 - (ii.iii) teorias que sustentam a consideração da regra de conflitos estrangeiras.

3.2.1 TEORIA UNILATERALISTA

Fundado, a princípio, na soberania dos Estados⁴⁰, o unilateralismo foi aplicado ao reconhecimento dos direitos adquiridos, sustentando que, cada vez que um Estado se considere competente para regular uma situação constituída em seu território, os demais Estados devem reconhecer esta competência e a validade e os efeitos da referida situação, deixando de aplicar suas próprias regras de conflito.

Segundo a teoria unilateralista, a regra de conflitos, ao invés de indicar o elemento de conexão que deve ser apreciado na determinação da lei material que regula a situação, deve,

⁴⁰ AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. Droit International Privé. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 158 e ss. No original : « Apparue à l'époque où le conflit de lois était principalement envisagé comme un conflit de souverainetés, la doctrine unilatéraliste a reproché à la règle bilatérale – ou plutôt – multilatérale – de délimiter indirectement le champ d'application des lois étrangères et par là de porter atteinte aux souverainetés étrangères. ».

simplesmente, determinar qual a lei aplicável, adquirindo, assim, um caráter de norma direta, ou *regola agendi*.

Um exemplo de regra unilateralista, apontado por Batiffol e Lagarde⁴¹ é o artigo 3º, nº 3, do Código civil francês, segundo o qual “a lei francesa rege o estado e a capacidade dos franceses”.

Encontramos outro exemplo no artigo 7º, parágrafo 1º, da nossa Lei de introdução às normas do direito brasileiro, que reza que “realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração”.

Ambos os exemplos, no entanto, foram interpretados pela jurisprudência ou pela doutrina, naquilo que Bertrand Ancel chamou de “bilateralização das conexões”⁴².

Assim, a Corte real de Paris, no caso Busqueta, de 1814, “bilateralizou” a regra do art. 3º, 3, do Código civil francês, e reconheceu que a “capacidade, assim como tudo que interessa o estado civil, é regido pelo estatuto pessoal, que afeta a pessoa e a segue, em qualquer lugar que ela vá ou se encontre”⁴³.

O mesmo ocorreu no julgamento, pela Corte de cassação, em 1860, do caso Bulkley, que será melhor exposto quando tratarmos da analogia entre o conflito móvel e o direito transitório interno:

esta é a consequência do princípio, reconhecido pelo art. 3 [...], que estas (leis pessoais), que regem o estado e a capacidade das pessoas, seguem os franceses, mesmo residentes em países estrangeiros, e seguem, igualmente, na França, os estrangeiros que aqui residem⁴⁴.

⁴¹ BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 423, nº 253. No original: « *On lui a opposé l'idée que le droit privé ne devrait poser, comme pour le droit pénal ou le droit fiscal, que des règles unilatérales, c'est-à-dire délimitant le champ d'application de la loi du for. Ainsi, au lieu de poser en règle que l'état et la capacité sont régis par la loi nationale, la règle de conflit se bornerait à énoncer que la loi française régit l'état et la capacité des Français. [...] dans un système unilatéraliste, la règle de conflit du for ne désigne pas la loi étrangère applicable, elle laisse s'appliquer la loi étrangère qui se déclare applicable à la situation litigieuse* ».

⁴² ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017. p. 537.

⁴³ FRANÇA, Cour de Paris, 13/06 /1814, *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 1. p. 1-9, esp. p. 1-2, tradução nossa.

⁴⁴ FRANÇA, Cour de Cassation, (Ch. civ.), 28/02/1860, *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4. p. 26-33, esp. p. 27 e ss, tradução nossa. No original : « *Que telle est la conséquence du principe, reconnu par l'article*

Da mesma forma, o artigo 7º, parágrafo 1º, deve ser compreendido de forma bilateral para reconhecer o princípio da aplicação da lei do local de celebração, às formalidades do ato, conforme nos ensina Dolinger⁴⁵.

Algumas regras de conflito, que se pretendem bilaterais, contudo, podem conter disposições de natureza unilateral, gerando situações “dúbias”, como nos demonstra Bernard Audit⁴⁶, ao citar a regra do art. 311-15, do Código civil francês⁴⁷, que trata do conflito de leis relativo à determinação da filiação.

A regra de conflitos verdadeiramente unilateral é aquela que, segundo Bernard Audit⁴⁸, além de determinar a aplicação da sua própria lei material, cria um mecanismo que impede sua bilateralização, como o art. 309, do Código civil francês relativo à lei aplicável ao divórcio e à separação de corpos, cujas duas primeiras alíneas impedem a bilateralização uma da outra, conforme a seguir transcrito:

Artigo 309

O divórcio e a separação de corpos são regidos pela lei francesa:

- quando ambos os cônjuges tenham a nacionalidade francesa;
- quando ambos os cônjuges sejam domiciliados no território francês;
- quando nenhuma lei estrangeira se reconheça competente enquanto os tribunais franceses se considerem competentes para conhecer do divórcio ou da separação de corpos⁴⁹.

3 [...] ; que celles-ci, qui régissent l'état et la capacité des personnes, suivent les Français, même résidant en pays étranger, et suivent également en France l'étranger qui y réside ».

⁴⁵ DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional Privado (Parte Especial) Direito Civil Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1: A família no Direito Internacional Privado. t. 1: Casamento e divórcio no Direito Internacional Privado. p. 7.

⁴⁶ AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 166.

⁴⁷ FRANÇA, Code civil, article 311-15 - *Toutefois, si l'enfant et ses père et mère ou l'un d'eux ont en France leur résidence habituelle, commune ou séparée, la possession d'état produit toutes les conséquences qui en découlent selon la loi française, lors même que les autres éléments de la filiation auraient pu dépendre d'une loi étrangère.*

⁴⁸ AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 165. No original: « Une règle de conflit est de forme unilatérale lorsqu'elle délimite le champ d'application de la seule loi du for. Mais une telle règle est fréquemment bilatéralisable [...] Une règle est donc véritablement unilatérale lorsque son auteur a indiqué qu'elle ne devait pas être bilatéralisée ou lorsqu'elle est techniquement insusceptible de l'être. ».

⁴⁹ FRANÇA, Code civil, article 309, tradução nossa. *Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française :*

- lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française ;
- lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français ;
- lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétente, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps.

Paul Lagarde cita, ainda, como exemplo dessa teoria, o artigo 5º, da Lei Venezuelana de direito internacional privado:

As situações jurídicas criadas em conformidade de um direito estrangeiro que se reconhece competente segundo os critérios internacionalmente admissíveis, produzirão seus efeitos na República, a menos que não contrariem os objetivos das regras de conflito venezuelanas, que o direito venezuelano não reivindique, sobre a matéria, uma competência exclusiva ou que elas sejam manifestamente incompatíveis com os princípios essenciais da ordem pública venezuelana⁵⁰.

As regras unilaterais teriam mais um caráter de “regras de aplicação da lei do foro”⁵¹, do que de verdadeiras regras de conflito de leis, que deveriam ser neutras.

Moura Ramos esclarece que, de acordo com o unilateralismo, o Estado do foro seria obrigado a reconhecer “todos os direitos e situações jurídicas adquiridos e constituídos no estrangeiro de acordo com uma lei que se considerasse competente. O que se traduziria numa proteção praticamente total dos direitos ou situações adquiridos ou reconhecidos no estrangeiro”⁵².

No entanto, destaca ele, os casos de lacuna de leis reguladoras da situação, nos ordenamentos que mantenham, com ela, algum vínculo, não poderiam gerar a aquisição de direitos, na medida em que as partes, por não se apoiarem em nenhum ordenamento jurídico, não poderiam ter criado expectativa sobre a validade da situação. Por outro lado, só haverá um conflito relevante de leis, na hipótese de mais de uma lei se declarar competente para regular a situação e, isso, à condição que uma delas considere o ato inválido⁵³.

Essa teoria não resolve o problema do reconhecimento do direito adquirido, na medida em que só admite a aplicação da regra de conflitos do Estado de celebração caso a regra do foro não se considere competente para regular a situação.

⁵⁰ LAGARDE, Paul. La méthode de la reconnaissance est-elle l’avenir du droit international privé? *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 23, tradução nossa.

⁵¹ Segundo a expressão utilizada por Bernard Audit, *In: AUDIT, Bernard ; D’AVOUT, Louis. Droit International Privé*. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 166.

⁵² MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 25.

⁵³ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 25.

3.2.2 TEORIAS BILATERALISTAS

Foi Savigny⁵⁴ quem propôs que cada relação jurídica deve ter uma “sede”, vale dizer, um ponto de contato mais relevante, que varia de acordo com a natureza da própria relação. Caberia, então, à regra de conflitos indicar qual seria a sede da relação jurídica, apontando qual lei material, entre todas as que mantêm uma ligação com a relação jurídica, é a mais indicada para regulá-la.

Mas, para que se possa encontrar o elemento de conexão mais adequado a cada relação jurídica era necessário, antes, classificá-la. Assim, a regra de conflitos, em um primeiro momento, deveria definir a categoria jurídica à qual pertence a relação para, em seguida, determinar qual o elemento de conexão, ou a sede, da referida relação.

E isto deveria, ao menos na concepção de Savigny, ser feito de forma harmônica, obedecendo critérios universais, que os Estados adotariam para unificar as soluções dadas por cada um deles às situações internacionais.

Savigny sugeriu a adoção de alguns critérios, já utilizados desde os tempos dos estatutários, como o domicílio ou a nacionalidade, para regular as questões relativas ao estatuto pessoal e o lugar da localização dos bens, para regular as relações concernentes a eles.

Ocorre que o que se viu foi que cada Estado criou regras próprias de direito internacional privado, sem observar a uniformização de critérios sugerida por Savigny.

Desta forma, cada vez que um juiz é provocado para conhecer de uma situação com elementos de estraneidade – que tanto pode ter sido celebrada em seu território, quanto em um Estado estrangeiro e busca, no seu próprio sistema jurídico, as regras para regular a situação, ele aplica, tanto para a qualificação da relação jurídica, quanto para a busca do elemento de conexão, soluções que, no mais das vezes, divergem daquelas adotadas pelos demais Estados.

Reside aí, a dificuldade encontrada por aqueles autores que, adotando o bilateralismo, como proposto por Savigny, sustentam o respeito aos direitos adquiridos, como veremos a seguir.

⁵⁴ A doutrina de Savigny será melhor estudada adiante, por ora, faremos apenas referências a ela, quando necessário.

O movimento codificador do direito internacional privado e a nacionalização das fontes do direito internacional privado - que levaram os Estados a criar suas próprias regras nacionais de conflito de leis, sem uma coordenação entre os demais Estados -, é apontado, por Moura Ramos, como a razão para o afastamento do universalismo proposto por Savigny⁵⁵.

3.2.2.1 Teorias que propugnam o afastamento da regra de conflitos do foro

3.2.2.1.1 A teoria dos direitos adquiridos de Antoine Pillet

A doutrina dos direitos adquiridos, formulada por Pillet⁵⁶, propugna o reconhecimento, pelo estado de acolhimento, das situações jurídicas constituídas em um Estado estrangeiro, sustentando que esse reconhecimento é um dos princípios do direito internacional privado, decorrente da necessidade de se assegurar a constância das relações jurídicas internacionais⁵⁷.

Esse princípio seria fundamental para o direito internacional privado e, ainda que não tivesse sido, à sua época, formulado pela doutrina, já era aplicado, instintivamente, desde sempre:

Podemos dizer que, do ponto de vista do direito, esse princípio é um dos primeiros elementos de nossa ciência do direito internacional privado e acrescentaríamos, com razão, que, ainda que ele só tenha sido recentemente destacado, ele, de fato, sempre foi aplicado⁵⁸.

Pillet formulou sua doutrina dos direitos adquiridos, nos seguintes termos:

O caso que nos interessa é aquele de um direito que foi adquirido regularmente em um certo país e que queremos, em seguida, executar em

⁵⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de Direito Internacional Privado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 11 a 48, esp. p. 12.

⁵⁶ PILLET, Antoine. La Théorie générale des droits acquis. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925.

⁵⁷ PILLET, Antoine. La Théorie générale des droits acquis. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925. p. 490. No original : « Cette règle de droit, dont l'importance paraît dès l'abord extrême, c'est précisément ce principe du respect des droits régulièrement acquis, qui fera l'objet de cette étude. C'est un principe nouveau, non pas qu'on ne l'ait pas appliqué de tout temps, car la nécessité qu'il représente est sans réplique, mais parce qu'on l'appliquait d'instinct et sans lui donner de formule ».

⁵⁸ PILLET, Antoine. La Théorie générale des droits acquis. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925. p. 492, tradução nossa. No original : « Aussi l'on peut bien dire qu'au point de vue du droit, ce principe est l'un des premiers éléments de notre science du droit international privé, et l'on ajouterait avec raison que, bien qu'il n'ait été dégagé que tout récemment, en fait il a toujours été appliqué ».

outro país. [...] Todas as vezes que um direito foi regularmente adquirido em um país qualquer, esse direito deve ser respeitado e os efeitos que ele produz devem ser-lhe garantidos em outro país, que faça parte, como o primeiro, da comunidade internacional. É uma necessidade absolutamente inelutável, um princípio sem o qual nenhum comércio internacional seria possível e, da mesma forma, nenhuma relação entre os nacionais de cada país, como os estrangeiros⁵⁹.

Já em 1904, quando substituiu o Professor Lainé, na disciplina Direito Internacional Privado, na Faculdade de Direito de Paris, após enunciar que o objeto do direito internacional privado é “estabelecer um certo acordo entre as leis de diferentes países, uma certa harmonia entre os diversos sistemas legislativos”⁶⁰ e anunciar a divisão tripartite de seu curso, Pillet justificou tal divisão, explicando que as questões de direito internacional privado deveriam ser compreendidas em três momentos diferentes, a saber: (i) quando o direito ainda não existe; (ii) quando o direito nasce, e (iii) quando o direito foi adquirido⁶¹.

Percebe-se que Pillet compreende o direito internacional privado de uma forma diferente daquela que até então era apresentada. Para ele, a matéria se dividiria em 3 partes distintas, a saber: (i) a condição jurídica dos estrangeiros; (ii) a solução dos conflitos de leis e, (iii) o efeito internacional dos direitos regularmente adquiridos⁶².

⁵⁹ PILLET, Antoine. La Théorie générale des droits acquis. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925. p. 491 e ss, tradução nossa. No original : « *Le cas qui nous intéresse est celui d'un droit qui a été acquis régulièrement dans un certain pays et que l'on veut ensuite faire exécuter dans un autre pays. [...] Toutes les fois qu'un droit a été régulièrement acquis dans un pays quelconque, ce droit doit être respecté et les effets qu'il produit doivent lui être garantis dans un autre pays faisant partie comme le premier de la communauté internationale. C'est une nécessité absolument inéluctable, un principe sans lequel aucun commerce international ne serait possible et, par là même, aucune relation des nationaux de chaque pays avec les étrangers* ». Ver também, BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 517, (nº 318-1).

⁶⁰ PILLET, Antoine. Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905. Paris: Pedone, [1905?]. p. 4 e ss. No original : « *Le droit international privé a pour objet d'établir un certain accord entre les lois de différents pays, une certaine harmonie entre les divers systèmes législatifs* ».

⁶¹ PILLET, Antoine. Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905. Paris: Pedone, [1905?].p. 18 e 19. No original: « *Il m'a semblé, Messieurs, au cours de mes études de Droit International Privé, que ces questions de conflits et d'effets de droits acquis devaient être séparées, soit parce qu'elles ne se présentent pas au même moment de l'existence du droit, soit parce qu'elles n'ont pas la même amplitude et ne peuvent pas être résolues de la même façon. C'est ce qui vous explique la division tripartite de ce cours* ».

⁶² PILLET, Antoine. Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905. Paris: Pedone, [1905?]. p. 12. « *À mon avis, le droit international privé comprend trois grandes questions : 1º La condition des étrangers ; 2º La solution des conflits de lois, e 3º L'effet international des droits acquis* ». Esta ideia será retomada mais tarde, por Paul Lagarde, para justificar a exclusão do método conflitual clássico e a aplicação do método do reconhecimento das situações jurídicas, como veremos adiante.

A grande novidade reside na ideia de que o método clássico do conflito de leis ficaria reservado ao momento da constituição da situação jurídica⁶³, quando poderiam ocorrer duas hipóteses, a saber:

- (i) a situação não contém elementos de estraneidade – caso em que deveria ser observada a lei material do Estado de celebração e;
- (ii) a situação contém elementos de estraneidade – caso em que deveríamos descobrir qual a lei competente para regular, tanto a validade, quanto os efeitos da situação.

E Pillet justifica essa ideia explicando que, quando uma situação jurídica já nasce plurilocalizada - por conter elementos que se relacionam com mais de um ordenamento jurídico -, o conflito, ou melhor, o concurso entre as leis, surge no momento de sua constituição, quando se coloca a questão de saber a qual destes ordenamentos cabe regular sua existência e validade⁶⁴.

Segundo Pillet, após sua criação, caso a situação viesse a se encontrar sob os domínios de sistema jurídico diverso⁶⁵ daquele em que foi constituída, bastaria que o juiz do Estado de acolhimento verificasse se esse direito foi regularmente adquirido (ou a situação regularmente constituída) no Estado estrangeiro, para que pudesse produzir efeitos neste novo sistema jurídico⁶⁶, sem ofender os valores fundamentais do foro. A “extensão dos efeitos de

⁶³ Paul Lagarde, em sua conferência inaugural no Curso da Haya de 2014, ao enunciar que o Direito Internacional Privado deveria ser dividido em 2 partes, a saber: (i) a criação dos direitos – com a aplicação do método de conflito de leis – e, (ii) sua eficácia fora da ordem jurídica que o criou – com a aplicação do método do reconhecimento das situações jurídicas - retoma, ainda que parcialmente, a divisão da matéria apresentada, em 1904, por LAGARDE, Paul. *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 19-42, esp. p. 20. No original: « [Cette méthode de la reconnaissance] montre que la véritable division interne de cette discipline n'est pas, comme on l'enseigne souvent encore aujourd'hui, la division entre conflits de lois et conflits de juridictions [...] La véritable division de cette discipline est entre la création des droits et leur efficacité hors de l'ordre juridique qui leur a donné naissance ».

⁶⁴ PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 17. No original: « Mais les conflits ne surgissent qu'au moment de la naissance de ce rapport de droit, parce que c'est à ce moment que les lois auxquelles la validité de ce rapport est subordonnée exercent leur autorité et produisent leur effet [...] ».

⁶⁵ Ou, para falar como Pillet, se houver “diversidade de soberanias”. PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 21.

⁶⁶ PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 18. No original: « Une question de conflit de lois met toujours en jeu la validité ou l'invalidité d'un rapport de droit. Le juge n'a qu'à dire si ce rapport est valable ou nul. Au contraire, quand il s'agit de mesurer les effets internationaux d'un droit acquis à l'étranger, on ne se demande plus si ce droit est valable ou inexistant, il ne s'agit plus que de savoir s'il peut produire ses effets à l'étranger, et dans quelle mesure il peut les produire ».

um direito a um país que não aquele onde ele foi constituído” repousa na prévia aplicação da lei competente pela autoridade estrangeira que celebrou o ato ou criou o direito⁶⁷.

E é aqui, segundo a doutrina, que reside a falha de Pillet: como verificar se o direito foi regularmente adquirido no Estado de origem?

Segundo o próprio Pillet, essa regularidade dependeria da aplicação, no momento da constituição, da lei material mandada aplicar pela regra de conflitos do foro, vale dizer, do Estado de reconhecimento⁶⁸.

Esta conclusão decorre daquela contradição apontada acima, entre a codificação dos sistemas de conflito e o método bilateral proposto por Savigny.

O juiz, de fato, não dispõe de outra ferramenta, senão a sua própria regra de conflito de leis, para determinar qual a lei aplicável à situação jurídica estrangeira. E a eventual autorização para que seja aplicada uma lei estrangeira precisa decorrer da própria regra de direito internacional privado interno do foro. Cabe ao legislador nacional, ao elaborar a regra de conflito de leis, escolher o elemento de conexão mais relevante para cada uma das categorias jurídicas tuteladas pelo seu ordenamento jurídico. Esta escolha, a depender da configuração do caso em si, poderá levar à aplicação de uma lei material interna, bem como à

⁶⁷ PILLET, Antoine. Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905. Paris: Pedone, [1905?]. p. 19. No original: « Si le droit prétendu existe déjà dans un pays quelconque au profit de la personne qui prétend l'exercer, il ne s'agit que de savoir si ce droit peut être étendu à un pays autre que celui où il a été constitué. C'est une question d'effet international des droits acquis. [...] Quelle loi était compétente ? Cette loi a été suivie ? Voilà la forme habituelle de cette question ».

⁶⁸ PILLET, Antoine. La Théorie générale des droits acquis. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye, v. 8, p. 485-537, 1925. p. 498. No original : « Nous plaçons dans une seconde catégorie les droits qui dès l'origine sont internationaux. Au moment même de leur naissance, par conséquent, ces droits touchaient à plusieurs pays et mettaient en jeu l'autorité de plusieurs législations. Pour être régulièrement acquis, il est nécessaire qu'ils aient été constitués en conformité de la législation compétente et nous savons que par législation compétente il faut entendre celle dont l'application est commandée par le principe de droit international privé en vigueur. [...] Mais une question secondaire se présente. La législation compétente est indiquée dans chaque pays par la théorie générale du droit international privé qui a été établie par le législateur et qui est suivie dans ce pays. De quelle catégorie de droit international privé s'agit-il ici ? Faut-il pour la régularité du droit acquis qu'il ait été constitué suivant la loi considérée comme compétente dans le lieu de sa constitution, ou suivant la loi réputée compétente dans le lieu où l'on prétend faire valoir son effet ? Il ne peut exister aucun doute sur ce point dans une question qui, comme celle-ci, touche à l'étendue de l'application de la loi et, par conséquent, au domaine de la souveraineté, la seule formule obligatoire est celle que donne la *lex fori* ; il n'y a donc pas à s'inquiéter de la loi réputée compétente dans le pays de la constitution, mais de celle qui est considérée comme telle dans le pays du juge. [...] c'est le choix fait entre ces deux doctrines par la loi du juge qui sera déterminante quant à la régularité du droit acquis. Cette dernière condition est de nature à faire naître certaines inquiétudes quant à la possibilité par les particuliers de constituer des droits acquis. Ces inquiétudes sont légitimes. On ne doit pas cependant les exagérer ».

aplicação de uma lei material estrangeira – hipótese em que ocorrerá o reenvio – mas, em qualquer dos casos, essa escolha terá decorrido de uma ponderação do legislador nacional.

Para usar a expressão de Paul Lagarde, essa conclusão é, no mínimo, decepcionante⁶⁹.

Moura Ramos também destaca essa incompatibilidade do raciocínio de Pillet, “que acaba por esvaziar e retirar a independência ao princípio que tanto começou por destacar” e, mais adiante, “parece-nos difícil negar [...] a dificuldade de, mau grado todas as boas intenções em contrário, conseguir uma razoável proteção dos direitos adquiridos sem quebrar a coerência devida aos pontos de partida doutrinários de que decorrem as teses bilateralistas”⁷⁰.

3.2.2.1.2 A teoria de Étienne-Adolphe Bartin

Bartin, que foi o primeiro a identificar o problema do conflito móvel, parece discordar de Pillet quanto ao fundamento da necessidade do reconhecimento dos direitos adquiridos.

Enquanto Pillet se preocupava com a questão do respeito da soberania dos Estados, Bartin se preocupava com a estabilidade das instituições jurídicas no comércio internacional⁷¹.

⁶⁹ Veja-se, por exemplo, a crítica de Paul Lagarde em LAGARDE, Paul. *La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, 2014. p. 22. No original: « [...] partant de la constatation irréfutable qu'aucunes relations de droit privé n'existeraient dans la société internationale si les droits acquis dans un pays n'étaient considérés comme existants que dans ce seul pays », concluait cependant que pour assurer le respect des droits acquis à l'étranger, il fallait au moins s'assurer de la régularité de leur acquisition au regard du droit international privé et que chaque état était en droit d'appliquer à cette question son propre droit international privé et de ne donner exécution sur son territoire qu'aux droits constitués conformément aux lois qu'il considère comme compétentes'. Cette conclusion était décevante, car elle ne faisait pas sauter le verrou de l'application de la règle de conflit du for et perdait de ce fait tout intérêt, comme le lui ont reproché avec sarcasme certains auteurs, dont surtout, ici même, Arminjon ».

⁷⁰ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais : estudos de Direito Internacional Privado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 28.

⁷¹ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 310. No original : « Certes sa position était un peu plus nuancée que celle de Pillet, car il tranchait le conflit dans chaque cas, d'après l'analyse de l'institution, en tenant compte du besoin plus ou moins grand d'unité entre les effets à venir et la situation originaires. Mais ce besoin lui paraissait plus pressant dans le commerce international que dans la vie interne parce que le changement des lois applicables dépend, là de circonstances relevant de la volonté individuelle, ici de la décision du législateur ».

Parece, no entanto, que Bartin percebia melhor a incoerência que se encontrava no raciocínio de Pillet que, separando o momento da criação da situação jurídica, do momento de seu reconhecimento, pretendia afastar a aplicação da regra de conflitos do foro ao reconhecimento das situações estrangeiras, desde que regularmente constituídas de acordo com a própria lei de conflitos que se pretendia afastar.

Bartin parece compreender que o método conflitual não deve ser afastado no momento do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras pois só se pode determinar se uma situação estrangeira foi regularmente constituída, aplicando-se, justamente, a regra de conflitos do foro⁷², conforme a seguir:

[...] o respeito aos direitos adquiridos pressupõe, como única condição, exceção feita à ordem pública, que a lei competente tenha sido aplicada, dito de outra maneira, que as regras de conflito de leis tenham sido observadas; o respeito dos direitos adquiridos não coloca, portanto, um problema distinto do conflito de leis, ele é apenas uma ocasião de sua aplicação⁷³.

Essa parece ser, também, a opinião de Pascal de Vareilles-Sommières, para quem seria inconcebível dissociar o respeito aos direitos adquiridos do método do conflito de leis, justamente porque é através desse método que se determina a regularidade da situação constituída no estrangeiro. Segundo ele, o reconhecimento dos direitos adquiridos seria uma questão de violação, ou não, da ordem pública:

Na verdade, é inexato dissociar de forma tão radical as duas situações, porque a eficácia dos direitos adquiridos no estrangeiro coloca, necessariamente, um problema de conflito de leis em um sistema que, como o francês, subordina esta eficácia à constatação que o direito tenha sido regularmente constituído no estrangeiro, em conformidade com a lei competente segundo a regra de conflitos francesa. Uma tal exigência conduz, irresistivelmente, a questão, ao terreno dos conflitos de leis, de tal sorte que o único verdadeiro efeito, em direito positivo, do respeito internacional dos direitos adquiridos se situa no plano do efeito atenuado da ordem pública⁷⁴.

⁷² Isto nos sistemas que condicionam a homologação ou a concessão do exequatur a um exame exauriente do mérito da decisão estrangeira.

⁷³ BARTIN, Étienne-Adolphe. *Principes de Droit International Privé selon la loi et la jurisprudence françaises*. Paris : Éditions Domat-Montchrestien, [1930] v. 1. p. 195. *Apud* BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8^{ème} ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 518, tradução nossa. No original : « *le respect des droits acquis suppose comme seule condition, réserve faite de l'ordre public, que la loi compétente ait été appliquée, autrement dit que les règles des conflits de lois aient été observées ; le respect des droits acquis ne pose donc pas un problème distinct du conflit des lois, il n'est qu'une occasion de sa mise en œuvre* ». Isto, claro, naqueles Estados que adotam um sistema de controle exauriente.

⁷⁴ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10^{ème} ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 310, tradução nossa. No original : « *En réalité, il est inexact de dissocier de façon aussi radicale les deux situations, car l'efficacité des droits acquis à l'étranger pose nécessairement un problème de conflit de lois dans un système que, comme le système français,*

Batiffol e Lagarde⁷⁵ também veem, na ordem pública, um ponto em que o regime jurídico dos direitos adquiridos se distingue daquele do conflito de leis. Com efeito, a exceção de ordem pública poderia impedir a criação de uma situação jurídica no foro, mas poderia admitir, diante da mesma situação, constituída no exterior, a produção de seus efeitos, no que a jurisprudência francesa convencionou chamar de “efeito atenuado da ordem pública”⁷⁶.

Embora a doutrina costume citar o caso Chemouni⁷⁷ para ilustrar a atenuação dos efeitos da ordem pública, o primeiro caso em que a Corte de cassação aplicou este princípio foi o caso Bulkley⁷⁸, julgado em 1860, em que, entre outras questões, a Corte se manifestou sobre o reconhecimento, na França, de um divórcio pronunciado conforme a lei nacional dos cônjuges, apesar de, à época do reconhecimento, a lei que autorizava o divórcio na França, ter sido revogada. Sobre essa decisão, Paul Lagarde teceu o seguinte comentário:

subordonne cette efficacité à la constatation que le droit a été régulièrement constitué à l'étranger en conformité de la loi compétente d'après la règle de conflit française. Une telle exigence ramène irrésistiblement la question sur le terrain des conflits de lois de telle sorte que le seul effet véritable en droit positif du respect international des droits acquis se situe au plan de l'effet atténué de l'ordre public ».

⁷⁵ BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8^{ème} ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 518, n. 319. No original: « Il existe assurément un point sur lequel le respect des droits acquis obéit à un régime différent de celui du conflit des lois : l'intervention de l'ordre public. L'ordre public peut ne pas s'opposer aux effets en France d'un droit acquis à l'étranger alors qu'il s'opposerait à son acquisition en France ».

⁷⁶ Como se verá adiante, na segunda parte deste trabalho, onde também será analisada a jurisprudência relativa à atenuação dos efeitos da ordem pública.

⁷⁷ Tratava-se do pedido de pensão alimentícia, apresentado pela segunda esposa de um israelita de nacionalidade tunisiana, contra seu marido, ambos domiciliados na França. Os dois casamentos haviam sido realizados na Tunísia, em 1940 e 1945, na forma religiosa mosaica, considerada válida pela lei tunisiana. As duas uniões geraram filhos e todos se mudaram para a França. Em 1950, o Sr. Chemouni abandonou a segunda esposa e seus filhos. Um primeiro pedido de alimentos com duração fixa de um ano foi concedido, sem que o marido contestasse a validade do casamento. No entanto, ao julgar um segundo pedido de alimentos, desta vez por prazo indefinido, contestado pelo marido, o Tribunal da Seine indeferiu o pedido entendendo que Sr. Chemouni, tendo adquirido a nacionalidade francesa durante o procedimento, “havia perdido seu estatuto pessoal ao fixar domicílio na França e que a lei francesa não poderia, por razões de ordem pública, reconhecer uma união poligâmica”. Um recurso foi formado pela esposa e a Corte de cassação que, entendendo que “a reação ao encontro de uma disposição contrária à ordem pública não é a mesma segundo ela impeça a aquisição de um direito na França ou que se trate de deixar produzir, na França, os efeitos de um direito adquirido sem fraude, no estrangeiro e em conformidade com a lei competente em virtude do direito internacional privado francês”, cassou a decisão do Tribunal da Seine e reenviou o caso ao Tribunal de Grande Instância de Versailles, que entendeu que “[...] a noção de ordem pública não tem a mesma extensão conforme se trate da aquisição de direito na França ou do efeito, na França, de direitos adquiridos, sem fraude, no estrangeiro” e considerou, ainda, que “no caso, não poderia ser contrário à ordem pública francesa impor, na França, a execução de uma obrigação tão natural e elementar, tão conforme o direito das gentes e às noções de moral comumente admitidas por todas as nações civilizadas, como aquela de um marido, de contribuir à manutenção da família regular e legalmente por ele criada, de acordo com sua lei nacional” (tradução nossa). Um novo recurso foi formado pelo marido, desta vez, rejeitado pela Corte de Cassação. Cour de Cassation (1^{ère} civile, 28 janv. 1958 e 19 fév. 1953) In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3^{ème} ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 30-31, p. 235-247, esp., p. 236 e 237.

⁷⁸ FRANÇA, Cour de Cassation, (Ch. civ.), 28/02/1860, In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3^{ème} ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4, p. 26-33, esp. p. 27 e ss.

Ainda que seja pouco provável que a Corte de cassação tenha tido plena consciência de fazer jorrar a faísca, podemos considerar que a decisão Bulkley esclarece as premissas da doutrina do efeito atenuado da ordem pública, a qual, amadurecerá longamente ainda antes de encontrar seu pleno desenvolvimento na decisão Rivière⁷⁹.

Nesta decisão, de 1860, a Corte de cassação, além de entender que a finalidade do DIP é evitar a existência de decisões divergentes, sobretudo em matéria de estatuto das pessoas e admitir que decisões estrangeiras relativas ao estatuto pessoal proferidas pelo juiz competente, de acordo com as regras de direito internacional privado francesas, produzissem efeito na França sem passar por uma revisão de fundo da decisão, lançou, pela primeira vez, os conceitos da atenuação da ordem pública, ainda sem fixar, exatamente, o princípio.

No caso, uma cidadã inglesa - Sra. Bulkley - se casou, na Holanda, com um cidadão holandês, adquirindo, assim, a nacionalidade do marido. Após o divórcio, regularmente pronunciado pelo Tribunal da Haya, em 1858, e devidamente inscrito no registro civil daquele país, a Sra. Bulkley decidiu se casar, em Paris, com um cidadão francês. Ocorre que o divórcio havia sido abolido, na França, por uma lei de 1816 e o oficial do registro civil de Paris se recusou a celebrar o casamento por entender que, sendo a Lei de 1816 de ordem pública, a decisão holandesa de divórcio não poderia produzir efeitos na França e, como o artigo 147, do Código civil, proibia a bigamia, o casamento não poderia ser celebrado.

A Corte de cassação, interpretando o art. 3º, nº 3, do Código civil francês, que determina que o estado e a capacidade das pessoas são regidos por sua lei nacional⁸⁰, reconheceu o divórcio pronunciado de acordo com a lei nacional das partes e autorizou a celebração do segundo casamento, reconhecendo que, embora a Lei de 1816 tivesse abolido o divórcio na França e ainda que suas disposições tivessem natureza de ordem pública, seus efeitos só teriam incidência sobre os fatos ocorridos nos limites do seu território, não alcançando o ato jurídico regularmente constituído no Estado estrangeiro e isso, por respeito aos “princípios mais incontestáveis do direito” que, infelizmente, não foram enumerados na decisão.

Pelo interesse que ela representa, cabe, aqui, transcrever um trecho da decisão:

⁷⁹ LAGARDE, Paul. *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*, nº 11, p. 14. *Apud* ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4, p. 32, tradução nossa.

⁸⁰ A bilateralização da regra do art. 3º, 3, do Código civil francês havia sido estabelecida na decisão Busqueta, de 1814, da Corte real de Paris, que reconheceu a natureza bilateral da regra do art. 3º, nº 3, do Código civil francês (v. nota 56).

[...]; é, portanto, pelas leis de seu país, pelos fatos constituídos nesse país, conforme suas leis, que deve ser apreciada a capacidade do estrangeiro para contrair casamento na França; que, desta forma, o estrangeiro cujo primeiro casamento foi legalmente dissolvido no seu país, seja pelo divórcio, seja por qualquer outra causa, adquiriu, definitivamente, sua liberdade e a leva consigo a todos os lugares onde lhe convier residir; - Considerando-se que a Lei de 8 de maio de 1816 não ofende nenhum desses princípios; - Que, com efeito, ainda que esta lei seja de ordem pública e que, em consequência, não seja possível derogá-la por convenções particulares (art. 6º); que se, por outro lado, os tribunais não podem conceder ou sancionar divórcios que os oficiais do estado civil não poderiam pronunciar, a Lei de 1816 deve ficar constricta aos limites que ela mesma se impôs, (vale dizer) pelo respeito aos princípios mais incontestáveis do direito; - Que a Lei de 1816 só poderia querer - e só quis - dispor para o futuro e para a França; que ela não alcançou, por sua única disposição, nem os divórcios anteriormente pronunciados (na França), nem os divórcios pronunciados regularmente no estrangeiro; - Que se - ponto não contestado -, um divórcio pronunciado na França, antes da Lei de 1816, devolveu aos cônjuges a liberdade de contrair um novo casamento, o mesmo ocorreu com a liberdade adquirida pelo estrangeiro, no seu país, por um divórcio legalmente pronunciado; que não há ofensa à ordem pública ou aos bons costumes, nem em um caso, nem no outro; e que a lei francesa, que não contém disposições proibindo formalmente os casamentos contraídos em tais circunstâncias, apenas confirmou, com seu silêncio, de um lado, o princípio da irretroatividade das leis e, de outro, o respeito devido às legislações estrangeiras que dispõem sobre o estado e a capacidade das pessoas submetidas à sua soberania; [...]⁸¹.

Na decisão Rivière⁸², proferida em 1953, a Corte de cassação finalmente estabeleceu os contornos da atenuação da ordem pública para reconhecer os efeitos, na França, de um divórcio por consentimento mútuo pronunciado no Equador.

⁸¹ FRANÇA, Cour de Cassation, (Ch. civ.), 28/02/1860, In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4, p. 26-33, esp., p. 27 e ss., grifo nosso, tradução nossa. No original: « [...] – *Que c'est donc par les lois de son pays, par les faits accomplis dans ce pays conformément à ses lois, que doit être appréciée la capacité de l'étranger pour contracter mariage en France ; qu'ainsi, l'étranger, dont le premier mariage a été légalement dissous dans son pays, soit par le divorce soit pour toute autre cause, a acquis définitivement sa liberté, et porte avec lui cette liberté partout où il lui plaira de résider ; - Attendu que ces principes ne reçoivent aucune atteinte, en France, de la loi du 8 mai 1816 ; - Qu'en effet, si cette loi est d'ordre public, et si en conséquence il n'est pas possible d'y déroger par des conventions particulières (art. 6 c. nap.), si, para une autre conséquence, il n'est pas permis aux tribunaux d'ordonner ou de sanctionner des divorces que les officiers de l'état civil ne pourraient prononcer, la loi de 1816 doit être renfermée dans les limites qu'elle s'est tracées, par respect pour les principes du droit les plus incontestés ; - Que la loi de 1816 n'a pu vouloir et n'a voulu statuer que pour l'avenir et pour la France ; qu'elle n'a atteint, par sa disposition unique, ni les divorces antérieurement prononcés, ni les divorces prononcés régulièrement à l'étranger ; que si, ce qui n'est pas contesté, un divorce prononcé en France avant la loi de 1816, a rendu aux époux la liberté de contracter un nouveau mariage, il en est de même de la liberté acquise par l'étranger, dans son pays, au moyen d'un divorce qui y aura été légalement prononcé ; qu'il n'y a d'atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs ni dans un cas, ni dans l'autre ; et que la loi française, qui ne contient aucune disposition prohibant formellement des mariages contractés dans des pareilles circonstances, n'a fait, par son silence, que confirmer, d'une part, le principe de non-rétroactivité des lois, et, d'autre part, le respect dû aux législations étrangères statuant sur l'état et la capacité des personnes soumises à leur souveraineté [...] ».*

⁸² FRANÇA, Corte de cassação, (Ch. civ.) 17/04/1953. In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 26, p. 204-214.

Tratava-se do caso de uma cidadã russa, naturalizada francesa, que se casou, na França, com um cidadão russo. Após viverem vários anos no Equador, Estado cuja nacionalidade adquiriram - o casal se divorcia de forma consensual (não admitida na França). A ex-esposa contrai novas núpcias no Marrocos, com um cidadão francês e, após alguns anos, apresenta um pedido de divórcio ao Tribunal de Casablanca. O marido, buscando evitar a condenação ao pagamento de alimentos, alega a nulidade do casamento, diante da irregularidade da dissolução do primeiro casamento de sua esposa. O Tribunal de Casablanca, aplicando a lei francesa, da nacionalidade do marido, entende que o divórcio pronunciado no Equador não poderia ser reconhecido na França. Essa decisão foi reformada pela Corte de apelação de Rabat que, entendendo que era preciso afastar a aplicação distributiva das regras relativas ao casamento, aplicou a lei equatoriana, que era a lei tanto do domicílio do primeiro casal, quanto do local da celebração do divórcio, reconhecendo a validade do divórcio por consentimento mútuo e, em consequência, a validade do segundo casamento.

A Corte de cassação francesa, no recurso interposto pelo marido, confirmou a decisão da Corte de apelação de Rabat e formulou o princípio da atenuação da ordem pública, esclarecendo que a objeção de ordem pública:

Deve ser apreciada de forma diferente, segundo o divórcio litigioso tenha, ou não, sido adquirido no estrangeiro por aplicação da lei competente em virtude do regulamento francês de conflito; que, com efeito, a reação ao encontro de uma disposição contrária à ordem pública não é a mesma segundo que ela coloque obstáculo à aquisição de um direito na França ou segundo se trate de deixar produzir, na França, os efeitos de um direito adquirido, sem fraude, no estrangeiro e em conformidade com a lei competente em virtude do direito internacional privado francês⁸³.

Nos comentários à decisão, os autores dão a entender que a distinção entre a criação de um direito e o seu reconhecimento - utilizada para a construção do princípio da atenuação dos efeitos da ordem pública -, teria origem na doutrina de Pillet, exposta acima⁸⁴.

⁸³ ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 26, p. 206, grifo nosso, tradução nossa. No original : « *Attendu que l'objection soulevée par le pourvoir, d'atteinte à l'ordre public français, doit être appréciée de façon différente suivant que le divorce litigieux a été ou non acquis à l'étranger par application de la loi compétente en vertu du règlement français des conflits ; qu'en effet, la réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français* ».

⁸⁴ ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 26, p. 212. No original : « *C'est semble-t-il Pillet [...] et Niboyet qui érigèrent en directive générale l'opposition entre droits acquis et droits à acquérir [...]* ».

No entanto, é forçoso reconhecer que, nem sempre, a manutenção dos efeitos da situação jurídica estrangeira no Estado de acolhimento é desejável. Essa manutenção pode se mostrar inconveniente, como nos mostra o exemplo trazido por Batiffol e Lagarde, segundo o qual, uma pessoa casada sob um regime jurídico que não admita o divórcio, caso viesse a se mudar para um Estado que admita a dissolução do casamento, poderia alegar que adquiriu o direito de não ver seu casamento dissolvido, o que, a princípio, se chocaria com o direito do outro cônjuge de se divorciar.

No caso Ferrari⁸⁵, julgado em 1922, a Corte de cassação francesa foi obrigada a se manifestar sobre a possibilidade de conversão em divórcio, de uma separação de corpos por consentimento mútuo celebrada na Itália, entre um casal de italianos, cuja esposa, retornando à França, readquiriu sua nacionalidade francesa anterior ao casamento e lá requereu a conversão da separação de corpos em divórcio. Ocorre que: (i) à época, a lei italiana não reconhecia o divórcio e; (ii) na França, o divórcio por conversão só poderia ser declarado se a separação de corpos se fundasse na culpa de um dos cônjuges.

A Corte de cassação, aplicando a lei nacional comum dos cônjuges, reconheceu a validade da decisão italiana, e não autorizou a conversão da separação de corpos em divórcio. A esposa, então, foi obrigada a ajuizar uma nova ação de divórcio direto na França, pondo fim à união.

Neste caso, vemos que a aplicação da teoria dos direitos adquiridos, como formulada por Pillet, levou à impossibilidade de se pronunciar o divórcio de um casamento pois, pela lei italiana, o casamento era indissolúvel.

3.2.2.2 *Teoria que propugna a analogia entre o conflito móvel e o direito transitório interno*

Segundo Paul Roubier⁸⁶, que dedicou uma obra ao estudo do direito transitório, o conflito móvel – ou o conflito de leis no espaço, como era tratado antes de Bartin -, se origina da “mobilidade do homem que, transferindo-se através das fronteiras, dá vida a relações jurídicas que podem depender de várias legislações”, acarretando a submissão de um mesmo fato jurídico “a leis emanadas de soberanias diferentes”, enquanto que o conflito de leis no

⁸⁵ FRANÇA, Corte de Cassação, (Ch. civ.) 06/07/1922. In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 12, p. 91-96.

⁸⁶ Roubier, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 3-5.

tempo “nasce, não da coexistência de leis, mas de sua sucessão” dentro do mesmo sistema jurídico⁸⁷.

Ainda segundo Roubier⁸⁸, a semelhança entre os dois institutos residiria em sua finalidade, já que ambos visam “resolver os conflitos de leis, procurando a lei mais competente para regular uma situação jurídica”, finalidade essa que lhes confere a natureza

⁸⁷ Ao lado do conflito de leis no tempo e do conflito de leis no espaço, existem outros tipos de conflitos transitórios, tratados pela doutrina e pela jurisprudência, que convém serem citados, para que não se faça confusão entre eles e o conflito de leis no tempo, ora estudado. O primeiro deles é o conflito transitório internacional que, segundo B. Ancel, ocorre antes da aplicação da regra de conflitos e que consiste, justamente, na alteração da regra de conflitos do foro, configurando um conflito no tempo das regras de conflito de leis no espaço. Ele ocorre quando a regra de conflitos do foro é alterada e implica na decisão sobre qual das regras de conflito deve ser aplicada ao caso. A Corte de cassação francesa cuidou de um caso relacionado a um casal de espanhóis domiciliados na França, que haviam obtido uma separação de corpos, numa época em que a regra de conflitos francesa determinava a aplicação, ao divórcio, da lei nacional dos cônjuges. Anos mais tarde, após a entrada em vigor da Lei de 11/07/1975, que reformou o art. 310, do Código Civil francês (hoje, artigo 309), alterando a regra de conflitos do divórcio e determinando a aplicação da lei do domicílio, o ex-marido requereu, então, a conversão da separação de corpos em divórcio. Ocorre que a Lei de 11/07/1975 continha disposições especiais de direito transitório que determinavam sua inaplicabilidade aos pedidos que haviam sido iniciados antes de sua entrada em vigor. O Tribunal de apelação de Rouen, então, aplicou a lei antiga, determinando a aplicação da lei espanhola, que vedava o divórcio. A Corte de cassação reformou a decisão anterior, por entender que as disposições especiais de direito transitório eram aplicáveis, apenas, às situações internas e que, às situações internacionais, seria aplicável a regra geral de direito transitório, a saber, a aplicação imediata da nova regra de conflitos (caso Ortiz-Estacio, CCass., 1^{re} Ch. Civ., 13/01/1982, *In*: ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3^{ème} ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 62, p. 496-503). Sobre esse tipo de conflitos, veja-se os comentários de Paul Roubier, *in verbis*: “Não se pode confundir os conflitos no tempo de leis de direito internacional privado, das quais nos ocupamos aqui, com os conflitos de leis no espaço que se realizam em dois tempos: por exemplo, uma mulher italiana para quem o divórcio é proibido por sua lei pessoal e se naturaliza francesa; ela pode pedir o divórcio conforme a lei desta segunda nacionalidade? É certo que existe uma questão de tempo envolvida, mas o conflito é um conflito de leis no espaço, pois trata-se de saber qual é o limite no tempo de uma soberania territorial, se ela se manifesta, ou não, sobre uma pessoa que parece se movimentar no território de uma outra soberania; assim, esses conflitos, nascidos da circulação através dos territórios, e que Bartin chama, por esta razão, de conflitos móveis, são conflitos de leis relativos, exclusivamente, ao direito internacional privado. [...] Naturalmente pode ocorrer que, enquanto o conflito móvel se desenvolve, a lei de direito internacional privado mude, e que um conflito de leis no tempo venha se enxertar no conflito de leis no espaço” (ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2^{ème} ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 573, tradução nossa). A outra espécie de conflito transitório que importa referir é o chamado conflito transitório de direito estrangeiro, que implica na alteração do direito material estrangeiro mandado aplicar pela regra de conflitos do foro. Ele ocorre, portanto, após o exercício do método conflitual. A decisão Leppert c. M^{me} Grauschopf ilustra bem a situação. Tratava-se de um caso de filiação. Pela regra de conflitos francesa, a lei aplicável à filiação era a lei da nacionalidade da mãe no momento do nascimento, no caso, a lei alemã. O filho, após uma alteração legislativa na Alemanha, que revogou a antiga ação de investigação de paternidade para fins apenas alimentícios e criou a ação com fins sucessórios, resolveu acionar os descendentes de seu pretenso pai biológico, reclamando seu direito à herança. A Corte de apelação de Colmar negou o pedido, entendendo aplicável a lei alemã em vigor na data do nascimento. A Corte de cassação, reafirmando o princípio do reenvio, entendeu que “em caso de modificação ulterior da lei estrangeira designada, cabe a esta lei resolver os conflitos de leis no tempo”. Assim, o juiz francês deveria aplicar a lei alemã, da mesma forma que ela seria aplicada pelo juiz alemão (caso Leppert c. M^{me} Grauschopf, CCass, 1^{re} Ch. Civ., 03/03/1987. *In*: ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3^{ème} ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 70, p. 559-565, esp. p. 560 e 565).

⁸⁸ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2^{ème} ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 5.

comum de um “*jus supra jura*, um direito dos direitos”, ou um “direito que governa as relações entre as diversas regras de direito”.

Teria sido, portanto, por conta dessa finalidade comum, que a doutrina, anterior à criação da disciplina do direito internacional privado, associava o tratamento dado a ambos os institutos. A analogia entre eles teria sido introduzida, já no início do século XIX⁸⁹, por Weber e por J. D. Mayer, um juiz holandês.

Tanto Pillet⁹⁰ quanto Roubier⁹¹, concordam que Savigny⁹² havia percebido a proximidade entre os dois institutos, mas, detectando, também, a contraposição entre os efeitos da lei no tempo (e a irretroatividade das leis) e os efeitos da lei no espaço (ou o conflito móvel), teria percebido suas divergências, poupando-se de defender a analogia entre eles.

Até onde conseguimos perceber, teria sido Pillet⁹³ o primeiro a apontar o engano na analogia feita por M. de Vareilles-Sommières entre o respeito aos direitos adquiridos e a irretroatividade das leis, lembrando que:

- (i) em direito internacional privado não há que se falar em sucessão de leis no tempo, mas sim, de concurso de leis, e
- (ii) as leis em questão não emanam de legisladores do mesmo Estado, mas de legisladores de Estados diversos.

Também Vicente Rao parece não concordar com esta analogia, conforme se nota do trecho a seguir transcrito:

Do respeito aos direitos adquiridos, como limite imposto à ação das leis no tempo, originou-se a tese, por muitos sustentada, da identidade entre o direito intertemporal ou transitório e o direito internacional privado. [...] Argumentos decisivos se opõem, entretanto, à aceitação desses conceitos. Decorre, de fato, a tese acenada, da noção de direito adquirido, considerada como critério de solução dos conflitos das normas jurídicas no tempo; mas,

⁸⁹ WEBER, Ueber die Rückwendung positive Geselre, Hanovre, 1811, § 75, p. 178. *Apud* ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 6.

⁹⁰ PILLET, Antoine. *La Théorie générale des droits acquis. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925. p. 490.

⁹¹ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 6.

⁹² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí : Unijuí, 2004. v. 8. p. 32 e 33.

⁹³ PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 354-355.

segundo demonstramos no capítulo anterior, este critério mereceu e vem merecendo as mais severas restrições.

Ademais, os conflitos relativos à chamada retroatividade ou irretroatividade das leis nascem entre normas que constituem um só sistema jurídico positivo, normas que se dirigem no sentido de uma unidade estrutural, consagrando o direito peculiar e positivo de cada povo, ao passo que os conflitos disciplinados pelo direito internacional privado recaem sobre sistemas diversos e independentes; e enquanto aqueles estão submetidos a uma só soberania, a um só poder dotado da faculdade de editar normas jurídicas e a um só poder jurisdicional, este revela e envolve a atividade normativa de soberanias diversas⁹⁴.

A ideia de assimilar os conflitos móveis aos conflitos de leis no tempo teria sido retomada, mais tarde, por Batiffol, em um artigo publicado, originalmente, em 1950, no qual ele sustenta que a analogia entre as duas espécies de conflito (no tempo e no espaço) seria evidente e que o fato de a causa do conflito ser diversa, não impediria que ambos os institutos recebessem o mesmo tratamento, conforme transcrição a seguir:

É de se notar que os internacionalistas que, como Pillet, se dedicaram a resolvê-lo (o conflito móvel) antes do desenvolvimento moderno da teoria dos conflitos no tempo, tenham feito uso da noção de respeito aos direitos adquiridos que, à época, pareciam a chave do problema da não-retroatividade das leis. Hoje em dia, há uma concordância com a consideração que as soluções de conflitos no tempo valem pura e simplesmente para esses conflitos que Bartin chamou “móveis”, sem que a diferença que separa sua origem daquela dos conflitos transitórios internos deva implicar uma diferença de regime⁹⁵.

Segundo Batiffol e Lagarde, também Goldschmidt considera que existe um paralelo entre a solução dos conflitos no tempo e no espaço, devido ao caráter indireto da regra de conflito⁹⁶.

Nesse sentido, Pascal de Vareilles-Sommières⁹⁷ aponta que o direito transitório, ao vedar a retroatividade da lei do foro, preserva a validade e os efeitos produzidos pela situação jurídica até o momento de seu deslocamento no espaço.

⁹⁴ RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 396.

⁹⁵ BATIFFOL, Henri. *Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps*. In : _____. *Choix d'articles* : rassemblés par ses amis. Paris : LGDJ, 2016. *E-book* Fenixx réédition numérique. Tradução nossa. No original: « *Il est caractéristique que les internationalistes qui, comme Pillet, se sont attachés à le résoudre avant le développement moderne de la théorie des conflits dans le temps, aient fait appel à la notion de respect des droits acquis qui, à l'époque, paraissait la clef du problème de la non rétroactivité des lois. Aujourd'hui on s'accorde de plus en plus à considérer que les solutions des conflits dans le temps valent purement et simplement pour ces conflits que Bartin a appelé 'mobiles', sans que la différence qui sépare leur genèse de celle des conflits transitoires internes doive emporter une différence de régime* ».

⁹⁶ BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 474, nota 209.

Em que pese todas as distinções enxergadas por Pillet, Roubier e Ráo serem exatas, ainda assim é preciso reconhecer que, com alguns temperamentos (que serão vistos mais adiante), a solução do direito transitório parece ser mais satisfatória do que aquela proposta pela teoria de Pillet.

Ademais, há que se notar que as regras de direito transitório não diferem muito de um Estado para outro, sendo assim, as partes já estão relativamente familiarizadas com a regra da imediata entrada em vigor da lei nova no que diz respeito às suas relações jurídicas de direito interno, não sendo de todo discrepante que assim também se comportem as relações jurídicas estrangeiras.

É nesse sentido a regra do artigo 6º, da Lei de introdução às normas do direito brasileiro: “a lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitado o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”, bem como o artigo 12º do Código civil português⁹⁸ e o artigo 2º, do Código civil francês⁹⁹.

Em consequência, apesar de reconhecermos que, no conflito móvel, o fator tempo não é o elemento principal, mas apenas um fator secundário à relação jurídica, consideramos que a aplicação das soluções do direito transitório às hipóteses do conflito móvel não implica no não reconhecimento de sua especificidade. Na verdade, a solução do direito transitório permite que as partes se integrem de maneira mais harmônica à sua nova realidade, seja ela um novo domicílio ou uma nova nacionalidade, o que, excetuados os casos de circulação forçada, presume-se terem sido escolhas voluntárias.

Como exemplo da conveniência da aplicação das regras do direito transitório aos conflitos móveis, a doutrina francesa costuma citar alguns casos, que convém trazer aqui, para ilustrar a situação:

⁹⁷ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 312.

⁹⁸ PORTUGAL, Código civil português, art. 12. 1. A lei só dispõe para o futuro; ainda que, lhe seja atribuída eficácia retroactiva, presume-se que ficam ressalvados os efeitos já produzidos pelos factos que a lei se destina a regular [...].

⁹⁹ FRANÇA, Código civil francês, artigo 2º. La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif.

No primeiro deles, o caso Bulkley¹⁰⁰, já referido acima, ante a alteração da lei material do foro, a Corte de cassação, nos fundamentos da decisão, fez referência aos efeitos da lei no tempo e no espaço, reconhecendo, além da irretroatividade da lei nova, a sua incidência restrita aos fatos ocorridos nos limites do seu território.

No caso Patiño¹⁰¹, um dos casos mais complexos da jurisprudência francesa de direito internacional privado, a Corte de cassação, entre outras decisões, reconheceu a validade e os efeitos já produzidos pela situação jurídica até o momento da alteração do elemento que preenche o elemento de conexão, aplicando, a partir daí, a regra do foro, no caso, a regra francesa de conflitos, contida no art. 3º, nº 3, do Código civil francês.

No caso, um cidadão boliviano, Sr. Patiño, casou-se, em 1929, em Madri, com a duquesa de Durcall, espanhola. Para adotar o regime de separação de bens, da lei boliviana, os cônjuges celebraram um pacto antenupcial, do qual, no entanto, o pai da noiva (menor de idade à data do casamento) não participou, o que tornava o pacto nulo para as duas leis em questão. Vinte anos mais tarde, a Sra. Patiño alegou, em Paris, a nulidade do pacto.

A questão que se colocou, então, foi a de saber se a ação de nulidade estava, ou não prescrita. Enquanto a lei boliviana previa um prazo de dez anos para a ação de nulidade, a lei espanhola previa um prazo de trinta anos.

Os tribunais franceses decidiram que se tratava de uma questão de capacidade, que segundo a regra francesa de conflitos, era regida pela lei da nacionalidade e aplicaram, ao prazo prescricional, a lei espanhola, afastando o regime de separação de bens adotado no pacto e declarando, em consequência, que o regime aplicável era o regime legal da lei boliviana, a saber o regime da comunidade de aquestos¹⁰².

¹⁰⁰ FRANÇA, Cour de Cassation, (Ch. civ.), 28/02/1860. In : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 4, p. 26-33, esp. p. 27 e ss.

¹⁰¹ ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 38-39, p. 287-304.

¹⁰² LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 316, n. 338. No original : « Patiño, de nationalité bolivienne, avait épousé en 1929 à Madrid, la duchesse de Durcall, de nationalité espagnole, qui devait devenir bolivienne par son mariage. Par contrat de mariage intervenu la veille de la célébration du mariage, les futurs époux avaient adopté comme régime matrimonial le régime bolivien de la séparation de biens. Malheureusement le contrat de mariage avait été passé sans que le père adoptif de la future épouse, qui était mineure, ait donné son autorisation. Il était donc nul aussi bien d'après la loi bolivienne que d'après la loi espagnole. Mais Mme Patiño n'ayant intenté son action en nullité que plus de vingt ans après la passation du

Podemos perceber que nestes dois casos, a aplicação imediata da regra de conflitos do foro não impediu o reconhecimento das situações estrangeiras. Cumpre observar, no entanto, que esta solução só foi possível porque não houve conflito entre as regras de direito internacional privado do Estado de celebração e do foro, vale dizer, as situações haviam sido constituídas de acordo com a lei da nacionalidade da parte, cujo elemento de conexão correspondia àquele adotado pela regra de conflitos do foro.

Por vezes, contudo, quando essa coincidência de regras de conexão não ocorrer, a aplicação ilimitada da regra de conflitos do foro pode levar à dificuldade de reconhecimento da situação jurídica estrangeira, sobretudo quando se tratar de situações estrangeiras que, originalmente, não contenham nenhum elemento de estraneidade que remeta ao direito do foro.

Bernard Audit reconhece nessas situações “o problema [...] do conflito de sistemas no tempo, mas por sucessão de conexão com ordens jurídicas distintas”¹⁰³, e sugere que:

Pode parecer razoável renunciar à aplicação da regra de conflitos do foro, às quais as partes não tinham, (no momento da celebração), nenhuma razão de se preparar, quando esta aplicação viria perturbar uma situação legitimamente tida por adquirida¹⁰⁴.

Pensamos que mais que o afastamento absoluto da regra de conflitos do foro ou sua aplicação imediata e irrestrita, a solução do conflito móvel demanda uma coordenação entre as duas teorias.

Assim, a doutrina criou novas teorias, buscando acomodar a necessidade de manutenção dos direitos adquiridos aos princípios do direito internacional privado.

contrat, il s'agissait de savoir si la nullité n'était pas couverte par le jeu de la prescription extinctive. Or, sur ce point, la loi bolivienne et la loi espagnole divergeaient, la première admettant la prescription décennale et la seconde la prescription trentenaire. Les tribunaux français ayant considéré que l'on se trouvait en présence d'une incapacité générale relevant de la loi nationale de l'intéressé, avaient à résoudre un conflit mobile du fait du changement de nationalité de Mme Patiño consécutivement à son mariage. Ils ont décidé qu'il y avait lieu de soumettre la prescription à la loi espagnole, loi du rattachement ancien au motif que la prescription d'une action en nullité relève de la loi régissant la nullité qui est elle-même celle régissant la condition de validité qui fait défaut. Ils ont en conséquence estimé que l'action en nullité du contrat de mariage n'était pas prescrite et ont déclaré le contrat de mariage nul. Ainsi, les deux époux Patiño ont été considérés comme mariés sous le régime légal bolivien de la communauté d'acquêts ».

¹⁰³ AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. Droit International Privé. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 286. No original : « *Le problème est ici celui d'un conflit de systèmes dans le temps, mais par succession de rattachements avec des ordres juridiques distincts* ».

¹⁰⁴ AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. Droit International Privé. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018. p. 286, tradução nossa. No original : « *Il peut sembler raisonnable de renoncer à l'application de la règle de conflit du for, à laquelle les parties n'avaient à ce moment aucune raison de s'attendre, lorsque cette application viendrait perturber une situation légitimement tenue pour acquise* ».

3.2.2.3 Teorias que sustentam a consideração da regra de conflitos estrangeira

O condicionamento do reconhecimento das situações estrangeiras à aplicação das regras de conflito do foro, próprio aos Estados que exercem um controle exauriente das decisões estrangeiras, como a França, sobretudo até a segunda metade do século XIX¹⁰⁵, mostrou que o problema continuava sem solução. Era preciso encontrar uma forma de, apesar da divergência encontrada nos sistemas de direito internacional privado dos diversos Estados, alcançar a harmonização e a comunidade de direitos, tão caras a Savigny.

Parte da doutrina, então, buscou novas formas de, como disse Moura Ramos, “proteger de alguma forma a confiança das partes na validade dos seus actos jurídicos enquanto conformes a uma lei que se tem como competente, mas que assim já não é considerada pela Regra de conflitos do foro”¹⁰⁶.

Algumas dessas teorias propuseram soluções aplicáveis, apenas, às situações sem conexão com o foro, sugerindo a autolimitação da regra de conflitos do foro. Outras sugeriram a aplicação da regra de conflitos estrangeira em um maior número de casos, conforme passa-se a demonstrar.

Tratando das situações estrangeiras sem conexão com o foro, importa destacar a posição de Meijers¹⁰⁷, que veio a ser incorporada ao art. 21, do Tratado Benelux, relativo à lei uniforme de direito internacional privado, e que sustenta a

[...] validade das situações jurídicas estrangeiras adquiridas em desrespeito pelo preceituado na Regra de Conflitos do foro, quando as referidas situações foram constituídas segundo a lei aplicável à luz do direito internacional privado dos países principalmente interessados¹⁰⁸.

Batiffol reconhecendo a inconveniência da aplicação da lei do foro a situações em que as partes, no momento de sua constituição, não podiam prever sua intervenção, sugere que, nestes casos, a lei do foro seja afastada sob a condição de que todas as leis que

¹⁰⁵ Veja-se os esclarecimentos iniciais sobre a evolução da jurisprudência francesa relativa ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras, no item 1.1.

¹⁰⁶ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 29, n. 9.

¹⁰⁷ MEIJERS. *La question du renvoi*. Bulletin de l'Institut Juridique International, 1938, p. 191-231. *Apud* MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 31, nota 67.

¹⁰⁸ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 31.

guardassem relação com a situação estrangeira no momento da celebração, adotassem o mesmo critério de conexão, vale dizer, que não houvesse um conflito de sistemas entre elas¹⁰⁹.

Makarov¹¹⁰, avançando um pouco na teoria, sustenta que a regra de conflitos do foro deve ser afastada toda vez que a situação estrangeira sem vínculo com o foro tiver sido constituída de acordo com a maioria preponderante das leis “interessadas na situação a regular”¹¹¹.

Moura Ramos nos informa que, por considerar estas ideias ainda muito tímidas, outros autores criaram novas teorias que buscavam alcançar um maior número de situações.

Foi assim que Francescakis, analisando as situações estrangeiras que, na sua origem, eram totalmente nacionais, concluiu que tais situações deveriam escapar à regra de conflitos do foro. Ele estabeleceu, então, um princípio, segundo o qual, as regras de conflito do foro não podem regular todas as relações, devendo sofrer, em consequência, uma limitação espacial. Nestes casos, Francescakis entendia que a única regra de conflitos a ser aplicada seria a do Estado de celebração.

Já com relação às situações que sejam internacionais desde a sua origem, ele concorda com as teorias de Batiffol e Meijers, segundo a qual tais situações devem ser reconhecidas no foro desde que a “lei material considerada competente por todos os sistemas jurídicos em contato com a situação em causa”¹¹².

Mas, segundo Moura Ramos, o interesse da doutrina de Francescakis reside na solução a ser dada para o caso de haver divergência entre estes sistemas. Nestas hipóteses, Francescakis parece adotar a solução proposta por Niboyet - que sustentava uma posição unilateralista – segundo a qual, a situação seria reconhecida na França à condição que a lei francesa não se considerasse competente e que a situação não violasse a ordem pública, na

¹⁰⁹ BATIFFOL, Henri. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz, 2002. p. 310. *Apud* MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 32, nota 69.

¹¹⁰ MAKAROV, Alexandre. Les cas d’application des règles de conflit étrangères. *Revue Critique de Droit International Privé*, v. 44, 1955, p. 431-457, esp. p. 456. *Apud* MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 32.

¹¹¹ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 33.

¹¹² FRANCESCAKIS, Phocion. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958. *Apud* MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 35.

opinião. Esta orientação parece ter sido adotada no artigo 53 do anteprojeto da comissão de reforma do Código civil francês, cuja redação era a seguinte: “A menos que a lei francesa se declare competente, toda situação jurídica criada no estrangeiro, em virtude de uma lei estrangeira que se reconheça competente, produz efeitos na França”¹¹³.

Moura Ramos¹¹⁴ destaca, no mesmo sentido, a posição de Haroldo Valladão, que constou do art.78, do anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas:

São reconhecidos no Brasil os direitos adquiridos no estrangeiro, de boa-fé, em virtude de acto ou julgamento aí realizados, de acordo com o direito estrangeiro vigorante, salvo se for caso da competência exclusiva do direito brasileiro, e observadas sempre as reservas estabelecidas no artigo 79.

Finalmente, a tese de Graulich, mais radical, que criaria, no dizer de Moura Ramos, um “super DIP”¹¹⁵ e que propõe o afastamento da regra de conflitos do foro, em benefício da aplicação da regra de conflitos do Estado de celebração, sem considerar nenhuma das exceções até então referidas, como a não violação da ordem pública ou a ausência de competência da ordem jurídica do foro.

Moura Ramos sintetiza sua crítica a todas estas teorias, dizendo que, ao proporem a aplicação de limites espaciais à regra de conflito, elas a tratam como uma *norma agendi*, ou uma regra material, esquecendo-se de sua natureza de norma instrumental, impassível, portanto, de limitação territorial¹¹⁶.

Embora reconhecendo o avanço destas teorias, Moura Ramos, conclui dizendo que a esses mesmos resultados poderíamos “chegar pela utilização de outros mecanismos existentes no arsenal do DIP [...]”¹¹⁷.

¹¹³ Conforme MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 36. Sobre o anteprojeto de reforma do Código civil francês, v. MAURY, Jacques. *Conflits de lois. Dispositions générales*. In: TRAVAUX du Comité français de droit international privé, hors-série, 1956. La codification du droit international privé. p. 103-116. Disponível em : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1956_hos_1_1_1749. Acesso em : 6 out. 2020.

¹¹⁴ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 36.

¹¹⁵ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 38.

¹¹⁶ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 38.

¹¹⁷ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 33.

CAPÍTULO 4 O ESTADO ATUAL DAS TEORIAS

4.1 O conflito móvel

Percebido por Savigny¹¹⁸ e inicialmente tratado como “conflito de leis no espaço”, uma das espécies do gênero conflitos de leis, ao lado do conflito de leis no tempo¹¹⁹, o deslocamento territorial de situações jurídicas pode acarretar o problema do conflito móvel, que se configura “quando, pela alteração de um elemento de conexão, uma dada situação se submete, sucessivamente, a dois sistemas jurídicos diferentes.”¹²⁰

O problema do conflito móvel pode ocorrer, também, segundo exemplo trazido por Batiffol e Lagarde¹²¹, em outras duas hipóteses, a saber, pela aquisição, por uma pessoa, de outra nacionalidade sem que haja, necessariamente, um deslocamento físico e, ainda, pela anexação de um Estado por outro.

Neste trabalho, no entanto, vamos nos ater, unicamente, à hipótese do conflito móvel em que ocorra um deslocamento da situação jurídica no espaço físico, única hipótese em que se verifica a circulação internacional de pessoas.

A velocidade das transformações ocorridas já na primeira metade do século XIX, fica clara em um artigo de Batiffol, publicado em 1950, no qual o autor comenta as recentes

¹¹⁸ SAVIGNY, VIII, § 383, p. 369. *Apud* RIGAUX, François. Le conflit mobile en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 177, 1996. p. 367, nota 35.

¹¹⁹ ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 3.

¹²⁰ BARTIN, Etienne. *Principes de Droit International Privé, I*, 1930, § 16, p. 30. *Apud* BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 517, nº 318. Veja-se, também, ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960. p. 3. É preciso esclarecer, neste ponto, que no conflito móvel, não é, exatamente, o elemento de conexão que é alterado (nacionalidade por domicílio, por exemplo), mas sim, o elemento que “preenche” ou “complementa” o elemento de conexão, a saber, por exemplo, a substituição da nacionalidade alemã pela nacionalidade espanhola, ou a substituição do domicílio fixado na Dinamarca pelo domicílio fixado na França. Os autores nem sempre trazem esta distinção bem clara, adotando conceitos imprecisos, o que acaba gerando certa confusão. Notamos essa imprecisão no seguinte trecho: “O problema do conflito móvel pressupõe, portanto, que a regra de conflitos admita a mobilidade do *elemento de conexão* e decida, por exemplo, que o estatuto pessoal seja submetido à lei nacional atual do indivíduo” (*In*: BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 517, nº 318, grifo nosso, tradução nossa). Vê-se que, apesar de fazer referência à “mobilidade do ‘elemento’ de conexão”, os autores reconhecem que o estatuto pessoal será regido pela lei da “nova nacionalidade” do indivíduo, demonstrando que a alteração incidirá no elemento que preenche o elemento de conexão e não no elemento de conexão propriamente dito. Neste trabalho, tomaremos o cuidado de nos referir, especificamente, ao elemento que preenche ou complementa o elemento de conexão.

¹²¹ BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 516, n. 317.

alterações ocorridas na teoria do conflito de leis: “[...] as transformações econômicas e sociais do mundo moderno, simultaneamente, desenvolveram as relações internacionais e levaram a França a uma rápida e coerente evolução legislativa, imposta pelos fatos”¹²².

O desenvolvimento das relações econômicas veio, assim, acompanhado do aumento do deslocamento territorial das pessoas.

Estes dois fatores obrigaram os Estados a desenvolver mecanismos capazes de garantir a segurança jurídica, tanto das referidas relações econômicas, quanto das situações jurídicas relativas às pessoas, sobretudo no que toca ao seu estatuto pessoal.

Neste ponto cumpre destacar dois movimentos incongruentes e contraditórios observados no Direito Internacional Privado. De um lado, o movimento codificador, adotado pelos Estados, que acabou por alcançar, também, o Direito Internacional Privado, com a criação de sistemas conflituais divergentes e, de outro lado, a teoria Savigniana, que propunha a criação de uma comunidade de direitos que, para alcançar os objetivos do Direito Internacional Privado, entre eles a garantia dos direitos adquiridos, dependia de certa uniformização das regras de conflito de leis¹²³.

Era claro que a adoção de regras de conflito de leis divergentes entre si não contribuiria para a consecução das finalidades do Direito Internacional Privado, como a garantia da estabilidade das relações jurídicas.

Foi inevitável, assim, a percepção de questões até então não resolvidas – ou, ao menos, mal resolvidas¹²⁴ -, pela doutrina e pela jurisprudência, que necessitavam de novos e melhores instrumentos para resolver estas questões, levando os doutrinadores a revisitar teorias antigas, em busca de soluções para os problemas atuais, uma busca, aliás, sempre necessária, conforme Bertrand Ancel:

¹²² BATIFFOL, Henri. Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps. In : _____. *Choix d'articles : rassemblés par ses amis*. Paris : LGDJ, 2016. *E-book Fenixx réédition numérique*. No original: « [...] *les transformations économiques et sociales du monde moderne ont simultanément développé des relations internationales et appelé une évolution législative qui, si elle a pu passer la mesure en France quant à la rapidité, voire la cohérence, était cependant imposée par les faits.* ».

¹²³ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais : estudos de direito internacional privado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 15.

¹²⁴ PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?]. p. 23, tradução nossa : “Nossa ciência tem um caráter particular que é preciso aceitar, ela é imperfeita. É uma ciência onde, por vezes, os princípios mais sólidos não dão uma boa solução às dificuldades da vida cotidiana. É uma ciência que tem lacunas, lacunas que ela é impotente para combater, ao menos de uma maneira satisfatória para as necessidades do comércio internacional” .

[...] talvez não seja incongruente lembrar que o espetáculo do passado e, talvez, as lições que ele propõe, são mais avidamente buscadas nos períodos de mutação e de falta de discernimento do futuro; ora, de um lado, é um dos traços distintivos da literatura internacional privatista o diagnóstico, a cada época, do estado da crise na qual a disciplina não cessa de se afundar; por outro lado, o desenvolvimento contemporâneo da mundialização, da europeização e do fundamentalismo obrigam, hoje em dia, a multiplicar a mudança de foco e complicam as análises, ao mesmo tempo em que a pesquisa das soluções requeridas pelas relações de direito privado ultrapassam as fronteiras. É então, diante dessa maré de incertezas, o caso de repetir, de início, que ‘mais do que o conhecimento do passado, o espírito jurídico que ela acarreta é necessário ao jurista que pretende se erguer da exegese das regras ao estudo dos conceitos; é à sua formação história, sobretudo, que ele deve ‘essa compreensão do mundo de hoje e do mundo de amanhã’ que espera-se dele’ e, em seguida, como um corolário, que a prática da história ‘oferece ao *espírito analítico* e ao *senso crítico*, essas duas virtudes do jurista formado, um excelente terreno de exercício.¹²⁵

Batiffol e Lagarde, retomando a definição de Bartin, explicam que o conflito móvel se manifesta todas as vezes em que “pela mudança de um elemento de conexão, uma dada situação é, sucessivamente, submetida a dois sistemas jurídicos diferentes”¹²⁶.

Para Pascal de Vareilles-Sommières:

o problema chamado de conflito móvel surge todas as vezes que, após a modificação do elemento localizador de uma situação, segundo a regra de conflito a ela aplicável, somos conduzidos a hesitar entre a competência da lei, tal qual resulta do elemento localizador antes da modificação, e a competência da lei, tal qual resulta do elemento localizador após sua modificação.¹²⁷

¹²⁵ ANCEL, Bertrand. *Éléments d’histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017. p. 16, grifo do autor, tradução nossa. No original : « [...] *il n’est peut-être pas incongru de rappeler que le spectacle du passé et, peut-être, les leçons qu’il propose ne sont jamais plus avidement recherchés que dans les périodes de mutation et d’indiscernabilité du futur ; or, d’une part, c’est l’un des traits distinctifs de la littérature internationalprivatiste que de diagnostiquer, à toute époque, l’état de crise dans lequel ne cesserait de s’enfoncer la discipline ; d’autre part, le développement contemporain de la mondialisation, de l’eupéanisation et de la fondamentalisation contraint aujourd’hui à multiplier les changements de focale et complique les analyses autant que la recherche des solutions que requièrent les rapports de droit privé débordant les frontières. C’est alors, face à la marée des incertitudes, le cas de redire d’abord que ‘plus encore que la connaissance du passé, l’esprit juridique qu’elle engendre est nécessaire au juriste qui veut s’élever de l’exégèse des règles à l’étude des concepts ; c’est à sa formation historique qu’il devra surtout cette compréhension du monde d’aujourd’hui et du monde de demain qu’on attend de lui et ensuite, comme en corollaire, que la pratique de l’histoire offre à l’esprit d’analyse et au sens critique, ces deux vertus du juriste accompli, un excellent terrain d’exercice’* ».

¹²⁶ BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8^{ème} ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 517, n. 318, tradução nossa. No original: « *Il y a ‘conflit mobile’, selon la terminologie introduite par Bartin, quand, par le changement d’un élément de rattachement, une situation donnée est successivement soumise à deux systèmes juridiques différents* ».

¹²⁷ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10^{ème} ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 307 e 308, n. 328, tradução nossa. No original: « *Le problème dit du ‘conflit mobile’ surgit toutes les fois qu’à la suite d’une modification de l’élément localisateur d’une situation d’après la règle de conflit à elle applicable, l’on est conduit à hésiter entre la*

É preciso destacar que, no conflito móvel, o que é alterado - e, sendo alterado, configura o conflito móvel - não é, exatamente, o elemento de conexão¹²⁸ (nacionalidade, domicílio, residência habitual, por exemplo), mas sim, o elemento que “preenche” o elemento de conexão, a saber, por exemplo, a substituição da nacionalidade alemã pela nacionalidade espanhola, ou o domicílio na Dinamarca pelo domicílio na França¹²⁹.

Vemos, assim, que podemos nos deparar com três situações diferentes, a saber:

- (i) os Estados A e B adotam o critério da nacionalidade (que, no exemplo, é do Estado A). Neste caso, apesar da transferência de domicílio de A para B, não haverá conflito móvel;
- (ii) o Estado A, onde são domiciliadas as partes, aplica a lei do domicílio e o Estado B aplica a lei da nacionalidade (que é de A), a situação se desloca de A para B, mas para B não houve conflito móvel; e
- (iii) o Estado A aplica a lei da nacionalidade (que é de A) e B aplica a lei do domicílio (até então, fixado em A) – a transferência do domicílio de A para B gera um conflito móvel, pois para B, o elemento que preenche o elemento de conexão – domicílio - foi alterado (domicílio de A para B).

Importante notar que nem todos os elementos de conexão, como o local de situação do imóvel ou o local do delito, podem acarretar o conflito móvel. Mas todos os elementos de conexão relativos ao estatuto pessoal, a saber, a nacionalidade, o domicílio (ou a residência habitual), além do local de situação dos bens móveis, podem vir a ser completados por outro elemento fático e, assim, acarretar o conflito móvel¹³⁰.

compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur avant sa modification et la compétence de la loi telle qu'elle résulte de l'élément localisateur après sa modification ».

¹²⁸ Os critérios adotados pelos Estados com relação ao estatuto pessoal correspondem, via de regra, à nacionalidade (artigo 3º, 3, do Código civil francês), ou ao domicílio (LINDB, artigo 7º, caput e artigo 31º, do Código civil português).

¹²⁹ Os autores nem sempre trazem esta distinção, o que acaba gerando certa imprecisão nos conceitos, como na transcrição acima que, no entanto, vem seguida do seguinte trecho, desta vez mais preciso: “O problema do conflito móvel pressupõe, portanto, que a regra de conflitos admita a mobilidade do elemento de conexão e decida, por exemplo, que o estatuto pessoal seja submetido à lei nacional *atual* do indivíduo”. Tradução nossa. BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 517, n. 318, No original. « Le problème du conflit mobile présuppose donc que la règle de conflit admette la mobilité du facteur de rattachement et décide, par exemple, que le statut personnel est soumis à la loi nationale actuelle de l'individu. ».

¹³⁰ MAYER, Pierre ; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé*. 11ème éd. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014. p. 181.

Essa distinção entre os elementos de conexão que se prestam, ou não, à ocorrência de um conflito móvel, vale dizer, que podem, ou não, ter seu preenchimento geograficamente modificados, foi trazida por François Rigaux, no curso que proferiu na Academia de Direito Internacional da Haya, em 1964, sobre o conflito móvel no direito internacional privado e, antes dele, por Lewald, Niederer, Morelli e Wengler, entre outros¹³¹.

Assim, após definir o conflito móvel como o “movimento impresso à relação jurídica, naqueles seus elementos que a regra de conflito escolheu como índices de localização ou critérios de conexão”¹³², Rigaux toma emprestada a classificação dos elementos de conexão, feita por Lewald, em constantes e variáveis.

Enquanto os primeiros não podem dar origem ao conflito móvel, os segundos, que compreendem a nacionalidade, o domicílio, a residência de uma pessoa, ou ainda, o local de situação de um bem móvel, podem se deslocar no espaço, dando origem ao conflito móvel¹³³.

Podemos, assim, definir o conflito móvel como a alteração do elemento que preenche o critério de conexão da regra de conflitos do foro, acarretando a aplicação, a uma mesma situação jurídica, de duas ou mais leis materiais distintas, emanadas de diferentes Estados soberanos.

Em regra, como visto, em matéria de estatuto pessoal, essa alteração se dá por força da modificação da localização geográfica da situação jurídica ou, nos ordenamentos que adotem a nacionalidade como critério de conexão, por força da aquisição, pela parte, da nacionalidade de outro Estado, com a perda da nacionalidade original, sem que haja uma modificação geográfica da situação jurídica, mas acarretando a alteração da lei aplicável¹³⁴.

¹³¹ RIGAUX, François. Le conflit mobile en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 177, 1996. p. 357.

¹³² RIGAUX, François. Le conflit mobile en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 177, 1996. p. 357.

¹³³ Convém lembrar que mesmo os elementos de conexão variáveis podem não gerar conflito móvel quando forem “fixados no tempo” pela regra de conflitos.

¹³⁴ É de se notar, contudo, que pode haver deslocamento geográfico da situação jurídica sem que isso implique em conflito móvel. Isso poderá ocorrer: (i) quando ambos os Estados, o de celebração e o de acolhimento, adotem o critério da nacionalidade como elemento de conexão, e que as partes, nacionais de um dos dois Estados, no qual sejam domiciliadas, alterem seu domicílio para o outro Estado. Nestas hipóteses, apesar do deslocamento geográfico, não haverá alteração no elemento que preenche o elemento de conexão do foro, a saber, a nacionalidade das partes, não havendo que se falar em conflito móvel, ou ainda: (ii) nos casos em que a regra de conflitos fixa os critérios de conexão no tempo, como quando adota o “primeiro” domicílio conjugal (LINDB, art. 7º, §§ 3º e 4º), a lei nacional “ao tempo da celebração do casamento”, ou a residência habitual comum “à data do casamento” (art. 53º.1 e 2, do Código civil português).

Em alguns casos, pode ocorrer o que a doutrina convencionou chamar de “situações sem conexão com o foro”¹³⁵, i. e., uma situação jurídica que, no momento de sua constituição, não apresenta nenhum elemento de estraneidade e, assim, releva, exclusivamente, do direito interno do país em que é constituída. Pode ocorrer, no entanto, que, após sua constituição, por circunstâncias adversas, venha a se deslocar para um Estado estrangeiro, com o qual não guardava, até então, nenhuma conexão.

O deslocamento pode ser voluntário, permanente ou temporário, como aqueles para fins de turismo, compromissos profissionais, ou outros, que podem acarretar a subsunção, à autoridade do Estado de celebração, dos atos praticados no período em que o deslocamento durar¹³⁶, apesar de as partes não guardarem uma relação de proximidade com tal Estado, seja por não serem nacionais deste Estado, seja porque nele não têm seu domicílio. Da mesma forma, importa considerar o deslocamento involuntário de certas populações que, por vezes, permanecem durante longo período de tempo fora de seu Estado de origem, em situação precária, em campos de refugiados situados em um Estado “de trânsito” sem, no entanto, que ocorra nenhuma integração com tal Estado.

Em outros casos, a situação jurídica, por conter algum elemento de estraneidade, como, por exemplo, a nacionalidade diversa das partes, são internacionais desde o momento de sua celebração, cabendo, desde logo, inquirir qual a lei aplicável à sua validade e à produção de seus efeitos.

Embora parte da doutrina não trate das situações sem conexão com o foro dentro do conflito móvel, é certo que elas podem se inserir nesse tipo de conflito, na medida em que nestas hipóteses a circulação da situação jurídica para um Estado diverso daquele em que foi constituída poderá acarretar a alteração do elemento que preenche o elemento de conexão, configurando, assim, o conflito móvel. Nestes casos, o tribunal tende a afastar a aplicação da lei do foro em benefício da lei que as partes acreditaram regular a situação (em regra, a lei do local de celebração), prestigiando a legítima expectativa das partes.

¹³⁵ Conforme MAYER, Pierre ; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé*. 11ème éd. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014. p. 171 e ss. Ver, também, LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 267 e ss., n. 278 e 279.

¹³⁶ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 267, n. 279.

Para ilustrar essa situação, podemos citar o caso *Schwebel v. Ungar*¹³⁷, julgado pela Corte Suprema de Ontário, no qual foi apreciado um pedido de anulação do segundo casamento de uma mulher, com fundamento na pretendida nulidade do divórcio anterior.

No início, tratava-se de um casal de judeus húngaros que, em fuga da Hungria para Israel, foram obrigados a permanecer em um campo de refugiados na Itália. Durante o período em que lá permaneceram, realizaram um divórcio na forma judaica. Após viverem anos em Israel, na condição de divorciados, a ex-esposa contraiu novas núpcias, também de acordo com a lei judaica, e mudou-se para o Canadá com seu segundo marido. Anos mais tarde, a esposa requereu o divórcio perante a Corte canadense. Seu marido, então, alegou a nulidade do casamento ante a pretendida invalidade do divórcio realizado na Itália, na forma da lei judaica.

A Corte rejeitou a nulidade do segundo casamento, alegada pelo segundo marido, reconhecendo a ausência de vínculo da situação jurídica, vale dizer, do divórcio, com o local de sua constituição, reconhecendo a inaplicabilidade, tanto a lei do local de celebração do ato (lei italiana), quanto a lei da nacionalidade das partes (lei húngara), que não reconheciam esta forma de divórcio, para aplicar a lei religiosa de Israel, sob a qual as partes haviam vivido durante anos e que justificou a legítima expectativa das partes a respeito da validade de seu estatuto pessoal.

Outro caso frequentemente citado, pela doutrina francesa, como exemplo do afastamento da regra de conflito do foro em benefício da regra de conflito do local de celebração do ato, é o caso *Machet e Revelu*¹³⁸, julgado por um tribunal marroquino, em que se discutia o regime de bens a ser aplicado ao casamento de um italiano e uma francesa, celebrado, sem pacto antenupcial, na França, Estado no qual o casal vivera por dois anos antes de se instalar no Marrocos, então protetorado francês. Os juízes entenderam que a lei marroquina não deveria ser aplicada a uma situação constituída e adquirida em um Estado estrangeiro. A respeito dessa decisão, Francescakis¹³⁹ comentou que, guardando, a situação,

¹³⁷ CANADÁ, Corte Suprema de Ontario, 4/11/1963. *Apud* BATIFFOL, Henri ; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1. p. 523.

¹³⁸ MARROCOS, Corte de apelação de Rabat, 24/10/1950. *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 23, p. 184-192, esp. p. 187.

¹³⁹ FRANCESCAKIS, Phoncion, *Revue Critique du Droit International Privé*, 1954.552, comentários à decisão Patiño, de 07 /07/1954. *Apud* ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 23, p. 184-192, esp. p. 187.

relação apenas com a França e a Itália, as partes não poderiam ter previsto a aplicação da lei marroquina. Nesse caso, aplicar a lei marroquina de conflito de leis equivaleria a dar, ao casamento, um regime de bens que as partes não haviam escolhido, o que justificaria a limitação do sistema de conflitos do foro¹⁴⁰.

Podemos perceber, desde já, que estas decisões, embora ainda não fizessem referência ao respeito à legítima expectativa das partes, são fundadas neste respeito e afastam a lei do foro toda vez que as partes não previram sua aplicação.

4.2 Conflitos de sistemas

Outro problema a ser enfrentado, quando se estuda o reconhecimento de situações estrangeiras no DIP, é a discordância entre os diversos sistemas jurídicos. Isto é, o obstáculo verificado no reconhecimento decorre, dentre outros, da divergência entre os sistemas de conflitos de leis adotados pelos diversos Estados. Nesse sentido, veja-se Ferrer Correia¹⁴¹:

[...] É que as divergências entre os Estados quanto à lei aplicável em cada caso concreto [...] constituem [...] grave obstáculo à consecução do primordial intento do DIP, que é [...] assegurar às situações plurilocalizadas uma valoração uniforme nos diferentes países, facilitando destarte o seu reconhecimento universal.

[...] Os conflitos de sistemas de DIP pertencem a uma ou outra de duas categorias. Ora as coisas se apresentam em termos de duas ou mais legislações se declararem simultaneamente aplicáveis à mesma questão jurídica concreta – e teremos o **conflito positivo**; ora se realiza a hipótese diametralmente oposta, que é a de nenhuma das leis com as quais a relação a regular se acha em contacto pretender discipliná-la. Fala-se então em **conflito negativo**. [...] Um e outro suscitam um problema comum, que é o de saber se o tribunal deve aplicar invariavelmente o seu próprio sistema de conflitos – ou se dele pode apartar-se por vezes, e em que circunstâncias. **Existirá porventura um princípio, de nível superior, que tenha por objecto e por escopo dirimir os conflitos entre as normas de direito internacional privado vigentes nas diversas ordens jurídicas nacionais?.**

No mesmo sentido, a opinião de Lima Pinheiro¹⁴²:

(§1D) “Diz-se que há conflitos de sistemas de Direito Internacional Privado (§28 C) quando os direitos de conflitos das ordens jurídicas em presença divergem entre si sobre qual deve ser aplicada ao caso. Em sentido próximo,

¹⁴⁰ V. também, FRANCESKAKIS, Phonicion. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en Droit International Privé*. Paris: Sirey, 1958. p. 189 e ss.

¹⁴¹ CORREIA, Antonio de Arruda Ferrer. A codificação do DIP. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 52, 1976. p. 46, grifo nosso.

¹⁴² PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. refundida. 2021. v. 1. p. 40.

fala-se, nos EUA, de ‘verdadeiros conflitos’ (true conflicts), que são contrapostos aos ‘falsos conflitos’ (false conflicts) em que apenas uma ordem jurídica reclama aplicação ao caso

Por exemplo, quando uma pessoa é nacional de um Estado A, que submete o estatuto pessoal à lei da nacionalidade, e está domiciliada num Estado B, que aplica a lei do domicílio ao estatuto pessoal, verificamos que tanto o Estado A como o Estado B consideram aplicável a sua própria lei. Este seria o caso de um francês domiciliado no Brasil. Diz-se que há um conflito positivo de sistemas. Na hipótese inversa (de um brasileiro domiciliado na França), de o Estado da nacionalidade submeter o estatuto pessoal à lei do domicílio e de o Estado do domicílio aplicar a lei da nacionalidade, verificamos que nenhuma das leis em presença se considerará diretamente competente. Trata-se de um **conflito negativo**.¹⁴³

Nestes casos, Lima Pinheiro¹⁴⁴ entende que:

[...] esta expressão [conflitos de sistemas] serve para designar problemas de coordenação de sistemas nacionais de DIP [...]

A divergência entre sistemas nacionais de DIP, designadamente a utilização de elementos de conexão diferentes, podem conduzir a dois resultados diversos:

- se a atuação dos dois ou mais sistemas conduz à competência de dois Direitos para regular a mesma situação temos um dito conflito positivo;
- se nenhum dos Direitos em presença reclama aplicação temos um dito conflito negativo.

Os conflitos de sistemas de Direito Internacional Privado podem levar à existência de situações ‘coxas’.

[...]

O instituto da *devolução*, nomeadamente, relaciona-se com o conflito negativo de sistemas [...].

O *princípio da maior proximidade* opera em casos de conflito positivo.

[...]

O problema da *questão prévia* tanto pode relacionar-se com um conflito negativo como com um conflito positivo.

Importa ressaltar que, em qualquer dessas hipóteses, pode ocorrer o que a doutrina convencionou denominar de conflito de sistemas, que consiste na incompatibilidade entre as regras de conflito adotadas pelos Estados com os quais a situação guarda relação.

Pode ocorrer que a situação jurídica estrangeira venha a ser constituída de acordo com uma lei material que a regra de conflitos do foro (ou do Estado de reconhecimento)

¹⁴³ Os conflitos negativos serão resolvidos, em regra, pelo reenvio.

¹⁴⁴ PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. refundida. 2021. v. 1. p. 427, grifo do autor.

reconheça como a lei competente para regular este tipo de relação. Neste caso, não haverá incompatibilidade entre os sistemas de conflito dos dois Estados, tampouco conflito móvel.

Quando, porém, a situação jurídica estrangeira tiver sido constituída de acordo com uma lei material que a regra de conflitos do foro não reconheça como competente para regular este tipo de relação, poderemos dizer que ocorrerá uma divergência entre os sistemas de conflito de leis dos países envolvidos e, nessa hipótese, tanto o reconhecimento, quanto a produção de seus efeitos por esta situação jurídica poderá ser negada no Estado de acolhimento que adote o sistema de controle do mérito da decisão estrangeira.

Vemos, assim, que qualquer situação jurídica estrangeira, seja ela puramente nacional, internacional, com ou sem conexão com o foro, pode, ao ser geograficamente transferida, acarretar a divergência – ao menos aparente – entre o sistema jurídico de dois ou mais Estados, sucessivamente envolvidos com as situações, impondo-se definir qual destes sistemas jurídicos será aplicável para regular a validade e a produção de efeitos da situação.

É inegável a relação entre o conflito de sistemas e os problemas decorrentes do conflito móvel, na medida em que a situação jurídica estrangeira, sobre a qual o juiz do foro é chamado a se manifestar, terá sido constituída em um Estado estrangeiro, de acordo com uma regra de conflitos (vale dizer, um elemento de conexão) que pode ser diversa daquela adotada pelo foro, colocando a questão de saber se aquela regra de conflitos estrangeira poderá ser considerada válida pelo juízo do foro.

Cabe considerar, ainda, o raciocínio de Pierre Mayer a respeito do conflito de sistemas. Para ele, o conflito de sistemas seria uma ilusão pois, ao contrário das regras materiais, que são dirigidas às pessoas, as regras de conflito de leis se dirigem aos juízes e os juízes não se submetem, senão às leis de seu próprio Estado. Vale dizer, ainda que diversas regras de conflito, de Estados diversos, se considerem competentes para regular a situação, essas regras de conflito, emanadas de diversos Estados, só se dirigem, cada uma delas, aos seus próprios juízes, não alcançando juízes estrangeiros¹⁴⁵. Portanto, do ponto de vista do juiz, não haveria dúvidas sobre qual regra de conflito aplicar.

¹⁴⁵ MAYER, Pierre ; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé*. 11ème éd. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014. p. 172. No original : « *En réalité, les règles de droit international privé n'entrent pas en conflit entre elles. C'est toujours la règle de droit international privé du for que le juge applique, et il l'applique immédiatement. L'assimilation des règles de conflit aux règles substantielles de droit privé est trompeuse, car*

Os juízes não são, contudo, os únicos operadores do direito que lidam com a questão de determinar a regra de conflito aplicável à situação jurídica. Também os advogados, quando consultados pelas partes, antes da celebração de um negócio jurídico, ou da constituição de um ato jurídico, devem se questionar sobre a melhor e a mais segura maneira de celebrar referido ato, evitando a sua futura anulação, seu não reconhecimento ou sua ineficácia.

O problema que se denota, em qualquer destes casos, é o de saber se o Estado de acolhimento guarda vínculos suficientes com as partes e com a relação jurídica para que suas regras de direito internacional privado sejam aplicadas ao reconhecimento ou à produção de efeitos da situação jurídica ou, se seria possível, nestes casos, e sob certas condições, afastar a regra de conflito do foro, para aceitar as regras de conflito de um Estado com o qual a relação jurídica mantenha maior contato, seja ele o Estado de celebração do ato ou um terceiro Estado, como o de nacionalidade, domicílio ou residência habitual das partes.

Ao final do século XIX e início do século XX, a doutrina e a jurisprudência francesas entendiam que o juiz, ao analisar os pedidos de concessão de *exequatur* às decisões estrangeiras, deveriam proceder ao reexame do mérito da ação¹⁴⁶ e, caso a solução adotada pelo juiz estrangeiro não correspondesse àquela decorrente do direito francês, o *exequatur* deveria ser negado, frustrando a legítima expectativa das partes em ver reconhecidos, no Estado do foro, os direitos regularmente adquiridos no Estado de origem¹⁴⁷.

il existe entre elles une différence fondamentale : les règles substantielles de droit privé s'adressent aux individus, tandis que les règles de conflit s'adressent au juge. Lorsque plusieurs règles substantielles visent les mêmes individus, elles rentrent en conflit entre elles. Mais plusieurs règles de conflit ne peuvent s'adresser au même juge, car chaque système de droit international privé s'adresse exclusivement aux juges nationaux. Il y a là, on l'a vu [...] une répartition des compétences qui dérive du droit international public et qui est analogue à celle qui existe en droit administratif ou en droit pénal international : tout organe étatique fonctionne selon les règles de l'État qui l'a institué et lui a donné ses pouvoirs. ».

¹⁴⁶ Conforme a decisão proferida no caso Parker: “[...] um tribunal só pode se pronunciar após deliberação e só deve conceder [...] os pedidos apresentados perante si, se eles forem considerados justos e bem verificados. [...] Não é possível decidir que todos os outros (julgamentos estrangeiros) possam ser considerados executórios na França de outra forma que não através da revisão do mérito, sem que isso corresponda a um acréscimo à lei e sem introduzir uma distinção arbitrária sem fundamento tanto em razão que em princípio” (tradução nossa), *In* : ANCEL, Bertrand ; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998. n. 2, págs. 11 e 12.

¹⁴⁷ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 267, grifo nosso. No original: « *Le droit international privé français consacre de façon constante le principe selon lequel le juge français, lorsqu'il est saisi, se réfère exclusivement à la règle de conflit française pour déterminer la loi applicable. Cependant, on a pu se demander si cette règle de conflit ne devait pas s'effacer devant la règle de conflit étrangère dans trois hypothèses principales : celle où la situation litigieuse a été constituée dans un pays étranger sans avoir au départ d'attache sérieuse avec l'État du for [...] ».* V. também, HOLLEAUX, Georges. *Remarques sur l'évolution de la jurisprudence en matière de reconnaissance des décisions étrangères d'État et de capacité*.

Não demorou para que parte da doutrina percebesse os inconvenientes da revisão do mérito das decisões estrangeiras.

Segundo Pascal de Vareilles-Sommières¹⁴⁸, parte da doutrina passou a sustentar, então, o afastamento da regra de conflito do foro, e a consequente aplicação da lei do local de constituição da situação jurídica, permitindo que as partes pudessem prever os efeitos de seu estatuto pessoal e garantir o reconhecimento dos direitos adquiridos, já que, em regra, a lei do local de celebração teria uma relação mais estreita com a situação jurídica.

Mas essa opinião não foi unânime e como desdobramento de tais inquietações, o final do século XIX e o início do século XX assistiram ao surgimento de diversas teorias que buscaram resolver o problema do conflito móvel.

A tarefa não é fácil, e como nos previne Moura Ramos, “o equilíbrio aqui é assaz difícil de obter”¹⁴⁹, conforme veremos a seguir.

In : TRAVAUX du Comité français de droit international privé : 9-13^e année, 1948-1952. 1953. p. 179-215. Disponível em: https://www.persee.fr/issue/tcfdi_1158-3428_1953_num_9_1948. Acesso em : 6 out. 2020.

¹⁴⁸ LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10^{ème} ed. Paris : Dalloz, 2013. p. 269, n. 280. No original : « *La théorie des conflits de systèmes a sans nul doute l'avantage d'assurer une meilleure prévisibilité pour les parties, celles-ci étant légitimement en droit de s'attendre à ce que leur situation soit régie par le système sous l'empire et en vertu duquel elles ont acquis des droits et non par le système du for avec lequel cette situation n'a pas d'attache sérieuse.* ».

¹⁴⁹ MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 11-48, esp. p. 23. No original: “[...] o equilíbrio aqui é assaz difícil de obter ou as exigências de justiça nos levam a reconhecer os direitos (e as situações jurídicas) adquiridos (ou constituídos) à sombra de sistemas conflituais que não o do foro – o que implica a revisão da concepção da Regra de Conflitos tal como a vimos configurada em Savigny, De Nova e na grande maioria da doutrina moderna -, ou a manutenção do dogma do caráter absoluto e ilimitado da Regra de Conflitos impede o reconhecimento de todo e qualquer direito (ou situação) adquirido (ou constituída) à luz de um sistema conflitual estrangeiro.”

4.3 Conclusão parcial

Depois de analisar as ideias propostas pela doutrina do final do século XIX e do início do século XX, bem como perceber a evolução da jurisprudência francesa, quer-nos parecer que as teorias até aqui estudadas pecam pela falta de coerência, senão vejamos:

A teoria unilateralista prega que o soberano é o único com competência para ditar as regras sobre seu território, mas deixa de reconhecer que, a *contrario sensu*, isso implica não ter ele poderes para impor o respeito de suas leis sobre outro território, onde só o respectivo soberano tem competência para regular a conduta de seus súditos, ficando, portanto, ambos, impedidos de ingerência nos atos praticados pelo outro.

Levada à questão dos direitos adquiridos, a preocupação dos territorialistas diz com a aplicação retroativa da lei do foro, a atos praticados sob o império da soberania do Estado de origem, mas esta questão fica, em princípio, superada pela vedação da retroatividade pregada pela teoria dos direitos transitórios.

Já a teoria dos direitos adquiridos, ao submeter a validade e a eficácia da situação estrangeira à observância da lei material mandada aplicar pela regra de conflitos do foro, cria outro complicador, pois exige que as partes, no momento da celebração do ato, antecipem-se, prevendo eventual transferência da situação para outro Estado e, dessa forma, apliquem a lei que seria eventualmente aplicada de acordo com a regra do foro.

Todas elas, de uma forma ou de outra, sustentam que a solução para o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras dependeria do afastamento da regra de conflitos do foro.

Vimos, no entanto, que esse afastamento, por si só, nem sempre beneficiará as partes, tampouco permitirá que os fins do direito internacional privado sejam sempre alcançados.

Na verdade, em algumas das decisões mencionadas, a prorrogação dos efeitos da lei de constituição da situação jurídica ao período posterior ao seu deslocamento foi invocada em claro abuso do direito. Percebemos que era comum o segundo marido de uma mulher, ao ser demandado em uma ação de divórcio cumulada com alimentos, alegar a nulidade do divórcio anterior por violação da regra de conflitos do foro e, em consequência a nulidade de seu próprio casamento, tudo para se eximir da obrigação de pagar alimentos.

Por outro lado, não nos parece possível que o juiz, provocado para conhecer de uma situação jurídica, possa buscar, em um sistema jurídico estrangeiro, a solução para a questão de direito que lhe é posta, senão quando autorizado pelo legislador nacional.

Isto porque, qualquer derrogação à aplicação da lei nacional deve partir do próprio legislador nacional que, após analisar o interesse do Estado em tutelar, ou não, aquela situação, decidirá qual a lei aplicável.

De qualquer forma, como ressaltado no início, essas inquietações parecem afligir mais os julgadores e os doutrinadores de países que adotam um controle mais profundo, mesmo exauriente, das decisões estrangeiras, condicionando a sua homologação, ou a concessão de exequatur, a condições mais estritas, como a aplicação da regra de conflitos do foro¹⁵⁰ ou, até mesmo, revendo o mérito da decisão. Tais aflições, como esclarecido antes, não são tão urgentes nos países que adotam um controle deliberatório, mais superficial, das decisões estrangeiras, como é o caso do Brasil.

Finalmente, todo esse empenho em controlar a lei aplicada pelo juiz estrangeiro parece desarrazoado, considerando-se que, ao final do dia, o único limite efetivo, é a inadmissibilidade de violação à ordem pública internacional, temperada pela atenuação dos efeitos da ordem pública, para permitir que situações que não poderiam ser criadas no foro, possam, ao menos, produzir alguns de seus efeitos em nome de interesses superiores, como no caso Chemouni, ou o interesse superior da criança.

Parece-nos ter sido essa a solução adotada por um Tribunal de Camarões, em uma decisão confirmada, recentemente, pela Corte de cassação francesa, em 15/01/2020¹⁵¹.

Tratava-se da adoção, por uma mulher de origem camaronesa, naturalizada francesa, com 33 anos de idade à época dos fatos, que pretendia adotar uma criança camaronesa. A regra de conflitos de Camarões determinava a aplicação da lei de adoção da criança, vale dizer, a lei do foro. Ocorre que a lei camaronesa exigia que o adotante tivesse, no mínimo, quarenta anos. Considerando que a adotante tinha nacionalidade francesa, era domiciliada na França, Estado para o qual a criança seria levada, e considerando, ainda, o melhor interesse da

¹⁵⁰ V. item 1.1, acima, sobre a evolução da jurisprudência francesa relativa ao reconhecimento das decisões judiciais estrangeiras.

¹⁵¹ FRANÇA, C.Cass., 1ère civile, decisão nº 43, de 15/01/2020 (18-25.574). Disponível em: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/43_15_44242.html. Acesso em : 6 out. 2020.

criança, o tribunal camaronês afastou a sua própria regra de conflitos, em benefício da aplicação da regra de conflito francesa, a saber, o artigo 370-3, alínea 1, c/c art. 343-1, alínea 1, ambos do Código civil francês, que determinam que a adoção é regida pela lei nacional do adotante, a qual autoriza a adoção por pessoas maiores de vinte e oito anos.

O Tribunal de apelação de Rennes, havia decidido pela aplicação da regra de conflitos do foro, negando a concessão do *exequatur* à decisão do Tribunal de Camarões.

Interessante notar que, enquanto o Tribunal de Camarões afastou sua própria regra de conflitos em nome do interesse superior da criança, a Corte de cassação, ao reconhecer a validade da decisão do Tribunal de Camarões e cassar a decisão do Tribunal de Rennes, fundamentou sua decisão, entre outros argumentos, no fato que, caso o pedido fosse analisado por um tribunal francês, a solução dada seria a mesma que foi proferida pelo Tribunal de Camarões. Vale dizer, a Corte de cassação reconheceu a decisão do Tribunal de Camarões porque ele aplicou a regra de conflitos francesa.

Essa também parece ser a opinião de Batiffol para quem “todo o problema do direito internacional privado é, precisamente, levar em consideração a existência de sistemas jurídicos diferentes, mantendo o valor próprio, a especificidade, a originalidade do sistema jurídico no qual a questão é colocada; há aí uma questão de equilíbrio, de adaptação, que não é fácil”¹⁵².

Ainda segundo Batiffol, esta coordenação que, no conflito de leis no tempo, é realizada pelas regras de direito transitório, pode ser alcançada, no conflito móvel, pelo jogo da exceção de ordem pública, conforme trecho a seguir transcrito:

É preciso concluir que a dificuldade de coordenar, no conflito móvel, as duas leis sucessivamente competentes, não significa uma diferença irremediável entre o regime deste conflito e os pontos de partida do direito transitório. Uma e outra dessas ordens de problemas, conhecendo a mesma dificuldade, ainda que ela seja mais fácil de evitar na segunda e que seja possível de remediá-la pelas disposições ditas transitórias [...]. Mas o direito intertemporal conhece, também, a incompatibilidade, julgada, com ou sem razão, irremediável, de duas leis sucessivas; ele afasta, então, sua regra de

¹⁵² BATIFFOL, Henri. *Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative*. Cours de doctorat 1960-1961. Paris, Association des Études Internationales, p. 31. *Apud* MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais* : estudos de direito internacional privado. Coimbra: Editora Coimbra, 1995. p. 30, nota 57, tradução nossa.

conflito pela retroatividade, assim como o direito internacional dispensa a sua pela ordem pública, pelas mesmas razões¹⁵³.

Talvez a solução não esteja no afastamento da regra de conflito do foro mas, sim, na compreensão do DIP como um sistema de solução dos conflitos de leis no âmbito internacional, e na necessidade de melhor utilização de seus próprios instrumentos, como o reenvio, o reconhecimento da fraude à lei e do abuso do direito, a instituição desconhecida, a exceção de ordem pública e o mecanismo de atenuação de seus efeitos como mecanismos aptos a atingir os valores comuns à sociedade das nações, tão cara a Savigny.

¹⁵³ BATIFFOL, Henri. Conflits mobiles et droit transitoire. In : _____. *Choix d'articles* : rassemblés par ses amis. Paris : LGDJ, 1976. E-book Fenixx réédition numérique (LGDJ), date de parution : 21/09/2016 (publicado originalmente In : MELANGES, Paul Roubier. Paris : Dalloz-Sirey, 1961. p. 161. No original : « Il faut donc conclure que la difficulté de coordonner, dans le conflit mobile, les deux lois successivement compétentes, ne signifie pas une différence irrémédiable entre le régime de ce conflit et les points de départ du droit transitoire. L'un et l'autre ordres de problèmes connaissant la même difficulté, bien qu'elle soit plus facile à éviter dans le second et qu'il soit possible de lui porter un remède approprié par les dispositions dites transitoires [...]. Mais le droit intertemporel connaît aussi l'incompatibilité, jugée à tort ou à raison irrémédiable, des deux lois successives ; il écarte alors sa règle de conflit par la rétroactivité comme le droit international écarte la sienne par l'ordre public pour les mêmes raisons ».

PARTE III OS INSTRUMENTOS PARA O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS

Como dito acima, o DIPr conta com instrumentos capazes de garantir o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, sobretudo aquelas relativas ao estatuto pessoal, sem que seja necessário afastar o método clássico conflitual.

Os exemplos são diversos. Sendo assim, traremos aqui apenas alguns exemplos dos instrumentos mais utilizados, apenas para demonstrar que é possível garantir o reconhecimento de situações jurídicas internacionais sem abrir mão do método tradicional.

CAPÍTULO 5 O RECONHECIMENTO DAS SITUAÇÕES JURÍDICAS ESTRANGEIRAS NOS SISTEMAS JURÍDICOS INTERNOS

Diversas legislações, atualmente, contêm ou regras sobre a aplicação alternativa ou subsidiária de elementos de conexão ou, ainda, verdadeiras cláusulas de exceção, que afastam a lei mandada aplicar pela regra de conflitos do foro toda vez que esta lei não guardar uma relação de proximidade com a situação ou, ainda, quando esta lei contrariar a legítima expectativa das partes.

Tais cláusulas, no dizer de Jacob Dolinger¹⁵⁴, configuram as “pedras pretas” que, na imagem do jogo de xadrez, representam os limites que devem ser impostos às “pedras brancas” (as regras de conexão) toda vez que “a lei aplicada fica abaixo do padrão de justiça que seria obtido caso aplicada outra lei, não indicada pela regra de conexão”.

Assim, em que pese o Código Civil português, de 1966¹⁵⁵, não conter regra genérica de reconhecimento das situações jurídicas, traz, em seu art. 31.2, uma regra de reconhecimento que não configura, exatamente, uma exceção mas, mais propriamente, um elemento de conexão alternativo, aplicável, apenas, às questões relativas ao estatuto pessoal, senão vejamos:

Art. 31 (Determinação da lei pessoal)

1. A lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo.

2. São, porém, reconhecidos em Portugal, os negócios jurídicos celebrados no país da residência habitual do declarante, em conformidade com a lei desse País, desde que esta se considere competente.

Uma primeira observação sobre este artigo é que este reconhecimento só se aplica a atos de vontade e não aos efeitos jurídicos decorrentes da lei¹⁵⁶, ou *ex lege*. Desta forma, pode-se dizer que a lei apontada pela norma de conflitos portuguesa, vale dizer, a lei da

¹⁵⁴ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado: o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar. 2004. p. 140.

¹⁵⁵ PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 47.344, de 25 de novembro de 1966. (grifo nosso).

¹⁵⁶ Conforme RAMOS, Rui Manuel Moura. La méthode de la reconnaissance à l'intérieur du système conflictuel : l'article 31º, nº 2, du Code Civil portugais de 1966. In: _____. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra : Gestlegal, 2020. v. 3. p. 405-426. p. 418. No original: « D'autre part, la référence à actes exclut clairement que soient visées par cette disposition les situations juridiques ex lege, il n'étant pas important que les actes aient ou non impliqué l'intervention d'une autorité ou entité publique. »

nacionalidade, poderá ser afastada em proveito da lei mandada aplicar pela regra de conflitos do País de residência habitual, desde que tal lei se considere competente, para reconhecer, por exemplo, a averbação, de um reconhecimento de paternidade socioafetiva, realizada por um português residente no Brasil.

Embora o art. 31.2 não seja expresso, a razão por trás da adoção deste elemento de conexão subsidiário, especificamente, a residência habitual, está vinculada à legítima expectativa das partes, sobre a validade do ato, pelo fato de ter sido observada a lei local. Esta também a opinião de Moura Ramos¹⁵⁷, quando compara o art. 31.2 do Código Civil português ao art. 9º da lei de DIPr dos Países Baixos, que será examinada mais abaixo.

Assim, vejamos:

3. A forma como está redigida a disposição em questão sublinha claramente que a consequência jurídica do nº 2 se produz malgrado a regra do nº1, que conduziria, em princípio, a um resultado diferente. Assim, o caráter excepcional da solução é colocado em evidência, no sentido que ela constitui um desvio à lógica própria do sistema. No entanto, a função corretora que ela desempenha, funciona de forma distinta daquelas que encontramos no artigo 9 da lei dos Países Baixos de direito internacional privado. Enquanto esta disposição subordina o reconhecimento da situação constituída no estrangeiro da constatação que a recusa que lhe seria oposta constituiria uma violação inaceitável da confiança justificada da partes na segurança jurídica, o direito português precisa, de uma certa maneira, esta fórmula, quando exige, para este fim, que a situação tenha sido constituída ‘no país da residência habitual do declarante, conforme a lei deste país, se ela se considerar competente.’

Moura Ramos entende que este artigo, embora traga um elemento de conexão alternativo, pertence, sim, à categoria dos métodos de reconhecimento¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Conforme RAMOS, Rui Manuel Moura. La méthode de la reconnaissance à l'intérieur du système conflictuel : l'article 31º, nº 2, du Code Civil portugais de 1966. In: _____. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra : Gestlegal, 2020. v. 3. p. 405-426. p. 418-419. No original: « 3. La façon dont est rédigée la disposition en question souligne nettement que la conséquence juridique du n2 se produit malgré la règle du nº 1, qui conduirait en principe à un résultat différent. Il est donc mis en évidence le caractère exceptionnel de la solution, dans le sens qu'elle constitue une déviation à la logique propre du système. Cependant, la fonction correctrice qu'elle joue se réalise en des termes distincts de ceux que nous trouvons à l'article 9 de la loi néerlandaise de droit international privé. Tandis que cette disposition fait dépendre la reconnaissance de la situation constituée à l'étranger du seul constat que le refus qui lui serai opposé constituerait une violation inacceptable de la confiance justifiée des parties ou de la sécurité juridique, le droit portugais précise d'une certaine manière cette formule, 'dans le pays de la résidence habituelle du déclarant conformément à la loi de ce pays, si celle-ci se considère compétente.' ».

¹⁵⁸ Conforme RAMOS, Rui Manuel Moura. La méthode de la reconnaissance à l'intérieur du système conflictuel : l'article 31º, nº 2, du Code Civil portugais de 1966. In: _____. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra : Gestlegal, 2020. v. 3. p. 405-426.p. 426. No original: « [...] la variante de la méthode de la reconnaissance que l'on retrouve au Code Civil Portugais reste plus

A lei suíça¹⁵⁹, diferentemente da lei portuguesa, contém uma verdadeira cláusula de exceção, fundada na proximidade - exceção de proximidade - da situação com a ordem jurídica de um determinado Estado. Esta regra está localizada no Capítulo 1 da lei, relativo às disposições gerais, portanto, é aplicável a todas as áreas do DIPr, ao contrário da lei portuguesa, que se refere, apenas, ao estatuto pessoal.

O art. 15, da lei suíça, afasta a aplicação da lei mandada aplicar pela regra de conexão do foro, qualquer que seja ela, vale dizer, quer se trate do direito material suíço ou de outro Estado, toda vez que esta lei tiver uma relação fraca com esse direito e apresentar uma relação muito mais próxima com o direito de outro Estado, salvo se houver uma cláusula de eleição do direito aplicável, conforme a seguir transcrito:

Art. 15

1. Excepcionalmente, o direito designado pela presente lei não é aplicável se, com relação ao conjunto das circunstâncias, ficar claro que a causa tem uma relação fraca com esse direito e que ela tem uma relação muito mais estreita com um outro direito.
2. Esta disposição não é aplicável no caso de eleição de um direito.

Jacob Dolinger¹⁶⁰, ainda utilizando a imagem do jogo de xadrez, diz que:

Esta regra foi denominada “cláusula de exceção” porque afasta a regra de conexão. Assim, o juiz poderá ter diante de si um novo tipo de pedra, decorrente da cláusula de exceção do artigo 15 que, simplesmente diz que se o direito indicado pela pedra branca, a regra de conexão, pouco tem a ver com a situação sob julgamento, e que há um outro sistema jurídico que lhe é muito mais próximo (prestem atenção utilizei a palavra próximo que pretendo transformar na grande dama desta tarde), é a este direito que o juiz há de recorrer para julgar.

Por sua vez, a lei dos Países Baixos¹⁶¹, mais recente que a lei suíça, contém também, ao lado da exceção de proximidade (art. 8º), uma cláusula de exceção, que Goldstein¹⁶²

proche de la méthode conflictuelle que celles qu'ont vu le jour plus récemment, dans la mesure où elle suppose un contrôle (de la perspective du droit international privé du for) du rattachement unissant la situation en question à l'ordre juridique où elle s'est cristallisée. ».

¹⁵⁹ Suíça. Lei federal de direito internacional privado (LDIP), de 18 de dezembro de 1987.

¹⁶⁰ DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado : o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, jan./mar. 2004. p. 141.

¹⁶¹ Países Baixos. Código Civil, Livro 10. Artigo 8º. (modificado em 2011).

1. A lei designada pela previsão legal que é baseada na presunção de proximidade com aquela lei será excepcionalmente afastada se, dadas as circunstâncias, a conexão presumida for quase inexistente e existir uma conexão muito mais forte com outra lei. Neste caso, a outra lei será aplicada.
2. As previsões da al. 1 não se aplicam no caso de existir uma lei escolhida validamente pelas partes. (Tradução nossa).

chamou de “exceção de previsibilidade”. Em um artigo publicado na *Revue Critique du Droit International Privé*, depois de analisar todos os requisitos para aplicação do art. 9º, e compará-lo com diversos institutos do DIPr, Goldstein parece tecer uma crítica ao dispositivo, entendendo que a utilização de termos e expressões vagas dará margem a uma discussão interpretativa que pode colocar em risco o método conflitual.

No entanto, a adoção de uma cláusula de exceção de previsibilidade, nos moldes do Código Civil dos Países Baixos parece ser a conclusão de todo o caminho percorrido pelo DIPr na tentativa de encontrar uma solução para o problema do reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, sobretudo aquelas relativas ao estatuto pessoal, de modo a manter a segurança do método clássico conflitual, em que pese as expressões utilizadas serem um pouco vagas e demandarem uma valoração para que se possa determinar o que seria uma legítima expectativa das partes.

Art. 9º. Nos Países Baixos, a mesma consequência legal pode ser atribuída a um fato cujas consequências são atribuídas de acordo com a lei aplicável pelo direito internacional privado de um Estado estrangeiro, em contrariedade com a lei aplicável de acordo com o direito internacional privado dos Países Baixos, na medida em que não conferir tais consequências constituiria uma inaceitável violação das expectativas das partes ou da segurança jurídica.

¹⁶² GOLDSTEIN, Gerald. L'exception de prévisibilité: Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 18, n. 1, p. 3-29, 2018. p. 27. No original: « [...] il lui restera une marge de manœuvre importante découlant des termes 'violation inacceptable' et expectative 'légitime'. [...] On peut se demander si la méthode classique de résolution des conflits de lois peut survivre à ce triple assaut de la réalité, à cette triple tentative de relativiser la règle de conflit, ou si l'existence de ces exceptions entraînera une multiplication des accords hors cours afin d'éviter de se perdre dans le 'marécage sinistre' du droit international privé. ».

CONCLUSÃO

Como visto durante todo trabalho, o respeito aos direitos adquiridos e, através dele, o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras sempre foi o objetivo final do DIPr.

Doutrina e jurisprudência vêm se debatendo, há séculos, em busca de uma forma de se alcançar tal objetivo. Nessa busca, foram criadas teorias, suposições e houve muita discussão, em uma verdadeira “*brain storm*” histórica.

A conclusão a que chegamos é a de que a solução sempre esteve mais próxima do que se imaginava. Na verdade, a solução sempre foi intuitiva e esteve presente no método clássico desde sua criação.

Inicialmente, de forma subliminar, não prevista nos ordenamentos, mas buscada em cada uma das decisões proferidas.

A solução acompanhou o desenvolvimento dos direitos humanos e fundamentais, acompanhando o desenvolvimento da humanidade até que chegamos, hoje, às cláusulas de exceção de proximidade ou de previsibilidade, que demonstram o amadurecimento da matéria, bem como dos doutrinadores e julgadores.

Não é mais possível, nos nossos dias, admitir que uma pessoa tenha um estatuto jurídico diverso dependendo do local onde se encontre.

O Direito Internacional Privado é capaz de garantir o reconhecimento das situações jurídicas estrangeiras, sobretudo daquelas relativas ao estatuto pessoal, com a utilização do método conflitual clássico quando este prevê regras de exceção, como a exceção de ordem pública ou a instituição desconhecida mas, sobretudo, com as exceções de proximidade e de previsibilidade, garantindo, ao final, a paz social, tão almejada.

REFERÊNCIAS

ANCEL, Bertrand. *Éléments d'histoire du droit international privé*. Paris : Éditions Panthéon-Assas, 2017.

_____; LEQUETTE, Yves. *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*. 3ème ed. Paris : Dalloz, 1998.

AUDIT, Bernard ; D'AVOUT, Louis. *Droit International Privé*. 8ème ed. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2018.

BATIFFOL, Henri. Conflits de lois dans l'espace et conflits de lois dans le temps. In : _____. *Choix d'articles* : rassemblés par ses amis. Paris : LGDJ, 2016. *E-book fenixx* reedition numerique.

_____. *Aspects philosophiques du droit international privé*. Paris: Dalloz, 2002. Originalmente publicado em 1956.

_____; LAGARDE, Paul. *Traité de Droit International Privé*. 8ème ed. Paris : LGDJ, 1993. t. 1.

BAPTISTA MACHADO, João. *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*. Almedina: Coimbra, 1998.

CORREIA, Antônio de Ferrer. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1.

_____. A codificação do DIP. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 51, 1975.

CORREIA, Antonio de Arruda. A codificação do DIP. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, v. 52, 1976.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado : o princípio da proximidade e o futuro da humanidade. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 235, 2004.

DOLINGER, Jacob. Direito Internacional Privado (Parte Especial) Direito Civil Internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1: A família no Direito Internacional Privado. t. 1: Casamento e divórcio no Direito Internacional Privado.

_____; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

FERRER-CORREIA, Antônio. *Lições de Direito Internacional Privado*. Lisboa: Almedina, 2020. v. 1.

FRANCESSAKIS, Phonicion. *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé*. Paris: Sirey, 1958.

GOLDSTEIN, Gerald. L'exception de prévisibilité: Vers une localisation subjective dans la résolution des conflits de lois?. *Revue Critique de Droit International Privé*, Paris, v. 18, n. 1, p. 3-29, 2018.

LAGARDE, Paul. La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé? Conférence inaugurale, session de droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 371, p. 9-42, 2014.

_____. Le principe de proximité dans le droit international privé. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 196, p. 9-237, 1986-1.

LOUSSOUARN, Yvon ; BOUREL, Pierre ; DE VAREILLES-SOMMIERES, Pascal. *Droit International Privé*. Précis Dalloz. 10ème ed. Paris : Dalloz, 2013.

MAURY, Jacques. Conflits de lois. Dispositions générales. In: TRAVAUX du Comité français de droit international privé, hors-série, 1956. La codification du droit international privé. p. 103-116. Disponível em : https://www.persee.fr/doc/tcfdi_1158-3428_1956_hos_1_1_1749. Acesso em : 6 out. 2020.

MAYER, Pierre. Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé. In: JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle ; MAYER, Pierre (org.). *Le droit international privé : esprit et méthodes*. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde. Paris : Dalloz, 2005. p. 547-575.

MAYER, Pierre ; HEUZE, Vincent. *Droit International Privé*. 11ème éd. Issy-les-Moulineaux : LGDJ, 2014.

MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. *Das relações privadas internacionais : estudos de direito internacional privado*. Coimbra: Editora Coimbra, 1995.

PAMBOUKIS, Charalambos. *L'acte public étranger en droit international privé*. Paris : LGDJ, 1993.

PIERRE MAYER, Vincent Heuzé. *Droit International Privé*. 11ème ed. Paris : LGDJ, 2014.

PILLET, Antoine. *Résumé du cours de Droit International Privé, année 1904/1905*. Paris: Pedone, [1905?].

_____. La théorie générale des droits acquis. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 8, p. 485-537, 1925.

PINHEIRO, Luís de Lima. O “método do reconhecimento” no Direito Internacional Privado – Renascimento da teoria dos direitos adquiridos? *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, v. 62, n. 2, p. 357-389, 2021.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. refundida. 2021. v. 1.

RAMOS, Rui Manuel de Moura. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*. Coimbra: Gestlegal, 2020. v. 3.

RAMOS, Rui Manuel Moura. La méthode de la reconnaissance à l'intérieur du système conflictuel : l'article 31°, n° 2, du Code Civil portugais de 1966. In: _____. *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*: Coimbra : Gestlegal, 2020. v. 3. p. 405-426.

RAMOS, Rui Manuel de Moura; MONACO, Gustavo Ferraz de (org.). *Aspectos da Unificação Europeia do Direito Internacional Privado*. São Paulo: Intelecto, 2016.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

RIGAUX, François. *Le conflit mobile en Droit International Privé*. Recueil des cours de l'Académie de Droit International de la Haye, v. 117, p. 329-444, 1964.

RIGAUX, François. Le conflit mobile en droit international privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, v. 177, 1996.

ROUBIER, Paul. *Le droit transitoire (conflits de lois dans le temps)*. 2ème ed. Paris : Dalloz et Sirey, 1960.

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do direito romano atual*. Tradução de Ciro Mioranza. Ijuí : Unijuí, 2004. v. 8.

DECISÕES:

CANADÁ. Court d'Appel de l'Ontario, 4 nov. 1963, nº1965,321, (arr. XCHWEBEL v. UNGAR) : RCDIP, nota de Wilhelm Wengler.

FRANÇA. Court d'Appel de Paris, 19 mars 1965 (arr. BANQUE OTTOMANE): JDI, 1996, p. 132, note B. GOLDMAN ; RCDIP, 1987, p. 85, note P. LAGARDE.

FRANÇA. Cour d'Appel de Poitiers, 1^{re} ch. civ. 2 février 2009, nº 07/02404, S. c/ SA Fontaine Pajot, JDI, 2010. Paris : LexisNexis – JurisClasseur, p. 1230-1263, note LICARI, F-X.

FRANÇA. CASS. Civ. 1^{re} 13 sept. 2013, nº 12-30138 e 12-18315: H. FULCHIRON e C. BIDAUD-GARON. Dans les limbes du droit. A propos de la situation des enfants nés à l'étranger avec l'assistance d'une mère porteuse, D., 2013, p. 2349 ;

FRANÇA. CASS. Civ. 1^{re}. 19 mars 2014, nº 13-50005. Adde H. FULCHIRON. La lutte contre le tourisme procréatif : vers un instrument de coopération internationale ?, JDI, 2014, p. 563.

FRANÇA. CASS. Civ. 1^{re} 22 déc. 1970, RCDIP, 1972, p. 464, 2^o arrêt.

FRANÇA. CASS. 1^{re} civ., 8 juill. 2015, nº 14-17.880, Mme El Ktia c/ M. Weber, note CHALAS C.

FRANÇA. CASS. 1^{re} civ., 7 oct. 2015, nº 14-14.702, FS+P+B., note PATRIS, GODECHOT. S., JDI, 2016, p. 547-554.

FRANÇA. CASS. 2e civ., 5 nov. 2015, n° 14-25.565, Note, FARGE, M., JDI, 2016, p. 554- 567.

FRANÇA. CASS. Plenière, 3 juill. 2015, n° 14-21-323, M. Boren c/ Procureur général près CA Rennes. (JDI, 2015, p. 103-117, note GUILLAUME, J.

CONSELHO DA EUROPA. CEDH, 3 mai 2011, n°56759/08 (arr. NEGREPONTIS) : RCDIP, 2011, p. 889 et chronique P. KINSCH, ibd, p. 817 ; JDI, 2012, p. 213-228, note DIONISI-PEYRUSSE.

CONSELHO DA EUROPA. CEDH, 26 juin 2014, deux arrêts, req. n° 65192/11 e 65941/11, commentés, en des sens très opposés, au Recueil Dalloz du 18 septembre 2014 par H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON (p. 1773), F. CHENEDE (p. 1797) et L. d'AVOUT (p. 1806).

CONSELHO DA EUROPA. CEDH, 28 juin 2007, n° 76240/01 (arr. Wagner) : D., 2007, p. 2700, note MARCHADIER ; RCDIP, 2007, p. 807, note p. KINSCH ; JDI, 2008, p. 183, d'AVOUT.

CONSELHO DA EUROPA. CEDH, 4a seção, 21 juillet 2015, n° 18766/11 et 36030/11, Oliari et a. c/ Italie, note Emre BIRDEN.

UNIÃO EUROPEIA. CJCE, 20 sept 2001, aff. C-184/99, RUDY GRZELCZYK.

UNIÃO EUROPEIA. CJUE, 14.10.2008, aff. C-353/06, RCDIP, 2009, p. 80, note LAGARDE; JDI, 2009, p. 203, note L. d'AVOUT ; D. 2009, p. 845, note F. BOULANGER.