

Do problema da “fraude à lei” no direito internacional privado

*Tou Chan Kao**

I. Introdução

As pessoas podem achar estranho porque é que algumas sociedades internacionais de investimento ou corporações multinacionais, além de estarem matriculadas no próprio país, também estabelecem a sede de investimentos em outras regiões ou países; por exemplo, a famosa sociedade britânica Jardine Matheson Holdings Limited, mudou o lugar da matrícula para a Bermuda antes de retornar à soberania de Hong Kong. Outro exemplo é o das embarcações marítimas ou cruzeiros que hasteiam bandeiras nacionais de diferentes países, em que não existe uma ligação necessária entre a nacionalidade do armador e a nacionalidade da bandeira hasteada na embarcação ou no cruzeiro; estas embarcações normalmente são matriculadas em países pequenos como Libéria, Panamá, Chipre ou Belize, etc. Alguns cruzeiros de luxo matriculados no estrangeiro atraem cidadãos ou turistas para jogar no cruzeiro a preços baixos. Além disso, podem atrair turistas de regiões ou países que proibem os jogos de fortuna ou azar. Para contornar esta proibição, os cruzeiros navegam para o alto mar, para águas internacionais. Qual a razão que leva o explorador a fazer este tipo de acto? Porque é que não matriculam as embarcações no seu próprio país e escolhem outro lugar? Aqui coloca-se a questão de direito internacional privado “fraude à lei”.

II. O que é fraude à lei

A fraude à lei (*evasion of law* ou *fraude à la loi*) ou criação fraudulenta dos elementos de conexão (*fraudulent creation of points of contact*) refere-se às partes de uma jurídica internacional (civil e comercial) que aproveitam artificialmente uma norma de conflitos e criam propositadamente um elemento de conexão para fugir à aplicação do direito interno que devia ser aplicado, e por conseguinte, aplicam o direito estrangeiro mais vantajoso para si próprio. Porque a designação da lei depende de

* Mestrado na Faculdade de Direito em Chimês na Universidade de Macau

elementos de conexão, e da vontade das partes, por exemplo, nacionalidade, domicílio, lugar onde a pessoa se encontrar, etc. Se as partes, com um determinado objectivo, abusarem da liberdade de criação e mudança do elemento de conexão, obviamente não é vantajoso para a segurança da ordem jurídica, nem para a implementação da política jurídica do direito interno¹. Portanto, a mudança arbitrária de elemento de conexão para fugir à aplicação do direito interno com o objectivo de aplicar o direito estrangeiro mais vantajoso para o agente, conduz, a uma situação de invalidez.

III. Fraude à lei e fuga à lei

A fraude à lei no direito internacional privado e “a fuga” à lei² no direito material são muito semelhantes o conceito do primeiro tem origem substancial no segundo, mas existem diferenças nos meios e objectivos entre estes; “fugir” à lei no direito civil traduz-se na aplicação fraudulenta de uma lei não aplicável através de meios lícitos. Vamos indicar as diferenças:

1) a fraude à lei no direito internacional privado é uma conduta que evita a aplicação do direito material interno e tenta aplicar o direito estrangeiro favorável, através, por exemplo, a mudança da nacionalidade, da residência habitual, do domicílio, do lugar do cumprimento da obrigação, etc., escapar à lei no direito material por sua vez, a “fuga” consiste na fuga à aplicação do direito imperativo no direito interno.

2) a fraude à lei muda o elemento de conexão para “fugir” à aplicação do direito interno desfavorável, para aplicar o direito estrangeiro mais favorável a si próprio; escapar à lei é uma conduta ilícita que utiliza meios tortuosos para cobrir os seus objectivos ilícitos, não estando relacionados

¹ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, versão 1 de Setembro de 1999, p.269.

² Escapar à lei não é uma conduta que viola directamente as disposições proibitivas, mas é a que, através de outros meios tortuosos, faz produzir os mesmos efeitos da conduta proibida. Os meios adoptados pela conduta de escapar à lei têm de ser lícitos, caso contrário, constituem uma conduta ilícita comum. Por isso, escapar à lei é uma conduta que utiliza meios formalmente lícitos para alcançar objectivos substancialmente ilícitos.

com a mudança do elemento de conexão, também não tem a ver com a aplicação do direito estrangeiro³.

IV. As causas da fraude à lei

Para que uma lei aplicável corresponda aos princípios da igualdade e da justiça e para defender os interesses legítimos dos cidadãos e dos estrangeiros, todos os países ou regiões do mundo estabeleceram o direito internacional privado para reger as relações jurídicas internacionais⁴. A aplicação do direito internacional privado tem que ter como objecto uma relação jurídica internacional, e um caso relacionado com a relação jurídica internacional depende de este ter matéria concernente ao exterior. A mesma relação no país A é uma relação jurídica interna, ao passo que no país B é uma relação jurídica internacional; uma relação jurídica que originalmente era uma relação jurídica interna no país A, pode tornar-se numa relação jurídica internacional por causa da mudança do elemento de conexão. Por exemplo, a mudança do elemento de conexão dos sujeitos: nacionalidade, domicílio, etc., através da mudança do elemento de conexão dos objectos: lugar da situação da coisa, etc.; a mudança do elemento de conexão do lugar da prática do acto: lugar da celebração do contrato, lugar do cumprimento do contrato, etc.; a mudança do elemento de conexão relacionado com a vontade das partes: o consenso de ambas as partes do contrato, etc.

Além disso, a aplicação da lei competente à relação jurídica internacional carece da determinação do elemento de conexão⁵; a mudança do

³ *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p.7.

⁴ Por exemplo, os artigos 13.º a 62.º do Código Civil de Macau são todos fundamentais para resolver os problemas das relações jurídicas civis e comerciais internacionais e para aplicar ou escolher a lei competente.

⁵ Observando as formas legislativas, normalmente, as normas do direito internacional privado têm os seguintes tipos: (1) Normas de conflitos unilaterais - este tipo de normas de conflitos designa explicitamente que apenas uma lei de um determinado estado é aplicável. Há três situações: a) designar directamente a aplicação do direito interno; b) designar directamente a aplicação do direito estrangeiro; c) designar directamente a aplicação de um determinado direito estrangeiro às relações jurídicas dentro de um determinado âmbito. Quando as normas de conflitos unilaterais designam o direito interno,

elemento de conexão vai exercer influência sobre a determinação da lei competente. Por outras palavras, a mudança do elemento de conexão influencia muito se uma relação jurídica é uma relação jurídica interna ou é uma relação jurídica internacional; se for uma relação jurídica internacional, também a lei aplicável será outra devido à mudança do elemento de conexão. Por isso, a mudança de elemento de conexão exerce influência tanto sobre a natureza jurídica, como sobre a escolha da lei competente. Todavia, os problemas são diferentes. O primeiro problema pode causar o “problema de fraude à lei no direito internacional privado”; enquanto que ao segundo problema, se chama “conflito de leis causado pelo factor do tempo”, Vamos agora discutir o problema da “fraude à lei”.

A mudança do elemento de conexão, é o resultado deliberado das partes, v.g. a mudança da nacionalidade (emigração), do lugar da celebração do contrato ou do lugar do cumprimento, etc.; também há mudança do elemento de conexão que não é resultado deliberado das partes, por exemplo, a redefinição das fronteiras de dois países, que resulta na mudança da nacionalidade das partes ou do lugar da situação da coisa⁶. A mudança é natural na sua maioria, as partes não têm a intenção de evitar a lei ou defraudar a lei, no entanto, não é sempre assim. Portanto, do ponto de vista do direito internacional privado, as partes mudam de elementos de conexão para influenciar as relações jurídicas. Se essas relações são relações internacionais, quais são as situações da aplicação da lei com-

não se pode aplicar o direito estrangeiro, e vice-versa. (2) Normas de conflitos bilaterais - não designam directamente a aplicação do direito interno ou direito estrangeiro, apontam apenas um princípio, o tribunal determina que qual é a lei que deve ser aplicada segundo este princípio e as situações concretas de uma determinada relação jurídica. (3) Normas de conflitos de conexão cumulativa - é necessário aplicar duas ou mais de duas leis de países diferentes a uma determinada relação jurídica. (4) Normas de conflitos de conexões múltiplas - pode ser escolhida uma das leis de dois ou mais de dois países para aplicar a uma determinada relação jurídica, este tipo de normas pode ser divididos em dois subtipos: a) normas de conflitos de conexões múltiplas arbitrárias ou incondicionais (alternativas), as várias leis têm a mesma força jurídica e o tribunal pode escolher uma delas; b) normas de conflitos de conexões múltiplas condicionais (subsidiárias) - as leis de vários países só podem ser escolhidas e aplicadas condicionalmente segundo uma ordem.

⁶ *Oppenheim's International Law, Vol. I, Livro II*, Revisão: R. Jennings & A. Watts, editora Grande Enciclopédia da China, versão I de Abril de 1998, p.73, secção 249 “Nacionalidade e opção de emigração”.

petente a que temos de dar atenção, como se distingue a intenção ilícita? Esse é um problema controvertido no direito internacional privado; esse problema é da “fraude à lei”.

V. Elementos de conexão

O elemento de conexão é uma parte importante das normas de conflitos⁷, também se chama fundamento de conexão, através do qual se determina a lei que deve ser aplicada a uma determinada relação jurídica. Por exemplo, o n.º 1 do artigo 45.º (Direitos reais) do Código Civil de Macau dispõe: “O regime da posse, propriedade e demais direitos reais é definido pela lei do lugar em cujo território as coisas se encontrem situadas”. Nesta norma de conflitos, o lugar da situação da coisa é o elemento de conexão, essa norma de conflitos designa o lugar da situação da coisa como fundamento para determinar qual é a lei que deve aplicar às relações jurídicas reais. Normalmente, devido à diversidade das situações objectivas, quando o legislador escolhe o esquema de aplicação das leis, em princípio, só pode estipular qual é o lugar cuja lei é mais adequada para regular uma relação jurídica. Portanto, o legislador tem de escolher um elemento de conexão que permita a escolha da lei competente. Por exemplo, relativamente ao delito, os elementos que podem ser considerados são: as nacionalidades ou os domicílios do agente e da vítima, o lugar onde o delito foi cometido, o lugar do prejuízo, etc.. Para legislar melhor, é necessário escolher o elemento de conexão mais próximo. Quando um elemento é escolhido como média, v.g. o lugar onde o delito foi cometido, é o elemento de conexão.

Nas normas de conflitos, o sentido jurídico do elemento de conexão manifesta-se em duas vertentes: formalmente, o elemento de conexão é um tipo de “laço” que liga as relações jurídicas apontadas pelo “conceito-quadro” a uma determinada lei. Portanto, cada norma de conflitos tem que ter pelo menos um elemento de conexão, sem o qual, não é possível ligar uma determinada relação jurídica à lei que deve ser aplicada⁸. A nor-

⁷ As normas de conflitos também se chamam normas de aplicação de leis, normas de escolha de leis ou normas de direito internacional privado, que designam a norma jurídica que deve aplicar a uma determinada relação jurídica civil e comercial internacional.

⁸ A norma de conflitos, considerando a sua estrutura, pode ser dividida em duas partes: uma parte refere-se à relação jurídica a reger por aquela norma, chama-se “conceito-quadro”, em termos do direito internacional privado; outra parte refere-se à lei aplicável

ma de conflitos é uma norma indirecta porque ela não rege directamente os direitos e as obrigações das partes; só quando do elemento de conexão designar a norma jurídica de um país para determinar os direitos e obrigações das partes. Materialmente, este tipo de laço também se reflecte entre este tipo de relação jurídica e uma determinada lei, existe uma ligação intrínseca e substancial ou uma relação de dependência, manifestando que uma certa relação jurídica deve vinculada à lei de um país, e deve ser regida pela legislação de uma soberania, se violar este tipo de vinculação ou regulação, aquela relação jurídica já não existe. Portanto, a escolha de elemento de conexão para relações jurídicas diferentes não é arbitrária, nem é imaginária; objectivamente, tem de reflectir efectivamente esta ligação intrínseca.

Segundo critérios diferentes, os elementos de conexão podem ser classificados em:

1. elementos de conexão objectiva e elementos de conexão subjectiva: elementos de conexão objectivos incluem principalmente a domicílio, residência, lugar do negócio, lugar da situação da coisa, lugar do foro, etc., este tipo de elementos de conexão é um tipo de símbolo de existência objectiva. Os elementos de conexão subjectiva são elementos de conexão voluntária, referendo-se principalmente ao consenso das partes; que são fundamentais para determinar a lei competente aplicável às relações contratuais.

2. elementos de conexão fixa e elementos de conexão variável: os elementos de conexão fixa são elementos de conexão invariável, referendo-se principalmente ao lugar da situação dos imóveis e aos elementos de conexão referentes aos actos ou factos passados, v.g. o lugar de casamento, o lugar de celebração de contrato, o lugar de matrícula de pessoa colectiva, o lugar onde o delito foi cometido, etc.. Porque os elementos de conexão fixa são invariáveis, facilita a determinação da lei aplicável à relação jurí-

àquela relação jurídica, chama-se “consequência jurídica”. Por exemplo, o artigo 24.º do Código Civil de Macau estipula que “o estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte são regulados pela lei pessoal dos respectivos sujeitos”. Esta é uma norma de conflitos. A primeira parte “O estado dos indivíduos, a capacidade das pessoas, as relações de família e as sucessões por morte” é a relação jurídica regida por esta norma de conflitos e chama-se “conceito-quadro”; a última parte “lei pessoal dos respectivos sujeitos” é a lei aplicável a esta relação jurídica e chama-se “consequência jurídica”.

dica Internacional (civil e comercial). Os elementos de conexão variável são elementos de conexão móvel, v.g. nacionalidade, domicílio, residência, lugar onde a pessoa se encontrar, lugar da sede da administração da pessoa colectiva, etc.. A existência de elementos de conexão variável, por um lado, reforça a flexibilidade das normas de conflitos; por outro lado, fornece às partes a possibilidade de fraude à lei.

Para alguns elementos de conexão variável, nomeadamente as pessoas, as condutas ou os eventos podem ter contactos com tempos diferentes; por isso, surge o problema de saber qual o elemento de conexão na altura para determinar a lei competente, isto é, o problema da limitação do tempo do elemento de conexão. Nas legislações das normas de conflitos internas e normas de conflitos das convenções, se for necessário, todos os países limitam o tempo dos elementos de conexão. Por exemplo, o artigo 59.º (Lei competente) do Código Civil de Macau: “A sucessão por morte é regulada pela lei pessoal do autor da sucessão ao tempo do falecimento deste, competindo-lhe também definir os poderes do administrador da herança e do executor testamentário”. Assim, o elemento de conexão “lei pessoal” é limitado “ao tempo do falecimento”. Nas normas de conflitos, se o legislador limitar os elementos de conexão pelo tempo, isso significa que o legislador não permite que as partes mudem as relações dos direitos e obrigações já constituídas através da mudança do elemento de conexão. No entanto, em algumas normas de conflitos, originalmente os elementos de conexão têm o problema da limitação no tempo, mas o legislador não estipula explicitamente sobre isso, é preciso presumir a limitação no tempo dos elementos de conexão ao aplicar estas normas; por exemplo, um pai e um filho de nacionalidades diferentes, falecem simultaneamente num acidente de viação, porque eles têm leis pessoais diferentes, se as presunções de sobrevivência dessas leis forem inconciliáveis, presume-se que uma e outra faleceram ao mesmo tempo⁹.

3. elementos de conexão factual e elementos de conexão jurídica ou normativa: os elementos de conexão factual incluem principalmente o lugar da situação da coisa, o lugar do foro, o lugar da situação da coisa. O lugar do foro refere-se ao lugar onde é intentada e julgada a acção concernente no exterior. Estes elementos de conexão, normalmente, podem ser determinados através dos factos. Outro tipo não é factual, e visa concei-

⁹ N.º 2 do artigo 25.º do Código Civil de Macau.

tos jurídicos, nomeadamente, v.g. nacionalidade, domicílio, lugar onde se realiza o negócio jurídico, etc.. Por estes elementos de conexão serem conceitos jurídicos, também se chamam conceitos de conexão¹⁰.

VI. A escolha do elemento de conexão

A escolha do elemento de conexão é a escolha de entre os vários elementos constitutivos de uma relação jurídica, um elemento que reflecte mais a natureza do problema a resolver no “conceito-quadro” e que tem uma ligação mais importante com a relação, para designar a lei competente e resolver os conflitos civis e comerciais internacionais justamente e razoavelmente. Portanto, o problema a resolver pelo direito dos conflitos é qual é a lei que tem uma ligação mais importante com uma pessoa, um evento ou uma conduta. Para um juiz, talvez seja melhor a escolha directa do direito material dos respectivos países se obter uma decisão justa em relação às partes. Mas o legislador, não pode legislar segundo o conteúdo concreto do direito material, tem que utilizar métodos abstractos de acordo com as situações das leis, v.g. situações frequentes mas nem todas as situações, aproveitando os elementos de conexão para designar lei competente, não pode considerar em primeiro lugar se as regras concretas da lei designada correspondem às necessidades do caso. Se bem que o juiz escolha directamente o direito material do respectivo país, é no entanto orientado pelos elementos constitutivos da relação jurídica concreta, comparando e escolhendo de entre os direitos materiais dos respectivos países. Portanto, na elaboração das normas dos conflitos, a determinação do elemento de conexão é essencial.

A escolha do elemento de conexão não é arbitrária, necessita de fundamento objectivo; por exemplo, a formação do elemento de conexão tem a ver com a política, a economia, as actividades civis e comerciais internacionais, a reforma e o desenvolvimento do direito de um Estado. No entanto, a escolha do elemento de conexão para uma relação jurídica por um Estado não é invariável, muda à medida que mudam as circunstâncias objectivas; isto pode ser reflectido na legislação de cada fase do direito internacional privado de todos os países. O exemplo mais obvio é:

¹⁰ *Direito Internacional Privado*, compilação: Huang Jin, editora o Direito, versão I de Setembro de 1999, p.239.

o direito civil aplicável antes do retorno da soberania de Macau é o Código Civil português aprovado pelo decreto-lei n.º 47344 de 25 de Novembro de 1966, tornado extensivo a Macau pela portaria n.º 22869 de 4 de Setembro de 1967. O disposto sobre a lei pessoal da parte do direito internacional privado do então Código Civil português era o seguinte “a lei pessoal é a da nacionalidade do indivíduo”¹¹. O legislador deste Código Civil escolheu a nacionalidade para regular o conteúdo do estatuto pessoal. Considerando a mudança do estatuto de Macau depois do retorno da soberania¹², no Código Civil de Macau que entrou em vigor no dia 1 de Novembro de 1999, quanto ao conteúdo do estatuto pessoal, o legislador escolheu alterar o disposto do elemento de conexão para residência habitual: “a lei pessoal é a da residência habitual do indivíduo”¹³, resolvendo o problema do estatuto pessoal dos residentes de Macau no direito internacional privado.

Portanto, perante uma determinada relação jurídica, qual dos elementos deve ser escolhido como elemento de conexão? Normalmente, os órgãos legislativos de cada país devem considerar os seguintes factores¹⁴:

1. a classificação da natureza dos problemas jurídicos deve ser determinado pelo “conceito-quadro” das normas de conflitos;
2. o elemento de conexão escolhido pela norma de conflitos tem de ser um dos elementos constitutivos da relação jurídica apontada no “conceito-quadro”;
3. distinguir o sentido e função dos diferentes elementos de conexão se existe uma ligação mais intrínseca entre o elemento de conexão aplicável e relação jurídica determinada, e tem importância relativa para determinado problema;
4. o elemento de conexão aplicável tem de ser aceite pelos órgãos legislativos de todos os países;

¹¹ N.º 1 do artigo 31.º do Código Civil português de 1966.

¹² Em 1987, os governos da China e de Portugal assinaram a Declaração Conjunta Sobre a Questão de Macau, reconhecendo que o Governo da República Popular da China assumiria o exercício da soberania de Macau no dia 20 de Dezembro de 1999, Macau torna-se numa Região Administrativa Especial da China.

¹³ N.º 1 do artigo 30.º do Código Civil de Macau de 1999.

¹⁴ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, versão 1 de Setembro de 1999, p.242.

5. o elemento de conexão aplicável tem de ser facilmente identificado, facilmente aplicado e ter ligação com determinado lugar;

6. a escolha do elemento de aplicável relacionado deve respeitar à política do Estado relativamente à relações jurídicas civis e comerciais internacionais.

Se as normas jurídicas de cada país são idênticas, ou cada pessoa exerce o direito de ação no mesmo país ou no mesmo tribunal, então, não há problema de conflito de leis. À medida que os contactos internacionais são mais frequentes, as contactos internacionais (civis e comerciais) são completamente livres, abertos e iguais, considerando o princípio da soberania, a garantia da segurança e liberdade de contactos internacionais, e a garantia dos direitos dos cidadãos nacionais e estrangeiros, como os países em contacto equilibram os interesses de todas as partes, é este o pensamento essencial do direito internacional privado. As considerações acima referidas sobre o elemento de conexão baseiam-se na resolução justa dos conflitos e correspondem aos interesses comuns dos países interdependentes.

VII. Teorias da licitude e da ilicitude

Relativamente à legislação do direito internacional privado, todos os países citam vários princípios e jurisprudências para tentar determinar o elemento de conexão, e este pode designar precisamente a lei competente, resolvendo justa e razoavelmente os conflitos internacionais (civis e comerciais). No entanto, em algumas matérias, é inevitável o surgimento de dificuldades; por exemplo, devido ao princípio da autonomia da vontade das partes, as partes ainda têm certas margens de liberdade, o legislador não pode limitá-la rigorosamente através da legislação, este tipo de direitos atribuídos às partes pode ser a maior preocupação da fraude à lei. Além disso, a conduta de as partes fugirem à lei não é ilícita; só em determinado sentido pode ser considerada conduta de fraude à lei. Portanto, se a “fraude à lei” no direito internacional privado é lícita, os estudiosos têm opiniões diferentes; os estudiosos de Taiwan têm duas opiniões sobre isto – a teoria da licitude e a teoria da ilicitude. Vamos introduzir sucintamente¹⁵:

¹⁵ *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p. 8.

1. Teoria da licitude. Considera-se que a conduta da fraude à lei no direito internacional privado é lícita, pelas seguintes razões:

1) se as partes que viram a fraude à lei têm propósitos egoístas, existe a relação obrigacional do negócio jurídico. Normalmente, todos os países reconhecem o princípio da autonomia da vontade das partes. Assim não há qualquer diferença com o reconhecimento da escolha voluntária da lei aplicável pelas partes, e deste modo, fraude à lei é uma manifestação de liberdade de escolha das leis pelas partes, por isso deve ser reconhecida como lícita.

2) por outro lado, se se considerar que a conduta da fraude à lei é ilícita, é necessário provar a intenção de fuga ao direito interno das partes, caso contrário, é difícil distinguir esta do acto de mudança do elemento de conexão nas circunstâncias da boa fé. Todavia, a intenção é um elemento subjectivo, sendo difícil prová-la: por isso, é melhor reconhecer a sua licitude, reduzindo os litígios e evitando disputas.

3) se se considerar que a fraude à lei é ilícita e se sancionar a conduta e o resultado pretendido pelas partes, não apenas é desfavorável para as partes, como também é fácil provocar disputas entre países.

4) se se considerar que a fraude à lei é ilícita, a lei injusta ou irrazoável de um país vai ser aplicada, isso não só obsta ao progresso do direito interno, como também impede o progresso da economia da sociedade.

2. Teoria da ilicitude. Considera-se que a conduta da fraude à lei no direito internacional privado é ilícita, pelas seguintes razões:

1) A fraude à lei tem origem na fuga à lei no direito material, Assim, se é ilícito no direito material, também o é no direito internacional privado.

2) se a aplicação do direito imperativo de um país é evitada por meios fraudulentos, a relação constituída não pode ser reconhecida, caso contrário, equivaleria a encorajar a fraude.

3) as partes procedem à mudança do elemento de conexão para que se aplique um direito estrangeiro, e aproveitam as regras da escolha das leis para fugir à aplicação do direito interno. Embora aparentemente não seja ilícito, prejudica a ordem da segurança da escolha das leis, o que equivale à relação de coma norma do direito interno.

4) se considerar que fraude à lei é ilícita, deve-se impôr o respeito do direito interno, fazendo com que as pessoas não se atrevam a depender lei interna.

Ambas as teorias têm a sua razão de ser. Quanto à teoria da licitude, as partes que defraudam a lei para alcançar certos objectivos, mudam de elemento de conexão intencionalmente. Quando as partes decidem mudar de elemento de conexão, a intenção fraudatória não pode ser determinada ou é difícil de determinar; além disso, no direito internacional privado, o elemento de conexão é determinado segundo o elemento objectivo ou formal, sem qualquer outra vontade subjectiva. Portanto, não é possível ajuizar se as partes têm a intenção fraudatória na mudança de elemento de conexão. Por isso, o negócio jurídico depois da mudança deve ser reconhecido como válido.

Quanto à teoria da ilicitude, esta concentra-se na existência ou não da intenção de defraudar o direito interno na mudança do elemento de conexão; isso não é completamente impossível de determinar; não pode ser tolerada a conduta obviamente fraudatória, caso contrário, vai necessariamente causar fenómenos de injustiça, e violar a ordem da segurança da escolha das leis no direito interno.

Relativamente às opiniões acima referidas sobre a licitude e ilicitude, vamos vamos averiguar qual a melhor.

VIII. A natureza da fraude à lei

A natureza de fraude à lei pode ser um problema autónomo ou um problema da reserva da ordem pública. O estudioso da China, Huang Jin, considera que é um problema autónomo; e sintetiza os seguintes elementos¹⁶:

1. as causas são diferentes. A fraude à lei é consequência de acto voluntário das partes na mudança do elemento de conexão enquanto que a reserva da ordem pública é causada pelo conflito entre o conteúdo do direito estrangeiro designado pela norma de conflitos e a ordem pública do país da norma de conflitos.

2. os bens jurídicos protegidos são diferentes. O instituto da fraude à lei pode proteger as leis internas, também pode proteger as leis estrangeiras, e a maioria delas são normas proibitivas; a reserva da ordem pública

¹⁶ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, Editora o Direito, 1.ª edição, Setembro de 1999, p.270.

apenas protege o direito interno, são princípios fundamentais do direito interno, não têm de ser normas jurídicas proibitivas.

3. a natureza do acto é diferente. A fraude à lei é um acto privado; a reserva da ordem pública é aplicada por um órgão estatal.

4. as consequências são diferentes. Quando uma lei estrangeira não é aplicada por causa da negação da fraude à lei, não só o objectivo que as partes tentarem obter com a aplicação de uma lei estrangeira não pode ser alcançado, como também podem assumir a responsabilidade jurídica; em caso de não aplicação da lei estrangeira designada pela norma de conflitos por causa da ordem pública, as partes não assumem qualquer responsabilidade jurídica.

5. o estatuto e a situação na legislação são diferentes. A reserva da ordem pública é reconhecido por todos os países do mundo, o direito internacional privado de todos os países estipula o instituto da reserva da ordem pública sem excepção¹⁷; a fraude à lei é considerada como uma doutrina, além de poucos países, a maioria dos países não tem disposto escrito na legislação.

Outro estudioso da China, Yang Xiankun, compara a fraude à lei com o reenvio e a reserva da ordem pública. Ele considera que embora a fraude à lei, o reenvio e a reserva da ordem pública são institutos do direito internacional privado, existem diferenças¹⁸:

1. Quanto à causas: A fraude à lei é causada intencionalmente pelas partes, ao passo que o reenvio e a reserva da ordem pública resultam do conteúdo do direito estrangeiro designado pela norma de conflitos, não podendo ser alterados pela vontade das partes.

2. Quanto às consequências: as partes não assumem qualquer responsabilidade, quando um direito estrangeiro designado pela norma de conflitos não é aplicado por causa do reenvio ou de reserva da ordem pública; em caso de não aplicação de um direito estrangeiro por causa de negação da validade de fraude à lei, as partes não apenas não alcançam o objectivo de tentar aplicar um determinado direito estrangeiro, como

¹⁷ Artigo 20.º do Código Civil de Macau; artigo 6.º do Código Civil da França; artigo 90.º do Código Civil do Japão; artigo 72.º do Código Civil de Taiwan; N.º 1 do artigo 138.º do Código Civil da Alemanha.

¹⁸ *Curso do Direito Internacional Privado*, compilação Yang Xiankun, editora Universidade Zhong Shan, versão 1 de Março de 1990, p.107.

também têm de assumir certas responsabilidades jurídicas pela sua conduta fraudulenta.

O estudioso português, J. B. Machado, considera que a fraude à lei e a ordem pública internacional revelam quatro diferenças¹⁹:

1. nos casos de fraude à lei como de ordem pública internacional, é recusada a aplicação da lei estrangeira, mas as razões de recusa são diferentes. No primeiro caso, é recusada a aplicação porque a lei estrangeira é “inconciliável” com a lei do foro; no segundo caso, é recusada a aplicação porque a lei estrangeira é “inaceitável”.

2. a fraude à lei envolve o problema da justiça formal, ao passo que a ordem pública internacional tem a ver com o problema da justiça material.

3. O problema da fraude à lei põe-se em primeiro lugar, porque se verifica ao nível da aplicação de normas de conflitos; ao passo que o problema de ordem pública internacional põe-se depois, porque se verifica no âmbito da aplicação do direito material.

4. a ordem pública internacional apenas protege os interesses da lei do foro, ao passo que o instituto da fraude à lei não apenas protege os interesses da lei do foro, como serve ainda para proteger os interesses da lei estrangeira.

No direito internacional privado de Macau, a fraude à lei (artigo 19.º do Código Civil de Macau) e a ordem pública (artigo 20.º do Código Civil de Macau) são disciplinadas separadamente. Isso pode explicar que a legislação do direito internacional privado de Macau que segue a tradição jurídica portuguesa não equipara uma a outra, regulando-as separadamente.

IX. Requisitos da fraude à lei

Se a fraude à lei é ilícita, é necessário reunir algumas condições, para as condutas sejam consideradas como fraude à lei. Os requisitos são seguintes²⁰:

¹⁹ Huang Jin, Guo Huacheng, *Teoria Geral do Direito Internacional Privado de Macau*, editora Fundação Macau, 1.ª Edição, Setembro de 1997, p. 140.

²⁰ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, versão 1 de Setembro de 1999, p.269.

1. quanto aos sujeitos do acto, a fraude à lei é o próprio acto das partes.

2. subjectivamente, a fraude à lei é uma conduta propositada e consciente das partes, isto é, subjectivamente, as partes têm interesse em escapar à aplicação de uma lei.

3. quanto ao objecto, a lei defraudada tem de ser a lei imperativa ou proibitiva que devia ser aplicada segundo as normas de conflitos; o facto de a lei defraudada ser lei interna ou estrangeira às vezes pode determinar se a conduta constitui fraude à lei. Porque, alguns países só reconhecem a fuga à lei interna como fraude à lei, outros países também reconhecem a fuga à lei estrangeira como fraude à lei.

4. quanto à conduta, as partes, através de fabricarem ou mudarem de um ou vários elementos de conexão artificialmente, alcançam o objectivo de fuga à lei; por exemplo, a mudança de nacionalidade, domicílio, lugar de conduta e lugar da situação da coisa, etc. Estas condutas, embora sejam ilícitas substancialmente, são lícitas superficialmente.

5. quanto ao resultado obtido, a conduta de fuga à lei pelas partes já foi consumada, nos termos da norma de conflitos, sendo aplicada a lei mais favorável às partes.

Os estudiosos portugueses consideram que há dois requisitos para a verificação da fraude à lei: o requisito subjectivo e o requisito objectivo. O requisito subjectivo refere-se à intenção fraudatória das partes; requisito objectivo refere-se à conduta fraudatória das partes, isto é, através da mudança do elemento de conexão, torna a lei aplicável designada pela norma de conflitos que devia ser aplicada numa lei inaplicável²¹.

A intenção fraudatória é o requisito subjectivo de verificação da fraude à lei. Os estudiosos portugueses consideram que a mudança da lei competente devido à mudança do elemento conexão de “nacionalidade”, normalmente, não constitui fraude à lei; só quando existe a intenção fraudatória na mudança é que constitui fraude à lei; embora a verificação da intenção seja difícil, não é impossível. O requisito objectivo da fraude à lei é a conduta da mudança intencional e inadequada do elemento de

²¹ Huang Jin, Guo Huacheng, *Teoria Geral do Direito Internacional Privado de Macau*, editora Fundação Macau, 1.ª Edição, Setembro de 1997, p.137.

conexão da norma de conflitos pelas partes para escapar à lei que devia ser aplicada. A conduta mais frequente é a mudança de nacionalidade ou domicílio, isto é, a mudança da lei pessoal.

O estudioso de Taiwan, Liu Tiezheng, apresenta os seguintes requisitos de verificação da fraude à lei²²:

1. as partes têm de ter a intenção de defraudar o direito interno. A mudança do elemento de conexão normalmente leva muito tempo e grande quantidade de dinheiro, por isso, objectivamente apenas o facto da mudança do elemento de conexão não pode determinar a intenção das partes em defraudar o direito interno pelas partes, caso contrário, é injusto e desrazoável; portanto, além de objectivamente haver o facto da mudança de elemento de conexão, subjectivamente, é necessário provar que ambas as partes ou uma das partes tiveram a intenção de defraudar o direito interno, assim é mais adequado.

2. as partes têm de obter interesses na nova relação jurídica. Isto é, os efeitos pessoais ou patrimoniais que as partes não podem obter da relação original, mas podem obter da relação nova, é por esse razão que as partes mudam de elemento de conexão e o objectivo que querem alcançar.

3. o Estado do foro tem de ser o estado defraudado. A responsabilidade de fraude à lei só existe no Estado defraudado, porque viola a ordem de segurança de escolha da lei. Quanto ao objectivo de defraudar as leis de outro país, o tribunal de um estado não pode negar a validade do negócio jurídico segundo o conceito da fraude à lei. Por isso, só quando o tribunal do Estado defraudado tem jurisdição é quando se coloca o problema da fraude à lei.

Os requisitos apresentados pelo estudioso de Taiwan acima referido são basicamente idênticos aos requisitos da “fraude à lei” no “Curso do Direito Internacional Privado”, compilado por estudioso do Interior da China, Yang Xiankun²³, e com os requisitos de “fraude à lei interna” re-

²² *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p. 12.

²³ *Curso do Direito Internacional Privado*, compilação Yang Xiankun, editora Universidade Zhong Shan, 1.ª Edição de Março de 1990, p.105.

feridos na “Teoria e Prática do Direito Internacional Privado” publicado em 1936, escrito pelo estudioso, Lu Jun. O livro do último autor foi reimpresso em 1998 pela editora Universidade das Ciências da Política e do Direito²⁴ podendo ser considerado complemento dos requisitos de fraude à lei.

X. Efeitos da fraude à lei

A fuga à lei no direito interno é fugir ao disposto proibitivo da lei, sendo naturalmente uma conduta ilícita e deve ser sancionada. Mas a fraude à lei no direito internacional privado não apenas tem a ver com a lei defraudada, como também tem a ver com a conduta do agente ao mudar intencionalmente do elemento de conexão e da relação jurídica derivada; a lei defraudada às vezes é lei interna, às vezes é lei estrangeira. Portanto, relativamente ao problema dos efeitos da fraude à lei, existem opiniões diferentes quanto aos aspectos sobre legislações, teorias e práticas judiciais de diversos países:

1. todas as condutas de fuga à lei são inválidas. A fuga à lei inclui fuga à lei interna e fuga à lei estrangeira, os dois tipos de conduta são inválidos. O primeiro no direito interno é escapar à lei no direito civil que evita a aplicação da disposição proibitiva da lei através de meios tortuosos para alcançar o objectivo, isto é, utilizando os meios lícitos para alcançar o objectivo ilícito, por isso é inválido.

Por sua vez, a fraude à lei no direito internacional privado, visa a fuga ao direito material interno e aplicando o direito estrangeiro mais favorável. A maioria dos estudiosos europeus considera que a fraude à lei é uma conduta fraudatória; quando acontece a situação de fraude à lei, deve ser excluída a aplicação da lei que as partes queriam aplicar, e deve ser aplicada a lei que devia ser aplicada. A expressão “a fraude tudo corrumpê” (*fraus omnia corrumpit*) é o seu fundamento teórico. Os estudiosos franceses Bartin e Batiffol consideram que a conduta de fraude à lei prejudica o prestígio das normas de conflitos e as leis competentes designadas por estas normas; essencialmente é uma conduta fraudatórias,

²⁴ Lu Jun, *Teoria e Prática do Direito Internacional Privado*, editora Universidade de Ciências da Política e do Direito, 1.ª Edição de Abril de 1998, p.87.

se não houver outras interpretações em contrário, não devem ser reconhecidos os seus efeitos²⁵.

2. a fuga à lei interna é inválida e a fuga à lei estrangeira é válida. A fraude à refere-se apenas ao direito interno; a fuga à lei estrangeira não pode ser considerada fraude à lei no direito internacional privado. Isto é, a fuga à lei interna é inválida e a fuga à lei estrangeira é válida. O estudioso alemão, Waechter, e o francês, Weiss, consideram que se as normas de conflitos bilaterais permitem tanto a aplicação do direito interno e também reconhecem a aplicação do direito estrangeiro, então, os nacionais para constituírem as relações jurídicas ou celebrarem os negócios jurídicos que não podem constituir ou celebrar no âmbito do direito interno, constituem um elemento de conexão; isto ao não ultrapassa o âmbito permitido pelas normas de conflitos, não pode ser considerado conduta ilícita. Alguns estudiosos anglo-americanos do sistema da common law também consideram que se as normas de conflitos deixarem a possibilidade de escolha das leis pelas partes, não se deve culpar as partes quando elas para alcançarem um determinado objectivo, escolha umas das leis; se se quiser prevenir o abuso das normas de conflitos, deve o legislador estipular nas normas de conflitos. No entanto, este ponto de vista está sujeito a críticas, a opinião comum é que se reconhecer a validade de fraude à lei, está conduz necessariamente à instabilidade das relações jurídicas, influencia a segurança de toda a sociedade. Portanto, alguns estudiosos apresentam a opinião de invalidade relativa, isto é, a fraude à lei do foro é inválida, a fraude à lei estrangeira é válida²⁶.

3. a conduta da fraude à lei interna é inválida, a validade da fraude à lei estrangeira deve depender de situações diferentes. A maioria das legislações dos países negam explicitamente a validade da fraude à lei interna, mas não regulam a validade da fraude à lei estrangeira. Por outras palavras, depende da natureza da lei estrangeira defraudada, e se o disposto da lei estrangeira é legítimo e razoável, este tipo de fuga à lei deve ser considerado inválido.

²⁵ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, 1.ª Edição de Setembro de 1999, p. 272.

²⁶ *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p.14.

Relativamente às três opiniões acima referidas, os estudiosos do Interior da China preferem um misto destas três opiniões. Eles citam o artigo 194.º do Parecer (Provisório) do Supremo Tribunal Popular da China de 1988, “Sobre Alguns Problemas da Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil da República Popular da China”. Este nada estipula sobre a validade da conduta de se subtrair ao direito imperativo estrangeiro; sobre isto, consideram que as relações jurídicas reguladas pelo direito internacional privado não apenas têm a ver com o próprio país e um país estrangeiro, até têm a ver com três ou quatro leis de países diferentes, as partes podem não apenas aplicar lei estrangeira para fugir à lei interna, como também podem aplicar a lei do segundo país para escapar à lei do terceiro país, e para o tribunal do lugar da conduta, a lei do segundo país e a lei do terceiro país são todas leis estrangeiras. Portanto, a fraude à lei no direito internacional privado deve abranger todas as fraudes à lei, incluindo a fraude à lei interna, e também a fraude à lei estrangeira. Quanto à validade de fraude à lei, deve ser considerada segundo situações diferentes. Em primeiro lugar, todas as fraudes à lei interna são inválidas; em segundo lugar, as fraudes à lei estrangeira devem ser analisadas concretamente, deve ser tratadas caso a caso, se as partes evitam a aplicação de normas legítimos ou razoáveis no direito estrangeiro, a conduta deve ser considerada inválida; caso contrário não é inválida²⁷.

Os estudiosos de Taiwan, consideram que a teoria da invalidade relativa é mais adequada. Segundo esta teoria, a fraude à lei não é por natureza inválida, só é inválida quando viola o objectivo de legislação do direito interno, isso pode corresponder à natureza de fraude à lei e também pode limitar o abuso de fraude à lei, por isso, é mais aconselhável²⁸.

XI. Exemplo de fraude à lei

Relativamente a exemplos de fraude à lei, tantos os estudiosos do Interior da China, sejam estudiosos de Taiwan, utilizam a sentença do “Caso Bauffremont” (Bauffremont’s Divorce Case) do Supremo Tribunal de Jus-

²⁷ *Coletânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p. 273.

²⁸ *Curso do Direito Internacional Privado*, compilação: Yang Xiankun, editora Universidade Zhong Shan, versão I de Março de 1990, p.15.

tiça da França em 1878²⁹ ou o “Caso Ferrai” de 1922³⁰ como precedentes para estudos, e para explicar os requisitos constitutivos da fraude à lei e a sentença da invalidade, embora esta sentença seja o primeiro caso de fraude à lei e chame a atenção de vários países sobre o problema de fraude à lei e seu estudo. Todavia, nesse momento, estes casos são longínquos e são sentenças que se afastam muito das circunstâncias da nossa vida. Considerando os contactos frequentes dos quatro lados do estreito, o retorno da soberania de Hong Kong (sistema de common law de Reino Unido) e de Macau (sistema jurídico de Portugal) respectivamente no dia 1 de Julho de 1997 e no dia 20 de Dezembro de 1999, nos termos do disposto nas Leis Básicas de Hong Kong e de Macau, os ordenamentos jurídicos originais mantêm-se, salvo no que contrariarem as Leis Básicas³¹; ambas as partes de Hong Kong e de Macau têm poder legislativo e poder judicial autónomos; para os casos concernentes do exterior, também têm respectivamente legislação de direito internacional privado. Quanto a Taiwan, também em 2 de Abril de 1997 (revisto em 29 de Outubro de 2003) e em 31 de Julho de 1992 (revisto em 29 de Outubro de 2003), foram publicados o “Regulamento para reger as relações com Hong Kong e o Macau” e o “Regulamento para reger as relações entre as pessoas de Taiwan e da China Continental”, para resolver os problemas de aplicação do direito civil surgidos com pessoas de Hong Kong, de Macau, e do Interior da China, se as pessoas dos quatro lados do estreito aproveitam as diferenças das normas jurídicas, não é impossível que pratiquem condutas de fraude à lei. Agora, vamos comparar as diferenças das leis de Macau e do Interior da China e elucidar o problema da fraude à lei com um exemplo.

²⁹ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, 1.ª Edição de Setembro de 1999, p.269. *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Redactora dos Livros da Associação dos Estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p. 6. Huang Jin, Guo Huacheng, *Teoria Geral do Direito Internacional Privado de Macau*, editora Fundação Macau, 1.ª Edição de Setembro de 1997, p. 136.

³⁰ *Direito Internacional Privado*, compilação Huang Jin, editora o Direito, 1.ª Edição de Setembro de 1999, p. 271. *Curso do Direito Internacional Privado*, compilação: Yang Xiankun, editora Universidade Zhong Shan, versão I de Março de 1990, p.106. Huang Jin, Guo Hua Cheng, *Teoria Geral do Direito Internacional Privado de Macau*, editora Fundação Macau, 1.ª Edição de Setembro de 1997, p.140.

³¹ Artigos 8.º, 17.º e 19.º da Lei Básica de Macau. Artigos 8.º, 17.º e 19.º da Lei Básica de Hong Kong.

A e B são cidadãos chineses, queriam casar-se no Interior da China, a relação entre eles é de tio e sobrinha; é uma relação a que se aplica o disposto imperativo de proibição de casamento no direito da China³². O casamento não foi permitido, e então, aproveitaram o regime de fixação de residência temporária como investidores³³ e emigraram para Macau. Depois da aquisição da condição de residente permanente de Macau, requererem o casamento segundo a lei de Macau, porque a situação não violou o disposto no impedimentos dirimentes do casamento, tendo sido aceite o registo de casamento³⁴. Quanto ao regime de bens, não foi celebrada qualquer convenção antenupcial, o casamento considera-se celebrado sob o regime da participação nos adquiridos³⁵. A e B tiveram um filho e uma filha depois do casamento. Nesse período, A e B alteraram o regime de bens para o regime de separação dos bens segundo o artigo 1578.º do Código Civil de Macau, e separaram os bens situados em Macau de acordo com aquele artigo. Depois, deixaram de se amar, B e os dois filhos voltaram para residir no Interior da China.

Dois anos depois, A tentou uma acção de divórcio em Macau com fundamento em separação de facto por dois anos consecutivos, B não compareceu no tribunal depois da recepção da notificação da acção de divórcio. O juiz decretou o divórcio, e o casamento entre A e B ficou dissolvido. O regime de bens adoptado por A e B é o regime da separação de bens, por isso, não foi necessário separar os bens, B iria exercer o poder paternal relativamente aos filhos, A necessitava de prestar alimentos aos filhos. A enviou a decisão judicial de divórcio a B depois da sentença, e pediu o tribunal popular do Interior da China para a sua confirmação e execução.

Nesse momento, os parentes de B tentaram uma acção no tribunal popular local do lugar onde residia B com fundamento em relação de pa-

³² N.º 1 do artigo 7.º da Lei de Casamento da República Popular da China.

³³ Regulamento administrativo n.º 3/2005 de 4 de Abril de 2005 sobre o regime de fixação de residência temporária de investidores, quadros dirigentes e técnicos especializados, artigo 3.º, n.º 1, alíneas 1) e 2), n.º 2, alínea 1).

³⁴ *A contrario sensu* do artigo 1480.º (Impedimentos dirimentes relativos) do Código Civil de Macau, o parentesco no terceiro grau da linha colateral não é impedimento dirimente de casamento.

³⁵ Artigo 1579.º do Código Civil de Macau.

Base, demonstrando que o tribunal de Macau já decidiu o divórcio das partes. Segundo a convenção pós-nupcial (regime da separação), cada um das partes conserva o domínio de todos os seus bens, por isso, B não pode receber metade dos bens de A situados no Interior da China, e requer ainda ao tribunal popular local a confirmação e a execução de a decisão judicial do tribunal de Macau.

Quanto ao pedido de A, nos termos do disposto do artigo 306.º do “Parecer do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Aplicação do Direito do Processo Civil da República Popular da China”: “Quando o tribunal popular da República Popular da China e um tribunal estrangeiro têm jurisdição sobre o mesmo caso e uma das partes intenta acção no tribunal estrangeiro e outra parte intenta acção no tribunal popular da República Popular da China, o tribunal popular pode aceitar o caso. Depois do julgamento, não é autorizado o requerimento do tribunal estrangeiro ou o requerimento das partes para a confirmação e execução das decisões judiciais do tribunal estrangeiro deste caso”; portanto, o juiz do tribunal popular de base recusa o pedido de confirmação e execução de A e executa a decisão judicial do tribunal popular.

Analizando o problema do exemplo acima referido:

1. A e B para alcançar o objectivo de casamento, evitam a aplicação do disposto imperativo do direito do Interior da China, emigraram para Macau propositadamente e passo a passo alcançaram a vontade de casar.

Tendo em conta os requisitos da fraude à lei apresentados pelo estudioso do Interior da China, Huang Jin, vamos analisar se a conduta da fraude à lei de A e B para alcançar o objectivo de casamento é válida:

1) do ponto de vista do acto dos sujeitos, A e B emigraram para Macau para fugir à lei do Interior da China, é um acto próprio das partes;

2) subjectivamente, A e B emigraram para Macau com o intuito de evitarem a aplicação da norma jurídica do Interior da China que proíbe o casamento entre parentes dentro de três gerações;

3) do ponto de vista do objecto defraudado, o direito imperativo do Interior da China devia ser aplicado a A e B;

4) do ponto de vista da forma da conduta, A e B emigraram para Macau, mudaram de domicílio intencionalmente, e alcançaram o objec-

tivo da fraude à lei, embora a emigração para Macau seja lícita e substancialmente a conduta praticada ser ilícita;

5) objectivamente, A e B já se casaram, a conduta de fraude à lei já foi consumada, isto é, a aplicação da lei favorável às partes.

Através da análise acima referida, a conduta de A e de B já preenche os requisitos de verificação de fraude à lei.

Segundo os requisitos da fraude à lei apresentados pelo estudioso de Taiwan, Liu Tiezheng, vamos analisar se a conduta da fraude à lei de A e B para alcançar o objectivo de casamento, é válida:

1) as partes têm de ter a intenção de defraudar o direito interno. Tiveram as partes A e B intenção de defraudar o direito interno? A e B emigraram para Macau, aproveitando o regime de fixação de residência temporária de investidores, gastaram pelo menos três milhões de dólares de Hong Kong (dois milhões para aquisição de imóvel, um milhão de depósito a prazo no banco), tendo necessidade de morar em Macau pelo menos sete anos para adquirir a qualidade de residente permanente. Portanto, a mudança do elemento de conexão por parte de A e B necessita de muito tempo e de dinheiro. Objectivamente, só o facto da mudança do elemento de conexão, é difícil para outros determinarem se as partes tiveram a intenção de defraudar o direito interno; provar que uma das partes ou as duas partes subjectivamente tiveram a intenção de defraudar o direito interno, é uma tarefa difícil.

2) as partes têm de obter vantagens na nova relação. A e B casaram-se com a identidade de residente permanente de Macau; isto é, as partes obtiveram vantagens na nova relação. São efeitos de identidade que as partes não podiam obter na relação original, mas puderam obter na nova relação; essa foi a razão de A e B terem mudado o elemento de conexão e alcanço o objectivo que queriam alcançar.

3) o Estado defraudado tem de ser o Estado do lugar do foro. A e B pretendem evitar a aplicação das normas jurídicas do Interior da China; portanto, o estado do lugar do foro é o Estado defraudado (China). A responsabilidade da fraude à lei só existe no estado defraudado, porque viola a ordem da segurança da escolha das leis no estado defraudado; só quando o tribunal do Estado defraudado tem jurisdição é que existe o problema da fraude à lei e da negação da validade do respectivo negócio jurídico.

Através da análise acima referida, na alínea 1), os parentes apresentaram provas que a conduta de emigração para Macau de A e B foi para o casamento. As provas dos parentes apenas podem provar que eles são parentes na linha colateral dentro de três gerações, não podem provar que o objectivo deles de emigração para Macau foi o casamento. Na alínea 2), A e B emigraram para Macau e tornaram-se residentes permanentes. A duração é muito longa, não é muito claro a delimitação entre a relação antiga e a relação nova. Na alínea 3), Macau não é o lugar defraudado, não nega a validade do negócio jurídico. Considerando os requisitos de fraude à lei apresentados por estudioso de Taiwan, Liu Tiezheng, é duvidoso que a conduta preencha os requisitos da fraude à lei. Portanto, para o autor, parece que não se verifica a fraude à lei de A e B.

Para os estudiosos portugueses, as partes mudam de nacionalidade ou residência. As partes moram sucessivamente no país da nova nacionalidade, e aquela nacionalidade é a que as partes queriam adquirir há muito tempo; nesta situação, a mudança de nacionalidade das partes não pode ser considerada fraude à lei³⁸. A e B emigraram para Macau, moram sucessivamente há mais de sete anos para adquirir a identidade de residente permanente de Macau, embora se casem depois, deve ser reconhecido que o facto da mudança de residência de A e B não pode ser considerado fraude à lei.

Globalmente, considerando a validade da fraude à lei, citando a sentença do “caso Bauffremont”, a conduta de A e B constitui fraude à lei, os parentes de A e B podem intentar uma acção no tribunal popular local do Interior da China, pedindo a declaração de invalidade do casamento de A e B celebrado em Macau; porque o motivo de aquisição de identidade de residente de Macau por A e B é obviamente para evitar a aplicação do disposição imperativa do direito do Interior da China. Embora A e B adquiram a identidade de residente de Macau, de acordo com a Lei de Nacionalidade da China, A e B são cidadãos chineses. Nos termos do disposto no artigo 194.º do “Parecer (Provisório) do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil de Macau”: “a conduta das partes que evita a aplicação das normas jurídicas imperativas ou proibitivas da China não

³⁸ Huang Jin, Guo Huacheng, *Teoria Geral do Direito Internacional Privado de Macau*, editora Fundação de Macau, 1.ª Edição de Setembro de 1997, p.142.

produz efeitos de aplicação da lei estrangeira”. O tribunal popular considera que o casamento de A e B foi contraído através de meios da fraude à lei. Portanto, decide que o casamento contraído em Macau é inválido; quanto ao problema de A e B emigrarem para Macau e adquirirem a identidade de residente permanente de Macau, o tribunal popular não tem competência para julgar.

Suponhamos a análise daquele caso segundo o ponto de vista do direito internacional privado pelo tribunal popular seja o seguinte:

“A e B são cidadãos chineses, emigraram para Macau, por isso, a residência habitual é Macau; o tio e a sobrinha casaram-se em Macau, o casamento é válido. Isso refere-se a que para este caso, no direito material de Macau, não se verifica qualquer impedimento dirimente do casamento. A lei da China considera que a lei competente para reger a validade do casamento é a lei da residência habitual³⁹, a nacionalidade deles ao tempo de contrair em o matrimónio na residência habitual Macau é chinesa, isso significa que a China considera que o direito material de Macau é lei competente para reger a mesma relação jurídica. O casamento é presumido válido na China, embora o direito material da China considera que aquela relação jurídica é inválida segundo um impedimento dirimente de casamento⁴⁰, mas a lei da China não considera que é lei competente para reger aquela situação, por isso, deve ser aplicada a lei da residência habitual às relações jurídicas concernentes ao exterior da China. Assim, aplica-se o direito material de Macau, sendo o casamento é válido. No entanto, aquela regra também considera que quando aquela relação jurídica civil evita a aplicação das normas jurídicas imperativas ou impeditivas da China, não é aplicável a lei estrangeira⁴¹. É que o motivo da aquisição da

³⁹ Artigo 48.º do Código Civil de Macau: “A capacidade para contrair casamento ou celebrar convenção matrimonial é regulada, em relação a cada nubente, pela respectiva lei pessoal”. A lei pessoal é a lei da China, refere-se ao artigo 179.º do Parecer (Provisório) do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas na Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil: “a capacidade jurídica civil dos cidadãos chineses residentes no estrangeiro, ... ao acto praticado no estado onde residem pode ser aplicada a lei do estado onde residem”. Devolução para Macau, por isso, a lei de Macau é aplicada.

⁴⁰ N.º 1 do artigo 7.º e o n.º 2 do artigo 10 da Lei de Casamento da República Popular da China.

⁴¹ Artigo 194.º do Parecer (Provisório) do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil da República Popular da China.

qualidade de residente de Macau por parte de A e B é obviamente para evitar a aplicação das disposições imperativas ou proibitivas do direito do Interior da China”.

Portanto, o tribunal popular determina que o casamento contraído em Macau por A e B é inválido.

No entanto, a execução é difícil. A decisão judicial do tribunal popular só pode ser executada dentro do âmbito da sua jurisdição. É duvidoso que possa ser confirmada e executada pelo tribunal de Macau. Porque A e B são residentes de Macau, o casamento foi contraído em Macau, isso corresponde ao disposto da lei de Macau. Pode o juiz de Macau violar o disposto do direito imperativo interno declarando o casamento celebrado em Macau por A e B inválido?

Segundo o disposto do art. 12 Código de Processo Civil de Macau sobre a confirmação da decisão proferida por Tribunais do exterior de Macau, é necessário o preenchimento dos requisitos: nos termos da alínea c) do n.º 1 do artigo 1200.º daquele Código: “que provenha de tribunal cuja competência não tenha sido provocada em fraude à lei e não verse sobre matéria da exclusiva competência dos tribunais de Macau”. A decisão judicial do tribunal popular não corresponde ao disposto a contrario sensu daquele artigo; portanto, o juiz de Macau não pode confirmar a decisão judicial do tribunal popular, declarando inválido o casamento celebrado em Macau entre A e B. Os tribunais da RAEM gozam de jurisdição exclusiva. O princípio aqui adoptado é o da jurisdição

Saber-se a conduta de A e B é lícita, segundo os requisitos da fraude à lei apresentados pelo estudioso do Interior da China, Huang Jin, A e B concentram-se na mudança do elemento de conexão, têm a intenção de defraudar o direito interno, e não é totalmente impossível de determinar, obviamente, a conduta de A e B é fraudatória, por isso não é legítima e é ilícita, correspondendo à teoria de ilicitude.

De acordo com os requisitos de verificação da fraude à lei apresentados pelo estudioso de Taiwan, Liu Tiezheng, quando as partes mudam de elemento de conexão, elas evitam a aplicação da lei interna que devia ser aplicada e fazem aplicar a lei estrangeira mais favorável. Subjectivamente, não é honesto, é com hipocrisia. As partes da fraude à lei, para alcançarem um determinado objectivo, mudam de elemento de conexão intencionalmente, violam a ordem da segurança da escolha das leis do Interior

da China, isto é, é ilícita. Por isso, superficialmente, embora a conduta de A e B não seja ilícita, prejudica a ordem da segurança da escolha das leis, sem dúvida, violando directamente o direito interno, correspondendo à teoria de ilicitude.

O estudioso de Taiwan, Liu Tiezheng, no seu artigo sobre fraude à lei, concorda mais com a teoria de ilicitude⁴².

Suponhamos que B intenta acção no tribunal popular local do Interior da China para declarar a invalidade do seu casamento com A, será uma fraude à lei de Macau? A decisão judicial do Interior da China determina a invalidade do casamento de A e B. Significará que a conduta da fraude à lei interna é inválida e a conduta de fraude à lei estrangeira é válida?

Quanto à identidade de A e B, eles mantêm a nacionalidade chinesa apesar de terem emigrado para Macau; o elemento de conexão alterado por eles é apenas a residência habitual. Portanto, quando B voltar para o Interior da China onde reside, encontra-te de novo sob jurisdição judicial da China; considerando a *ratio legis*, Quanto à jurisdição civil concernente ao exterior consagrada no direito de processo civil da China foi adoptado o princípio da territorialidade, complementado pelos princípios da personalidade e de controlo efectivo⁴³. B como uma das partes, intenta uma acção no tribunal popular local da residência habitual; o tribunal popular local, segundo o artigo 22.º do Direito de Processo Civil da República Popular da China sobre o disposto na jurisdição territorial, aceita o caso. O juiz do tribunal popular local considera que, de acordo com as provas apresentadas pelos parentes e o assento de nascimento, e segundo a árvore genealógica da família, A é tio de B. São assim parentes dentro de três gerações, matéria estaregulada pelo disposto no n.º 1 do artigo 7.º da Lei de Casamento da República Popular da China sobre os impedimentos dirimentes de casamento. Portanto, de acordo com o disposto no n.º 2 do artigo 10.º da Lei de Casamento da República Popular da China, o juiz decide que o casamento contraído entre A e B é inváli-

⁴² *Colectânea das Teses do Direito Internacional Privado*, Comissão Editora da Colectânea da Associação dos estudos do Direito Internacional Privado, editora Livraria Wu Nam, Setembro de 1996, p.10.

⁴³ Curso do Direito de Processo Civil da China, compilação Jiang Wei, Zhang Jinhong, editora Universidade das Ciências da Política e do Direito da China, Junho de 1994, p.393.

do. Segundo o disposto no artigo 15.º da “Interpretação (I) do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Aplicação da Lei de Casamento da República Popular da China”, os bens adquiridos por A e B no período da união de facto são considerados como bens comuns, sendo, os bens de A e de B são divididos igualmente. Obviamente, o tribunal popular local adota o princípio da territorialidade, porque B agora reside no Interior da China, dentro do âmbito da jurisdição dos tribunais populares; embora B tenha adquirido a identidade de residente de Macau, a sua nacionalidade ainda é chinesa e por isso, aplica-se o direito da China, o que corresponde ao princípio da personalidade; os bens de A que se encontram no interior da China, são os que o tribunal popular pode controlar efectivamente, aplicando o princípio do “controlo efectivo”. B não intentou uma acção de divórcio no Interior da China, mas antes, intentou uma acção de invalidade do casamento, porque; obviamente, julgada procedente a acção de divórcio, os bens só podem ser divididos de acordo com o regime da separação dos bens, não atingindo desde modo o objectivo de B dividir os bens de A no Interior da China. Se intentar a acção de invalidade do casamento, pode alcançar o desejo de B; a acção de invalidade do casamento, sendo intentada no Interior da China pode aplicar o direito do Interior da China mais vantajoso para B, escapando à aplicação das normas jurídicas do direito de Macau que são desfavoráveis.

Isto é semelhante ao “caso Ferrai” submetido à apreciação do tribunal francês em 1922, uma senhora francesa, casou-se com o italiano Ferrai e naturalizou-se italiana. Depois, os cônjuges separaram-se por deixarem de se amar. Porque na Itália não podiam divorciar-se, ela voltou para França e intentou acção de divórcio. Considerando que as partes eram italianos, o Tribunal Judicial de Base da França aplicou a lei italiana e recusou o pedido do divórcio. Depois, a senhora Ferrai readquiriu a nacionalidade francesa, pediu novamente o divórcio no tribunal francês, embora o tribunal soubesse que ela queria fugir à lei italiana; o divórcio foi admitido e devido ao facto de uma parte ser francesa, a lei francesa foi aplicada⁴⁴. Agora, a diferença com este caso é apenas que B mudou de residência habitual (China→Macau→China), e a sua nacionalidade não foi alterada. Portanto, o tribunal da China pode apreciar este caso apenas de acordo com o disposto no direito de processo civil interno. A decisão

⁴⁴ *O Curso do Direito Internacional Privado*, compilação: Yang Xiankun, editora Universidade Zhong Shan, versão I de Março de 1990, p.106.

judicial resulta, tal como acontece no caso “Ferrari”, da aplicação do direito interno.

Este é um problema sobre jurisdição de casos de processo civil relativos ao exterior na China; os casos envolvendo residentes de Hong Kong, de Macau e de Taiwan não são casos concernentes ao exterior; quanto à competência em razão da hierarquia, aplica-se o disposto sobre a competência em razão da hierarquia dos processos civis. Quando dois tribunais têm competência sobre o mesmo caso e ocorre um conflito, é tratado segundo o princípio da territorialidade. Por exemplo, o disposto no artigo 306.º do “Parecer do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Aplicação da Lei de Processo Civil da República Popular da China” adota o princípio da territorialidade. Esse é um meio do Interior da China para obter a competência e resolver conflitos de competência; por isso, conduz a que o resultado da fraude à lei estrangeira seja válido, bem como a produção dos efeitos de fraude à lei estrangeira.

XII Conclusão

Olhando para trás, o problema do lugar da matrícula das sociedades ou corporações multinacionais, referido na “Introdução”, surge quando estas têm problemas de conflitos relativos a dívidas, falências ou questões fiscais. Em determinadas situações, aproveitam as lacunas da escolha da lei competente para reger as pessoas colectivas estrangeiras e adquirirem efeitos jurídicos favoráveis às partes⁴⁵. Por exemplo, a mudança da Jardine Matheson Holding Limited acima referida chama a atenção dos cidadãos de Hong Kong; eles consideram que a mudança é para evitar os riscos políticos surgidos depois de retorno da soberania de Hong Kong, reduzindo as perdas económicas. Quanto ao problema da matrícula de embarcações e cruzeiros, coloca-se o problema de saber qual a lei do “estado da bandeira”; a lei do “estado da bandeira” refere-se à lei do estado a que a bandeira hasteada pertence, normalmente para resolver conflitos das leis sobre a propriedade das embarcações e aeronaves e problemas jurídicos sobre alguns delitos cometidos nas embarcações ou aeronaves⁴⁶. Todavia, o ar-

⁴⁵ Huang Jin, *Direito Internacional Privado da China*, editora Livraria Sam Lun (Hong Kong) Limitada, versão I de Hong Kong, Julho de 1997, p.56-64.

⁴⁶ *Direito Internacional*, compilação Wang Tieya, editora o Direito, versão I de Agosto de 1995, p.286.

mador de um determinado país ao tempo da matrícula de embarcação, para evitar o custo enorme e a jurisdição da lei do lugar de matrícula, não matricula no órgão de matrícula das embarcações do seu próprio país, matricula num país estrangeiro com condições mais favoráveis aos armadores; a embarcação adquire a nacionalidade do país onde é matriculada e é aplicável a lei daquele país, esse também é um tipo de fenómeno de fraude à lei. Portanto, quando a embarcação entra nas águas fora da jurisdição do lugar de matrícula, é aplicável a lei do estado da bandeira, não sujeita à jurisdição daquele lugar. Relativamente ao estado da bandeira, também é um fenómeno em que a fraude à lei estrangeira é válida.

Na sociedade internacional contemporânea, há muitas dificuldades em aplicar leis às relações jurídicas internacionais. Estas dificuldades são consequência de que o direito internacional privado vigente em todos os países ainda não tem natureza internacional, encontrando-se focado no direito interno. Talvez seja um mal-entendido da denominação do direito internacional privado. De facto, o direito internacional privado ocupa-se normas internas de conflitos elaboradas para resolver e reger as relações civis internacionais⁴⁷, por isso, os países não têm um método unitário para resolver os conflitos das leis. Quanto aos conceitos básicos do direito internacional privado, também não há opiniões unitárias. Por exemplo, sobre a teoria do reenvio, os conceitos de ordem pública e de bons costumes, etc. Devido a este tipo de divergências nos conceitos, os países não podem utilizar métodos unitários para resolver problemas de conflitos de leis, dado que para uma relação jurídica, os pontos de vista do direito material e da legislação do direito internacional privado dos países são diferentes, as decises judiciais dos países são diferentes; por isso, as partes mudam os elementos de conexão frequentemente por causa dos seus interesses, assim, resultando o problema da fraude à lei.

Quanto ao reconhecimento da fraude à lei, na China, o artigo 194.º do “Parecer (Provisório) do Supremo Tribunal Popular Sobre Alguns Problemas da Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil da República Popular da China” dispõe: “a conduta das partes que evita a aplicação das normas imperativas ou proibitivas da China não produz os efeitos de aplicação da lei estrangeira”. Nega pois o reconhecimento de

⁴⁷ Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, (Vol. I), tradução, Wang Xiaohua, Shao Jianying, Xu Guojian e Xie Huaishi, editora o Direito, versão I de Janeiro de 2003, p.29.

fraude à lei. Em Macau, o artigo 19.º (fraude à lei) do Código Civil: “Na aplicação das normas de conflitos são irrelevantes as situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar a aplicabilidade da lei que, noutras circunstâncias, seria competente”. Igualmente recusa o reconhecimento da fraude à lei.

No estrangeiro, o problema da fraude às normas imperativas e o problema do reconhecimento recíproco das decisões judiciais não são favoráveis à harmonia jurídica internacional, isso é mais óbvio no processo de unificação das leis da União Europeia, porque existem diferenças nos hábitos nacionais, nas circunstâncias sociais, na política, na económica e na cultura, etc. Portanto, os estados membros da União Europeia emvidam todos os esforços para unificar estas leis. Quanto aos problemas das disposições do direito imperativo, da jurisdição e do reconhecimento recíproco das decisões judiciais, estes são aceites condicionalmente tanto quanto possível⁴⁸, também para evitar os problemas de fraude à lei suscitados por causa de diferenças de leis.

Em Macau, Hong Kong, Taiwan e China, a determinação da idade de emancipação e a idade de casamento, etc., nos quatro lados do estreito têm diferenças⁴⁹. Se alguém aproveitar as diferenças das leis e praticar uma conduta de fraude à lei, é duvidoso que as normas jurídicas vigentes possam resolver o problema. Em Taiwan, face ao retorno da soberania de Hong Kong e Macau, foi elaborado um “Regulamento para reger as relações com Hong Kong e Macau” (2 de Abril de 1997), também foi elaborado o “Regulamento para reger as relações entre as pessoas de Taiwan e da China Continental” (31 de Julho de 1991), e para resolver os problemas de conflitos de leis entre os quatro lados de Taiwan, Hong Kong, Macau e Interior da China. Recentemente (em 2011), considerando as mudanças políticas e circunstâncias sociais do Interior da China, de Hong Kong e de Macau, Taiwan considera alterar os diplomas legais acima referidos para melhor os adaptar às necessidades da realidade. No Interior da

⁴⁸ Shao Jinchun, *O Direito e as Instituições da União Europeia*, editora Tribunal Popular, versão I de Junho de 1999, p.746.

⁴⁹ Em Macau, ambas as idades de emancipação e de casamento são 18 anos. Em Hong Kong, a idade de emancipação é 18 anos e a idade de casamento é 21 anos. No interior da China, a idade de emancipação é 18 anos, a idade de casamento para o sexo masculino é 22 anos, para o sexo feminino é 20 anos. Em Taiwan, a idade de emancipação é 20 anos, a idade de casamento para o sexo masculino é 18 anos, para o sexo feminino é 16 anos.

China, quanto ao problema de fraude à lei, só existe o disposto no artigo 194.º do Parecer (Provisório) Sobre Alguns Problemas da Implementação da Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil da República Popular da China como fundamento; devido às disposições das Leis Básicas de Hong Kong e de Macau, estas têm respectivamente sistemas judiciais diferentes, sendo difícil uniformizar as leis num curto prazo. Resultando conflitos de leis, se for possível elaborar uma lei das relações mais adequada para as regiões de Hong Kong e Macau num diploma especial, para resolver os problemas de conflito de leis, de fraude à lei e de harmonia jurídica, é mais uniforme e eficaz do que as disposições espalhadas na Lei dos Princípios Gerais do Direito Civil, na Lei das Relações Cíveis Concernentes ao Exterior, e no Parecer Sobre Alguns Problemas da Aplicação da Lei do Processo Civil da República Popular da China.

Em Macau, a produção de efeitos da decisão judicial do tribunal no Interior da China depende da interpretação da mesma pelo tribunal do Interior da China; se o tribunal do Interior da China considerar que existe o problema da fraude à lei, é inevitável que a confirmação será negada. Igualmente, as decisões judiciais dos tribunais do Interior da China podem ou não produzir efeitos em Macau dependendo da interpretação dos tribunais de Macau; a interpretação torna-se em critério de confirmação. Portanto, a interpretação dos tribunais pode complementar as faltas no direito internacional privado e pode ter efeitos positivos.

Citando as explicações sobre os problemas de fraude à lei em dadas pelo jurista alemão, Dieter Medicus: “ os juristas romanos ao delimitar fraude à lei e violação da lei, definiram a fraude à lei: a prática de conduta proibida por lei é violação da lei; a conduta que não viola o sentido literal da lei mas foge ao sentido da lei é fraude à lei”, esta delimitação do conceito baseia-se num determinado ponto de vista ‘académico’. Este ponto de vista considera que na interpretação das leis, é necessário obedecer rigorosamente ao sentido literal das leis. Se se concordar com esta opinião, é necessário defender o sentido da lei através da ‘proibição’ deste instituto de fraude à lei. Pelo contrário, enquanto as pessoas interpretam as leis, desenvolvem o sentido da lei; então, a conduta da violação é uma conduta de violação da lei depois da interpretação correcta, as pessoas já não necessitam deste ‘instituto’ de fraude à lei”⁵⁰.

⁵⁰ Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, tradução: Shao Jiandong, editora o Direito, versão II de Setembro de 2001, p.493.

Em 2006, os governos do Interior da China e da Região Administrativa Especial de Macau consideraram que são cada vez mais os contactos comerciais e os contactos dos residentes, há cada vez mais acções judiciais concernentes aos dois lados. Por isso, depois de negociações, os dois governos assinaram em 28 de Fevereiro do mesmo ano, o Acordo Sobre a Confirmação e Execução Recíprocas das Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau (adiante designado por Acordo), que entrou em vigor no dia 1 de Abril do mesmo ano por Aviso do Chefe Executivo n.º.12/2006, publicado no Boletim Oficial da RAEM, de 22 de Março de 2006, pág. 2452, providenciando fundamentos jurídicos para os problemas de confirmação recíproca das decisões judiciais em matéria civil e comercial de ambas as partes. No entanto, embora o âmbito de aplicação do Acordo seja muito amplo, existem ainda seis situações de recusa de pedido de confirmação e execução recíprocas, incluindo o tribunal original que tenha proferido a decisão judicial não tenha competência jurisdicional; tenha havido uma mesma acção pendente no tribunal da parte requerida; tenha o tribunal da parte requerida confirmado ou executado a decisão judicial ou a decisão arbitral sobre um mesmo processo proferida por tribunal ou órgão de arbitragem distinto do tribunal desta parte; a parte vencida não tenha sido legalmente citada ou, tratando-se de pessoa que não tenha capacidade judiciária, esta não tenha sido legalmente representada; a decisão, cuja confirmação e execução tenham sido pedidas, não tenha transitado em julgado ou a respectiva execução tenha sido suspensa por motivos de revisão, segundo a lei da parte onde foi proferida; a confirmação e execução da decisão ofendam os princípios fundamentais do Direito, os interesses públicos da sociedade ou a ordem pública da parte requerida⁵¹.

Nos termos do disposto no Acordo, os exemplos acima referidos não podem ser favorecidos pelo Acordo uma vez que a alínea 6) do artigo 11.º do Acordo estipula que quando a confirmação e execução da decisão ofendam, no caso do Interior da China, os princípios fundamentais do direito ou os interesses públicos da sociedade e, no caso da RAEM, os princípios fundamentais do Direito ou a ordem pública, o pedido é

⁵¹ O artigo 11.º do Acordo Sobre a Confirmação e Execução Recíprocas de Decisões Judiciais em Matéria Civil e Comercial entre o Interior da China e a Região Administrativa Especial de Macau, do BORAEM 12 de 22 de Março de 2006, p. 2452.

indeferido. Nomeadamente, o Acordo ainda põe reservas quanto aos problemas dos princípios básicos ou interesses públicos sociais, etc.; estes só podem ser regidos pela lei do lugar da conduta, não sofrem interferência do poder judicial dos outros lados. Além disso, o reconhecimento judicial recíproco só facilita a execução das decisões judiciais em ambos os lados, não pode resolver os problemas de conflitos de leis. Só a elaboração da lei das relações entre o Interior da China e Hong Kong, Macau ou Taiwan pode resolver os problemas de conflitos de leis entre os residentes de quatro lados do estreito, fornecendo boa receita para resolver a fraude à lei, como acontece em Taiwan.

