A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ NACIONAL: O CASO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

LA APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO POR UN TRIBUNAL NACIONAL: EL CASO DE LA LEY BRASILEÑA

*Frederico Glitz**

Resumo: *O presente artigo buscou compreender como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça brasileiro encara a aplicação do direito estrangeiro a casos oriundos do sistema conflitual. Para tanto, o artigo apresentou os principais dispositivos legais brasileiros e analisou o posicionamento da doutrina brasileira em relação a três aspectos: a aplicação do direito de estrangeiro de ofício pelo juiz nacional, a prova do Direito estrangeiro e a interpretação do direito estrangeiro. Concluiu-se, ao final, que não só é escassa a jurisprudência da mais alta Corte brasileira sobre os temas, como que ela acaba acompanhando, em geral, a abordagem doutrinária prevalente.*

Resumen: *El presente artículo buscó comprender como la jurisprudencia del Superior Tribunal de Justicia brasileiro encara la aplicación del derecho extranjero a casos oriundos del sistema conflictual. Por tanto, el artículo presentó los principales dispositivos legales brasileiros y analizó el posicionamiento de la doctrina brasileira en relación a tres aspectos: la aplicación del derecho extranjero de oficio por el juez nacional, la prueba del derecho extranjero y la interpretación del derecho extranjero. Se concluye, al final, que no sólo es escasa la jurisprudencia de la más alta Corte brasileira sobre los temas, como que ella acaba acompañando, en general, el abordaje doctrinario prevalente.*

Palavras-chave: Direito internacional privado, Jurisprudência, Direito estrangeiro

Palabras clave: Derecho internacional privado, Jurisprudencia, Derecho extranjero

* Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná. Professor titular da UNOCHAPECÓ e da UNICURITIBA. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNOCHAPECÓ. E-mail: fglitz@gmail.com

1. INTRODUÇÃO

A criação de “Direito” e sua aplicação a casos submetidos a sua jurisdição são dois aspectos amplamente reconhecidos e atribuídos à soberania estatal.

Ocasionalmente, no entanto, existem casos que fogem destas características básicas. Neles, o exercício daquela mesma soberania se dá pela “permissão” de incidência de Direito estrangeiro. Esta, aliás, é a explicação tradicional do Direito conflitual (ou parte do Direito Internacional Privado).

Nestes casos, o Estado, por meio de uma decisão sua, escolhe os critérios que podem vir a determinar a incidência de um Direito que não o seu próprio. Em outros termos, o próprio Ordenamento jurídico brasileiro, por exemplo, pode escolher, indiretamente, casos em que determinará a aplicação de um Direito estrangeiro. Estes critérios têm construção bastante antiga, são relativamente harmonizados em termos globais e estão consagrados na legislação brasileira (Decreto-lei nº 4.657/1942).

Para além da própria análise deste objeto do Direito internacional privado, o presente artigo propõe entender como o Ordenamento jurídico brasileiro, nestas hipóteses decorrentes dos mecanismos conflituais, reconhece e aplica o Direito estrangeiro. Este artigo, portanto, não adentra ao problema da criação transnacional de Direito. Este artigo, também, limita sua abordagem a compreensão de como a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça encara três problemas básicos: *a*) a aplicação do Direito estrangeiro; *b*) a prova do Direito estrangeiro e *c*) a interpretação do Direito estrangeiro (se de forma nacionalizada ou não). Destaque-se, por fim, que não serão abordados os mecanismos de controle e interpretação, propriamente ditos, do Direito estrangeiro pelo juiz nacional. Também não se apreciarão os mecanismos de prova do Direito estrangeiro.

Para atingir o objetivo proposto, buscar-se-á, inicialmente, qual o posicionamento da doutrina brasileira sobre a incidência e eficácia do Direito estrangeiro decorrente dos mecanismos próprios de Direito internacional privado. Em um segundo momento, haverá a confrontação entre aquela justificativa teórica e a realidade do Superior Tribunal de Justiça brasileiro. Não se optará, portanto, pela análise do Direito comparado na medida em que o objetivo final desta pesquisa é, justamente, traçar o cenário atual do Direito brasileiro.

A análise dos dados obtidos da análise jurisprudencial, com as limitações expostas no item próprio, permitirá compreender como a realidade jurisdicional unificada e nacional se coaduna ao raciocínio técnico internacionalista. Eis o que se passa a fazer.

2. A APLICAÇÃO DO DIREITO ESTRANGEIRO PELO JUIZ NACIONAL: PERSPECTIVA DOUTRINÁRIA

O julgador brasileiro dispõe de limitado regramento legal que oriente sua aplicação do Direito estrangeiro: art. 408 e seguintes do Código Bustamante¹; art. 14 da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro²; art. 337 do Código de Processo Civil 1973³ e pelo art. 376 do Código de Processo Civil de 2015⁴.

Um primeiro dado relevante que se pode identificar é a escassíssima aplicação do “Código Bustamante”, seja por conta de sua limitação temporal e espacial, seja pela eventual dúvida de sua vigência. Também se destaca a extrema semelhança entre os dispositivos de ambas as codificações processuais civis brasileiras. Isto, aliás, induz a conclusão de que a matéria se relaciona muito mais ao ônus de prova do que, propriamente, à incidência do Direito estrangeiro.

O esclarecimento deste tópico pode (e deve), então, ser buscada na construção doutrinária que se desenvolveu a partir da dificuldade prática relacionada à imposição de Direito diferente do brasileiro a um caso concreto. Estas soluções podem ser divididas em alguns questionamentos: *a) a aplicação do Direito estrangeiro deve ocorrer de ofício?*; *b) A prova do Direito estrangeiro é dever da parte?*; *c) Deve-se nacionalizar a interpretação do Direito estrangeiro?* Eis o que passaremos a abordar.

a) *Aplicação do Direito de ofício.* Aparentemente a doutrina internacionalista brasileira entende que, uma vez que as normas conflituais compõem o Ordenamento jurídico nacional, devem ser aplicadas de ofício⁵. Quanto a isso, pouca dúvida seria

1 Decreto ° 18.871/1929: “Art. 408. Os juizes e tribunaes de cada Estado contractante applicarão de officio, quando fôr o caso, as leis dos demais, sem prejuizo dos meios probatorios a que este capitulo se refere. Art. 409. A parte que invoque a applicação do direito de qualquer Estado contractante em um dos outros, ou della divirja, poderá justificar o texto legal, sua vigencia e sentido mediante certidão, devidamente legalizada, de dois advogados em exercicio no paiz de cuja legislação se trate. Art. 410. Na falta de prova ou se, por qualquer motivo, o juiz ou o trubunal a julgar insufficiente, um ou outro poderá solicitar de officio pela via diplomatica, antes de decidir, que o Estado, de cuja legislação se trate, forneça um relatorio sobre o texto, vigencia e sentido do direito applicavel. Art. 411. Cada Estado contractante se obriga a ministrar aos outros, no mais breve prazo possivel, a informação a que o artigo anterior se refere e que deverá proceder de seu mais alto tribunal, ou de qualquer de suas camaras ou secções, ou da procuradoria geral ou da Secretaria ou Ministerio da justiça”.

2 Decreto-lei n° 4.657/1942: “Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência”.

3 Lei n° 5.869/1973: “Art. 337. A parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz.”

4 Lei n° 13.105/2015: “Art. 376. A parte que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o juiz determinar.”

5 RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 211.

possível, uma vez que, no caso brasileiro, é o Decreto-lei nº 4.657/1942 que resume o direito conflitual. Negar-lhe aplicação, portanto, é negar-lhe vigência. Mais interessante, ainda, é o reforço de Tenório. O autor afirma categoricamente que não só o Direito estrangeiro deve ser reputado igual ao Direito nacional, como as partes não podem afastá-lo⁶.

Em verdade, o ponto crucial desta discussão é se o Direito estrangeiro indicado pela norma conflitual brasileira deve, ou não, se aplicado.

Este questionamento é respondido por aqueles que aceitam o resultado da norma conflitual. Estes autores sustentam que negar a aplicação do Direito estrangeiro indicado pela norma conflitual interna corresponderia, justamente, a negativa de sua vigência (da norma interna). Esta, aliás, é posição unânime entre os autores pesquisados⁷.

O questionamento lógico seguinte seria: se o Direito estrangeiro é aquele que, por determinação da norma conflitual brasileira, deve ser aplicado, a quem cabe aplica-lo? Este questionamento é, em parte, respondido pela análise do “ônus probatório”.

b) Prova do conteúdo do Direito estrangeiro. Falar do “ônus probatório” do Direito estrangeiro é, em verdade, de questionar se a parte que invoca a aplicação do Direito estrangeiro pode vir a ser responsabilizada, exclusivamente, pela produção de sua prova.

Aparentemente duas correntes se destacam: aqueles que entendem que este é um dever do Juízo, que pode ser auxiliado pelas partes e aqueles que entendem que a regra é a de divisão do ônus probatório (cabendo a prova a quem o alega). Este ponto, portanto, revela a tensão entre aqueles que compreendem o Direito estrangeiro como fato (que depende de prova, conduzida

6 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955, p. 93. Neste sentido: “O juiz aplica Direito estrangeiro porque, não sendo um autômato da lei, mas consciência viva a emitir uma interpretação oficial da vontade estatal, que se vincula aos fatos que tenham sido judicialmente acertados, precisa de encontrar o direito subjetivo que aqueles fatos interjurisdicionais devem produzir. É esta missão só se pode cumprir plenamente se o juiz aceita os fatos na sua interrelação provada e age de acordo com tal circunstância”. ROCHA, Osiris. “Porque aplicar o direito estrangeiro”. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, nº 4, 1964, p.79.

7 BEVILAQUA, Clovis. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editor Rio, s.d, p. 76; TENÓRIO, Oscar. Op. cit., p. 93 e 95; DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 283; RECHSTEINER, Beat Walter. op. cit., p. 214; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 144-147; ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 230; OLMO, Florisbal de Souza Del’. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 53; FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (ed.). *Direito internacional privado: negócios internacionais, contratos, tecnologia*. Curitiba: Juruá, 2001, p. 266-267.

pelo sistema processual em termos de ônus probatório) e aqueles que entendem que o Direito não dependeria de prova, mas seu conteúdo deveria ser buscado pelas partes, mas principalmente pelo Juiz.

A conclusão, desta vez quase unânime entre os autores pesquisados, é de que a o jogo processual não afastaria, do juiz, o “dever” de investigação do conteúdo do Direito estrangeiro⁸. Como se percebe, portanto, não se trataria, propriamente, de alocação de “ônus” processuais, mas da efetiva busca do Direito a ser aplicado. Franceschini, por exemplo, chega a afirmar que caberia às partes um papel subsidiário nesta demonstração⁹.

Neste sentido, interessante explicação é dada por Dolinger: “o fato de, no Direito brasileiro, o Direito estrangeiro ser equiparado ao Direito municipal, estadual e consuetudinário faria com que tenha aplicação mandamental e não possa ficar a depender de comprovação”¹⁰ (*iura novit curia*).

Rechsteiner aconselha, contudo, que, do ponto de vista de prática processual, as partes providenciem tal prova¹¹. Lembrese, ademais, que o Direito decorrente da incorporação de tratados não pode ser considerado estrangeiro e, portanto, não caberia às partes prová-lo¹².

Uma vez identificado o Direito estrangeiro como sendo aplicável e definido seu conteúdo e vigência, caberia ao magistrado fazer incidir-lo. Neste ponto nova dúvida poderia surgir: este Direito alienígena deve ser “tropicalizado” (adaptado para o Ordenamento nacional) ou ele deveria ser aplicado tal como se faria em sua origem.

c) Aplicação do Direito estrangeiro. Trata-se, pois, muito mais da indagação envolvendo sua interpretação: ele deve ser aplicado como seria pelo Juiz estrangeiro ou deve o juiz nacional adaptá-lo?

A doutrina pesquisada revela, mais uma vez, posição unânime¹³:

8 RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 214; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 282-283; OLMO, Florisbal de Souza Del'. Op. cit., p. 53-54. Para TENÓRIO, por outro lado, poderia o juiz exigir este tipo de prova das partes, mas também deveria o juiz promover de ofício a investigação do direito estrangeiro invocado, Op. cit., p.94-96. Neste mesmo sentido MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Op. cit., p. 154-155; FRANCESCHINI, Luis Fernando. Op. cit., p. 266-267; BAPTISTA, Luiz Olavo. “Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. 1999, nº142, p. 271.

9 FRANCESCHINI, Luis Fernando. Op. cit., p. 266.

10 DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 282.

11 ARAÚJO, Nadia de. Op. cit., p. 234; RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 214-215.

12 TENÓRIO, Oscar. Op. cit., p. 95

13 ARAUJO, Nadia de. Op. cit., p. 234; RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 216; ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*, 2a ed, São Paulo: Sugestões literárias, 1978, p. 138; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 283; MAZZUOLI, Valério de

o Direito estrangeiro deve ser aplicado como o seria pelo juiz estrangeiro (de sua origem). Esta aplicação deveria levar em conta todas as variáveis daquele Ordenamento: hierarquia de normas, jurisprudência atualizada, etc.

Vários autores, contudo, destacam que a aplicação do Direito estrangeiro tem limites. Embora este ponto fuja ao objetivo do presente estudo, deve-se destacar que a aplicação do Direito estrangeiro deveria, em relação aos seus efeitos, entre outros pontos, levar em consideração as garantias constitucionais brasileiras¹⁴.

Superada a análise doutrinária sobre os três pontos essenciais ao presente estudo, convém se passar a análise da construção jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça.

3. O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E O DIREITO ESTRANGEIRO

Em uma realidade continental como a brasileira, exige-se que qualquer análise jurisprudencial seja limitada em seu escopo. Para os fins do presente artigo, portanto, será pesquisado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) uma vez que é ele quem providencia a uniformização nacional da matéria quando envolvidos casos privados e de aplicação da norma conflitual. Esta pesquisa permitirá a análise nacional do tema. A pesquisa levou em consideração o verbete “Direito estrangeiro” e não se limitou o período da pesquisa, nem as Turmas envolvidas.

A pesquisa conduzida no Superior Tribunal de Justiça¹⁵ revelou 11 (onze) casos que obedeciam aos critérios anteriormente descritos. Destes casos se extrai um primeiro dado importante: nem todas as decisões mencionam o Direito estrangeiro em sua ementa. Além disso, nem todos os casos têm natureza privada. Os casos mais atuais datam de 2015, enquanto os mais antigos são do ano de 1992.

Os dois casos de natureza penal foram analisados por meio de *habeas corpus*. Nenhum deles é relevante para esta pesquisa uma vez que abordam a situação criminal específica de pessoas estrangeiras¹⁶. Os demais casos envolvem Recursos Especiais¹⁷, Agravos¹⁸ e Sentenças estrangeiras contestadas¹⁹.

Oliveira. Op. cit., p. 146; BAPTISTA, Luiz Olavo. Op. cit., p. 270.

14 RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 216; ANDRADE, Agenor Pereira de. Op. cit., p. 136; DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 291.

15 Pesquisa conduzida em 15 de fevereiro de 2016.

16 São eles: o HC nº 129993/SP (julgado em 2009) e o HC nº 103373 (julgado em 2008).

17 São eles: REsp. nº1334097 (julgado em 2013); REsp. nº1173960 (julgado em 2013); REsp. nº1165845 (julgado em 2011) e REsp. nº254544 (julgado em 2000).

18 Ag. Em REsp. nº1131808 (julgado em 2011); AgRg no Ag. 23715 (julgado em 1992) e AgRg no Ag 21337 (julgado em 1992).

19 SEC nº3555 (julgado em 2015) e SEC nº1185 (julgado em 2011).

Nestes julgados, percebem-se certas tendências: (i) a aceitação, em tese, de incidência do Direito estrangeiro²⁰; (ii) a discussão sobre a prova do Direito estrangeiro²¹; (iii) a aceitação do Direito estrangeiro quando os atos são realizados no exterior²²; (iv) a utilização da expressão “direito estrangeiro” como sinônimo de Direito comparado²³; (v) a mera menção ao Direito estrangeiro²⁴ e (vi) em nenhum caso foi interpretado o eventual Direito estrangeiro aplicável.

Alguns destes casos, como se pode perceber, não abordam, propriamente, a análise da aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador nacional. Assim, por exemplo, a Sentença Estrangeira contestada n°3555 enfrentou a suposta ausência documental (certidão de citação válida/revelia) que comprometeria sua homologação. Neste caso, a Corte Especial entendeu que como se trataria de matéria processual interna, não poderia o Direito brasileiro fazer exigências que lá não fossem conhecidas. De igual forma, cite-se a Sentença Estrangeira contestada n°1185, que menciona, expressamente, que os requisitos para o trânsito em julgado local obedecem ao Direito estrangeiro (onde proferida a decisão).

Outra hipótese que não envolve a aplicação do Direito estrangeiro são aqueles casos, anteriormente referidos, de mera menção do Direito estrangeiro e/ou dos casos envolvendo o Direito comparado como parte da fundamentação.

Do total de casos analisados pelo Superior Tribunal de Justiça, restaram, portanto, apenas dois em que, de alguma forma, surge o tema da aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador nacional. Em especial, parece ser preocupação da Corte nestes dois casos a distribuição do ônus da prova do Direito estrangeiro.

No primeiro deles, o Recurso Especial n°1173960, o Superior Tribunal menciona o art. 337 do Código de Processo Civil/1973, mas acaba deixando de analisar a questão da prova do Direito estrangeiro na medida em que isto violaria a proibição de análise de fatos. Como se sabe, o Superior Tribunal de Justiça não reexamina decisões anteriores quando isso importar reanálise de provas (Súmula n° 7).

Já no Recurso Especial n° 254544, o Superior Tribunal, finalmente, aprecia a questão de aplicação do Direito estrangeiro pelo julgador brasileiro para decidir sobre o ônus de sua prova.

Neste caso (um em onze lembre-se), o Min. Eduardo Ribeiro, relator do processo, não só afirma, em tese, a incidência de normas estrangeiras, quando assim determinado pelas regras de Direito Internacional Privado, como menciona que se não o fizesse, o juiz nacional estaria violando o próprio Direito Interno.

20 Por exemplo, o REsp 1173960 e o REsp 254544.

21 Por exemplo, o REsp 1173960 e o REsp 254544.

22 Por exemplo, a SEC n°3555 e a SEC n°1185.

23 Por exemplo, o REsp.n°1334097, o AgRg no REsp 1131808, o REsp 1165845 / RJ.

24 Por exemplo, o AgRg no Ag 21337 e o AgRg no Ag 23715.

Desta decisão também constam outros dados importantes: (i) a aplicação do Direito estrangeiro deve ocorrer de ofício; (ii) não conhecendo este Direito, o julgador deve tomar as medidas necessárias para seu esclarecimento; (iii) entre estas medidas, não poderia impor o ônus ao autor, mas se valer daquilo que as partes, espontaneamente, produzirem e (iv) caso não seja produzida nenhuma prova, sendo inviável a identificação do Direito estrangeiro, fazer incidir o Direito nacional (para não deixar o litígio sem julgamento). A decisão foi unânime.

Percebe-se, pois, que este precedente se ocupou de responder aos principais questionamentos formulados, em geral, pela doutrina internacionalista brasileira.

CONCLUSÕES

O presente artigo pretendia entender como a mais alta Corte brasileira, competente para apreciação da aplicação do Direito estrangeiro, regularia a aplicação do Direito estrangeiro a casos brasileiros submetidos ao regime conflitual.

Apesar das escassas referências legislativas, a doutrina internacionalista brasileira vem enfrentando o problema, buscando, talvez mais que a jurisprudência, responder a alguns problemas típicos do regime conflitual.

Em um primeiro momento causa surpresa o número infinitamente pequeno de casos que foram apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça²⁵. Isso, talvez, pode ser explicado por dois motivos: ainda se defende a concepção de que a matéria de “prova do Direito” é, de fato, prova de fato. Com isso o próprio Superior Tribunal de Justiça refutaria sua competência (com base em Direito sumulado). Esta tendência é refletida por um dos únicos casos que efetivamente abordam a aplicação do Direito estrangeiro (Recurso Especial nº1173960). Contudo, tal concepção não refletiria, na

25 Em interessante pesquisa, RIBEIRO e LUPI encontraram, em diferentes Tribunais estaduais, cerca de 1000 (mil) casos envolvendo “direito internacional privado” entre 2004 e 2013. Destes casos, apenas 7 (sete), aplicados os critérios metodológicos de recorte, analisaram a incidência de Direito estrangeiro e, em apenas 4 (quatro) houve a incidência do Direito estrangeiro (embora em nenhum caso ele tenha sido interpretado). Os autores concluem: “Como ressaltado, nos 7 casos nos quais havia, como resultado do conflito de leis, a indicação da aplicação do direito material estrangeiro, observou-se, em 4 deles, a sua aplicação (57%, 4/7). Ressalvou-se que “aplicar” o direito estrangeiro muitas vezes é tradução da presunção de regularidade e legalidade de atos praticados no exterior ou mesmo a refutação da aplicação da legislação brasileira invocada. De fato, não se encontraram decisões com análise de dispositivos estrangeiros dirigidos à espécie. Os três casos em que não houve a aplicação da lei estrangeira, embora fosse esse o resultado do conflito, decorreram de falta de prova do direito estrangeiro (1 caso) e objeções decorrentes da aplicação do CDC brasileiro à relação jurídica, entendidas como do gênero “ordem pública” (2 casos)”. RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LUPI, André Lipp Pinto Basto. “A aplicação do Direito material estrangeiro em contratos pelos Tribunais de Justiça brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013)”. *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, vol 34.1, p. 104.

opinião de Tiburcio, a tradição do Direito brasileiro²⁶.

Especula-se se o outro motivo da escassa discussão naquela Corte é aquele refletido no resultado final a que o caso Recurso Especial n° 254544 chegou: substituição do Direito estrangeiro pelo Direito nacional²⁷.

Como se pode perceber, portanto, embora este último precedente seja o único caso que, de fato, aborda o tema da aplicação do Direito estrangeiro, ele tende a responder aos principais questionamentos enfrentados pela doutrina.

Neste limitadíssimo cenário, portanto, se poderia afirmar que o Superior Tribunal de Justiça não só afirma a aplicação de ofício do Direito estrangeiro em casos em que ele é indicado pelo sistema conflitual, como afirma que sua prova não pode ser imposta à parte, mas que o Juiz deveria se valer do que as partes produziram e de sua iniciativa investigativa. Em termos muito sucintos, portanto: ao Judiciário caberia um papel bastante ativo na localização e definição do conteúdo do Direito estrangeiro.

Outro ponto de destaque é que o Superior Tribunal de Justiça, também neste único caso, apreciou o ônus probatório do Direito estrangeiro e que, mais importante, em este não sendo alcançado, poderia ser substituído pelo Direito nacional. Esta conclusão decorreria do fato de que não se poderia deixar o caso sem solução²⁸.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça traz, por outro lado, importantes consequências: qual seria o limite da atuação investigativa do magistrado (e eventualmente das partes) para definir uma prova impossível? A impossibilidade de definição do Direito é sinônimo de sua inviabilidade (termo usado pelo julgado). Esta inviabilidade poderia ser de natureza diversa da prova: econômica, por exemplo. E, por fim, se este entendimento não acabaria “incentivando”, diante da mera dificuldade linguística ou cultural, a substituição do Direito estrangeiro pelo nacional.

Por fim, também se constata que um dos questionamentos que orientaram este estudo não é respondido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: como o Direito estrangeiro deve ser interpretado.

Como se pode perceber, portanto, a escassa atuação do Superior Tribunal de Justiça em casos envolvendo aplicação do Direito estrangeiro deixa, ainda, um amplo de espaço de construção. As respostas que esta construção traria é que são tão relevantes para um país que pretende uma maior internacionalização de seu Direito.

26 TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 524.

27 RIBEIRO e LUPI também constata esta tendência em alguns casos, Op. cit., p. 104.

28 TIBURCIO, Carmen. Op. cit., p. 524. FRANCESCHINI, por outro lado, compreende que caberia outra solução: a busca de solução baseada na analogia, costumes e princípios gerais de direito, Op. cit., p. 273.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 2ª ed. São Paulo: Sugestões literárias, 1978.

ARAÚJO, Nadia de. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. “Aplicação do direito estrangeiro pelo juiz brasileiro”. *Revista de Informação Legislativa*. 1999, n°142, p. 267-278.

BEVILAQUA, Clovis. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Editor Rio, s.d.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Administrativo. Trânsito. Multas. Veículo licenciado fora do território brasileiro*. Julgado em 7 de maio de 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental - a expressão “Lei federal” - Abrangencia. Na expressão “Lei Federal” estão compreendidos apenas a lei, o decreto, o regulamento e o direito estrangeiro, não se incluem a portaria, a resolução, a instrução normativa, a circular, o ato normativo, o regimento interno dos tribunais e o provimento da Oab. Agrg no ag. 23715, Rel. Min. Garcia Vieira*. Julgado em 21 de setembro de 1992.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental - a expressão “Lei Federal” - abrangencia. Na expressão “lei federal” estão compreendidos apenas a lei, o decreto, o regulamento e o direito estrangeiro, não se incluem a portaria, a resolução, a instrução normativa, a circular, o ato normativo, o regimento interno dos tribunais e o provimento da Oab. Agrg no ag 21337, Rel. Min. Garcia Veira*. Julgado em 10 de junho de 1992.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo regimental. Recurso especial. Propriedade industrial. Patente pipeline. Prazo de validade. Contagem. Termo inicial. Primeiro depósito no exterior. Ocorrência de desistência do pedido. Irrelevância. Interpretação restritiva e sistemática de normas. Tratados internacionais (trips e cup). Patente correspondente no exterior. Concessão sob o regime Norte-americano de continuações (continuation, divisional ou continuation-in-part). Princípio da independência das patentes. Soberania nacional. Recurso desprovido*. Julgado em 3 de maio de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Direito estrangeiro. Prova. Sendo caso de aplicação de direito estrangeiro, consoante as normas do Direito Internacional Privado, caberá ao Juiz fazê-lo, ainda de ofício. Não se poderá, entretanto, carregar à parte o ônus de trazer a prova de seu teor e vigência, salvo quando por ela invocado. Não sendo viável produzir-se essa prova, como não pode o litígio ficar sem solução, o Juiz aplicará o direito nacional. Resp. n° 254544, Rel. Min. Eduardo Ribeiro*. Julgado em 18 de maio de 2000.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Homologação de sentença estrangeira. Estados Unidos da América. Condenação a pagamento de valores. Requisitos preenchidos.* Julgado em 12 de maio de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processual penal. Execução penal. Habeas corpus. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.* Julgado em 18 de junho de 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Processual penal. Execução penal. Habeas corpus. Estrangeiro não-residente no país. Progressão de regime prisional. Possibilidade.* Julgado em 18 de junho de 2009.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial. Direito civil-constitucional. Liberdade de imprensa vs. Direitos da personalidade. Litígio de solução transversal. Competência do superior tribunal de justiça. Documentário exibido em rede nacional. Linha direta-justiça. Sequência de homicídios conhecida como chacina da candelária. Reportagem que reacende o tema treze anos depois do fato. Veiculação inconstitucional de nome e imagem de indiciado nos crimes. Absolvição posterior por negativa de autoria. Direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram pena e dos absolvidos. Acolhimento. Decorrência da proteção legal e constitucional da dignidade da pessoa humana e das limitações positivadas à atividade informativa. Presunção legal e constitucional de ressociação da pessoa. Ponderação de valores. Precedentes de direito comparado. Resp. n°1334097, rel. Min. Luis Felipe Salomão.* Julgado em 28 de maio de 2013.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso especial. Processo civil e propriedade industrial. Patente pipeline. Prorrogação do prazo no exterior. Modificação do prazo de proteção no Brasil. Impossibilidade.* Julgado 8 de fevereiro de 2011.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Sentença estrangeira contestada. Direito civil. Divergências contratuais. Cobrança e garantia. Cumprimento dos requisitos exigidos pelos arts. 15 e 17 da Lindb e 216-a a 216-n do RISTJ. Alegação de ausência de citação válida e de irregular decreto de revelia na ação originária. Matéria de direito processual. Soberania Nacional. Mérito da avença. Impossibilidade de análise. Mero juízo de delibação. Sentença estrangeira homologada em concordância com o parecer ministerial.* Julgado em 07 de outubro de 2015.

DOLINGER, Jacob. *Direito Internacional privado: parte geral.* 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FRANCESCHINI, Luis Fernando. “Aplicação do Direito estrangeiro pelo juiz nacional”. In FRANCESCHINI, Luis Fernando; WACHOWICZ, Marcos (ed.). *Direito internacional privado: negócios internacionais, contratos, tecnologia.* Curitiba: Juruá, 2001, p. 266-267.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional privado: curso elementar.* Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLMO, Florisbal de Souza Del'. *Curso de Direito Internacional Privado*. 11^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2004.

RIBEIRO, Gustavo Ferreira; LUPI, André Lipp Pinto Basto. "A aplicação do Direito material estrangeiro em contratos pelos Tribunais de Justiça brasileiros: uma análise sobre dez anos de jurisprudência (2004-2013)". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*. 2014, vol 34.1, p. 81-107.

ROCHA, Osiris. "Porque aplicar o direito estrangeiro". *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. 1964, n^o 4, p. 67-79.

TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 4^a ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955.

TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.