

# Extensão do Direito Internacional Privado



TEMISTOCLES LINHARES

---

# Extensão do Direito Internacional Privado

Tese apresentada à Faculdade de Direito  
do Paraná para concorrer à cátedra  
de Direito Internacional Privado

1943

EMPRESA GRÁFICA DA "REVISTA DOS TRIBUNAIS" LTDA.

Rua Conde de Sarzedas, 38 — São Paulo.

BC/MUFPR - MEMORIA DA UNIVERSIDADE F. DO PARANA  
AUTOR  
R\$ 10.00 - Doacao  
Termo No. 588/03 Registro: 352,708  
02/12/2003

UFPR - Sistema de Bibliotecas

## EXPLICAÇÃO

Propomo-nos fixar, neste trabalho, a extensão do direito internacional privado, o seu campo de ação, os seus limites, as suas características próprias, o seu objeto, enfim.

Não se trata, como à primeira vista póde parecer, de matéria incontroversa, de formulação pacífica de dados e elementos definidores dêsse importante ramo do direito. Ao contrario até, são inúmeras as divergências dos autores e ainda reina uma certa confusão sôbre a verdadeira extensão da ciência que visa estabelecer princípios solucionadores dos conflitos de leis no espaço.

Vamos analisar as diversas teorias existentes acêrca do objeto das normas de direito internacional privado e o nosso método, o nosso ponto de mira não será outro senão o ter em mente que não podemos definir com precisão qualquer objeto, mesmo no sentido de caracterizar, conferindo-lhe qualidades que lhe sejam estranhas ou pertençam, pelas suas manifestações dominantes, a outro departamento da ciência jurídica, mas antes pelas relações externas que êle possa produzir, sem entrarmos propriamente em sua natu-

reza, em seus princípios ontológicos, em seus caracteres intrínsecos.

Talvez ainda fosse possível acrescentar o método por exclusão, isto é, aquele que nos fornece o objeto de dado conhecimento, de dada ciência, determinando primeiro o que esta ou aquele não abrangem, despojando-os de elementos e regras heterogêneos ou que cabem melhor em outra esfera ou outro compartimento do estudo do direito.

Estão neste caso, a nosso ver, as questões da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro, que interessam antes ao direito público constitucional e às leis especiais de direito público, de que, portanto, devem constituir peculiar objeto.

Para precisarmos bem qual seja o objeto de nossa disciplina, não resta dúvida de que também se nos impõe o estudo das eliminações necessárias, das matérias limitadoras e das matérias introdutórias.

Conduz-nos, afinal, o desejo de ser *preciso* e ser *claro*, pondo um pouco de ordem na confusão ainda reinante.

A única definição satisfatória é <sup>a</sup> que adere ao seu objeto. E' mister que não se interponha entre ambos nenhum vazio, nenhum interstício em que outra definição também se possa alojar. E' mister que ela só convenha a êle, que só a êle se preste. Essa é a definição, a explicação científica, comportando absoluta precisão e evidência completa ou crescente.

Convém não esquecer, porém, que a dificuldade de definir, em matéria de ciência jurídica, é sempre maior

do que em qualquer outro setor científico. Pretender definir uma disciplina jurídica não deixa de ser, às vezes, querer reduzir a uma simples fórmula o seu domínio exato, os seus característicos, a sua natureza, tudo que a distingue, enfim, no quadro geral do direito, das outras, sem advertir que se torna difícil a existência de uma que, como já o notou ROLIN (1), não interdependa de outras e não invada muitas vezes o domínio normal ordinário destas.

E' possível, em todo caso, circunscrever, em limites mais ou menos definidos, o âmbito do direito internacional privado, desentrevando-o de elementos de essência e objeto inteiramente diversos.

Eis, pois, o objetivo em que nos empenhamos, na medida de nossas forças.

---

(1) ROLIN — "Principes du droit international privé", t. II, p. 6.





## CAPITULO I

### NOÇÃO HISTÓRICA

1. Nasceu o direito internacional privado da diversidade dos sistemas legislativos, da interpenetração das diversas populações, da expansão cada vez mais crescente das relações internacionais, da condição social do homem e da sua natureza cosmopolita, que o levam a contrair vínculos de toda espécie em toda parte, qualquer que seja o lugar da terra.

Fato inegável e necessário, tal diversidade legislativa reflete a vida própria de cada Estado, nos seus usos e costumes, na sua geografia e na sua etnografia, nos seus fatores morais e políticos, nas suas características sociológicas, enfim.

E como o intercâmbio económico cada dia mais se intensifica entre os povos, que vêem os seus jurisdicionados ou co-nacionais atuarem muitas vezes fóra do território a que pertencem, criando relações jurídicas que escapam à aplicação das leis locais, mais e mais se impõe a necessidade de submeter ao império de uma regra comum esse novo direito independente da diversidade das leis e dos Estados e que o homem

exercita pela sua própria condição de componente da comunidade jurídica universal de que nos fala JITTA e que tem os seus fundamentos na solidariedade e no respeito da personalidade humana, impondo o reconhecimento das atividades lícitas do homem, onde quer que elas se manifestem. Impõe-se a necessidade de se determinar a relação entre a lei e a pessoa sob êsse novo prisma, fixando o que se chama efeito extraterritorial das leis, ou a atuação destas no espaço, dentro dos conflitos ou da concorrência que apresentam.

2. Gozando, pois, o homem do direito indiscutível de escolher, de fixar o lugar da terra que considere mais adequado para obter o seu bem estar, o desenvolvimento de suas faculdades tanto físicas como intelectuais, segue-se daí que uma vida jurídica lhe está reservada, qualquer que seja o lugar do globo em que se encontre, atribuindo-lhe direitos, tanto os que antes havia adquirido legitimamente como os que venha a adquirir no presente ou no futuro.

Não impede isso, porém, que as instituições de direito se revistam das referidas características especiais do Estado de que emanam, reflexos dos interesses económicos, dos sentimentos, das tradições de seu povo e que lhe dão uma consciência jurídica própria.

Características que em absoluto não nos fazem acreditar na possibilidade da uniformidade completa das leis, não obstante se possam apontar algumas tentativas nesse sentido, em relação a povos da mesma

raça, portadores de tradições idênticas, como, por exemplo, os tres países da Escandinavia.

Na generalidade dos casos, o que se verifica, todavia, são os conflitos, os concursos de leis a se exercerem no espaço.

3. E, historicamente, o problema surgiu, a reclamar solução, quando se estabeleceram comunas e cidades livres, no norte da Italia, nos séculos XII e XIII, obedientes à mesma soberania política, mas sujeitas cada qual a seu direito particular, a seu estatuto.

A multiplicidade dêstes estatutos foi que levou os juizes, os legistas e os canonistas a examinar as questões de conflito por êles mesmos provocadas. Como observa GUTZWILLER (2), não tinham, entretanto, êstes verdadeiros fundadores da disciplina uma teoria e porisso não podemos confundi-los com os sucessores, com aqueles que, abraçando um período de cinco séculos, realizaram a consolidação das principais regras, seguidas pela prática judiciária da Europa inteira, com a descoberta de um método geral para chegar à solução racional do problema do conflito das leis, à aproximação, enfim, do direito internacional privado das novas concepções do direito das gentes, a partir do século XVIII.

No começo propriamente não houve uma norma discriminadora em matéria de distribuição das com-

---

(2) MAX GUTZWILLER — “Le développement historique du droit international privé”, in *Recueil des cours* (Académie de droit international), v. 29, 1929, IV, p. 310.

petências legislativas. As questões eram resolvidas em espécie.

Mas logo se verificou que o direito individual não podia ficar adstrito a interpretações ocasionais.

4. E foi assim que evoluimos dos chamados “glosadores”, apegados ao Direito Romano, à *lex fori*, à exclusividade do direito do juiz, do seu direito, que fazia abstração dos direitos alheios, para a obra dos chamados “post-glosadores”, para os que lançaram as bases da denominada teoria dos estatutos, dentro de um critério generalizador.

Dentre estes “post-glosadores”, salienta-se BÁRTOLO, jurisconsulto de Piza, que deu à disciplina uma certa sistematização e contribuiu poderosamente para a formação da teoria, caracterizando em *territoriais* os estatutos de ação limitada pela extensão do território para o qual êles foram estabelecidos; e *extraterritoriais* os que podiam desenvolver os seus efeitos fóra da circunscrição em que atuavam. Todavia, êle não ficou nessa divisão apenas e classificou os estatutos em outras categorias e sub-divisões, apoiando-se no bom senso e na aplicação da lei mais justa.

BÁRTOLO teve continuadores e os mais notáveis que seguiram a sua escola foram BALDO, SALICETO, PAULO DE CASTRO, DUMOULIN.

5. Foi, porém, a escola estatutária francesa do século XVI, com D'ARGENTRÉ (1519-1590) à frente, classificando os estatutos com mais firmeza em *pes-*

*soais e reais*, constituindo aqueles uma excepção dêstes, a verdadeira constituidora da teoria dos estatutos.

Para D'ARGENTRÉ eram ociosas as distinções e as sub-divisões da escola italiana de BÁRTOLO e seus sectários. O princípio, para êle, era o da territorialidade de todas as leis e as excepções referiam-se apenas à capacidade e ao estado das pessoas. LAINÉ caracteriza perfeitamente a teoria: “O sistema é novo e muito simples: I — as leis são, em regra, absoluta e rigorosamente territoriais; porisso, todo o costume é soberano em seu território e a êste se deve limitar; II — excepcionalmente, algumas leis existem, que são relativas pelo fato de se referirem apenas a certas pessoas: porisso, elas se aplicam ainda fóra do território. E' uma divisão única, a se substituir às varias divisões e sub-divisões da escola italiana” (3).

6. Os estatutos pessoais ocupam lugar modesto, comentam os juristas patricios ESPINOLA (4), e constituem a parte da teoria italiana que D'ARGENTRÉ aceitou como consagrada pela prática e pela jurisprudência.

D'ARGENTRÉ foi contemporâneo de DUMOULIN e travou com êle discussões que se celebrizaram, no tocante principalmente ao estatuto do regime matrimonial.

---

(3) LAINÉ — “Introduction au droit international privé”, 1888, v. 1.<sup>o</sup>, p. 316.

(4) EDUARDO ESPINOLA e EDUARDO ESPINOLA FILHO — “Tratado de direito civil brasileiro”, 1941, v. VII, p. 141.

GUY DE COQUILLE, também escritor da escola francesa, separou-se de D'ARGENTRÉ, negando-lhe a verdade do princípio de que “todos os costumes são territoriais”. Era preciso, para êle, atender à intenção do legislador e porisso se aproximava da escola italiana.

Escreve MEIJERS: “Ao lado da doutrina francesa, colocamos a doutrina holandesa e citamos ordinariamente os nomes de RODENBURG, dos dois VOET e D'ULRICH HUBER, aos quais é preciso acrescentar os de ARNTZENIUS e VAN DER KEESSEL. No entanto, não podemos falar de uma doutrina holandesa senão com certa reserva. Não digo isso porque HUBERT fosse da Frisia e RODENBURG da província de Utrecht — é preciso ter visitado os Países Baixos para saber que a Holanda não passa de uma das províncias unidas — mas porque na Escola holandesa se discutiram as mesmas questões e propuseram as mesmas soluções da França” (5).

7. Na verdade, a doutrina de D'ARGENTRÉ obteve grande desenvolvimento nos Países Baixos, mas ali alcançou também importante inovação, qual fosse a de estabelecer uma ligação bem significativa entre o objeto e o efeito (intra-territorial ou extra-territorial) dos estatutos, segundo nos informa GUTZWILLER (6),

---

(5) E. M. MEIJERS — “L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé, à partir du moyen âge, spécialement dans l'Europe occidentale”, in “Recueil des cours”, v. 49, 1934, III, ps. 653-654.

(6) MAX GUTZWILLER, obra citada, p. 325.

além de inaugurar a tese da *comitas gentium*, a cortezia internacional, o favor ou o interesse em aplicar as leis estrangeiras quando convenientes. Mas tese que, diga-se de passo, nada acrescentava à base jurídica da doutrina francesa, a qual teve como coroamento os últimos estatutários do século XVIII, os tres grandes advogados FROLAND, BOUHIER e BOULLENOIS.

Com êles, a personalidade da lei adquiriu maior extensão e deixou de ser uma excepção ao princípio da territorialidade das leis. Passou a constituir um dos dois grandes grupos em que as leis se dividiam.

Essa classificação bi-partida — convém rememorar — não impediu que os estatutários francêses do século XVI alvitrassem a criação de mais uma categoria — a dos *estatutos mixtos*, enquadrando nêles tanto os que se referiam a coisas como a pessoas, aos quais, entretanto, ligavam a *natureza territorial*. No século XVIII, porém, a êsses estatutos, condenados mais tarde, foi dada *natureza pessoal*.

8. Deste rápido escorço histórico, a conclusão a tirar é a de que na teoria dos estatutos a luta, o drama dos dois princípios absorveu todas as atenções, devendo êles compreender todas as leis. Para conseguir êsse resultado foi preciso usar de artificios e subtilezas, que hoje são totalmente descuraveis. Existem leis que não são pessoais nem reais, leis relativas às fórmulas dos atos, as que se referem aos efeitos dos tratados e convenções, as de sucessão, etc.

Não é possível negar, porém, a importância da teoria dos estatutos e do rico acervo de sua literatura.

Deixou-nos ela certos princípios que continuam sendo básicos para a nossa disciplina. Nêsse particular é assim que se pronuncia o eminente internacionalista português MACHADO VILLELA: “Em primeiro lugar, a teoria dos estatutos não só deu fóros de ciência ao direito internacional privado, mas fixou a solução de muitas questões das mais importantes em matéria de conflitos de leis. E, assim, deixou regras definitivas:

a) sobre a lei reguladora do *estado e capacidade* das pessoas, atribuindo competência à *lei pessoal*, discutindo-se ainda se a lei pessoal deve ser a da *nacionalidade* ou a do *domicilio*, mas já se não discutindo que aqueles fatos dependem da *lei pessoal*;

b) sobre a lei reguladora do *regime dos bens imoveis* definindo a competência da *lex rei sitae*;

c) sobre a lei reguladora da *fôrma externa dos atos*, formulando o adágio *locus regit actum*, isto é, aceitando a competência da lei do lugar da celebração;

d) sobre a lei reguladora dos *efeitos voluntarios dos atos jurídicos*, afirmando, por obra de DUMOULIN, o principio da *autonomia da vontade* e reconhecendo competência à lei escolhida pelos agentes dos mesmos fatos;

e) e sobre a *fôrma do processo*, decidindo-se pela *lex fori*.



Em segundo lugar, agitou e discutiu a maior parte das questões que constituem o objeto do problema dos conflitos de leis. Recordaremos, por exemplo, a questão da lei reguladora do *regime de bens no casamento*, que foi entre os estatutários a famosíssima *quaestio*, sôbre a qual se gastaram rios de tinta, e a questão da *lei reguladora das sucessões*, sôbre a qual formulou as duas soluções da competência da lei pessoal do autor da herança e da competência da lei da situação dos bens, em volta das quais teem andado e ainda andam a doutrina e o direito positivo” (7).

9. A doutrina dos estatutos não pôde, pois, ser esquecida modernamente. Havia nela muita verdade que precisava ser conservada.

E’ o que não deixaremos de ver, ao examinar as teorias mais novas, salientando, porém, que a parte mais censuravel do método estatutário parece residir mesmo, como quer GUTZWILLER (8), no verbalismo, na preocupação de investigar quais as leis territoriais e quais as extraterritoriais, sem cogitar da noção de ordem pública, tão importante na cultura internacionalista de nossos dias.

Ela, por sua vez, deixou bem delimitada a esfera de ação de nossa disciplina — o conflito das leis no espaço — e acabou estabelecendo princípios domi-

---

(7) MACHADO VILLELA — “Tratado elementar teórico e prático do direito internacional privado”, 1921, v. 1.º, p. 31.

(8) MAX GUTZWILLER — obra citada, p. 312.

nantes para os casos em que intervenham relações entre indivíduos e para os casos de direitos reais.

Como diz VILLELA, “a escola italiana e a escola francesa legaram às escolas modernas o *conceito de justiça* na aplicação das leis estrangeiras e esse conceito conduzia naturalmente ao conceito fecundo da comunidade do direito, sôbre que as mesmas escolas assentam a sua doutrina” (9).

---

(9) MACHADO VILLELA — obra citada, ps. 69-70.

## CAPITULO II

### QUE É UMA NORMA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO?

10. A noção histórica dada no capítulo precedente sobre a origem e a formação da disciplina nos permite já determinar o que seja uma norma de direito internacional privado, bem diferente da de direito material, que nos dá, ao contrário da primeira, a solução direta de um problema que envolve fatos e relações da vida real. A norma de direito internacional privado, sem nos dar a solução dessa forma direta, nos põe em face ou nos indica a legislação competente para dar a solução, em cuja legislação deve ser buscada a outra norma, a que o internacionalista PIERRE ARMINJON (10) chama de “regra positiva”, valendo-se de um elemento de conexão ou vinculação, como seja o domicílio, a nacionalidade, a situação da coisa, o lugar da celebração do ato, etc. Para diferenciá-la da outra, a esta norma de direito internacional privado é dado o nome de “regra de conexão” (“règle de ratta-

---

(10) PIERRE ARMINJON — “Précis de droit international privé”, t. I, ps. 4, 10, 103.

chement”) ou “norma de aplicação”, como se usa na doutrina italiana, segundo CAVAGLIERI (11).

Em relação, pois, à nossa disciplina, o problema não póde ser outro senão o da determinação da categoria de relações que devem ser consideradas por suas normas ou regras.

A norma aqui, na expressão feliz dos ESPINOLA, para que tenha carater próprio e possa induzir à constituição de uma disciplina especial, precisa ser rigorosamente determinada, principalmente para evitar confusões, não alcançando relações jurídicas *já adequadamente compreendidas* em outro departamento do direito (12).

Como vimos, nasceu o direito internacional privado da teoria dos estatutos, abrangendo normas de aplicação do costume ou estatuto pessoal, nas relações jurídicas atinentes às pessoas, e do costume ou estatuto real, nas relações sôbre a situação da coisa, quando em conflito dois costumes ou dois estatutos.

11. Norma de aplicação, ou norma de competência, concorrência ou de conflito de leis, norma indicativa de leis, portanto, pois que o seu fim é indicar, seleccionar, escolher entre duas ou mais leis, entre duas ou mais jurisdições diferentes, em concorrência ou conflito no espaço, a que deve ser aplicada, a que é competente.

---

(11) CAVAGLIERI — “Lezioni di diritto internazionale privato”, 2.<sup>a</sup> ed., p. 48.

(12) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 12.

Norma que tem as suas características próprias bem determinadas e que se diferencia de uma norma de direito interior, substancial ou material, como nota BUSTAMANTE Y SIRVEN: “O direito interior e o direito internacional privado são duas coisas de objeto e essência inteiramente diversos. Aplica-se o primeiro às pessoas e às coisas, ou à vida jurídica em seu conjunto e em seus detalhes, de modo direto e imediato, como o traje ao corpo, como a forma à substancia, como o molde ao moldado. O outro, pelo contrário, não se edita nem se cria para as coisas ou para as pessoas, mas para escolher, entre várias regras positivas, a mais adequada àquelas. Ha entre os dois uma diferença equivalente à de uma propriedade rústica ou urbana e a sua divisa. A primeira é nossa; a segunda indica até onde chega o que nos pertence e começa o alheio” (13).

Norma que, por sua vez, pôde ser confundida com outras de igual feição, mas de outro objeto e outra natureza e às quais teremos oportunidade mais adiante de nos referir, estabelecendo o confronto do direito internacional privado com o direito intertemporal e citando o exemplo das normas sobre promulgação e publicação das leis, suas fontes e interpretação, etc. Podem ter elas a mesma feição, mas cada uma apresenta o seu objeto específico, de molde a determinar diferenças fundamentais.

---

(13) BUSTAMANTE y SIRVEN — “La Nacionalidad y el Domicilio”, ps. 8 e 9.

12. Dado o seu objeto particular, justo se torna tenha a norma de direito internacional privado o seu campo de ação bem delimitado.

Dentro do direito internacional privado brasileiro, se compulsarmos a nova lei de introdução ao código civil, vamos encontrar, por exemplo, uma norma que se diferencia das que compõem e integram em sua maioria êsse corpo legal. Nessas condições, segundo o seu artigo 8.º, “para qualificar os bens e regular as relações a êles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados”. Se quisermos interpretar êsse dispositivo, verificamos logo que êle está resolvendo ou solucionando um problema de concorrência de leis. Aplica-se a lei do país em que estiverem situados os bens e não a da nacionalidade ou do domicílio do proprietário, ou a do lugar da celebração do ato. Está escolhida, está indicada uma lei entre várias para regular as relações concernentes aos bens imóveis, de vez que, em relação aos moveis, segundo o § 1.º do mesmo artigo, já se aplica a lei do país em que fôr domiciliado o proprietário, quando êste os trouxer consigo ou forem os mesmos destinados a transporte para outros lugares.

Ambas as disposições são normas de direito internacional privado e põem em relevo a competência normal do princípio da *lex rei sitæ* para regular as coisas moveis ou imóveis, com a restrição relativa aos moveis de uso pessoal ou que o proprietário carregue consigo e aos destinados a transporte.

Este simples exemplo nos dá bem ideia do que seja uma norma de direito internacional privado, que supõe sempre a concorrência simultânea de duas ou mais leis no espaço. Concorrência de leis que, por sua vez, subentende concorrência de jurisdições. Está esta, sem dúvida, contida naquela, tendo, pois, razão o internacionalista cubano BUSTAMANTE Y SIRVEN quando escreve: “Não aludimos à competência jurisdicional porque o julgamos desnecessario e antijurídico. As faculdades de um juiz não são obra sua, mas da lei que aplica e a que obedece. Quando exerce a sua jurisdição a respeito de indivíduos ou poderes estrangeiros, não é mais do que um instrumento da lei, de cuja observância se trata, na realidade. A competência jurisdicional é uma das tantas instituições a que a competência legislativa se estende. Limita-se a um capítulo do direito processual internacional” (14).

13. Ao contrário de ETIENNE BARTIN, por exemplo, que entende representar a solução do conflito de leis metade apenas do problema, correspondendo outra metade à questão de saber qual seja o domínio das jurisdições estrangeiras (15), o notavel internacionalista português MACHADO VILLELA subordina também os conflitos de jurisdições aos conflitos de leis. Aqueles, com efeito, ocupam um lugar secundário, não sendo

---

(14) BUSTAMANTE Y SIRVEN — “Derecho internacional privado”, t. I, p. 19.

(15) ETIENNE BARTIN — “Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence françaises”, 1930, v. 1.º, p. 13.

possível enunciar o problema dos conflitos de jurisdições paralelamente ao dos conflitos de leis. “Assim — diz MACHADO VILLELA —, suponhamos que seja necessário tornar efetivo, mediante ação judiciária, um direito de crédito constituído por um contrato celebrado em um país e exigível em outro, encontrando-se o devedor domiciliado em um terceiro país. Como é evidente, importa determinar o tribunal competente para conhecer da ação, o que envolve a questão de determinar qual é, dos tribunais dos tres países, o que tem jurisdição para conhecer da mesma ação. E o que se diz das questões de obrigações, diz-se também das questões de estado das pessoas e das sobre direitos reais, sobre direitos de familia e direito de sucessão” (16).

São problemas êsses decorrentes dos conflitos de leis e a êles subordinados, como um corolário lógico, não havendo, pois, necessidade de dizer que o objeto de uma norma de direito internacional privado é determinar a jurisdição competente e a lei que se deve aplicar, em caso de conflito. O conflito de jurisdições está implicitamente contido no de leis.

14. Caracterizado assim o objeto, o fim de uma norma de direito internacional privado, cuja importância não se faz mister assinalar, resta ainda conhecer de sua natureza ou fundamento.

Entramos aqui num terreno de grandes controvérsias, pois que os autores não chegaram ainda a

---

(16) MACHADO VILLELA — obra citada, t. I, p. 11.



acordo ao indagar se emana a norma em questão da vontade coletiva dos Estados, como seres autônomos, ou se provém da vontade legislativa de cada Estado particular.

Dividem-se os tratadistas a respeito dêsse ponto que implica numa classificação de nossa disciplina dentro do quadro geral do direito. Ponto que teremos de abordar mais adiante, não sendo por ora oportuno registrar vantagens ou inconvenientes nos dois métodos de formação do direito internacional privado.

Não existem normas consuetudinárias de direito internacional que se imponham ao legislador, como tais, na elaboração das regras de direito internacional privado — afirmam os ESPINOLA, depois de terem modificado a opinião exarada no 1.<sup>o</sup> volume dessa grande obra que é o “Tratado de direito civil brasileiro” (17).

Para RODRIGO OCTAVIO, já é no *direito das gentes* que necessariamente está o fundamento da norma de direito internacional privado. “Para que ela corresponda a um direito, *jussum*, é mister buscar-lhe uma força obrigatória, uma sanção jurídica, e essa força, e essa sanção só pôde ser buscada no Direito Internacional, com toda a precariedade de que se ressentem esse corpo de direito e de que as condições sociais do mundo não se teem sabido libertar. Buscá-la no direito público, emanada de uma determinada soberania nacional, não é resolver o problema cujo reflexo internacional não pôde ser negado, sendo, como é, tendente a regu-

---

(17) ESPINOLA — obra citada, v. VII, ps. 533 e 534.

lar situações individuais e relações jurídicas de pessoas, não como jurisdicionados de um certo Estado, mas como unidades da grande coletividade humana, agindo dentro do convívio internacional que a civilização creou, desenvolve e procura melhorar com a intermitência dos colapsos que as grandes guerras vão determinando” (18).

15. O que é inegável, apesar de tudo, é que, ao lado de fatos e relações que se desenvolvem regularmente na vida social de cada Estado, como fatos e relações da vida nacional sob seu aspecto jurídico, outros fatos e relações existem, desenvolvendo-se com caracter diferente, porque não se restringem à vida nacional, em virtude da entrada de um elemento estrangeiro, o qual lhes imprime, como os próprios ESPINOLA reconhecem (19), o cunho de fatos e relações que transcorrem na vida internacional. Cunho êsse que dá uma feição particular às normas de direito internacional privado e que, para alguns autores, significa uma verdadeira incorporação da lei estrangeira no direito nacional, dando-lhe a denominação de “remissão receptícia ou material”.

Defendem êsse processo da remissão receptícia ou material MARINONI, PACCHIONI, QUADRI, MAURY.

MARINONI, segundo lemos em ESPINOLA (19), observa que a remissão à lei estrangeira pôde ser *for-*

---

(18) RODRIGO OCTAVIO — “Direito Internacional Privado”, parte geral, 1942, p. 202.

(19) ESPINOLA — obra citada, v. VII, ps. 539 e 540.

*mal* ou *não receptícia*, reportando-se a êle como lei estrangeira, que continua a considerar, ou então *material* ou *receptícia*, atribuindo-lhe vigor na ordem jurídica nacional. Argumenta êle: “Quando o nosso legislador remete formalmente a uma lei estrangeira, esta, permanecendo tal, não é capaz de conferir direitos por nossa ordem jurídica e, assim, o estrangeiro, se a sua condição jurídica depende da lei estrangeira, fica fóra do nosso direito e para o nosso direito não é pessoa jurídica” (20).

16. Póde a teoria da remissão receptícia ter base mais sólida que a da remissão formal, como conclue MARINONI, mas cumpre notar que outra teoria moderna goza de preferência em muitos autores. É a que se intitula “teoria das normas sôbre a produção jurídica”, de que se fizeram adeptos FEDOZZI, AGO, etc.

Diz êste último escritor que com a norma de direito internacional privado se verifica o mesmo que com o legislador quando, em vez de estatuir diretamente as normas materiais para o regulamento de uma determinada categoria de fatos e relações, toma como fonte, em sua ordem jurídica, a fonte de uma ordem jurídica estrangeira, que, nessa ordem, tem competência para crear as normas jurídicas que regulam os mesmos fatos e relações. Daí a denominação de serem normas sôbre a produção jurídica ou sôbre as fontes da ordem jurídica. Segundo essa teoria, a nor-

---

(20) M. MARINONI — “La natura giuridica del diritto internazionale privato”, in “Revista di diritto internazionale”, 1913, p. 501.

ma estrangeira se torna própria da ordem jurídica que a invoca, mas não no sentido que se deva entender emanada em virtude de uma remissão receptícia por parte do legislador nacional, e, sim, no sentido inteiramente diverso — que o legislador estrangeiro é reconhecido competente para decretar normas jurídicas para o Estado invocante, e a lei, assim decretada pelo legislador estrangeiro, vale também como lei da ordem jurídica desse mesmo Estado.

FEDOZZI, que é partidário dessa teoria, faz interessante observação no sentido de que, no caso da norma de direito internacional privado, a lei estrangeira invocada, que se considera nacional, fica sujeita a todos os requisitos de validade e eficácia de que depende a lei originária, devendo ser interpretada como o é no Estado de que se origina (21).

Observação que, ao nosso ver, não deixa de comprometer a natureza nacional dessa norma.

17. Não ficam, porém, os autores entre essas duas teorias enumeradas, para a classificação das normas de direito internacional privado. É assunto êsse de grande controvérsia na doutrina, dependendo da posição que cada qual adote para a filiação do direito internacional privado.

Fazem ainda muitos autores uma distinção entre as normas de direito internacional privado, classificando-as em *unilaterais*, *bilaterais imperfeitas* e *bila-*

---

(21) Apud. ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 550.

*terais* (22). *Unilaterais* — quando se limitam a determinar a esfera de aplicação de leis de direito material ou grupo de leis nacionais, sem se pronunciarem sobre o direito estrangeiro que se terá de aplicar, restringindo-se, pois, aos limites assinalados pelo direito interno. *Imperfeitamente bilaterais* — quando, depois de haverem delimitado a esfera de aplicação do direito interno, só parcialmente indicam o direito estrangeiro aplicável, nos casos em que o direito interno se considera inaplicável. *Bilaterais* — quando, além de determinarem a esfera de aplicação do direito interno, estabelecem qual o direito estrangeiro que se deverá aplicar, tendo-se como inaplicável o mesmo direito interno.

De modo geral, as normas de nosso direito sobre conflitos de leis no espaço são bilaterais.

---

(22) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 558.

### CAPITULO III

## O PROBLEMA DO ESTRANGEIRO

18. Pelo rápido quadro histórico que traçamos acêrca das origens e formação do direito internacional privado, pelas caracterizações de que se revestem as suas normas, quanto ao objeto por elas visado, ficou bem determinado o problema das leis no espaço, resultante do fato de ter cada Estado o seu direito próprio e de compreender, de um lado, o elemento pessoal, que é o seu povo, e, de outro, o elemento material, que é o seu território.

As leis, em princípio, teem aplicação dentro do território do Estado de que emanam, mas igualmente, também em princípio, regulam as relações jurídicas do povo a quem são elas destinadas, ainda quando estas relações se desenvolvam fóra do território próprio.

Daí surgir o conflito, variando as leis de Estado para Estado, e a necessidade de se determinar, nessas relações *ultra territorium*, qual o Estado competente para impor a autoridade de sua lei.

Resolver o problema é, como bem diz EDUARDO ESPINOLA (23), estabelecer os limites de espaço ao império das regras de direito.

Eis aí o objeto do direito internacional privado claramente expresso, isto é, formulando normas de aplicação do direito competente para regular as relações jurídicas, quando sejam interessados dois ou mais sistemas legislativos.

Dêsse objeto foi que se ocuparam já os estatutários, conforme vimos, não obstante muitas vezes o conflito surgisse entre leis emanadas da mesma soberania, como acontecia entre as províncias italianas.

O conteúdo próprio da disciplina, a sua esfera peculiar de ação já estavam delimitadas desde o princípio, mas os escritores e tratadistas que apareceram no século XIX, na sua segunda metade, e no atual entraram em contenda, tornando o assunto controverso e caindo muitos deles em confusões lamentáveis, como, por exemplo, a de identificar o direito internacional privado com o direito uniforme, a de atribuir ao principal objeto da disciplina a condição jurídica dos estrangeiros, ou a de extendê-lo ao problema da nacionalidade, etc.

19. São várias as teorias a que teremos de nos reportar para dissipar tais confusões.

---

(23) EDUARDO ESPINOLA — “Elementos de direito internacional privado”, 1925, ps. 5-7.

Começemos pela do grande internacionalista francês J. P. NIBOYET, a quem a nossa disciplina deve inestimáveis serviços.

NIBOYET empresta grande significação ao problema da condição jurídica do estrangeiro e é assim que êle define o direito internacional privado: “E’ o ramo pertencente atualmente, em princípio, ao direito público nacional e muito excepcionalmente ao direito das gentes, que se preocupa com a repartição internacional dos indivíduos, tendo em vista determinar em seguida os direitos de que êles gozam e investigar como poderão exercê-los sob o império das leis competentes, com o concurso das autoridades ou das jurisdições qualificadas” (24).

NIBOYET vê no campo do direito internacional privado tres problemas: a) esse dos *estrangeiros*, de sua condição jurídica; b) o do conflito das leis no espaço; e c) o do exercício dos direitos adquiridos.

Ao primeiro dêles, porém, é que êle atribue a razão de ser da disciplina.

Na verdade, para se saber qual a norma a aplicar numa questão de direito internacional privado, temos de verificar previamente se o estrangeiro interessado pôde exercer o direito invocado, temos de examinar qual a sua condição jurídica perante a *lex fori*. Mas isso não significa que caiba ao direito internacional privado a regulamentação da vida jurídica do estrangeiro.

---

(24) J. P. NIBOYET — “*Traité de droit international privé français*”, 1938, v. 1.º, p. 6.



20. Devemos ter em mente que êsse problema da condição jurídica do estrangeiro não surge apenas quando se cogita de matéria de direito internacional privado. O problema avulta e assume importância muito maior quando o encaramos em relação aos direitos políticos e é o proprio NIBOYET, segundo árguamente notaram os nossos ESPINOLA (25), que não hesita em declarar a gravidade do assunto, porque êle interessa, em primeiro lugar, à *substância* do Estado.

A propósito da condição jurídica do estrangeiro, podem surgir conflitos de direito internacional privado, mas a condição jurídica do estrangeiro, propriamente dita, não se resolve como os conflitos de leis, objeto fundamental da disciplina.

O mal tem sido confundir o direito internacional privado com as matérias principais com que êle se limita ou em que ele toca.

Muitos dos nossos tratadistas, inclusive os grandes vultos de CLOVIS BEVILAQUA e RODRIGO OCTAVIO, bem como GOMES DE CASTRO e ILMAR PENNA MARI-NHO, incorreram no mesmo equívoco.

RODRIGO OCTAVIO chega a replicar a EDUARDO ESPINOLA pela objeção que êste lhe fizera no sentido de tornar claro que “não se confunde a questão do reconhecimento de direitos aos estrangeiros com a lei competente para lhes reger as relações jurídicas, por isso que, essa lei póde determinar a rigorosa aplicação da lei territorial e tal regulamentação da vida ju-

---

(25) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 18.

rídica do estrangeiro não póde ser considerada como o direito internacional privado; além de que a afirmação de que o objeto do direito internacional privado é a regulamentação da vida jurídica do estrangeiro póde levar a crer que essa disciplina cogite de estabelecer regras sôbre os direitos que possa exercer o estrangeiro, o que compete exclusivamente ao direito público e privado interno” (26).

Em seu recente livro “Direito Internacional Privado” (parte geral), publicado o ano passado, o illustre internacionalista patricio, que tanto tem dignificado o Brasil em vários congressos internacionalistas, reafirma, porém, o seu ponto de vista, entendendo que é também objeto da disciplina a regulamentação da vida jurídica do estrangeiro. “Ha uma escola, como é bem sabido — escreve êle —, que visa sujeitar o estrangeiro absolutamente à lei territorial. E’ claro que sob tal regime não se podem dar conflitos de lei, cuja solução constitue o objeto mais vasto e característico de nossa disciplina. Mas é indubitavel que êsse regime define a condição do estrangeiro e essa definição constitue também objeto do Direito Internacional Privado. Assim o considera aliás o próprio ESPINOLA, e nêsse mesmo *Tratado*, cujo Capítulo I, do Tit. I, do Livro I, se inscreve — Da condição do estrangeiro, de acôrdo com a doutrina sôbre a compreensão da disciplina adotada pelo Autor no § 4.º da Introdução, pág. 20.. E é claro também que dizer

---

(26) EDUARDO ESPINOLA — obra citada, p. 75.

*condição do estrangeiro é dizer conjunto de regras sôbre os direitos que possa exercer o estrangeiro. E quanto ao ponto em controvérsia invoco em meu auxílio as palavras grandemente autorizadas de LAURENT: “Pour qu’il y ait droit international privé, il faut que l’homme jouisse partout des mêmes droits quelque soit sa nationalité” (27).*

21. Labora, a nosso ver, em engano o preclaro jurisconsulto em dois pontos:

1.º) Póde haver escola ou doutrina que sujeite o estrangeiro à lei pessoal nacional e nem por isso a regulamentação de sua condição jurídica se impõe como objeto de nossa disciplina. Temos o exemplo no Brasil, bastante significativo para o caso, de PONTES DE MIRANDA, partidário da lei pessoal nacional e definidor preciso e claro dessa parte que diz respeito à condição do estrangeiro, constituindo, como êle diz, uma questão à parte, pertencente a outros ramos do direito, e não ao internacional privado. Assunto introdutivo, mas não matéria específica de nossa disciplina. A questão de determinação da lei applicavel (objeto do direito internacional privado) anda junto à de se saber se o *direito invocado* póde ser *atribuido* a quem o invoca (é esta uma outra questão). E’ a condição do estrangeiro parte da regra ou conjunto de regras concernente à *capacidade de direito* e algumas outras medidas. E’ matéria de direito substancial, — não de direito internacional privado. E’ questão prévia de que depende, não

---

(27) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 29.

a indagação *específica* da lei aplicável, nascimento e vida dos direitos ou dos efeitos, mas a incidência dela. Participa da legislação substancial, inconfundível com a legislação de superdireito. Somente pôde ser apreciada pelo juiz, segundo o seu sistema jurídico e os *princípios mesmos de Direito das gentes*, quando devem ser aplicados (e deviam ser sempre) pelo juiz interno. De qualquer modo — conclue o sábio internacionalista pátrio —, a condição dos estrangeiros será sempre *Direito substancial*: pôde ser público e pôde ser privado; e nisso também difere do direito internacional privado, que é *sempre* público (28).

2.º) O fato de reservar ESPINOLA um capítulo de uma obra sua sôbre o assunto — a condição do estrangeiro — não traduz que êle queira vincular essa questão à nossa disciplina. A sua intenção justamente tem por fim evitar a dúvida, situando bem em seu lugar a matéria. Aliás, na grandiosa obra que êle vem publicando com EDUARDO ESPINOLA FILHO, nêsse riquíssimo e erudito “Tratado de Direito Civil Brasileiro”, que exprime o seu pensamento amadurecido, os seus longos anos de experiência e de estudo, o grande civilista coloca a questão nos seus justíssimos limites, consagrando a êsse assunto da condição jurídica dos estrangeiros no Brasil todo o volume VI de seu “Tratado” e excluindo-o do direito internacional privado, a que êle já dedicou os volumes VII e VIII (dois tomos) do mesmo “Tratado”.

---

(28) PONTES DE MIRANDA — “Tratado de direito internacional privado, 1935, t. I, p. 34.

Nêsse volume VI os dois ESPINOLA fazem esta distinção: “o problema da competência jurídica do estrangeiro se formúla, em termos gerais, como reconhecimento dos direitos concedidos, por um Estado, aos estrangeiros, que se encontrem no seu territorio; mas, uma vez reconhecidos êsses direitos, surge outro problema — o da construção dêsses direitos, isto é, o da determinação do estatuto, ou da regra legislativa, a que se subordinam, a qual póde ser ou a do próprio Estado, que reconhece êsses direitos, ou a do país, cuja nacionalidade tem, ou onde é domiciliado o estrangeiro. Este segundo problema é de conflito de leis ou de direito internacional privado, restringindo-se às relações de direito privado e a algumas questões de direito penal e de direito pessoal”. (29).

22. Considerando o problema da condição jurídica do estrangeiro sob o aspecto do indivíduo que se encontra em país a que não pertence pelo laço político da nacionalidade, é que NIBOYET, o eminente professor da Faculdade de Paris, a cuja opinião já nos referimos, se expressa nestes termos: “Il est particulièrement grave, parce qu’il touche, lui aussi, à la *substance de l’État*. Si les étrangers jouissent, en effet, de droits trop étendus, il est à craindre qu’ils n’immigrent en trop grand nombre au grand dommage de la vie national, sans s’efforcer de s’y intégrer” (30).

---

(29) ESPINOLA — obra citada, v. VI, p. 179.

(30) J. P. NIBOYET — obra citada, v. 2.º, p. 8.

Êle próprio não parece estar muito seguro de sua orientação, confessando a gravidade do problema, que afeta a *substância* do Estado. Êle próprio é o primeiro a manifestar que, quanto à extensão, o problema da situação jurídica do estrangeiro não se restringe à esfera de ação de nossa disciplina, mas interessa também ao Estado, invadindo o campo dos direitos políticos e dos direitos públicos.

Outra diferença se manifesta e é o próprio NIBOYET que nos leva a precisá-la, não confundindo os dois problemas no terreno das soluções que compo-  
tam.

No caso do problema do estrangeiro, ele explica: “a) La loi de chaque État détermine seule les droits dont les étrangers ont la jouissance. Par exemple, en France, la loi française doit être consultée exclusivement pour déterminer si les étrangers peuvent invoquer un droit, abstraction faite de ce que décident les lois étrangères. Peu importe que, dans son pays, un étranger ait droit à la propriété commerciale si dans celui de la situation on le lui refuse. De sorte qu’il ne peut pas exister de *difficulté* pour découvrir la loi qu’il faut consulter: c’est nécessairement la loi du pays où la question se présente, celui où l’étranger invoque la jouissance d’un droit (*lex fori*)” (31).

Coisa diversa ocorre quando penetramos no campo de nossa disciplina e é o mesmo NIBOYET que o explica, segundo lemos no “Tratado” dos ESPINOLA:

---

(31) ESPINOLA — Apud obra citada, v. VII, p. 67.

“b) S’agit-il, au contraire, d’une question de conflit, la solution sera infiniment variable. On fera appel à la législation française ou étrangère, compétente en vertu des règles de solution des conflits”, para concluir assim tão categoricamente: “Un abime sépare dès lors la façon de résoudre les deux problèmes” (32).

23. Se os dois problemas se apresentam de modo tão diverso, se a condição do estrangeiro é assunto regulado pela constituição política e pelas leis de direito público de cada país, como ocorre de maneira quase geral, mesmo na parte do exercício dos direitos privados, porque vinculá-la a uma disciplina que não lhe permite desdobramentos de muitos aspectos próprios? Qual a razão histórica ou mesmo conceitual, a invocar, para que se possam ligar dois problemas fundamentalmente distintos e inconciliáveis entre si?

Temos, forçosamente, de concluir com os ESPINDOLA, que são, com PONTES DE MIRANDA e HAROLDO VALLADÃO, os únicos tratadistas brasileiros a se bater pela exclusão do problema do estrangeiro de nossa disciplina:

“A condição jurídica dos estrangeiros é *pressuposto* da aplicação das leis de conflito, porque só poderá surgir o problema da lei competente, quando se ofereçam duas em colisão, se a *lex fori* reconhecer ao estrangeiro o gozo do direito de que se trata. Mas essa matéria o direito internacional privado encontra regulada pelo direito público ou constitucional” (33).

---

(32) ESPINDOLA — obra citada, v. VII, ps. 67 e 68.

(33) Idem, idem, p. 68.

## CAPITULO IV

### O PROBLEMA DA NACIONALIDADE

24. Outra doutrina existe que contempla, como objeto de nossa disciplina, como sua introdução natural, o problema da nacionalidade, para examinar em seguida a condição jurídica do estrangeiro, o conflito de leis e, por último, o conflito de jurisdições.

Em França dominou por muito tempo tal critério e tem êle sido o oficialmente seguido nas escolas, não obstante haver muitos autores franceses contrários a êsse alargamento excessivo do campo peculiar ao direito internacional privado.

25. ANDRÉ WEISS, professor da Universidade de Paris, segue a orientação oficial e dos quatro livros que compõem o seu "Manual" (34) o primeiro dêles é todo consagrado à teoria da nacionalidade, nos seus vários aspectos, de "jus solis" e de "jus sanguinis", da aquisição da nacionalidade por naturalização, da perda da nacionalidade, da influência do casamento sôbre a nacionalidade da mulher, etc.

---

(34) ANDRÉ WEISS — "Manuel de droit international privé", 6.<sup>a</sup> ed., 1909.



LÉREBOURS-PIGEONNIÈRE, mais recentemente, não se afasta dessa trilha, vendo no direito internacional privado “um ramo autônomo do direito que reúne as regras de direito público e privado interno concernentes à nacionalidade, à condição dos estrangeiros, ao conflito das leis e das jurisdições” (35).

26. Mas ETIENNE BARTIN, professor também da Universidade de Paris, onde sucedeu a ANTOINE PILLET, e que colocou a nossa disciplina mais perto das realidades quotidianas, segundo o testemunho de HAROLDO VALLADÃO (36), estabelece uma distinção entre os conflitos de leis e o problema da nacionalidade, escrevendo que, no concernente aos primeiros, a hesitação do juiz nasce da multiplicidade das regras de conflito. Em matéria de nacionalidade, porém, é diferente.

“O juiz escolhido — observa BARTIN — não pôde ter, em caso igual, nenhuma hesitação do mesmo gênero, desde pelo menos o momento em que a pessoa cuja nacionalidade seja discutida diante dêle possa ser considerada, por qualquer título, como o jurisdicionado do Estado em nome do qual êle pratica a justiça e não raciocino aqui em outra hipótese. Não ha então outra lei a aplicar senão a sua, não lhe podendo ser imposta qualquer regra geral de conflito, de molde a le-

---

(35) LÉREBOURS-PIGEONNIÈRE — “Précis de droit international privé”, 3.<sup>a</sup> ed., 1937, p. 37.

(36) HAROLDO VALLADÃO — “O ensino e o estudo do Direito especialmente do Direito Internacional privado no Velho e no Novo Mundo”, 1940, p. 29.

vá-lo a submeter a solução da questão de nacionalidade a uma lei estrangeira qualquer, embora considerasse ela a pessoa cuja nacionalidade é discutida diante d'êlo como um jurisdicionado do Estado a que essa lei estrangeira corresponde. Tudo isso se diz com uma palavra: em matéria de nacionalidade, a *lex fori* é soberana”.

BARTIN cita o exemplo de uma pessoa que pôde ser considerada pela lei estrangeira como jurisdicionada de um Estado estrangeiro: “se a questão se apresenta em França — diz êle —, basta que as regras do direito francês sôbre a nacionalidade francesa confirmem a essa pessoa a qualidade de francês, essa pessoa será francesa para o juiz francês. Ha contrariedade de legislações, entre a suposta lei estrangeira e a lei francesa: não ha conflito de leis”.

27. A distinção, então, se apresenta, como notam os ESPINOLA, comentando a passagem de BARTIN, em termos categóricos:

“A questão da nacionalidade difere, pois, das questões que nos surgem como fazendo natural e necessariamente parte do direito internacional privado: difere d'êste não somente pelo seu objeto, que atinge a própria constituição do Estado, mas ainda pela solução que lhe applicamos e que é exclusiva de qualquer intervenção da noção precisa de conflito de leis” (37).

---

(37) ETIENNE BARTIN — “Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française”, 1930, v. 1.º, ps. 7 e 8.

28. Não são, porém, somente autores franceses os que se mostram partidários da inclusão do problema da nacionalidade dentro do âmbito da disciplina.

Merece registro especial a posição na matéria do notável internacionalista argentino V. N. ROMERO DEL PRADO, professor titular da cadeira de direito internacional privado na Universidade Nacional de Córdoba e autor de inúmeros e valiosos trabalhos sôbre a especialidade. ROMERO DEL PRADO admite que o problema da aquisição, conservação, mudança e perda da nacionalidade deva permanecer sob a égide de outro ramo do direito, como o direito constitucional, etc. Mas entende que os conflitos de nacionalidade se produzem em grande número e que corresponde à nossa disciplina estudá-los e buscar-lhes solução. “Assim, um filho de italiano nascido na Argentina terá dupla nacionalidade: italiano pelo *jus sanguinis* e argentino pelo *jus solis*. Um argentino se naturaliza espanhol: será de nacionalidade espanhola e argentina ao mesmo tempo porque não perde a sua argentina por dito ato, senão apenas o exercício dos direitos políticos, etc.”

Depois de citar tais exemplos, acrescenta ROMERO DEL PRADO: “E’ claro que se, no primeiro caso, aparecer uma questão perante o juiz argentino, êste o reputará argentino e, se perante o italiano, será considerado italiano, ou, no segundo caso, o juiz espanhol o declarará espanhol por naturalização e o argentino o conservará argentino. Mas o problema pôde apresentar-se perante o juiz de um terceiro Estado e então surge a questão de se saber qual a lei a aplicar-se: a

italiana, a espanhola, a argentina, isto é, um problema que está dentro do nosso âmbito” (38).

29. Considerando o problema sob êste último prisma, trata-se de um estrangeiro interessado em determinada relação jurídica, perante o juiz de um Estado que não é o seu e a quem já não cabe decidir qual o país a que pertence. O problema de sua nacionalidade, nêste caso, já não oferece o mesmo interesse. Êle nos coloca em face de um indivíduo cuja nacionalidade oferece dúvidas, que é estrangeiro, jurisdicionado de outro Estado que não o seu, ou os seus.

Mas apesar disso não haverá hesitação do juiz, segundo BARTIN, para quem, em matéria de nacionalidade, a *lex fori* é sempre soberana.

30. Os ESPINOLA desenvolvem bem o estudo do problema, concluindo que os denominados conflitos de nacionalidade, propriamente ditos, sejam positivos (dupla nacionalidade, como ocorre nos exemplos do internacionalista argentino) ou negativos (apatrídia), não se resolvem como os de direito internacional privado, os quais levam em vários casos à aplicação da lei estrangeira. “A autoridade de um Estado — escrevem êles — não pôde deixar de aplicar exclusivamente a sua própria lei, quando se apresente um indivíduo sobre cuja nacionalidade se discuta, ou seja por tal lei considerado nacional, ou estrangeiro” (39).

---

(38) V. N. ROMERO DEL PRADO — “Tratado de derecho internacional privado”, 1942, t. I, p. 180.

(39) ESPINOLA — obra citada — v. VII, p. 15.

31. Para PONTES DE MIRANDA também não ha, em tais casos, qualquer hesitação: “cada Estado edita a sua lei e não admite a de outro; donde haver discordâncias, que se não resolvem pela aplicação da lei estrangeira dentro do Estado, nem da lei nacional fóra, e sim pela aplicação da própria lei de cada um, sem dúvida possível. E’ domínio da *lex fori*”.

Faz o internacionalista patricio ainda as seguintes observações sôbre o assunto: “Nos livros franceses, não só devido a estarem juntas, no Code civil, como tambem por insuficiente discussão da natureza de tais regras, a nacionalidade, a condição dos estrangeiros e as regras de aplicação no espaço veem tratadas como partes integrantes do direito internacional privado. Começa, porém, a crítica, sob a influência de melhores estudos, a refugar a fusão de tão heterogêneos ramos do direito. Para tê-las em comum, ter-se-ia de forçar a evolução do direito das gentes, precisando-o nas duas primeiras séries de regras e, pois, unificando-as, e de forçar a evolução das regras de direito internacional privado, a ponto de se exceder a si mesmo, de se tornar êle substancial, em vez de mero superdireito. Mas, se isso fosse possível, seriam todas direito das gentes, e não teria justificação o trato científico e didático sob o nome da nossa disciplina. Ou se teria de dividir o direito em dois campos, pessoas e coisas, num dos quais se versassem, em regras de direito substancial ou de superdireito unificado, a nacionalidade e as leis estritamente pessoais, e noutro, a condição econo-

mica dos estrangeiros e as leis estritamente reais, — porém, então, não se justificaria o nome, que serviria a ambos e a nenhum dos grupos serviria. Somente concepção extremista poderia ir até lá, e compreende-se a atitude de V. M. KORECKIJ (1929), com o seu “direito internacional econômico” (40).

32. Dentro, pois, de uma boa sistematização de princípios, o problema da nacionalidade, em todos os seus aspectos, é matéria que interessa, antes de tudo, ao direito público constitucional. Neste departamento é que cabe adequadamente a sua discussão, assim como uma definição que lhe permita não prestar atenção aos outros Estados. Matéria, aliás, regulada em quase todos os países pela própria constituição política ou por leis especiais de direito público e que, só por isso, ficaria mal situada dentro do direito internacional privado, cujo problema específico consiste justamente em resolver o conflito entre a lei local e a lei estrangeira.

Conforme já vimos, não se apresentam casos de conflito de leis em matéria de nacionalidade, diante dos quais possa o juiz chamado para resolvê-los hesitar na escolha de uma delas. Será sempre a lei do Estado a que o juiz pertence a única lei aplicada. Póde haver contrariedade de legislações, mas não ha problema de conflito de leis no espaço a ser resolvido, fóra da possibilidade de aplicação de mais de uma lei.

---

(40) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, ps. 35, 36 e 37.

33. RODRIGO OCTAVIO também se mostra contrário à inclusão do problema da nacionalidade como objeto de nossa disciplina. Esse problema entra totalmente no âmbito do direito público de cada Estado e, para êle, a prova disso está na própria definição de nacionalidade dada por dois grandes partidarios da inclusão, PILLET e NIBOYET: “le lien politique et juridique qui rattache un individu à un État” (41).

Apesar disso, o notavel internacionalista patricio não se mostra bastante categórico em sua afirmação, admitindo tenha cabimento a aplicação dos princípios de direito internacional privado em casos de nacionalidade, para êle, suscetiveis de conflitos, “conflitos tanto mais dificeis de resolver, porisso que a matéria de nacionalidade não é tratada, em seus lineamentos fundamentais, em leis ordinárias, mas nas próprias constituições nacionais, como também as situações individuais creadas pela aplicação daquelas leis. E o que se dá, em relação às leis referentes à nacionalidade, no ponto de vista do direito internacional privado, é o mesmo que ocorre em relação às demais leis, regendo outros aspectos da vida jurídica. Tais leis, como as da nacionalidade, são editadas pelos Estados no exercício de sua própria soberania, para serem applicadas aos seus nacionais dentro dos seus respectivos territorios. Desde, porém, que a aplicação de tais leis afete a vida jurídica do estrangeiro ou entre em conflito com

---

(41) PILLET & NIBOYET — “Manuel de droit international privé”, v. 1.º, p. 1.

leis de outros países, se apresenta a situação que tem de ser resolvida por aplicação dos princípios de direito internacional privado” (42).

34. Podemos admitir a existência de conflitos de nacionalidade, se quisermos, mas cumpre notar ainda que não existe qualquer norma consuetudinária internacional invocável sobre a matéria. Os Estados, nêsse particular, atendem exclusivamente aos seus interesses políticos próprios, dignos de serem respeitados e resguardados, aliás, em face dos outros Estados, conduzidos frequentemente por interesses contrários. A conferência de Haia em 1930 não deixou de reconhecer essa situação, limitando-se os Estados co-participantes a emitir votos para que se empregassem esforços no sentido de serem reduzidos, tanto quanto possível, nas respectivas legislações, os casos de dupla nacionalidade e de apatridia (43).

35. Talvez se apresentasse como viável, então, a ideia de MIRKINE-GUETZEVITCH, tendo em vista a influência transformadora e revolucionária do direito internacional, depois da grande guerra de 1914, com a internacionalização de diversos princípios do direito constitucional e a constitucionalização de vários postulados do direito internacional. MIRKINE, com efeito, observou e sistematizou muitos fatos comprobatorios dêsse novo fenómeno que deram origem ao seu

---

(42) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 187.

(43) ESPINOLA — obra citada, v. V, p. 301.



livro “Direito constitucional internacional”, dentro do qual figura um capítulo relativo à questão dos direitos dos estrangeiros e ao problema da nacionalidade.

“Entre outros problemas de direito constitucional conexos com as liberdades individuais, ha ainda um suscetivel de receber sanção internacional — escreve êle — e que está em relação direta com o direito público: E’ o problema da regulamentação constitucional dos direitos dos estrangeiros. Foi a revolução francesa que colocou em relevo o problema da proteção constitucional dos estrangeiros, marcando uma etapa na evolução histórica desse problema e, ao mesmo tempo, subministrando bases legais ao futuro desenvolvimento do direito internacional privado. A doutrina jurídica da situação dos estrangeiros foi deduzida, efetivamente, da “Declaração dos direitos”. O estrangeiro não é um cidadão, mas sim um homem e, por conseguinte, o direito deve assegurar-lhe um “minimum” de prerrogativas. A ideia da igualdade, fundada sobre a ideia da “Declaração dos direitos” conduziu ao reconhecimento da igualdade civil do estrangeiro” (44). Seria justamente nessa parte que se situariam a condição jurídica do estrangeiro e o principio da nacionalidade, erroneamente colocados sob a égide do direito internacional privado.

36. Talvez ainda pudesse a chamada “Carta do Atlântico” subscrita pelos aliados sugerir novas ideias,

---

(44) MIRKINE-GUETZEVITCH — “Droit constitutionnel international”, 1933, p. 194.

mas o estado em que se encontra o mundo presentemente, numa guerra que é de todos, quer-nos parecer, impede um prognóstico seguro, não obstante nos seja lícito acreditar, com a vitória das nações unidas, a cujo bloco pertencemos, numa depuração da consciência jurídica em todo o mundo.

À custa de experiências dolorosas, em que o direito chegou a ser substituído pelas forças irresponsáveis do instinto de presa, num mixto de violência e de egoísmo de que nunca tivemos exemplo, voltaremos com certeza a crer no direito.

A civilização não póde prescindir do direito. E hoje já é uma verdade comensinha pensar que o direito será restaurado. Os códigos podem não trazer a felicidade, mas sôbre o que não resta dúvida é que a negação dos códigos traz a desgraça. Já se verificou que é impossível substituir o direito pelo poder, pela raça, pela força e tudo já está desmentindo aquela sentença expressiva de G. RATHERIAN, que lemos em MAX SCHELER: “a justiça é filha da inveja”.

Um renascimento do direito já se anuncia e o antigo direito internacional, que descurava completamente a personalidade humana e limitava sua ação e seu interesse às relações entre Estados, êsse desaparecerá por certo, em face da tendência nova que já se observa de o próprio direito das gentes regular relações entre indivíduos pertencentes a grupos nacionais.

## CAPITULO V

### O PROBLEMA DOS DIREITOS ADQUIRIDOS

37. Temos agora de nos referir à doutrina de ANTOINE PILLET, de ARMAND LAINÉ e outros que considera objeto do direito internacional privado tres problemas que se devem reconhecer autônomos, pertencendo cada qual a uma classe distinta, a saber: a) condição jurídica dos estrangeiros, na determinação dos direitos que lhe são reconhecidos; b) conflitos de leis, na determinação do sistema legislativo competente, quando concorram dois ou mais dêles, em atenção ao elemento pessoal ou territorial do Estado; e c) exercício em um país dos direitos adquiridos em outro.

Da condição do estrangeiro já nos ocupámos em capítulo anterior e, por razões que nos pareceram convincentes e fortes, a excluimos do campo de ação, do objeto propriamente dito, de nossa disciplina.

38. Vejamos agora o problema dos direitos adquiridos, deixando para outro capítulo o problema do conflito das leis.

Foi, sem dúvida, PILLET quem com mais ardor e segurança se bateu por essa tri-partição do ramo do

direito de que tratamos. As suas ideias estão vigorosamente expendidas não só no seu livro “Principes de droit international privé” como também no “Traité pratique de droit international privé”.

Cada um destes tres problemas tem, para elle, uma feição própria e as suas regras separadas. “Placer dans un groupe que n'est pas le sien — escreve o notavel internacionalista francês — une de nos questions aboutit à un désordre irrémédiable. Ce point de méthode est aussi indispensable à l'établissement d'un droit international privé intelligible que peut l'être une bonne solution donnée à chacun de ces trois ordres de questions. La jurisprudence française en a fait maintes fois la douloureuse expérience” (45).

Os ESPINOLA mencionam o seguinte exemplo, transcrito de PILLET e que traduzimos: “Tem a mulher estrangeira em França hipoteca legal sôbre os bens de seu marido? Não, respondem os nossos tribunais, porque a hipoteca legal é um direito civil recusado à mulher estrangeira. A questão está mal formulada e mal resolvida; não se trata para esta mulher de sua aptidão abstrata de ter uma hipoteca, não sendo esta aptidão duvidosa; trata-se de saber se as leis que regem o seu casamento são tais que lhe confirmam uma hipoteca sôbre os bens de seu marido” (46).

A confusão provém justamente de um ponto vinculado ao direito público e constitucional de que pro-

---

(45) ANTOINE PILLET — “Traité pratique de droit international privé”, 1923, v. 1.º, p. 5.

(46) Idem, idem, v. 1.º, p. 14.

cede a estrangeira, cuja indagação deve *preceder* à pesquisa da lei apropriada para regular o conflito de leis surgido naturalmente do fato de a lei pessoal dessa estrangeira ou de seu casamento lhe conceder o direito civil da hipoteca legal.

39. Mas estamos ainda debatendo um problema sobre a condição do estrangeiro, bastante típico, é verdade, e o nosso propósito agora é debater o problema dos direitos adquiridos, para o qual PILLET reserva grandes cuidados. Ele o ventila do seguinte modo: “Supõe (o caso) que uma pessoa tenha adquirido num país um direito particular, ou uma situação jurídica complexa, fonte ela mesma de todo um conjunto de direitos, e consiste em indagar em que medida essa pessoa pôde reclamar em outros países direitos ou a condição jurídica que adquiriu” (47).

Não deixa, na verdade, o assunto de se relacionar com a nossa disciplina, envolvendo um problema não estranho ao conflito de leis e no qual é chamada a intervir a legislação de superdireito, isto é, a regra de direito internacional privado.

O problema do direito adquirido aparece assim como um efeito da solução dos conflitos. É um dos princípios da produção internacional de efeitos, que fica ao lado do princípio da *eficácia dos atos* realizados fóra do país.

Trata-se, pois, de um princípio segundo o qual a lei competente é que decide da existência dos direitos

---

(47) Antoine Pillet — obra citada, v. 1.º, p. 11.

e das situações jurídicas emanadas de outro país e o seu fundamento está na necessidade do respeito recíproco entre os Estados. Como nota PONTES DE MIRANDA, se a cada fronteira o conjunto de direitos de cada indivíduo tivesse de sofrer revisão, peneiramento, reexame, podendo ser dêles, ou em partes dêles, despojado, o intercâmbio, a própria interpenetração das populações, fato normal da vida dos povos civilizados, seria impossível (48).

Não se trata, afinal, de um problema à parte, distinto e separado do que diz respeito ao conflito de leis. E' antes uma decorrência dêste e outra não pôde ser a conclusão a tirar dêstes conceitos emitidos pelo próprio PILLET, no notável livro escrito por êle em colaboração com J. P. NIBOYET, "Manuel de droit international privé": "Le problème du conflit des lois, c'est-à-dire du choix de la loi applicable aux divers rapports juridiques, en matière d'exercice des droits, se subdivise à son tour. Il presente deux aspects successifs, que nous qualifierons une fois pour toutes: 1.º) Problème de l'acquisition des droits; 2.º) Problème du respect des droits acquis" (49).

Os ESPINOLA salientam o mérito de PILLET por ter feito notar a diferença entre o momento de formação de uma situação jurídica ou de aquisição de um direito, em que são interessadas duas ou mais le-

---

(48) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 257.

(49) PILLET & NIBOYET — obra citada, p. 11.

gislações, e o do reconhecimento ou respeito de um direito adquirido em país estrangeiro (50).

Em ambos os casos existe um conflito de leis procedentes de Estados diversos, mas a solução pôde variar, conforme se trate de um ou de outro.

Referindo-se a essa diferença, os dois autores franceses de que tratamos dão o seguinte exemplo, que traduzimos: “Trata-se de dois esposos estrangeiros desejando divorciar-se num país em que não existe o divórcio (Italia, Espanha (\*), França, até 1884). Os Tribunais vão certamente recusar-se a pronunciar o divórcio por razões de ordem pública no tocante à inexistência da instituição de que os estrangeiros procuram prevalecer-se. Mas se os nossos estrangeiros conseguiram divorciar-se em seu país de origem que admite o divórcio, e um dêles queira tornar a casar num país que ignora o divórcio, não ha mais razão alguma para opposição. Êste estrangeiro, com efeito, não pede mais em igual caso que se pronuncie o seu divórcio (aquisição do direito de esposo divorciado), mas que se respeitem as consequências de seu divórcio, o que é uma questão muito diferente de *direitos adquiridos*” (51). E assim se torna, para os dois grandes internacionalistas, indispensavel distinguir a lei applicavel *para adquirir um direito* daquela que se applica ao *respeito dos direitos adquiridos*. A distincão desses dois problemas representa praticamente grande interesse.

---

(50) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 73.

(\*) Na Espanha já existe o divorcio a vínculo.

(51) PILLET & NIBOYET — obra citada, ps. 11 e segts.

Isso não implica, porém, numa separação, num objeto distinto do conflito das leis para a nossa disciplina, ou que se trate de dois problemas autônomos. A verdade está clara e ambos se enquadram no domínio da colisão das leis no espaço, cuja solução nos pôde ser dada pela aplicação de uma ou outra lei, como acontece igualmente, segundo aguda observação dos ESPINOLA, a problemas semelhantes no caso de conflito das leis no tempo, no campo do direito intertemporal.

40. A doutrina de PILLET foi também apoiada por CLOVIS e RODRÍGO OCTAVIO e tem sido a geralmente adotada em nossas escolas, sendo muitas vezes seguida pelos tribunais brasileiros. E MACHADO VILLELA, o grande internacionalista português, também lhe deu acolhida. Vale a pena transcrever os argumentos alinhados por êste autor: “Começando pela esfera de ação do direito internacional privado, parece-nos evidente que, admitindo-se a existência independente dêste direito e atribuindo-se-lhe como objeto o problema dos conflitos de leis, seu objeto deve ser também o problema dos direitos dos estrangeiros quando considerados como simples particulares. Uma consideração muito simples nos revela decisivamente essa evidência. As regras de conflito determinam a lei competente para regular o exercício dos direitos reconhecidos aos estrangeiros; ora é manifesto que, se é de direito internacional privado a regra que determina a lei competente para regular o exercício de um



determinado direito — o direito de contratar, por exemplo — também deve ser de direito internacional privado a regra de direito que manda conceder ao estrangeiro o direito de contratar, pois é certo que não podem considerar-se fundamentalmente diferentes o direito *reconhecido* e o direito *exercido*. De duas uma: — ou não ha direito internacional privado, ou se o ha e abrange o problema dos conflitos de leis, abran-ge fatalmente também o problema da condição dos es-trangeiros. O contrário daria o claro absurdo de in-tegrar em ramos de direitos diferentes o preceito que reconhece aos estrangeiros determinados direitos e o preceito que manda regular os mesmos direitos por cer-tas e determinadas leis. Deve, com efeito, considerar-se matéria elementar, em ciência jurídica; que entram no mesmo sistema de regras de direitos o preceito que reconhece um poder jurídico e o que *disciplina o seu exercício*.” (52).

41. São, à primeira vista, impressionantes êsses argumentos. Nem rigor lógico lhes falta. Mas é preciso distinguir e a fórmula geral poderia ser esta:

A todos os indivíduos, nos equivalentes modos de ser de sua personalidade jurídica, deve ser igualmente concedido, afirmado e garantido em um meio jurídico o gozo e o exercício dos direitos civis.

Assentado, pois, preliminarmente, como verdade científica que, em um centro jurídico, o gozo dos di-

---

(52) MACHADO VILLELA — obra citada, v. 1.º, ps. 9 e 10.

reitos civis deve ser permitido aos membros de qualquer outra soberania, apresenta-se naturalmente o grande problema do direito internacional privado — Qual a soberania competente para o reconhecimento desses direitos, atendidas as questões de interesse público, de segurança nacional, etc.?

O princípio predominante, na solução deste problema, será sempre o da lei pessoal, isto é, a legislação do meio jurídico de que é membro o agente, ao passo que, no exame dos diversos modos de ser da personalidade do estrangeiro, previamente levado a efeito, o princípio dominante a que temos de nos ater é justamente o da lei territorial onde o agente vai exercer o direito, tendo em vista os interesses da sociedade, a segurança nacional, a ordem pública, etc..

São dois princípios inteiramente diferentes, de fundamentos antagônicos — a personalidade e a territorialidade — e que não podem, portanto, confundir-se.

42. Mas o que mais nos interessa neste capítulo é a questão dos direitos adquiridos.

Se o problema do estrangeiro oferece essa diversidade de fundamentos, se obedece a princípio dominante contrário ao dos conflitos de leis, de molde a enquadrar-se, por conveniência metodológica, o seu estudo em outra província do direito, mais afim, mais identificada com tal princípio, não ocorre o mesmo com os direitos adquiridos?

A resposta tem de ser negativa, porque se o caso da condição jurídica do estrangeiro permite largos des-

dobramentos, fundados em princípio que não é o dominante da nossa disciplina, exigindo o seu estudo uma esfera de ação mais ampla, para podermos analisá-lo em todos os seus aspectos, o mesmo não se verifica com os direitos adquiridos. Êstes não oferecem caracter autônomo e não passam de um efeito na solução dos conflitos.

Em muitos casos de direito adquirido é a própria colisão de leis que se manifesta e MACHADO VILLELA é o primeiro a reconhecê-lo quando escreve: “A unica doutrina logicamente rigorosa é, pois, a de que a regularidade da aquisição de um direito, cuja origem reveste carater internacional, deve ser apreciada em harmonia com as regras de conflito de leis do Estado, onde é pedido o reconhecimento do mesmo direito” (53).

43. De qualquer modo, não podemos excluir do objeto da disciplina o reconhecimento dos direitos adquiridos no estrangeiro, implícito já na solução dos conflitos de leis.

O problema dos direitos adquiridos se apresenta assim, não como uma parte independente do objeto da disciplina, mas incorporado a êle, incluído nêle, como um aspecto particular seu.

Segundo observa HAROLDO VALLADÃO, êsse problema “não constitue no fundo um problema diverso do conflito de leis; é o mesmo problema considerado no

---

(53) MACHADO VILLELA — obra citada, v. 1, p. 618.

passado, como o fizeram sentir CAVAGLIERI, DIENA, KAHN e BERNARD, êste discípulo de PILLET, e ultimamente VIGNY; é o ponto de vista em que se colocam sempre os autores anglo-americanos” (54).

---

(54) HAROLDO VALLADÃO — “Da competencia da Justiça Federal nas questões de Direito Internacional privado”, p. 29.

## CAPITULO VI

### O PROBLEMA DO CONFLITO DAS LEIS

44. Pelo que nos foi dado observar nos capítulos anteriores, o direito internacional privado, desde a sua formação, não atua de modo direto, definindo as leis que devem reger as relações jurídicas, mas sim indiretamente, determinando, no caso de conflito ou concorrência de leis, qual delas a que deve ser aplicável.

Problema de conflito, colisão ou concorrência de leis, que envolve implicitamente e como consequência lógica a escolha de uma dessas leis, ou problema de aplicação da lei competente, envolvendo prévia e também implicitamente a produção do conflito, colisão ou concorrência de leis, como quer que se manifestem os autores, pois que todos êles se confundem nêsses dois pontos de vista, para chegarem às definições do direito internacional privado, como o “conjunto de normas que teem por objeto resolver os conflitos de leis” ou “determinar a extensão da aplicação das leis estrangeiras”, “a fixação do âmbito da aplicação das leis no espaço”, etc. — podemos concluir que a feição típica de nossa disciplina é mesmo de “superdireito”, como queria ERNESTO ZITELMANN, sem o carater de elabo-

borar princípios de direito positivo a reger relações, mas sim de fixar o princípio de direito público que determina, entre vários princípios de direito positivo, qual o que deve reger a relação.

Problema de direito sôbre a aplicação de determinado direito, portanto, e que muitos autores, conforme já tivemos oportunidade de examinar, pretenderam distender a outras províncias da ciência jurídica, de natureza e essência diversas.

45. Mas problema, cuja importância, cuja natureza particular, está precisamente no fato de poder êle ficar dentro de seus domínios, que são vastíssimos, envolvendo relações jurídicas que afetam duas ou mais legislações.

Seguimos, pois, a opinião daqueles que excluem dêsses domínios todos os problemas não revestidos dêsse carater específico de solucionar conflitos de leis no espaço, por meio de um conjunto de princípios que lhes são próprios e que lhes emprestam a nota característica de disciplina autônoma.

Póde o direito internacional privado pressupor, por exemplo, a solução do problema do estrangeiro. Isso não significa que sejamos obrigados a incluí-lo no nosso estudo. Do ponto de vista de uma sistematização científica, nada ha que o justifique. Não ha razão metodológica que o aconselhe.

Não se poderia mesmo, sem grandes dificuldades, consagrar igual atenção a normas que são heterogêneas entre si — normas de direito material e normas

de direito formal, como notou FEDOZZI, estranho partidário da inclusão do problema do estrangeiro na nossa disciplina, o qual reconhece ainda que “esta caracterização das normas sôbre a condição jurídico-privada dos estrangeiros pôde deixar a impressão de que as normas mesmas não pertencem ao direito internacional privado mas estejam fóra, quase no vestibulo, antes que se penetre no edifício destinado ao direito internacional privado” (56).

Comentando a atitude de FEDOZZI, escrevem judiciosamente os *Espinola*: “Sente o eminente internacionalista italiano a necessidade de justificar a inclusão da condição jurídica dos estrangeiros no direito internacional privado com a alegação de que — se é bem verdade que as normas sôbre a condição jurídico-privadas dos estrangeiros são um pressuposto das normas de conflito, também estas últimas, por sua vez, são necessárias para contemplar o quadro dos direitos subjetivos privados que pertencem aos estrangeiros. Embora seja verdadeira essa apreciação em muito reduzida proporção, cumpre não perder de vista que o fenómeno se produz em relação a todos os departamentos do direito, que se contemplam reciprocamente” (57).

46. E por todas estas circunstâncias se vem acentuando a tendência de voltar à doutrina clássica,

---

(56) PROSPERO FEDOZZI — “Il diritto internazionale privato”, 1935, ps. 4-5.

(57) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 110.

que limitava ao conflito das leis no espaço o objeto do direito internacional privado.

Bem poucos, não temos dúvida, são os que entre nós se inclinam para esta delimitação. Nomes respeitáveis, porém, como os de PONTES DE MIRANDA, os ESPINOLA e HAROLDO VALLADÃO, são o bastante para que nos enfileiremos entre os que não mais duvidam da perfeita especificidade da disciplina, do seu campo de compreensão e do objeto de sua aplicação.

Todos êles partem do princípio de que o meio indicado para se insuflar maior interesse ou maior proveito a uma disciplina não ha de ser a inclusão em sua órbita de problemas de natureza diversa, da qual somente poderia resultar o seu máu conhecimento.

47. O exame dos argumentos apresentados pelos partidários de cada uma das correntes não nos leva, portanto, à conclusão diferente daquela a que chegou ROMERO DEL PRADO, analisando a significação histórica e científica do Congresso de Montevidéu de 1888-1889: “Modernamente nasce e cobra vigoroso impulso a tendência de separar do âmbito do direito internacional privado o estudo da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro, como também o último objeto que lhe assinalava PILLET, para voltar assim à concepção antiga, clássica do mesmo, que inspirou os ilustres congressistas de Montevidéu de 1889” (58).

Entendendo o ilustre internacionalista argentino que a condição jurídica dos estrangeiros consiste em

---

(58) ROMERO DEL PRADO — obra citada, t. I, p. 172.



determinar os direitos de que êstes gozam em cada país e isso resulta unica e exclusivamente da lei dêsse país, de molde a não haver, assim, conflito algum entre duas ou mais legislações, e entendendo mesmo que, pela sua posição em face do problema, não deveria abordar o estudo de tal matéria em seu recente “Tratado de direito internacional privado”, não deixa de ser estranhavel que êle o faça e lhe consagre em sua obra notavel todo um capítulo (59), dentro de critério bem diverso do que fôra seguido por EDUARDO ESPI-NOLA em seus “Elementos”.

48. Também autores ingleses e norte-americanos modernos se conservam fieis à doutrina clássica, avultando os recentes tratados de BAELE e CHESHIRE. Êste último autor tem até rompido com a tradição corrente inglesa, que se contenta em estabelecer as regras de conflito como formuladas pela jurisprudência. Cheshire tudo submete a exame e as suas opiniões por vezes divergem das concepções geralmente aceitas.

Nesta altura, parece-nos oportuno também sustentar, ao contrário do que pensam muitos autores (e entre nós PONTES DE MIRANDA), que os conflitos podem ocorrer não somente entre as leis de paises soberanos e independentes, chamados em tal caso, por alguns, de conflitos internacionais, mas ainda entre leis de estados componentes de um Estado Federal, como os Estados Unidos da América, ou das Repúblicas Soviéticas. Conflitos êstes chamados de inter-provinciais, inter-locaes

---

(59) ROMERO DEL PRADO — obra citada, ps. 311 e sgts.

ou ainda conflitos coloniais, quando êles se produzem num mesmo territorio colonial e implicam na coexistência das leis da metrópole applicaveis aos cidadãos e das do territorio occupado, conquistado ou colonizado, applicaveis aos naturais do mesmo. Citam-se exemplos nos países não cristãos, no ex-imperio otomano, países de protettorado, etc.

Todos êsses conflitos, assim como os que se chamam ainda conflitos de anexão e que surgem quando as leis do país anexante se tornam extensivas ao territorio anexado, apresentam a mesma natureza, pois que se trata nêles de determinar qual é a lei, entre várias, que deve applicar-se ao caso.

São dessa opinião SAVIGNY (60), VON BAR (61), ARMINJON (62), havendo autores como NIBOYET (63) e WEISS (64) que pensam o contrário, por julgarem esta segunda classe de conflitos não passível do contacto de duas soberanias .

E' claro que, se para haver conflito, é preciso estejam frente a frente duas soberanias pelo menos, não poderemos chegar a outro raciocínio senão a êsse de admitir apenas a primeira classe dêles, como matéria ou objeto de nossa disciplina.

Achamos preferível partilhar, a respeito, a opinião do internacionalista argentino CALANDRELLI, que

---

(60) SAVIGNY — “Sistema del Derecho Romano actual”, trad. espanhola, t. VI, par. 344.

(61) VON BAR — “Theorie und praxis”, t. I, p. 125 e sgts.

(62) PIERRE ARMINJON — “Précis” citado, n. 39 e sgts.

(63) NIBOYET — “Manuel” citado, p. 21 e sgts.

(64) ANDRÉ WEISS — “Manuel” citado, p. 14.

assim se expressa: “Não podemos aderir a tal doutrina, cuja transcendência é maior do que a que se pôde advertir na sua aparência, lógica de certo modo, uma vez que o direito positivo em cada país, a legislação interna de cada Estado, seja um expoente da soberania. Na ordem internacional e na esfera do direito privado, as relações que vinculam interesses individuais recebem a proteção do direito, com abstração de fronteiras territoriais e de nacionalidades; e o Estado não intervém nelas como tal, nem ainda como guardião dos interesses de seus nacionais: afirmá-lo importaria confundir a ordem política com a ordem privada e, tratando-se dos vínculos jurídicos que ligam os homens, nada tem a fazer a soberania, a qual, de acôrdo com um conceito equívoco da mesma, alguns Estados pretendem exercer sôbre os seus cidadãos” (65).

Nos Estados Unidos, informa-nos VIGNY (66), quarenta e oito legisladores, sem contar o distrito de Columbia e o territorio do Alaska, fazem a lei diversamente; cada Estado federado guarda ciumentamente a sua autonomia. Se um trem circula do Atlântico ao Pacífico, passa sob a autoridade de dez soberanos, sem ter abandonado o solo nacional. Um cidadão americano muda a miudo de domicílio — e por conseguinte de legislador — sem sair de sua patria. Os confli-

---

(65) ALCIDES CALANDRELLI — “*Questiones de derecho internacional privado*”, t. II, ps. 28-29.

(66) VIGNY — “*Essai sur le droit international privé*”, p. 1.

tos de leis são extremamente frequentes, pois as relações comerciais e familiares são numerosas no interior da federação. Constantemente surge a questão: Qual é a lei competente?

49. Para nós, pois, o problema da concorrência das leis se apresenta com características semelhantes nessas duas classes em que podemos dividir os conflitos: conflitos propriamente internacionais e conflitos interprovinciais, ou interlocais, etc..

No caso de ZITELMANN, um dos mais notáveis internacionalistas da Alemanha, para quem o problema específico do direito internacional privado nasce da coexistência das diversas ordens jurídicas, dentro de um círculo de vigor em que cada uma delas se exerce, acima da vontade dos Estados, os conflitos de leis obedecem a excessivo rigor lógico e daí ser êle também um dos partidários da não mistura dessas duas classes no seu sistema. Segundo os seus próprios críticos, porém, ha em ZITELMANN uma certa falta de senso prático e uma certa insensibilidade aos acontecimentos históricos (67).

50. Não deixa por isso de ter razão PIERRE ARMINJON quando acusa as imperfeições do estudo da disciplina, apesar dos grandes progressos realizados nêstes últimos 30 anos. Imperfeições não só devidas ao carater especial e à complexidade das questões, mas

---

(67) GIOVANNI PACHIONI — “Diritto internazionale privato”, 2.<sup>a</sup> ed., 1935, ps. 56-58.

ao método defeituoso dos autores na sua elaboração, partindo o mais das vezes de uma noção muito geral e muito abstrata: soberania pessoal, soberania territorial, comunidade do direito entre os Estados, cortezia internacional, respeito mutuo das soberanias, manutenção dos direitos adquiridos sob o império de uma lei estrangeira, etc..

O princípio *a priori*, em que muitos autores fundavam a doutrina, se mostrou sempre impotente para fornecer ou justificar uma regra prática. Para Arminjon, a nossa disciplina não é senão o complexo das regras de cada legislação. Regras que, quando as legislações, as jurisdições, as autoridades, regedoras normais de certas coletividades humanas, parecem simultaneamente applicaveis ou competentes, designam qual dentre elas deve fornecer a solução da dificuldade, ou aquela cuja decisão deve ser seguida.

Não é indispensavel, pois, no caso, a existência de uma coletividade constituída em Estado soberano; basta que forme um sistema jurídico. E o que caracteriza êste é a vida de um agrupamento de pessoas, unidas por uma regra jurídica, que organiza os princípios elementares de seu desenvolvimento social e, além disso, as mais das vezes (este carater não é essencial), por jurisdições institucionais e administrativas.

Em seus notaveis estudos sobre o objeto e o método de nossa disciplina, ARMINJON, com efeito, rea-

liza obra de esclarecimento e simplificação, eliminando teorias e afastando princípios que não se relacionam com os fatos (68).

51. Escritores italianos, grandes mestres da matéria como GIULIO DIENA, também limitam a esfera de ação do direito internacional privado, o primeiro ao que êle chama “complexo de normas que determinam, quando se encontrem em conflito ou em concurso leis de diversos Estados relativamente a relações de direito privado, qual dentre elas deve ser aplicada (69), o segundo quando conclue ser manifesta a necessidade de uma norma de direito que resolva o conflito de leis, nascido e desenvolvido na órbita das atividades privadas (70).

52. Conflito de leis no espaço — eis, em síntese, a que se limita o objeto de estudo do direito internacional privado. Essa a tendência que se pôde observar em grandes internacionalistas modernos, prestigiando a doutrina clássica.

---

(68) PIERRE ARMINJON — “Le domaine du droit international privé”, in “Journal de Clouet”, 1922. “L’objet et la méthode du droit international privé”, in “Recueil des cours de l’Académie de droit international”, v. 21, 1928, I, ps. 441-442.

(69) GIULIO DIENA — “Diritto internazionale privato”, 1917, 2.<sup>a</sup> ed., p. 3.

(70) FRANCESCO P. CONTUZZI — “Diritto internazionale” in *Nuovo Digesto Italiano*, v. 4.<sup>o</sup>, 1938, p. 1090.

Resta agora considerar, dentro de nosso método acêrca da extensão do direito internacional privado, qual o seu conteúdo, isto é, quais as matérias a que se aplicam as normas da disciplina, para depois considerar as suas relações com outros ramos do direito, a sua classificação no quadro geral do direito e as suas fontes.

E' o que faremos nos capítulos seguintes.

## CAPITULO VII

### CONTEÚDO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

53. Estabelecido nos capítulos anteriores o verdadeiro objeto de nossa disciplina, cumpre ainda determinar quais as matérias a que podem ser aplicadas as normas de direito internacional privado, qual a espécie de direito que podem elas conter.

Também neste particular não vamos encontrar uniformidade de opiniões entre os tratadistas. Já tivemos oportunidade de examinar as matérias de nacionalidade e condição jurídica dos estrangeiros, que excluimos do campo do direito internacional privado, como estranhas ou como constituindo partes de outros ramos do direito.

Mas independente delas, ha a considerar se cabem dentro do direito internacional privado, além do direito civil internacional e do direito comercial internacional — do direito privado, enfim, cujas normas permitem, para a unanimidade dos autores, a produção de conflitos legislativos no espaço, — problemas de outra natureza, gerados pelo direito marítimo internacional, pelo direito administrativo internacional, pelo



direito trabalhista internacional, pelo direito aereo internacional, pelo direito processual internacional, pelo direito penal internacional, etc..

A verdade é que todos êsses ramos do direito nos colocam em face de problemas que podem ser circunscritos dentro da esfera de ação de nossa disciplina. E essa é bem uma das razões justificativas da inclusão do direito internacional privado no último ano de estudos da maioria dos cursos de direito em todo o mundo.

54. A respeito do direito civil e do direito commercial, como campo próprio a que se aplicam as normas de direito internacional privado, não paira qualquer dúvida entre os autores, que vêem nêles as instituições fornecedoras do maior número de conflitos legislativos.

E basta acompanhar a pessoa através de sua transferência de um país para outro para que logo surjam os problemas de direito internacional privado.

Passa, por exemplo, um francês pelo Brasil com o filho menor, em direção ao Chile. Sabemos que existem medidas de assistência do pai em relação ao filho, direitos e deveres pessoais. E, no caso de aplicá-los, como escolher a lei? E' a lei domiciliar francesa? E' a lei do lugar de residência o Brasil? E outros problemas ainda se apresentam sob êste mesmo aspecto. No que diz respeito aos bens, o menor os possui em vários países. Em alguns, o pai dispõe do usufruto dêsses bens e em outros não goza dêsse benefício.

Variam as faculdades de disposição e administração dos bens de país para país e somos obrigados a seguir tantas e tão diferentes leis ou tudo girará em torno de uma só, a lei do domicílio ou a lei da nacionalidade? A nacionalidade do pai ou a nacionalidade do filho? Mesmo porque podem êles ser de diferente nacionalidade, um francês e outro inglês.

Também no campo do direito internacional privado comercial nos defrontamos com problemas interessantíssimos.

Eis um exemplo bem claro: um italiano, comerciante na Italia, lugar de seu domicílio, compra um imóvel situado no Brasil, realizando o ato aqui. Êsse ato é civil para nós, mas para a lei italiana é comercial. Para sabermos se o ato é civil ou comercial devemos reportar-nos à lei italiana do domicílio do comerciante ou à lei brasileira do lugar da celebração do ato? Estamos em face de um conflito legislativo: duas leis que dispõem de maneira distinta e pretendem ao mesmo tempo qualificar êsse ato.

E assim se sucedem em número avultadíssimo os conflitos a respeito de contratos, de falências, de seguros, de letras de cambio, de retenção de mercadorias, etc.

55. No plano que faz referência ao direito marítimo ou direito da navegação comercial, surgem constantes problemas de conflito ou concorrência de leis. São a miudo os contratos de fretamento, são os naufragios, são as hipotecas navais, as avarias — ins-

tituição típica do direito marítimo — a requererem a determinação da jurisdição competente ou da lei que se deve aplicar, no caso de concorrência simultânea de duas ou mais delas no espaço.

Nessas condições, não temos senão que aplaudir as conclusões da conferência de Havana, fazendo figurar no Código de direito internacional privado para as Repúblicas da América, como matéria de nossa disciplina, o direito mercantil internacional, compreendendo o comércio marítimo e também o aereo.

56. Sobre este último ramo do direito existe já interessante literatura e um simples exemplo ilustra a importância que êle vai tomando. Suponhamos tenha saído de Londres um avião e que no Brasil por intermédio do representante da empresa proprietária do avião, que faz esse trajeto de Londres passando por França, Portugal, Africa do Norte, Brasil, se queira comprar o avião.

O primeiro problema que aparece é o da transferência do avião em vôo. Se êle estivesse aterrçado, não haveria dificuldade. Poderíamos determinar o lugar da situação da coisa. A dificuldade se apresentaria se fosse preciso estabelecer qual a lei a reger a transferência quando o avião em vôo, quando êle constituísse uma coisa “in transitu” no espaço. Poderíamos aplicar os princípios que regem a transferência das coisas em geral? Quais seriam êles? Os que estabelecem a aplicação da lei do lugar da situação da

coisa ou os que julgam necessário a tradição da coisa? Poderia acontecer ainda que, no caso de adotarmos a lei do lugar da situação da coisa, não pudéssemos determinar o país da situação, porque o avião vôa em grande altura ou vôa no espaço livre, em alto mar. Nêste caso, teríamos, então, de seguir a lei do pavilhão da aeronave, que é inglês? E esta solução ainda poderia suscitar dúvidas, porque ao comprador, afinal, não interessava fosse o avião inglês ou russo. Êle queria comprar o avião porque dêle necessitava e lhe agradavam as suas características, a sua potência, a sua capacidade, etc., pouco lhe importando, porém, a sua nacionalidade. Ha ainda os que sustentam que a lei do contrato é a que deveria ser aplicada, que seria, no caso, a brasileira. Teríamos, então, tres leis para reger a transferência do avião.

E não seria difícil imaginar outros problemas decorrentes de atos que podem ter lugar num avião: nascimentos, contratos, casamentos, mortes, crimes, etc.. O caso de um casamento: um par de jovens realiza um passeio num avião norte-americano. Êle é espanhol e ela é italiana. Qual a lei que deve reger tal casamento? A da nacionalidade do que vai ser marido? A da nacionalidade da que vai ser mulher? A da nacionalidade do avião? Ou a do lugar da celebração do ato, ou a do lugar do porto de destino? Quantas leis se nos apresentam? Como escolher a que deve ser aplicada? Só o direito internacional privado é que nos poderá dizê-lo e a êle é que temos de recorrer, por certo.

57. Mas com problemas de outra natureza é ainda possível a produção de conflitos legislativos no espaço. Fala-se, com razão, num direito internacional privado trabalhista. E' o douto professor argentino VICTOR N. ROMERO DEL PRADO, em seu recente "Tra-tado de Derecho Internacional Privado" (71), que nos focaliza êste caso: A empresa A. contrata os serviços de um operário para trabalhar na Cordilheira dos Andes, em um tunel, caminho, ou linha ferroviaria. O operário, quando está perfurando um trilho, sofre um acidente, mas êste vem a produzir-se em jurisdição chilena. Suponhamos, para os efeitos da clareza do exemplo, que no Chile não exista lei que estabeleça a indenização por acidente do trabalho, mas sim na Argentina. Um primeiro problema: pôde êsse operário demandar contra o patrão por acidente de trabalho, quando a lei do contrato (Argentina) o permite, mas a lei do lugar do acidente não? Duas soluções se apresentam: uns dizem que o risco é inerente ao contrato de trabalho, por conseguinte a indenização é devida pelo patrão, a quem cabe a responsabilidade, desde o momento em que foi tratado o serviço, ou seja desde o momento em que nasceu o vínculo contratual. Então, trata-se de alguma coisa inerente — a responsabilidade de indenização por acidente de trabalho — ao contrato celebrado em dado lugar. Onde se celebrou o contrato? Na Argentina. Logo, pôde

---

(71) ROMERO DEL PRADO — obra citada, t. I, ps. 121-122.

o operário demandar contra o patrão na Argentina. Mas outros dizem: que ocorre neste caso? Um quase-delito. Logo temos de aplicar os princípios que regem as obrigações emergentes do quase-delito. Quais são êles? Que as obrigações emergentes de um quase-delito se regem pela lei do lugar em que se produz o fato que gera essa obrigação. Onde se produziu o fato? No Chile. Como pela lei chilena, por exemplo, não está estabelecida essa responsabilidade, o patrão não responde. Eis uma questão importante suscitada por matéria de direito trabalhista.

Não são todos os autores, porém, que incluem esse direito trabalhista dentro da esfera de ação de nossa disciplina, principalmente quando êle toma caracter público. Com esse caracter, que lhe dá sanção supraestatal, — dizem êles — o direito trabalhista ha de pertencer antes ao direito público, ao direito material, substancial, cujo objeto são relações e não leis. O elemento extraterritorial que êle contém, nesse caso, entende Pontes de Miranda (72), não basta para torná-lo lei sobre leis. Continúa direito substancial. Mas a questão é que êle é capaz de produzir conflitos legislativos, e que êstes, para alcançarem uma solução, exigem a aplicação de idênticos princípios, do mesmo critério invocado para os outros conflitos de caracter privado. O mesmo sucede com o direito fiscal internacional.

---

(72) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 48.

58. Este último apaixonou grandemente os juristas, se bem que em 1923, sob os auspícios da Sociedade das Nações, chegasse a comissão encarregada de estudá-lo à conclusão de que seria impossível estabelecer regras de solução geral, fórmulas a serem aceitas por todos os países, sendo mais aconselhável a celebração de tratados bilaterais. Vejamos um exemplo: o imposto de renda que recai sobre rendimentos de residentes no estrangeiro. Grandes empresas comerciais cujos lucros, após cada balanço anual de suas atividades são sujeitos a êsse imposto no Brasil. Mas que acontece com alguma dessas empresas? Tem o seu capital em giro no estrangeiro, na casa matriz situada em Londres. Tais fundos vão aumentar o acervo da casa matriz. E o que vemos é o imposto de renda inglês incidir sobre o mesmo lucro, dando ocasião a uma dupla incidência, a um caso típico de problema de dupla imposição internacional. Podem ainda ocorrer problemas idênticos, em matéria sucessória, com o imposto “causa-mortis”.

Com o surto, porém, que vai tomando no mundo o direito fiscal, não deixa de provocar reflexões a opinião de PONTES DE MIRANDA (73), notando nêsse direito o elemento extraterritorial e o de luta solidária contra a evasão fiscal. Nêste caso, trata-se antes de um direito paralelo ao direito internacional privado, cujo carater muitos autores querem também extender

---

(73) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 50.

ao direito processual internacional, onde se contemplam as questões de competência, de extradição, direito de comparecer em juízo, comissões rogatórias e execução de sentenças estrangeiras.

59. E' de notar que êste direito não é estranho ao Código de direito internacional privado para as Repúblicas da América. E parece mais do que lógico que assim se procedesse, principalmente na parte processual correspondente ao direito civil e comercial, que constitue matéria de nossa disciplina. Isso, como diz CLOVIS BEVILAQUA, "não somente porque constitue o natural complemento dos princípios consagrados pelo direito substantivo, como porque o processo civil e comercial, na opinião de muitos, entra, na qualidade de acessório, na classe do direito privado, participando o direito adjetivo da natureza do substantivo (74).

Da mesma opinião são os ESPINOLA (75) que subscrevem o que dizem autores como FRANTZ DESPAGNET, GIULIO DIENA, FRANCESCO CONTUZZI, ETIENNE BARTIN. O primeiro dêles faz interessante apreciação, depois de expor o seu critério de distinção entre o direito público internacional e o direito internacional privado: "Colocando-nos nêste ponto de vista, é certo — diz êle — que os conflitos de leis de processo fazem parte do direito internacional público, atentado que o próprio processo é, em cada país, uma parte do direito público, como dizendo respeito à organização e

---

(74) CLOVIS — "Principios elementares de direito internacional privado", 1938, 3.<sup>a</sup> ed., p. 121.

(75) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 114.



ao funcionamento de um serviço de Estado que interessa de modo imediato à coletividade inteira”. Entretanto, a sua conclusão é esta: “Mas as regras de processo, em matéria civil ou comercial, são tão necessariamente o complemento das do direito civil e do direito comercial de que elas constituem a realização prática que, até no estudo do direito interno de cada país, não separamos a exposição daquele do direito privado cuja aplicação elas asseguram. Assim fazemos no estudo dos conflitos de leis e, pela mesma consideração de utilidade pública, os conflitos de lei de processo são classificados na esfera do direito internacional privado” (76).

CONTUZZI, outro autor citado pelos ESPINOLA, esclarece que a administração da justiça, fim precípua de cada Estado, na órbita de seu território, é também matéria de discussão e de conflito, cumprindo investigar a solução dos vários quesitos de direito internacional privado, em matéria de jurisdições. Daí a razão de ser do direito processual internacional, incluído na esfera de nossa disciplina, versando sobre os seguintes assuntos: a) jurisdição do poder judiciário de um país em relação aos estrangeiros; b) notificação dos atos judiciais e extrajudiciais, em relação a pessoas residentes ou domiciliadas em país estrangeiro; c) execução dos atos constituídos perante autoridade estrangeira; d) execução das sentenças definitivas pronunciadas por autoridades judiciais estrangeiras; e) execução das sentenças interlocutórias estrangeiras e das medidas

---

(76) FRANTZ DESPAGNET — “Précis de droit international privé”, 1909, 5.<sup>a</sup> ed., p. 19.

de instrução ordenadas por magistrados estrangeiros; f) execução dos atos de jurisdição voluntária realizados em país estrangeiro (77).

O grande internacionalista PASQUALE FIORE (78), entre as quatro partes em que divide a sua obra notável “O Direito internacional privado” reserva toda uma, a terceira, ao direito judiciário internacional.

ANDRÉ WEISS também consagra o quarto livro de seu “Manual de direito internacional privado” (79) às questões de competência, processo e julgamento. No que se refere ao processo êle trata de suas fórmulas, da administração das provas e das comissões rogatórias.

Se poucos são, pois, os autores que excluem o direito processual do campo de ação do direito internacional privado, outro tanto não se pôde dizer do direito penal internacional.

60. Póde-se falar num direito internacional privado penal?

Eis um ponto que divide profundamente os autores. Uns se inclinam pela afirmativa, como os ESPINOLA, VALLADÃO, CONTUZZI, BUSTAMANTE Y SIRVEN, ROMERO DEL PRADO, etc. Outros pela negativa, como PONTES DE MIRANDA, PENNA MARINHO, WEISS, ASSER, JITTA, FIORE, VON BAR, RENAULT, etc.

Mas o assunto é complexo e deve ser tratado em capítulo à parte.

---

(77) FRANCESCO CONTUZZI — obra citada, p. 1102.

(78) PASQUALE FIORE — “Le droit international privé”, trad. francesa, 1907, t. I, p. XXXVI.

(79) ANDRÉ WEISS — obra citada, p. 650.

## CAPITULO VIII

### O DIREITO PENAL INTERNACIONAL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

61. Antes de decidirmos sôbre a inclusão do direito penal na órbita do direito internacional privado, convém precisar certas noções que dizem respeito ao carater dêste.

Ainda não tivemos ensejo de falar sôbre a impropriedade da denominação de nossa disciplina, que tem a seu favor apenas a consagração do uso. Esta será difícil extirpá-la e qualquer tentativa de substituição contribuirá para o aumento da confusão e da incerteza, não tendo até agora vingado nenhuma proposta de nova denominação. A de FIORE (80), por exemplo, “Da autoridade e da aplicação das leis de Estados diferentes segundo os princípios do Direito internacional”, é por demais extensa, se bem que dentro dela não houvesse razão alguma, como êle queria, justificadora da exclusão do direito penal internacional. Ela podia perfeitamente compreendê-lo.

---

(80) PASQUALE FIORE — obra citada, t. I, p. 35.

Mas, deixando de lado essa parte da impropriedade da denominação dada à nossa disciplina, procurando antes situar esta no quadro da enciclopédia jurídica, verificamos desde logo que o objeto imediato do direito internacional privado não é fixar normas para as relações e as situações jurídicas de ordem privada de quem quer que seja. A fixação dessas normas compete a outras disciplinas, que se submetem exclusivamente à órbita das diversas legislações nacionais. Não se trata da aplicação direta de uma lei, mas sim de determinar qual seja, das diversas leis nacionais aplicáveis, a que deva ser aplicada. Matéria puramente atinente à aplicabilidade das leis, à natureza, à extensão de seus efeitos, como diz RODRIGO OCTAVIO (81), fixando o limite da competência legislativa e, em parte, também da competência judiciária de cada Estado em face dos outros, para usarmos a expressão de DIENA. (82).

Como é sabido, toda essa matéria pertence, sem a menor contestação, ao domínio do direito público.

62. Não procede, assim, a opinião daqueles que, como PONTES DE MIRANDA (83), sustentam não poder o direito internacional privado compreender o penal internacional, por isso que, no direito penal internacional, “estão em jogo interesses eminentemente sociais — todo êle é ligado à jurisdição e toda função repressiva é de direito público”.

---

(81) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 192.

(82) GIULIO DIENA — obra citada, v. II, p. 4.

(83) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, ps. 37-38.

Está aí, demonstrada em poucas palavras, a inabilidade do argumento da incorporação de nossa disciplina ao direito privado, por isso que, em seu aspecto prático, visa êle reger casos de ordem privada, referentes ao estado e capacidade das pessoas, aos contratos, às sucessões, etc. Não se compreende como possam espíritos do porte de CLOVIS, DESPAGNET, ETIENNE BARTIN, ASSER, JITTA e do moderno PONTES excluir do campo de nossa disciplina, imediatamente e em princípio, os conflitos internacionais de leis em matéria de direito penal, sob a presunção de que êstes obedecem, em princípio, a regras diferentes e que se manifestam na esfera do direito público.

63. BARTIN, por exemplo, que se estriba na noção de soberania, que para êle é o fundamento de todo sistema de conflitos internacionais de leis ou de jurisdições, entende que essa noção não é a mesma em direito penal e em direito privado, achando que naquele vai muito mais longe e que nêsse ponto é que está a diferença nítida entre o direito internacional privado e o direito penal internacional. Entretanto, termina reconhecendo que a separação profunda acentuada por êle gera, em não poucos casos, graves dificuldades (84).

Como comentam os ESPINOLA (85), BARTIN, depois de observar que, entre os puros delitos de direito penal e os que simplesmente comportam consequências

---

(84) ETIENNE BARTIN — obra citada, v. 1.º, ps. 36 e sgts.

(85) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 101.

civis, ha um número consideravel de delitos de caracter mixto, acaba declarando que a separação em tais casos leva a complicações sérias, porque as regras de conflito não são as mesmas, no que toca aos interesses privados da vítima do delito e no que diz respeito à repressão penal.

64. O criminalista francês DONNEDIEU DE VABRES segue as mesmas pegadas, movido mais pela natural tendência de prestigiar os estudos em que se especializou, e entende que o direito penal internacional “não póde ser enquistado na órbita do direito internacional privado sem acarretar grave erro de metodologia, condenado por eminentes internacionalistas modernos” (86). Diz êle que a ciência do direito penal internacional, cujas origens são tão antigas, adquire um sentido de atualidade e goza de verdadeiro rejuvenescimento, atraindo número consideravel de investigadores. As facilidades crescentes das comunicações, o progresso do automobilismo, da aviação, dos meios de transporte em geral, puseram à disposição dos malfeitores uma infinidade de recursos que lhes permite atravessar imediatamente as fronteiras e escapar à ação das polícias nacionais. Por outra parte, os bandidos internacionais vão multiplicando e internacionalizando o crime, principalmente com a perpetração dos delitos “sociais”: tráfico de brancas, pirataria,

---

(86) DONNEDIEU DE VABRES — “Les principes modernes du Droit pénal international”, 1928, ps. 1 e sgts. — “Droit pénal international”, 1922, p. 6.

ruptura de cabos submarinos, fabricação e emissão de moeda falsa, etc. O direito penal internacional adquire assim as credenciais de um novo ramo jurídico, regulando as relações do Estado com os indivíduos, a respeito dos quais tem por objeto delimitar a intervenção de seus tribunais, a aplicação de suas leis e o efeito de suas sentenças. Não somente os delitos de caráter público cabem dentro dêles. Além dêsses e da instituição da extradição, o mencionado autor inclui na esfera de ação do direito penal internacional as questões de soluções de conflitos de leis penais e todos os demais problemas dessa natureza.

Seria, na verdade, emprestar a êsse direito uma amplitude que êle ainda não alcançou: a de formar um dos capítulos do direito das gentes, como já se sugere para a nossa disciplina.

Até aqui, colocado o problema em seus justos limites, não vemos razão para tal separação. Separatistas e inclusionistas partem da mesma base, para chegar a conclusões diferentes.

65. A norma de direito internacional privado, como bem caracterizou o professor argentino ROMERO DEL PRADO (87), é indicativa de leis, isto é, tem como fim assinalar qual deve ser aplicada quando coexistem ou concorrem duas ou mais. Isto é o que interessa para considerá-la como tal, independentemente de sua natureza, que pôde ser de direito público ou de direito privado, envolver noções diferentes de soberania. Lo-

---

(87) ROMERO DEL PRADO — obra citada, t. I, p. 39.

go, a que indique ou determine qual é a jurisdição competente e qual a lei a aplicar-se em presença de um fato delituoso, que pôde afetar a dois ou mais Estados, será indiscutivelmente norma de direito internacional privado.

66. O tratadista espanhol FERNANDEZ PRIDA esclarece ainda o assunto, expressando-se assim: “Ao compreender-se no direito internacional privado as matérias civis ou comerciais, quando são objeto de uma competência entre legislações diversas, observa-se que não ha uma só regra, um só princípio que estabeleça diferenças entre umas e outras, naquele aspecto em que as regula o direito internacional privado. Ao passar daquelas a estas, parece que não se sente o trânsito, que as suas diferenças se apagam e que a nossa ciência só as vê naquele aspecto em que se apresentam em comum. E isto é porque, para estudá-las, pouco importa ao direito internacional privado a sua natureza essencial: basta que a respeito delas se suscite uma competência legislativa entre Estados distintos e por esta competência, e só por esta competência, sejam elas estudadas, prescindindo por completo de serem umas civis e comerciais outras.

Pois bem; quando se passa para as competências suscitadas em matéria penal, ocorre exatamente o mesmo: idêntico problema, isto é, averiguar a lei que deve ser aplicada no caso discutido; idêntico critério para resolver as questões, isto é, determinar para cada relação jurídica a regra de direito mais conforme com a



sua natureza própria e essencial; idênticos princípios, portanto, e alusão idêntica, enfim, à competência que, recaindo sobre uma matéria própria do direito interior do Estado, significa a sua transformação em assunto pertencente à vida ou ordem internacionais. Se as relações civis e mercantis entram no direito internacional privado, não por serem mercantis ou civis, mas pela competência que suscitam, as relações penais e processuais entrarão igualmente, pois que não são elas estudadas porque estabeleçam penas ou regulamentem o processo, mas porque a pluralidade das legislações provoca a respeito delas uma competência internacional” (88).

67. Cabe aqui notar que esse fenômeno da competência não se verifica em face da condição jurídica do estrangeiro e da nacionalidade, matérias essas em que não se admite, como bem notam os ESPINOLA, outra legislação que não seja a do próprio Estado em que o problema se apresenta. E tal é justamente a razão por que não podem estas matérias constituir objeto próprio de nossa disciplina, como querem muitos autores.

Em relação às leis penais, escrevem com grande discernimento os ESPINOLA que, “qualquer que seja o fundamento do direito de punir e quer se considerem, na repressão, os aspectos do interesse privado ou os pressupostos da utilidade pública e da segurança co-

---

(88) FERNANDEZ PRIDA — “Estudios de Derecho internacional privado”, p. 225.

letiva, podem surgir conflitos, que se solucionem com o reconhecimento de ser aplicável a lei estrangeira. O fato de se suscitar o conflito entre leis civis e comerciais, isto é, entre leis de direito privado, não traz a consequência de ser, também, de direito privado a norma de aplicação que resolva tal conflito, e que se apresente com caráter diverso, como direito público, apenas a norma de aplicação que solucione o conflito de leis de direito público” (89).

68. BUSTAMANTE Y SIRVEN, o notável internacionalista cubano, observa que desde os primeiros estatutários italianos até o século XIX a tradição científica uniu os conflitos civis e os penais, nas obras doutrinárias e nos comentários práticos. O que se tem de resolver, no caso penal, segundo êle, é se o delinquente é atingido pela competência legislativa do Estado, ou se o seu delito se submete à competência legislativa preferente de outro Estado, o que lhe parece — “un problema evidente de derecho internacional privado” (90).

69. Talvez seja conveniente figurar alguns casos em que estejam em jogo duas ou mais leis penais e em que o juiz de um país aplique uma lei penal estrangeira. Pareceria impossível isso, em face da territorialidade da jurisdição e da lei penal, mas a questão é que estamos a miudo na presença de tais conflitos.

---

(89) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 103.

(90) BUSTAMANTE Y SIRVEN — “Derecho internacional privado”, 1937, v. 1.º, p. 57.

Suponhamos se encontre uma pessoa do lado da fronteira boliviana e outra, um brasileiro, em frente, do lado da fronteira brasileira. Êste último dispara a sua arma e mata aquela pessoa que se encontrava em território boliviano. Separa ambos os países uma linha fronteiriça. O tiro partiu do Brasil e a vítima caiu onde se encontrava, em território boliviano. Qual é o juiz competente, o do lugar de onde partiu o tiro ou o do lugar em que caiu a vítima? E, neste caso, qual seria a lei penal a aplicar-se?

Outro exemplo nos é fornecido pela Câmara Criminal de Buenos Aires, a qual estabeleceu haver bigamia no caso em que o casamento se celebre na Argentina e seja obtido o divórcio em Montevideu ou outro lugar, procurando um dos cônjuges volver a contrair nupcias no estrangeiro. A bigamia é um delito instantâneo, o segundo casamento se realizou no Uruguai onde foi bem dissolvido o casamento por divórcio, já que êste era permitido pela lei uruguaia e, por conseguinte, em virtude do princípio da territorialidade, a celebração do segundo matrimonio não importaria no cometimento do delito de bigamia. Mas para a referida Câmara a bigamia existia, por aplicação do art. 1.º do Código penal argentino e art. 6.º do Tratado de Direito Penal Internacional subscrito em 1889. Deu-se assim competência ao juiz argentino, considerando-se existente a bigamia e aplicando-se, então, a lei penal argentina.

Admitamos a hipótese de que a bordo de um avião que sai do Rio de Janeiro para a Argentina se

comete um crime. O avião deve aterrissar no primeiro aeródromo, que é Assunção do Paraguai. Quando o comandante do avião percebe o ferimento de um passageiro está já sobre território paraguaio e não sabe ou não pôde determinar quando foi cometido o crime, isto é, qual foi o país sobrevoado em que se realizou o fato delituoso. Que solução se dá? Segundo o art. 15 do Segundo Congresso de Montevideú, celebrado em 1940, o juiz competente será o do primeiro país em que deve aterrissar o avião, ou seja o juiz paraguaio, no caso. E' feita a denúncia do crime pelo piloto ou comandante do avião à autoridade paraguaia. E, então, que lei aplicará o juiz paraguaio? O referido art. 15 estabelece: "Os delitos cometidos a bordo de aeronaves que se encontrem em vôo sobre um estado estrangeiro cairão sob a jurisdição dêste último se a aeronave fizer nêle a sua primeira aterrissagem. Em caso contrário, a jurisdição será do estado em cujo território se efetuar dita primeira aterrissagem, aplicando-se a legislação do Estado subjacente; e quando não fosse possível determinar sobre que território se cometeu o delito, regerà a lei do pavilhão. Será obrigatorio para o piloto de uma aeronave em vôo, a quem seja denunciada a prática de um delito, aterrissar no primeiro aeródromo conhecido e dar conta à respectiva autoridade". Nessas condições, a lei a aplicar-se seria a do pavilhão da aeronave que, para clareza da hipótese admitida, era uruguaio. Apresenta-se assim o caso de um juiz paraguaio aplicando uma lei penal uruguaia.

70. Diante de tais casos, não podemos ter dúvidas em distender o campo do direito internacional privado, de molde a compreender qualquer espécie de conflito de leis no espaço. Nêsse particular, tem razão VAREILLES-SOMMIÈRES quando se expressa assim: “Sur l'écu deux et trois fois écartelé de la science du droit, le droit international privé n'a pas ses armoires particulières, mais il broche sur le tout. Pour employer après la langue du blason, la langue familière, le droit international privé est un pot-pourri, qui contient des éléments de toutes les parties du droit. Pour parler tout simplement la langue juridique, le droit international privé n'est pas une branche speciale du droit; c'est le droit tout entier envisagé d'un certain point de vue, appliqué à un groupe d'individus” (91).

71. Os conflitos das leis penais fazem parte de nossa disciplina, a qual não visa apenas certas relações jurídicas, mas todas elas, pelo menos todas aquelas a respeito das quais mais de uma lei possa ser aplicada, constituindo-se, segundo Fernandez Prida, em uma modalidade suscetível de se dar em qualquer questão jurídica e que não se dá em nenhuma, necessariamente.

Poderíamos prosseguir na citação de autores que sustentam terem também cabimento dentro do âmbito do direito internacional privado os problemas do efeito extraterritorial das leis penais.

---

(91) VAREILLES-SOMMIÈRES — “La synthese du droit international privé”, v. 1.º, ps XXXIV-XXXV.

O Código panamericano, vigorante entre 15 nações do continente, se pronunciou por essa inclusão e, portanto, consagrou o princípio incorporativo na América.

Os separatistas como PENNA MARINHO e PONTES DE MIRANDA não puderam esconder o fato, vaticinando-lhe, porém, uma hegemonia efêmera.

Essa hegemonia, contudo, continúa a reunir prosélitos e em suas fileiras se inscrevem nomes como os de ESPINOLA, RODRIGO OCTAVIO, HAROLDO VALLADÃO, para ficarmos entre alguns internacionalistas brasileiros.

## CAPITULO IX

### A UNIFORMIDADE LEGISLATIVA E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

72. Acreditar na uniformidade das leis de direito privado interno seria acreditar na morte do direito internacional privado. Este deixaria de realizar o seu objetivo mediato, na invocação extranacional de regras jurídicas. Por serem iguais, as leis não seriam chamadas a reger fóra do Estado de origem, extraterritorialmente, como sucede atualmente. Não haveria conflito de legislação, nem regras a aplicar sobre o direito que entrasse ou saísse das fronteiras.

Seria naturalmente de desejar que existisse essa uniformidade consagradora, na prática, do princípio de SAVIGNY da comunhão universal do direito. Mas não podemos pensar, por maior que seja a sedução da ideia, num ajustamento, num sincronismo das diversas instituições de direito privado interno, com feição interestatal, não compreendendo cada Estado de per si ou os seus jurisdicionados como titulares de direitos que lhes pudessem ser próprios, a não ser como participantes da vida internacional, como elementos inseparáveis do todo universal. E' uma utopia pensar-se num

direito privado da sociedade universal dos indivíduos. E' um direito êsse que ainda carece de sentido, na sinergia dos esforços humanos.

73. Partindo dêsse princípio, pois, não partilhámos da confiança de muitos que ainda acreditam na eficácia de projetos de códigos internacionais, espíritos dotados de boa vontade, inegavelmente, mas a quem falta a noção exata das peculiaridades, das diversidades irremovíveis de hábitos e costumes que tornam cada povo ou cada Estado ajoujado ao seu direito próprio como Gulliver aos cordeis de Liliput.

No jogo das relações interestatais pouco teem influido, é bem de ver, êsses congressos e associações uniformistas de jurisconsultos de que temos notícia na história do direito internacional privado.

Nós, aqui na América, temos primado na realização de tais conferências e reuniões e a realidade manda confessar que teem sido muito reduzidos os resultados obtidos, em favor de uma uniformidade de leis.

As nossas maiores figuras de juristas, que teem participado dêsses congressos e conferências, não ocul-taram nunca as dificuldades e a impraticabilidade da ideia uniformista, apesar de se reconhecer serem hoje bem menores as diferenças entre as diversas legislações do que antigamente. Os estudos de direito comparado, as facilidades de relações entre indivíduos de Estados diversos, a atenuação da côr local e dos grandes contrastes humanos contribuíram muito para isso.



Tudo, porém, que se tem feito, na elaboração de certas leis modernas, está longe de apagar os autênticos contornos nacionais de cada Estado e as suas componentes radicais que lhes integram a realidade.

EDUARDO ESPINOLA, por exemplo, que já participou de vários congressos e que é hoje uma das maiores figuras de nosso direito, não esconde as circunstâncias diversas, as manifestações da vida real, que se opõem formalmente a qualquer projeto de comunhão universal das leis: “a grande diversidade dos sistemas legislativos é, a despeito de todas as lucubrações filosóficas e de todas as aspirações universalistas, um fato que, pelo menos tendo em conta os nossos meios atuais de previsão, persistirá por longos séculos, se é que algum dia poderá desaparecer, em virtude de um convênio celebrado por todos os membros da “Magna civitas”, mediante a formação de um Estado Universal, ou a constituição de uma Assembléia Internacional que se destine a legislar para o mundo inteiro” (92).

Diz êle ainda que não são tão grandes as dificuldades quando se trata da uniformidade legislativa no domínio dos interesses económicos, civis e comerciais, fazendo alusão ao projeto de lei uniforme sôbre as obrigações em geral e sôbre o contrato de compra e venda, organizado pelas comissões francesa de LARNAUDE, CAPITANT, RIPERT e outros e italiana de SCALOJA, BUZZATI e outros, numa tentativa de unificação do direito das obrigações dos povos latinos. “Ainda, as-

---

(92) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 30.

sim — conclue êle —, nada faz crer na possibilidade, mais ou menos remota, da uniformidade completa das leis de todos os países, destinados à regulamentação das relações económicas civis e comerciais” (93).

74. Isso, portanto, é quanto basta para caracterizar a diferença existente entre a legislação uniforme e a nossa disciplina, de vez que não póde em absoluto aquela ser objeto desta. E’ também quanto basta para nos indicar que dois são os caminhos que nos levam à solução dos conflitos de leis — ou adotamos as regras de direito internacional privado; ou estabelecemos a uniformidade legislativa.

Nos próprios congressos foi êsse assunto debatido e ficou bem nítida a separação, não sendo admissível que, numa codificação do direito internacional privado, fossem introduzidas regras uniformes de direito material, não obstante tivesse sempre preocupado os congressistas a ideia unificadora das leis civis e comerciais, mormente nas conferências panamericanas.

Essa preocupação foi, com efeito, objeto de várias conferências e numa delas, realizada em Montevideú, em dezembro de 1933, se chegou a aprovar a seguinte moção: — “emitir voto convidando as nações americanas a empreender um estudo comparado do Código civil do Brasil com os seus respectivos Códigos Civis, para o efeito de, na próxima Conferência Internacional Americana, se acharem em condições de

---

(93) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 31.

enviar êsses trabalhos a uma comissão de juristas, que emprenda a obra do Código Civil Americano único”.

A experiência tem obstado a realização dêsse ideal, que já vem desde o século passado aqui na América, desde o congresso de Montevidéu em 1888, que era de direito internacional privado, ou que pelo menos apresentava êsse rótulo, e se propunha estabelecer, como seu objeto imediato, a uniformização das leis civis e, como objeto secundário, a regra destinada a resolver os conflitos resultantes da diversidade. Não deixava de haver aí certa confusão e parece absurdo que um congresso internacional de tal natureza se ocupasse, em primeiro lugar, da uniformidade das regras de direito material, colocando em segundo plano a discussão de normas comuns de direito internacional privado, que viessem dirimir os conflitos provocados pela diversidade das leis emanadas dos diferentes países. Eram problemas bem diferentes e que de modo algum sugeriam a possibilidade de se incluir na esfera do direito internacional privado qualquer uniformização de leis civis e comerciais. Feita, porém, a declaração, na sessão inaugural, pelo ministro do exterior da Argentina, de que o pensamento predominante, quanto aos fins da reunião, seria obter regras uniformes de direito material, determinando a gradativa supressão dos conflitos, apressou-se o ministro do Uruguai a manifestar-se em sentido contrário, fazendo ver que o fim visado não era obter a uniformidade, mas acordar nas regras destinadas à solução dos conflitos, apesar de no convite dirigido às nações ame-

ricanas falar-se no dever dos governos de pugnar por realizar dentro do possível a unidade entre as diversas legislações que dão origem ao conflito de leis, estabelecendo em todo caso a lei única internacional destinada a dirimí-lo.

A atitude do Congresso de Montevidéu, se veio espalhar certa confusão, a princípio, não foi de molde a aconselhar a inclusão do problema da uniformidade das leis no âmbito de nossa disciplina, não obstante fosse êsse o pensamento de alguns de seus delegados.

75. Êstes, contudo, não deixavam de sofrer a influência de uma ideia em voga e que tinha em J. JITTA, notavel tratadista neerlandês, o seu grande teórico, para quem o direito internacional privado se apresentava como assegurado da aplicação harmônica do direito privado na humanidade, apesar da diversidade de fontes e da multiplicidade de jurisdições.

Equacionando o problema, JITTA via, de um lado, os tradicionalistas a continuar os trabalhos dos antigos, partindo da diversidade das leis como de um fato que se póde lamentar, mas que não se poderia fazer desaparecer, sem mudar a face do mundo, e enxertando nessa diversidade um certo número de regras universais destinadas a resolver os conflitos, no sentido de indicar, para toda a humanidade, a lei applicavel a cada relação jurídica. “Apoiam-se êles — escrevia JITTA — nos obstáculos que dificultam a realização do programa da uniformidade e muito especialmente na necessidade de concessões que os legisladores deveriam

outorgar, sacrificando para isso o sentimento nacional e o direito histórico, baseado nos costumes locais, nas originalidades de raça, hábitos e nos climas, e frequentemente também nas instituições políticas” (94). Do outro lado, êle, por sua vez, via apóstolos dotados das mesmas convicções, entendendo que a sociedade jurídica universal, aniquiladora das distâncias e das fronteiras por meio do vapor e da eletricidade, unindo todos os homens pelo comércio quotidiano, exigia leis uniformes para reger as relações jurídicas dos indivíduos e leis publicadas em termos claros, de maneira a serem conhecidas não só dos juizes e juristas, mas igualmente dos indivíduos interessados, os quais não podem conhecer todas as leis da terra. “Fazer idêntica a convicção jurídica das nações é para êles o verdadeiro fim do direito internacional privado — escrevia ainda JITTA. Como modelos práticos, os partidários da uniformidade propõem regulamentos circunstanciados, nos quais se determine de modo completo o direito privado que deva reger, na sociedade internacional, uma instituição jurídica determinada, como a avaria comum, a letra de cambio. Querem que êsses regulamentos passem a ser direito positivo de todos os Estados, sem se deterem na solução dos conflitos que possam resultar das instituições aludidas”.

**76.** Os uniformistas, porém, tomaram tais rumos e se entusiasmaram de tal modo que, indo além do

---

(94) J. JITTA — “Metodo de derecho internacional privado”, trad. espanhola de Fernandez Prida, ps. 16 e sgts.

razoavel, abandonando o método individual, o próprio JITTA descreu dêles, colocando-se êle como partidário dos dois métodos: o individual e o universal. O primeiro tem aplicação quando os Estados não teem uma convicção comum e o segundo quando “uma convicção jurídica comum dos Estados logra alcançar forma positiva universal”. Vê-se logo, pelo próprio enunciado de JITTA, que o segundo método não passa ainda de verdadeiro sonho, tendo razão o prof. HAROLDO VALLADÃO quando nos informa, em estudo publicado na Revista Juridica, do Rio de Janeiro (vol. 1.º, pags. 268 e segts.), que a doutrina de JITTA não encontrou o apoio dos tratadistas, a não ser do prof. VICO em 1928, época em que pronunciou uma conferência para sustentar que são tres os processos para resolver os conflitos resultantes da diversidade legislativa: a jurisdição única, a uniformidade das regras de conflito e a legislação uniforme. Êste é para êle o processo mais perfeito, sem aquele carater de mera gilhotina de conflitos que attribuia JITTA aos outros dois processos, ou ao segundo dêles. O internacionalista patricio Sr. RODRIGO OCTAVIO, em carta aberta dirigida ao prof. VICO, entende que “legislação uniforme e direito internacional privado não são coisas que possam andar juntas, pois correspondem a dois sistemas positivamente antagônicos: cumpre escolher um dêles, porquanto um exclui o outro”. A sua exposição é clara e merece ser transcrita: “Quando as relações jurídicas possam cair sob a incidência de duas ou mais leis de países diferentes, ha dois meios para

solucioná-las: ou estabelecendo as regras de determinação de competência legislativa ou jurisdicional (e o conjunto dessas regras é que constitue o denominado direito internacional privado); ou procurando uniformizar as leis dos diferentes países, sistema que não pôde ser de direito internacional privado, porque suprimindo êste, com a uniformidade das leis, a possibilidade de conflitos entre elas torna sem objeto o direito internacional privado. Dentro de um país onde vigora a unidade do direito internacional privado, como na Argentina, no Brasil, não podem intercorrer questões subordinadas ao direito internacional privado senão quando a relação jurídica ou a situação individual possam incidir sob a autoridade de uma lei estrangeira; assim, pois, para que possa existir a disciplina jurídica que se denomina direito internacional privado, é indispensavel que exista diversidade de legislações. Com a uniformidade de leis nos diversos países se fará desaparecer o direito internacional privado. Não me parece, pois, que possa ser um dos meios de solução do direito internacional privado um sistema que o extingue, que o faz desnecessário e de aplicação impossível” (95).

77. ILMAR PENNA MARINHO também é de opinião que o direito internacional privado não se propõe, como direito uniforme, a regular relações de direito privado, pois êle já as encontra regulamentadas pelo

---

(95) RODRIGO OCTAVIO — “Carta abierta al prof. Vico”, Boletim da International Law Association, 2.<sup>a</sup> série, ps. 114 e sgts.

direito interno de cada Estado e o seu objetivo está em harmonizar soberanias que tendem a se encontrar, quando êsse direito interno é aplicado fóra dos limites territoriais. “O direito uniforme — diz êle ainda — derroga sempre a razão de ser do direito internacional privado, porque invalida a situação do conflito das leis, sem a qual o referido direito internacional privado não pôde existir nem ser invocado” (96).

78. Os ESPINOLA são bastante explícitos na matéria, não admitindo em absoluto possa o direito uniforme constituir objeto de nossa disciplina, objeto principal ou fim último, como queriam JITTA e VICO. Isto significa desnaturar o direito internacional privado, não sendo possível admitir como regras de uma disciplina jurídica medidas de ordem política, filosófica, sociológica ou ainda jurídica, que se destinem, precisamente, a fazer desaparecer o objeto principal dessa disciplina. “A uniformidade do direito internacional privado — escrevem êles —, a despeito das enormes dificuldades que a prática tem demonstrado, poderá, talvez, ser obtida algum dia, e essas regras uniformes serão as regras do direito internacional privado. Já em parte se tem conseguido algum resultado, como o atesta, principalmente, o Código Bustamante. Mas a uniformidade do direito material, do direito regulador das relações privadas nos diferentes Estados (questão

---

(96) ILMAR PENNA MARINHO — “Direito comparado, direito internacional privado, direito uniforme”, 1938, p. 378.



que, segundo todas as previsões de nosso tempo, se afigura meramente utópica), se algum dia se realizasse, tornaria inútil o direito internacional privado, por falta de objeto próprio. E' absurdo admitir que o objeto secundário ou acessório de uma disciplina seja conseguir que o seu objeto principal desapareça" (97).

Nessas condições, não podemos de modo algum incluir a uniformidade legislativa como parte, elemento ou fim principal de nossa disciplina.

---

(97) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 48.

## CAPITULO X

### O DIREITO COMPARADO E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

79. Problema dos mais controvertidos é o que nos oferece o direito comparado em relação à nossa disciplina. Começam as divergências logo quando procuram os autores estabelecer a função dêsse novo direito, o seu papel preponderante, que muitos querem ver extendido à unificação do direito privado ou do direito público.

Existem várias concepções sobre tal função, afim de determinar as relações do direito comparado com o direito internacional privado e vamos reportar-nos a algumas delas.

Podemos começar com a opinião radical de BUSTAMANTE Y SIRVEN, que se apoia em DEMANGEAT. Para êle, “a diversidade do direito que vigora nas diferentes nações deu motivo a uma ciência que se conhece pelo nome de legislação comparada e que para alguns constitue fonte principalíssima do direito internacional privado. Ha, sem embargo, uma diferença essencial entre ambos os estudos, posta em relevo por DEMANGEAT, com clareza insuperavel. O conhecimento abs-

trato do direito internacional privado, diz êle, é independente do das legislações positivas. Um advogado que não conheça lei alguma estrangeira terá possibilidade de dominar a ciência do direito internacional privado; não poderá decidir um pleito sôbre outras legislações, mas estará em condições de resolver qual das leis nacionais controvertidas deve ser aplicada. E, pelo contrário, um homem que apenas conhecesse as legislações positivas, estaria impossibilitado de resolver as questões originadas pela sua concorrência” (98).

80. Para KOHLER, já o direito comparado é um produto das ciências jurídicas modernas, que transpõe o domínio dos direitos locais e se coloca em face do direito mundial, do direito de todos os povos. Cada jurista, conservando ainda o sentimento de sua nacionalidade própria, sente-se ao mesmo tempo cidadão da humanidade e percebe, em sua alma, as pulsações comuns a todos os povos. Somente a época contemporânea pôde conduzir o referido direito à sua madureza, porque só ela pôde irradiar a compreensão de que o direito nacional e o direito universal não são antinomias irreductíveis, devendo ambos, ao contrário, prestar a sua colaboração ao desenvolvimento do progresso geral da humanidade. Transportando-se ao estudo do direito comparado, KOHLER observa que seu método deriva naturalmente de um preceito fundamental: considerar cada direito nacional como membro adequado da

---

(98) BUSTAMANTE y SIRVEN — “Tratado” citado, t. I, ps. 59 e sgt.

civilização e examinar o seu papel em relação ao desenvolvimento da humanidade. Daí os dois fins do direito comparado: o científico e o prático. Sobre este último, êle nos diz que, não sendo o jurista somente um investigador do direito mas um verdadeiro político do direito, as suas experiências podem ser aproveitadas no sentido de fazer progredir a ciência jurídica. Particularmente o que se dedica ao estudo do direito comparado se vê forçado a referir-se ao direito estrangeiro e indicar, por aquele, os modos mais convenientes de desenvolver ou fazer aproveitar o próprio. Essa política do direito também possui suas leis, indicando-nos finalmente as regras a observar na recepção do direito estrangeiro, de molde a manter, tanto quanto possível, a harmonia nas relações internacionais, ainda que com sacrifício de certas particularidades legislativas de cada sistema jurídico. Só assim serão atendidos os interesses gerais da nações, postos em conflito (99).

81. Se não chegamos de todo à unificação das legislações na concepção de KOHLER, a análise comparativa do jurista FRANCISCO CONSENTINE nos conduz à seguinte fórmula: comparar unificando e unificar reformando. E' a reforma de todo o direito que almeja o seu método. Êle mesmo o confessa: "O que me convenceu da necessidade de uma comparação integral foi a aplicação do novo método que esgotei

---

(99) JOSEF KOHLER — Apud. Romero del Prado, "Tratado" cit., t. I, ps. 238 e sgts.

em direito comparado. Experimentei a necessidade desta comparação integral em toda a minha obra comparativa e sobretudo no meu código civil pan-americano que é a síntese de todos os meus esforços. Considerei sempre um grave erro o de MONTESQUIEU que, no seu “Espírito das leis”, imagina deverem estas ser absolutamente o reflexo de seu meio social, diferir de um país para outro como duas folhas a respeito das quais não é possível nunca encontrar duas idênticas. A história da legislação e o direito comparado nos ensinam justamente o contrário. O direito tende à universalidade. Os detalhes podem variar de um país para outro, mas os grandes princípios, as grandes correntes do pensamento jurídico tendem sempre a infiltrar-se nos meios sociais mais divergentes e às vezes mais opostos. O triunfo da universalidade é o grande papel reservado ao direito comparado. Mas se este quer alcançar o seu fim, não deve limitar-se à comparação de um número reduzido de legislações que se consideram como típicas ou as mais importantes, mas estender a análise comparativa a todas as legislações do mundo” (100).

82. Não podemos saber que regimes políticos surgirão no mundo de amanhã. Nem haverá quem o saiba, no sentido de poder predizer a unificação do direito em fórmula de uma lei única e obrigatoriamente

---

(100) FRANCISCO CONSENTINE — “La science du droit comparé et l’Américan Common Law”, B. M. da Soc. de Legislação comparada, jul.-dez., 1932, p. 309 e sgts.

universal, não obstante se possa antecipar que fóra das exigências da justiça distributiva e social, da ordem jurídica, enfim, não haverá meio de se manter qualquer governo que pretenda realizar o seu destino, alcançando para os povos o mínimo de prosperidade.

Depois de condenada à morte, a ordem jurídica começa a renascer das cinzas dos totalitarismos e novas perspectivas se lhe descortinam numa sociedade que tenha o amor da justiça como a que se espera para breve, depois do imenso sofrimento por que vem passando o mundo moderno.

Como quer que seja, é lícito acreditar desde logo na utilidade do direito comparado, mesmo sem lhe atribuir a potencialidade reformadora de COSENTINE, o carater de uma filosofia ou uma ciência, creadoras de uma fórmula jurídica universal equivalente ao direito comum legislativo, de LAMBERT, ou ao direito da humanidade civilizada de SALEILLES.

83. Como observa PONTES DE MIRANDA, em relação à nossa disciplina, “a existencia de muitos “Direitos internacionais privados” suscita o estudo comparativo dêles, assaz util para a técnica legislativa interna, o conhecimento das leis estrangeiras em suas particularidades, os propósitos de aproveitamento das experiências alheias na interpretação das leis, o próprio esclarecimento da doutrina e da justiça quanto à descoberta de linhas (de “Direito das gentes”) que marquem as competências dos Estados no legislar sobre direito internacional privado, ou de regras que

criem soluções de direito convencional. E' escusado encarecer o valor de tais investigações de direito comparado (“droit comparé”, “comparative law”, “Rechtsvergleichung”), suscetíveis de apontarem, não só semelhança e dessemelhança, como também tendências dos sistemas jurídicos, os seus fins, os seus recursos técnicos, os seus erros e desviações” (101).

84. Esse direito comparado existe, com efeito, e só êle nos fornece os elementos necessários para o estudo comparativo das legislações, cujas características internas se torna preciso determinar, para culminar na classificação dos diferentes tipos legislativos, nas suas analogias e variações, cujo conjunto fórma o sistema do direito positivo vigente.

Nessas condições, é que para CARUSI o direito comparado compreenderia: a) um exame analítico das instituições e dos sistemas de direito por aplicação do método histórico naturalista; b) uma investigação das instituições; c) uma indagação das constantes psicológicas, cuja absoluta imutabilidade é o maior e o mais imponente fato que o estudo do espírito humano apresenta e que constitue o fundo imanente e invariavel das crescentes diversidades e especificações (102).

Como se vê, uma disciplina auxiliar da nossa, que a ela presta grandes serviços e que constitue bem, como diz ANDRÉ WEISS, a história do direito em ação, a

---

(101) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 125.

(102) EVARISTO CARUSI — “Il problema del diritto comparato sotto l'aspetto scientifico, legislativo, coloniale”, 1917.

história viva, apresentando-nos, não só através dos séculos, mas no mesmo minuto, sob fórmulas e latitudes diversas, em estados sociais diferentes e civilizações desigualmente refinadas, a série completa das evoluções e das metamorfoses de que é suscetível uma instituição jurídica; oferecendo o panorama atual; pondo em evidência a lei histórica cuja ação inevitável tais evoluções e metamorfoses sofrem e experimentam. O direito internacional privado se propõe resolver o conflito das leis no espaço, determinar qual seja entre muitas leis emanadas de soberanias independentes uma da outra a aplicável a uma relação jurídica determinada. É um processo que se suscita entre duas ou mais leis que pretendem reger ao mesmo tempo mas de maneira diferente a relação litigiosa. Então, esse processo tem por prólogo necessário o pô-las em presença, a confrontação delas que representam aqui o papel impessoal de litigantes. É necessário que tais leis sejam conhecidas com as particularidades que as distinguem; é necessário que as suas divergências se revelem. E essa é a função da legislação comparada, para WEISS (103).

Assinalando as causas e as ocasiões de possíveis conflitos, ela precisa, delimita o domínio do direito internacional privado; permite a experiência das teorias às vezes tão delicadas e tão subtis que ele fez nascer; dá-lhe elementos de aplicação.

---

(103) ANDRÉ WEISS — Apud. Romero del Prado, obra citada, t. I, ps. 272-273.



85. Nesse particular, não é possível esquecer a polémica sustentada no Primeiro Congresso de Direito comparado realizado em 1900 em Paris entre FRANTZ KAHN e LAINÉ.

KAHN como que queria subordinar a nossa disciplina ao método do direito comparado, sob a ideia de que ela tinha de recorrer imprescindivelmente a êste para se formar e alcançar o seu desenvolvimento e de que os juizes de um país, quando tinham de interpretar uma regra de direito internacional privado, ditada pelo legislador dêsse mesmo país, não podiam abster-se de compará-la com as correspondentes das legislações estrangeiras.

A réplica de LAINÉ consistiu em caracterizar a obra do jurisconsulto, do legislador e do juiz, para destacar a necessidade do direito comparado ou a sua dispensa, expressando-se do seguinte modo: “Admitido de uma parte que muitas leis, por causa de certas circunstâncias, teem algum título para serem applicadas à mesma relação ou ponto de direito e, de outra parte, que tais leis são diferentes, um problema se apresenta: como não podem estas leis todas simultaneamente reger essa relação ou ponto de direito, torna-se necessária uma escolha. Mas, para fazê-la, não importa essencialmente se saiba de maneira concreta em que differem as leis de que se trata. Importa mais se procure qual seja de todas a mais justa, a melhor. O que é necessário é descobrir os motivos que, independentemente do detalhe de seu conteúdo e de seu mérito res-

pectivo, podem determinar a preferência de uma sobre as outras. E estes motivos variarão segundo o objeto, o fim e a natureza das leis em questão. Examinar-se-á, por exemplo, no que concerne ao estado das pessoas e relações de família, se as diferentes regras que regem a matéria, com o propósito de proteger os indivíduos e por consequência a ordem social, são ditas em virtude de considerações referentes à nacionalidade, ao domicílio, ao lugar da celebração dos atos, ou a outra coisa. Far-se-á o mesmo com respeito aos bens; pôde ser que se estime dependa a sua condição do lugar da situação. Quanto aos atos jurídicos que interessam ao patrimônio, distinguir-se-á o relativo à capacidade das partes, de suas vontades, da fórmula. Logo, descendo a análises mais subtis, interrogar-se-á se as sucessões se vinculam ao estado ou capacidade das pessoas, à condição dos bens, ou a alguma outra matéria; se o regime matrimonial está em correlação estreita e necessária com o casamento ou pertence à autonomia dos cônjuges, etc. E, segundo as leis de um mesmo grupo com tal ou qual caráter, regular-se-á o conflito seguindo tal ou qual ideia. Assim se procederá, mas não pelo direito comparado..." (104). Não quer isso dizer, no entanto, que o jurista deva permanecer completamente divorciado do direito comparado. Este poderá ser-lhe muito útil, mas não absolutamente indispensável, como queria KAHN.

---

(104) ARMAND LAINÉ — Apud. Romero del Prado, obra citada, t. I, ps. 266-267.

86. Para os ESPINOLA, essa utilidade se manifesta em relação ao direito material comparado, havendo ainda para êles um direito internacional privado comparado que tem a virtude de elucidar, até certo ponto, os moveis a que atende o legislador, quando determina, em dados casos, a aplicação de uma determinada legislação estrangeira (105).

87. Para LEVY ULLMANN, o direito comparado alivia a tarefa de nossa disciplina, diminuindo o número de conflitos legislativos principalmente na esfera do direito comercial, do direito das obrigações e contratos como também no da propriedade imóvel submetida universalmente à lei da situação. Procurando essa unidade legislativa, o direito comparado permite sejam concentrados maiores esforços sôbre os conflitos subsistentes em outras matérias de direito privado. Além de outras razões que sustenta e que atribuem ao direito comparado uma função auxiliar, ULLMANN entende que êsse direito modera o excesso de espírito sistemático. Trouxe êle, na verdade, ao jurista de direito internacional privado os documentos que êste ignoraria se o seu espírito não transpusesse as fronteiras pátrias, mostrando-lhe que existe, no conjunto dos países civilizados, um esforço análogo ao que êle abordava, que existem, ao lado dêle, outros trabalhando no mesmo sentido e que talvez já tenham descoberto soluções preferíveis aquelas a que estava atribuindo

---

(105) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 64.

êxito inédito e pessoal. Torna-se assim o direito comparado para o especialista do direito internacional privado uma saudavel escola de prudência (106).

88. PENNA MARINHO, internacionalista patricio, se refere às tres distinções assinaladas por ULLMANN e escreve a respeito da única que lhe parece aceitavel: “A primeira é que o direito internacional privado estuda as legislações no estado de conflitos; o direito comparado as considera somente como paralelas. O direito internacional privado trata, como diziam os autores antigos, “de collisione legum”, regulando a colisão e o choque das leis; o direito comparado cuida “de diversitate legum”, da diversidade das leis, que é um ponto de vista diferente” (107).

89. ROMERO DEL PRADO, admitindo que o fim principal do direito comparado fosse a uniformidade, lembra que êle, nesse caso, apresentaria com a nossa disciplina êste ponto de contacto: ambos chegariam a solucionar os conflitos de leis, mas por caminhos diferentes e nisto se diferenciariam. O primeiro os faria desaparecer mediante a uniformidade das leis e o outro também lograria o mesmo, mas mediante a harmonia na variedade, isto é, mediante a uniformidade das normas substantivas ou de fundo, respeitando por conseguinte essa variedade legislativa. Não é o mesmo

---

(106) LEVY ULLMANN — apud. Romero del Prado, obra citada, t. I, ps. 276 e sgts.

(107) PENNA MARINHO — apud. Romero del Prado, obra citada, t. I, p. 280.

estabelecer que em todos os países a capacidade se adquirirá aos vinte um anos de idade, e dispor que em todos êles a capacidade se regerá pela lei de domicílio, por exemplo. No primeiro caso conseguir-se-á a uniformidade das regras de fundo, e no segundo a das regras de solução ou de direito internacional privado, mas por ambos os processos o conflito desaparecerá (108).

A verdade, porém, é que a segunda solução tem sido até aqui a mais viável, a menos utópica, a mais efetiva.

Afinal, não podemos, por outro lado, negar a contribuição do direito comparado na criação de um direito internacional privado mundial, como lembra ELEMÉR BALOGH, a respeito de várias convenções sobre diversas questões de direito internacional privado, como as de Haya, Genebra — sobre a letra de cambio, a de Havana de 1938, etc. (109).

---

(108) ROMERO DEL PRADO — obra citada, t. I, ps. 290-291.

(109) ELEMÉR BALOGH — “Droit comparé et droit international privé”, in “Recueil des cours de l’Académie de droit international”, 1936, vol. 57, ps. 579 e sgts.

## CAPITULO XI

### O DIREITO INTERTEMPORAL E O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

90. São várias as distinções a fazer entre o direito internacional privado e o chamado direito intertemporal, também conhecido por direito transitório, que trata do conflito das leis no tempo.

Pertencem ambos ao domínio que ERNST ZITTELMANN denomina “superdireito”, isto é, direito que assenta em leis já existentes, supondo já certas situações de direito substancial, que precedem à pesquisa da lei apropriada, e que decide quanto à aplicação dessas regras de direito substancial.

Versa, porém, sobre objeto diferente o direito intertemporal. O problema principal que êle tem em vista é o da retroatividade das leis. Estas não são imutaveis e sofrem a influência das realidades e das coisas sociais na sua evolução, ficando sujeitas à revogação ou à derrogação, desaparecendo ou modificando-se aqueles dos seus dispositivos que deixem de preencher as necessidades para cujo fim foram criados. Uma lei não pôde ser estática como também não o pôde a sociedade. Uma lei adaptada às condi-

ções de ontem e inadequada para hoje. As leis não servem como uma espécie de coletes justos para a sociedade. Elas antes registram os estágios do crescimento ou desenvolvimento de uma sociedade. Podem ir mais longe do que o mero registro e, se baseadas numa verdadeira interpretação do desenvolvimento social, podem acelerar o crescimento que conduzirá à sua própria obliteração, de maneira rápida.

Mister se faz, pois, que novas leis estejam sempre sendo elaboradas e que estas leis só possam imperar no momento em que se tornem obrigatórias, com a consequente cessação das leis anteriores. E assim ha atos praticados dentro destas leis que é preciso reconhecer, quanto à validade e à eficiência.

91. Atuam, porém, sobre as relações jurídicas, em muitos casos, fatos assaz complexos, originando-se alguns do direito anterior e apresentando-se outros quando já em pleno vigor a nova lei. Como dizem os ESPINOLA (110), póde ainda ocorrer que alguns efeitos importantes das relações jurídicas anteriormente constituídas só se façam sentir quando já estejam revogadas as disposições legais, a que obedeceu a sua formação.

A qual das duas normas devem, então, submeter-se aquelas relações jurídicas complexas, que acima figuram?

---

(110) ESPINOLA — obra citada, v. VII, p. 22.

Eis o problema dos “limites de tempo ao império das regras de direito”, constituindo objeto da teoria da retroatividade das leis.

Existe o conflito de leis, mas de leis emanadas da mesma soberania. O conflito se dá apenas no tempo.

Logo ressalta que as aproximações do direito intertemporal com a nossa disciplina se limitam a uma questão de conflitos de leis.

92. Mas enquanto aquele se exerce sôbre conflitos de leis no tempo, a nossa disciplina o faz sôbre conflitos no espaço, gerados por duas ou mais leis contemporaneamente em vigor, emanadas estas o mais das vezes de soberanias diferentes.

O direito intertemporal supõe, como todo direito interno, a delimitação internacional das competências. Como os outros ramos da legislação estatal, observa PONTES DE MIRANDA, exerce-se dentro de um *branco* (111).

O conflito de leis no espaço resulta do fato de ter cada Estado o seu direito próprio, porquanto, como diz FILOMUSI-GUELFÍ (112), a fórmula atual do direito positivo pressupõe a organização de um povo em Estado. No Estado são compreendidos o elemento pessoal, que é o povo, e o elemento material, que é o território.

---

(111) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 11.

(112) FILOMUSI-GUELFÍ — “Enciclopedia giuridica”, 1910, 6.<sup>a</sup> ed., p. 23.



As leis emanadas do Estado devem, em princípio, aplicar-se em todo o seu território, mas também, em princípio, se destinam a reger as relações jurídicas em que é interessado o seu povo. E essa atividade jurídica de seus cidadãos se desenvolve muitas vezes fóra do território que lhes é próprio.

E vamos, então, observar no espaço uma tripla competência — territorial, pessoal, e de estrutura ou de serviços públicos. Uma suscetível de penetrar no território dos outros Estados, a pessoal; as outras duas, como bem diz PONTES DE MIRANDA, raramente insinuativas (funções notariais e judiciárias de cônsules, navios de guerra e mercantes, etc.) (113).

Dessa fórmula, atos praticados em um território e dêle emanados se destinam muitas vezes a produzir efeitos em outro território.

Acontece, porém, que as leis mudam de Estado para Estado e daí o conflito espacial e a necessidade de se determinar, como escreve Anzilotti, qual, dentre os vários sistemas legislativos, a que se liga uma relação jurídica, em atenção às pessoas ou ao território, é competente para regular essa relação. Resolver o problema é estabelecer os limites de espaço ao império das regras de direito (114).

Eis, pois, o objeto do direito internacional privado que, bem como o direito intertemporal, pressupõe

---

(113) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 11.

(114) ANZILOTTI — "Corso di lezioni di diritto internazionale", 1919, p. 3.

já a existência de regras de direito civil e direito comercial, etc., com que não se pôde confundir.

93. O direito civil e o direito comercial são substanciais, são direitos-leis, ao passo que o direito internacional privado e o direito intertemporal não geram propriamente direitos e obrigações. Só regulam as linhas, as extremidades, no espaço ou no tempo, das leis. São direito sôbre as leis. Regras que se aplicam a regras e não a relações, segundo a distinção de PONTES. Não determinam direitos e obrigações, mas o império espacial ou temporal das leis em contacto (coexistentes ou sucessivas).

Como ainda observa o mesmo internacionalista, só mediatamente, quanto às relações regidas pelas regras cujo alcance o direito internacional delimita, é que se pôde dizer *privado*. O objeto das regras de direito são relações ou fatos, ao passo que as regras de direito intertemporal e internacional privado são precisamente as regras de direito.

Mas podemos dizer, sem errar, que a nossa disciplina compreende o direito civil e o direito comercial, divisão que subsiste no corpo do direito privado, mas que, segundo o mesmo PONTES, não se justifica *a fortiori* no domínio internacional, onde só o direito marítimo e o direito aeronáutico apresentam traços verdadeiramente próprios (115).

---

(115) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 30.

94. Autores ha que cogitam, separadamente, do direito civil internacional e do direito comercial internacional. Mas essa cisão exagerada, que póde ter a sua comodidade didática, não póde nem deve abrir brechas reais na disciplina.

Em capítulo anterior, porém, já expusemos o nosso ponto de vista a respeito, quando abordámos o conteúdo das normas de direito internacional privado.

95. Foi SAVIGNY, o célebre romanista, quem primeiro procurou estabelecer a identidade dos conflitos de leis no espaço e dos conflitos de lei no tempo, que, para êle nascem de um nexu íntimo de princípios (116).

Por influxo de tão respeitavel autoridade, difundiu-se depois o conceito de direito adquirido que, para ser completo, precisava considerar não apenas o tempo em que a aquisição se deu, mas também o seu lugar. Daí a opinião de muitos, considerando o problema um só, com uma única solução cabivel. Chegou-se até a formular o seguinte princípio baseado nessa identidade: em todo caso em que, no direito intertemporal, se deve aplicar a lei antiga, cumpre correspondentemente, no direito internacional privado, aplicar a lei estrangeira. E uma espécie de corolário também se estabeleceu: no caso em que o interesse social impõe a aplicação exclusiva da lei nova, faz-se mister aplicar a lei territorial.

---

(116) SAVIGNY — apud. Espinola — obra citada, v. VII, p. 450.

96. FERDINAND LASSALLE, em 1861, foi um dos que sustentou que, estabelecendo-se os princípios que regulam a eficácia retroativa das leis, se estabelecem ao mesmo tempo os que devem regular a colisão entre leis de lugares diversos, porque — dizia êle — é de todo indiferente que a vontade se submeta a uma lei nova no tempo ou a uma lei nova no espaço (117).

A respeito da lei nova se observa que ela representa, pelo menos no pensamento do legislador, um progresso sôbre o passado, um desenvolvimento ulterior de determinado conceito jurídico em sentido mais conforme à justiça, sendo assim natural que o legislador procure estender a esfera do seu império o mais possível, ao passo que, em direito internacional privado, não se verifica um interesse social de reduzir a um tipo único de legislação — as pessoas, coisas e relações, porquanto as leis em conflito se encontram num estado de recíproca independência (118).

97. Outra observação cabe ainda: no caso de uma lei nova, é certo que se verifica um conflito com a lei antiga, mas por emanarem ambas do mesmo legislador. Êste póde determinar, em certas circunstâncias e condições, as consequências dos atos anteriormente constituídos; no caso de aplicação da lei estrangeira, se esta é admitida para regular a espécie, cum-

---

(117) FERDINAND LASSALE — apud. ESPINOLA, obra citada, v. VII, p. 451.

(118) FEDOZZI — idem, idem, p. 452.

pre aplicá-la sem modificações introduzidas pelo legislador local (119).

Somos, pois, dos que acreditam que os dois sistemas, o direito internacional privado e o direito intertemporal, em seu conjunto, apresentam antes uma correspondência formal e exterior do que uma identidade substancial, como queria SAVIGNY.

FEDOZZI não admite essa analogia genérica e informa que somente em casos particulares e em relação a certas normas será possível estabelecer a equivalência de duas posições jurídicas específicas no tempo e no espaço (120).

98. Póde haver uma conexão dos dois problemas, mas puramente exterior, pois a aplicação da lei nova de direito intertemporal se apresenta com características bem diversas das da lei estrangeira de direito internacional privado. FEDOZZI esclarece bem que, no caso de uma lei nova, o legislador procura estender a sua esfera de ação o mais possível, quando em direito internacional privado tal não se dá, conforme vimos ha pouco.

Estas considerações nos permitem concluir — juntamente com os ESPINOLA — que as normas adotadas para a solução dos conflitos espaciais e temporais de leis são diversos e há, portanto, inconveniência na aplicação por analogia de uma norma de direito in-

---

(119) C. F. GABBA — “Teoria della retroattività delle leggi”, 1891, v. 1.º, p. 139.

(120) FEDOZZI — obra citada, p. 124.

tertemporal a um conflito de direito internacional privado, muito embora tenham os tribunais, com ou sem restrições, admitido essa analogia (121).

Podem os dois problemas apresentar o mesmo caráter, que é aquele de que falámos atrás, o de super-direito, direito que se destina a regular o direito e que envolve regras sôbre a aplicação de outras normas, normas estas que são de direito substancial ou material.

Mas com êsse mesmo caráter existem outros direitos e nem por isso a nossa disciplina se confunde com êles. Vários super-direitos ou outros direitos que lhe são limítrofes.

Nada disso influe na sua autonomia, nem lhe diminue a importância transcendente, pois que só ela é que pôde regular a partilha na aplicabilidade das leis nacionais e estrangeiras, em sua atuação no espaço.

Direito que recai justamente sôbre essas leis, repousando em situações de direito material e decidindo quanto à aplicação de regras dêste direito.

99. A nossa disciplina dá-nos conta, pois, dos *efeitos* privados da nacionalidade, da capacidade dos estrangeiros. Mas unicamente dos *efeitos* e com o propósito que lhe é exclusivo e único, como o caracteriza PONTES DE MIRANDA, de descobrir no espaço qual a lei que preside ao nascimento, à vida e aos efeitos internacionais dos direitos privados (122).

---

(121) ESPINOLA — obra citada, v. VII, 452.

(122) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 32.

Podemos, portanto, distinguir bem que, em relação ao tempo, como elemento de delimitação da eficácia das leis, se referem as normas sobre publicação, obrigatoriedade, revogação e derrogação das leis, da mesma sorte que as de direito intertemporal, sendo que estas, pela complexidade das situações e pelos conflitos normativos que suscitam, tem sido consideradas particularmente pelos tratadistas.

Ao espaço, ou à dimensão geográfica, delimitando a esfera de aplicação das regras de direito material, dizem respeito as leis ou normas de direito internacional privado.

## CAPITULO XII

### POSIÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

100. Como situar o direito internacional privado no quadro geral das ciências jurídicas?

Trata-se de “direito público” ou de “direito privado”?

Eis um problema que se nos afigura ainda não solucionado e que preocupa e apaixona os tratadistas, dividindo-os em vários grupos.

O problema envolve sondagens profundas, vai até à natureza, aos caracteres intrínsecos da disciplina, ao seu fundamento — parte que nos abstermos de desenvolver aqui, por considerá-la mesmo dispensável no estudo da extensão do direito internacional privado.

Para os que se limitam à análise do seu objeto e do seu fim, dentro de cujo domínio nos é perfeitamente possível determinar a norma de direito internacional privado, talvez não tenha tanta importância a caracterização dos princípios ontológicos formadores da disciplina.

Eximindo-nos de dar-lhes desenvolvimento aqui, não diminuimos com isso a dignidade científica dêsse



importante ramo do direito, que não precisa, a nosso ver, do favor, nem da caridade de parte de qualquer outro ramo a que se pretenda filiá-lo ou de que se queira desmembrá-lo.

Precisamos do direito internacional privado, êle já se nos impôs só por si, articulando-se com a nossa vida, e o mais certo talvez seja mesmo, como já o fez EDUARDO ESPINOLA (123), salientar-lhe a autonomia, o objeto especial, que nada tem de comum com o objeto de qualquer outra disciplina jurídica, e que consiste em indicar às autoridades e aos tribunais qual a norma aplicável, quando dois ou mais sistemas legislativos possam pretender regular determinada relação jurídica.

101. Podemos até atribuir-lhe um valor que transcenda a qualquer ideia de nação ou de uma tese nacionalista.

Podemos ir mais longe ainda, buscando o seu fundamento — o fundamento do efeito extraterritorial da lei — no respeito da pessoa humana, a qual include, por sua vez, em sua essência, dupla função: individual e social.

No plano individual, temos a pessoa como sujeito de direito, sêr racional, responsável pelos seus atos — único sujeito capaz de obrigações e direitos. No plano social, apresenta-se-nos a pessoa humana exigindo alguma coisa da sociedade, da sociedade que não quer

---

(123) EDUARDO ESPINOLA — obra citada, ps. 11 e sgts.

destruir-se por si mesma e que se reveste de certas obrigações para com a pessoa, respeitando o que lhe é essencial, mas também, por sua vez, requerendo dela o seu concurso pessoal, no sentido de ajudar os indivíduos humanos que formam a sociedade a realizar o seu programa de vida. Se, por outro lado, o homem em sociedade continúa sendo uma totalidade metafísica autônoma, com capacidade conciente para realizar um plano próprio e individual, que deve cumprir e a que não pôde renunciar, pois que assim o exige a inclinação mesma de sua natureza, por outro lado, a sociedade supre certas deficiências suas, que não lhe permitem bastar-se por si mesmo em seu desenvolvimento corporal e espiritual, condição necessária para a vida e, portanto, para a realização de seu ideal. E' nesta parte que intervem a sociedade, de que necessita a pessoa humana. Surge ela assim como a união moral dos indivíduos, a tenderem todos para o seu próprio fim e a se unirem para obter um "bem comum", como dizem os escolásticos, que consiste precisamente na ajuda de um ao outro para a obtenção do fim pessoal de cada um. Queremos acentuar com isso que a essência da sociedade é a união moral de pessoas humanas e que a sua finalidade própria é a ajuda de um ao outro de seus membros componentes, facilitando-lhes a consecução do perfeito desenvolvimento da pessoa humana (124).

---

(124) ISMARL QUILES S. I. — "La persona humana", 1942, ps. 200 e sgts.

102. Dentro dêsse conceito de “pessoa”, seja qual fôr o prisma jurídico por que o encaremos, está um conceito de igualdade, no qual se acham equiparados tanto o fraco como o poderoso, tanto o rico como o pobre, assim como a debil personalidade da pessoa singular, como a gigantesca personalidade da pessoa coletiva. Sem êste conceito da igualdade, como nota RADBRUCH (125), seria impossível o direito privado, porque êste é o domínio próprio da justiça comutativa, isto é, o da igual correspondência entre os serviços e as atividades permutadas, e estas só podem ser apreciadas numa relação de equivalência, se os sujeitos que as trocam entre si forem ao mesmo tempo considerados iguais uns aos outros. De onde se conclue que, qualquer que seja a concepção que se tenha do direito, individualista ou social, não se pôde deixar de tomar como ponto de partida êste conceito da dignidade da pessoa humana.

103. Divirjam, pois, os autores em quantas teorias possam existir a respeito da natureza do direito internacional privado, em teorias internacionalistas ou teorias nacionalistas, êsse ponto do que representa o homem, como pessoa humana, único valor real a considerar, não pôde ser esquecido, nem mascarado com disfarces grosseiros como, por ex., o dessas doutrinas totalitarias que fazem do Estado um fim e não um meio, aviltando o direito, deshonrando a vida histórica

---

(125) GUSTAV RADBRUCH — “Filosofia do Direito”, trad. port., 1934, ps. 187-188

e social da humanidade, levando ao último extremo a anulação do homem e a redução da alma da nação a um nihilismo sem significado.

E' o caso, em nosso século, do homem alemão e do homem italiano. Pela agressividade, pela violência do Estado, pela sua ação absorvente, o homem desaparece, com o que é valor do homem. O totalitarismo desconhece a constituição metafísica da pessoa humana, a autonomia em certo grau de que ela goza em sua existência. E o resultado não é outro senão êsse: o totalitarismo organiza a sociedade como se dispusesse de peças totalmente sujeitas a ela. Mas como não é assim na realidade, porquanto essas peças da sociedade, que são os indivíduos humanos, conservam sempre, por sua natureza mesma, a sua própria autonomia, o totalitarismo vai contra a essência da pessoa humana, querendo fazê-la trabalhar de uma fórmula (de total sujeição), para a qual ela não foi feita nem serve (126).

104. A repressão da autonomia da pessoa humana acabará com toda certeza por ceder ante a pressão inevitável de sua natureza e, então, não se deixará de ponderar, em relação ao direito internacional privado, que constitue obrigação jurídica para os Estados reconhecer nos indivíduos sejam de que nacionalidade forem, o gozo daqueles direitos inerentes à personalidade humana de que falámos e relativos à vida, à li-

---

(126) ISMAEL QUILES — obra citada, ps. 214-215.

berdade e aos bens, direitos que, em feliz expressão, **PODESTÁ COSTA** consubstancia como o direito à Justiça e sem o qual não é possível a vida social (127).

105. Do que fica dito não deixa de ter sua razão de ser a teoria que visa encontrar o fundamento de nossa disciplina no direito das gentes, uma vez aceitamos, por ex., a interessante tese de **SPIROPOULOS** de considerar o indivíduo como único destinatário da regra de direito internacional, afirmando ser o sujeito do direito das gentes não mais a abstração *Estado*, mas a realidade *Indivíduo* (128).

Vemos que essa afirmação não ficou isolada e que, segundo **POLITIS**, a partir do século passado nova orientação se fez sentir, colocando o indivíduo como sujeito do direito internacional.

Tão progressista se mostra essa tendência que jurisconsultos como **SCHUCKING** e **WEHBERG**, na Alemanha, **KELSEN** e **VERDROSS**, na Austria, **SALDAÑA**, em Espanha, **BASDEVANT**, **DUGUIT**, **LAPRADELLE** e **SCELLE**, em França, **KRABE**, nos Países Baixos, **MANDELSTAN**, na Russia, **ALVAREZ**, **GARNER** e **RALSTON**, na América, proclamaram já a necessidade de democratizar o direito internacional, colocando os indivíduos como seus sujeitos em primeiro plano. E acrescenta **POLITIS** (129), razões profundas explicam o êxito dessa

---

(127) **PODESTÁ COSTA** — apud. Rodrigo Octavio, obra citada, p. 199.

(128) **SPIROPOULOS** — “Théorie Générale du Droit international”, ps. 192 e sgts.

(129) **N. POLITIS** — “Les nouvelles tendances du Droit international”, ps. 55 e sgts.

tendência. Ela está, com efeito, ligada à evolução dos agrupamentos sociais, à concepção moderna do Estado, ao fundamento e ao fim do direito internacional.

106. Não deixa de ser interessante, a respeito de nossa disciplina, seguir o raciocínio do eminente internacionalista patricio RODRIGO OCTAVIO, adepto da teoria internacionalista, e que vai justamente buscar a natureza jurídica do direito internacional privado no direito das gentes, mas de um direito das gentes em que são sujeitos os Estados. “Para que a uma disciplina se reconheça natureza jurídica — escreve êle —, pretendendo-se que de seus princípios decorram direitos e obrigações, é necessario que se defina a origem de sua força coercitiva, que se lhe assinale a sanção. E a quem corresponde a obrigação de respeitar e fazer respeitar esses princípios? — Ao Estado, por seus diversos órgãos. Logo, êsses são princípios de *direito público*. E, em relação a quem incumbe ao Estado aquelas obrigações? — A um outro Estado, de cuja soberania emanou um dispositivo a que, segundo as normas gerais aceitas pela comunhão internacional, se deve reconhecer um efeito exterritorial. E mais, se o Estado não respeitar tais princípios qual é a sanção? — O desconceito internacional. Logo, trata-se de relações entre Estados e os princípios reguladores delas são de direito internacional” (130).

---

(130) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 203.

107. Para os críticos da doutrina internacionalista, porém, ha que submeter a exame justamente, entre outras, essa questão: se todo conflito de leis implica em conflito de soberanias? Questão essa que supõe logo como corolário mais esta: Existe um conjunto de regras e princípios de efeito internacional, regulando os limites de competência das leis do Estado?

Temos de atentar para o que escreve DAVIES acêrca do assunto: “Talvez que haja limites além dos quais um Estado, em virtude do direito das gentes, não possa estender o império de suas leis e que um Estado, exigindo a aplicação do seu direito interno a cada caso submetido aos seus tribunais, se torne culpado de uma denegação de justiça e se furte assim às suas obrigações internacionais. Todavia, êsses limites não constituem objeto de nenhuma definição precisa e não ha absolutamente casos, de nosso conhecimento, em que um Estado tenha formulado protesto contra outro Estado que tivesse procurado impor as suas leis num domínio reservado ao outro” (131).

Sobre a competência judiciária, tambem se pondera que não existe uma teoria geral e que os fundamentos em que se baseiam os tribunais para o exercí- cio de suas jurisdições variam consideravelmente de país para país.

108. A despeito disso, não esmorecem os inter- nacionalistas. Para êles, o efeito extraterritorial das

---

(131) D. J. DAVIES — “Règles des conflits des lois”, in “Recueil des Cours”, 1937, v. 62, IV, ps. 447-448.

leis não se baseia em qualquer concessão, em qualquer movimento de tolerância, ou mesmo na ação reflexa da reciprocidade, mas sim num elemento mais estavel na vida da sociedade internacional. Está antes numa obrigação das nações, não numa simples faculdade, e ainda quando se queira considerar essa obrigação como puramente moral, é preciso reconhecer que a sua observância fica sob a sanção da diminuição do prestígio do Estado no convívio internacional.

109. Já para MARTIN WOLFF (132), a solução do problema do direito internacional privado é fornecida atualmente, não somente por cada Estado, mas ainda em parte por uma espécie de sociedade superior aos Estados. E nesta altura também é curiosa a observação de FRANKENSTEIN, o grande internacionalista alemão, quando considera a questão de classificar o direito internacional privado, sustentando que êle “não é direito privado, no sentido de que regule, porventura, as relações jurídicas entre particulares. Mas pertence ao direito privado, porque demarca a esfera de domínio, no espaço, dêsse direito privado. Não é direito público, no sentido de que, para seu manejo, sejam chamados outros órgãos além dos juizes regulares; mas pertence ao direito público, de modo semelhante ao processo judiciário civil, que regula por meio de regras de direito público, as controvérsias acêrca das relações privadas” (133).

---

(132) MARTIN WOLFF — apud. Espinola, obra citada, v. VII, p. 514.

(133) FRANKENSTEIN — idem, idem, p. 529.



110. ETIENNE BARTIN, que podemos chamar de nacionalista ferrenho, só concebe o direito internacional privado como uma aplicação do direito positivo interno, em cada país, aos litígios de interesse privado é de caráter internacional que se podem produzir nêsse país. As suas normas teem assim caráter exclusivamente nacional, embora se destinem a resolver litígios de direito privado que teem caráter internacional. Nem por isso deixa êle de reconhecer que tais normas se propõem conciliar, fixando-lhes os respectivos limites, as diferentes soberanias, na sua dupla função legislativa e jurisprudencial de direito privado. Não resta dúvida que essas normas de separação dos domínios respectivos, de repartição de competências, devem ser superiores, por sua autoridade e quanto ao seu fim, a essas soberanias. Mas os meio empregados para obtê-las, segundo êle, são os meios nacionais, procedem da mesma autoridade que produz a lei, cujos limites elas querem estabelecer. BARTIN não deixa de ver assim entre o objeto e os meios dessas normas uma contradição. Mas a razão pura, pondera êle, tem as suas antinomias, como todos sabem, e o que atribuímos à razão pura podemos atribuir também a essa razão prática que é o direito privado (134).

111. Em meio ao arquipélago multi-insular de teorias internacionalistas e nacionalistas (dentro destas cabem, é de notar, teses universalistas e particularistas), de que tratámos superficialmente, pois que o

---

(134) ETIENNE BARTIN — “Príncipes” cit., v. 1.º, ps. 112-113.

nosso objetivo não é analisá-las, talvez fosse mais aconselhável uma teoria mixta e nisto foi que pensou o prof. ANDRÉ WEISS, escrevendo: “Sempre que o conflito verse sôbre um interesse geral é ao direito internacional público que compete resolvê-lo; quando, ao envez, o conflito se circunscreve na esfera dos interesses privados, é ao direito internacional privado que pediremos a solução” (135).

Mas nem assim deixa de ser difícil estabelecer a discriminação de elementos, tantas vezes heterogêneos, de direito internacional ou nacional.

112. Parece que outra solução ainda pôde ser apresentada, em face dêsses argumentos pró e contra uma ou outra teoria. Argumentos que não deixam, de um ou de outro lado, de assentar em circunstâncias quase sempre verdadeiras, mas que também não deixam de reconhecer à disciplina, por suas particularidades, um caráter especial e autônomo.

Ha em nossa disciplina uma filosofia própria que lhe reserva lugar especial na ordem das ciências jurídicas e isto é o mais importante.

Em todas essas teorias e classificações o que se nota é um certo apriorismo, um logicismo por demais rigoroso. Apriorismo e logicismo que já foram eliminados de outros ramos do direito e que não se contentam apenas com distinguir, mas pretendem dividir e separar, adornados apenas da aparência de evidência em que se estribam opiniões menos fundadas.

---

(135) ANDRÉ WEISS — “Manuel” cit., p. XXV.

113. Não resta dúvida que, nêsse terreno opinativo em que se encontram os autores, tendemos mais para o lado dos que fazem assentar a nossa disciplina no direito das gentes e, se quisermos ir além, no respeito da pessoa humana, como sujeito de direitos, em cujo conceito não podemos deixar de ver uma “categoria” necessária e universal da nossa visão jurídica das coisas, conforme tivemos oportunidade de verificar.

## CAPITULO XIII

### FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

114. Onde se encontram as normas de direito internacional privado? De onde procedem elas? Quais são as suas fontes?

Serão apenas a lei escrita e o tratado, pontos de referência que tantas vezes temos abordado neste estudo? Ou existem outras fontes, como a jurisprudência, a doutrina, o costume?

Alguns autores, como, por ex., BUSTAMANTE Y SIRVEN, procuram classificá-las, quanto à função, em *fontes geradoras* (quando nascem imediatamente das regras jurídicas) e *testificativas* (quando contêm ou assinalam com certeza as citadas regras jurídicas, dando delas testemunho).

115. Talvez o mais conveniente seja destacar e analisar o valor ou a importância de cada uma dessas fontes e não procurar deter-nos em classificações.

Começemos, assim, pela *lei escrita*. A lei, por si só — é preciso que se note —, não póde ser fonte de nossa disciplina. A lei, de per si, determina qual o direito substancial aplicavel dentro do Estado à pessoa de seus nacionais, aos bens sitos dentro de seu ter-

ritorio, etc. Uma lei só é de direito internacional privado quando feita dentro dos limites da competência internacional, que nos é fornecida pelo direito das gentes, ou então por acôrdo de dois ou mais Estados que a apliquem. Como observa PONTES DE MIRANDA, “onde a lei consegue ser respeitada por muitos, ou todos os Estados, realiza o propósito internacional e nos dá o tipo da legislação científica, em que o intuito do legislador é mais *descobrir* do que *impor* a solução. Em vez de assentar, como o tratado, em subordinação ao convencionado (*pacta sunt servanda*) tira de si mesma o seu valor” (136).

Mas a verdade é que se encontram incorporadas às legislações de todos os Estados normas de direito internacional privado, sendo essa uma de suas fontes, que dá origem ao método chamado por alguns tratadistas de *legislativo* ou *individual*, em face do outro, do *coletivo* ou *internacional*, gerado pelos tratados. E' essa uma fonte direta ou imediata do direito internacional privado, consubstanciado num certo número de regras que constituem uma parte da legislação nacional do país e possuem, sob êste título, autoridade exclusiva perante os juizes do Estado.

Apesar de haver tantas dessas leis quantos sejam os países, não deixa de ser escassa a fonte direta, em matéria de direito internacional privado. A nota, porém, característica a assinalar, no caso, é de que tais leis pertencem a sistemas nacionais destinados a solu-

---

(136) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 130.

cionar problema de ordem internacional, ou, como queria PILLET, definições locais de regras internacionais, sistemas que variam segundo a letra da lei e segundo o sentido da interpretação. A nota assinalavel, pois, é de que, neste domínio particular do direito internacional privado, succede o mesmo que em todos os outros — direito que varia segundo os países, de molde a se poder falar num sistema francês, num sistema brasileiro, num sistema argentino, de direito internacional privado, etc.

116. Opinam muitos autores por isso não sejam as fontes do direito internacional privado outras e nem possam sê-lo dentro da classificação que enquadra a disciplina como um ramo especial do direito interno de cada Estado, senão certas leis dêsse mesmo direito interno. Entendem assim que a verdadeira fonte do direito internacional privado é a lei nacional.

Essa lei nacional, conforme já vimos, é quase sempre ditada pelo legislador, em virtude de princípios de doutrina, de conveniência política, de soluções jurisprudenciais, sem qualquer obrigação decorrente de fonte estranha. Mas o certo também é que, às vezes, o legislador introduz no sistema legislativo nacional aquilo que foi acordado em *tratados normativos*. E' o que acontece com as 15 repúblicas americanas que adotaram o Código Bustamante, o qual não deixa de ser, por conseguinte, uma fonte indireta de grande importância para a nossa disciplina, não obstante pense diversamente um tratadista como PACHIONI, que escre-

ve: “Ainda nêsse caso (de tratados normativos), cumpre excluir que os tratados, em si, possam ser considerados como fonte de direito privado interno de cada um dos Estados contratantes, ou aderentes. Admitida a categoria dos tratados normativos, devem ser considerados, de qualquer maneira, como fonte de direito internacional público apenas, tendo por destinatarios os Estados, como tais, e por conteúdo — impor-lhes a obrigação de emitir, na legislação interna, leis de conteúdo correspondente. Quando, portanto, se fala de execução dada a tratados dessa natureza no interior de cada um dos Estados contratantes, deixando-se acreditar que os tratados, como tais, podem ser considerados fonte de direito internacional privado dos respectivos Estados contratantes, emprega-se uma linguagem cientificamente incorreta, que leva a desconhecer noções elementares de direito público interno”.

Nessa ordem de considerações, o escritor italiano encerra desta maneira o seu raciocínio: “A conclusão de tratados internacionais é uma atividade de competência do poder executivo nos vários Estados, de onde decorre, seja qual fôr o modo por que se queira pensar acêrca de sua mais precisa base ou natureza, que não poderão jamais, ainda quando se destinem a emitir normas jurídicas, ser considerados como obra de uma atividade legislativa. O tratado obriga, sem dúvida, quer como contrato, quer como tratado normativo, cada um dos Estados contratantes a emitir normas jurídicas; mas a emissão dessas normas jurídicas não pôde ser operada senão com sucessivos e distintos atos

legislativos internos dos mesmos Estados contratantes. Esses sucessivos atos legislativos revestirão o caráter de verdadeiras e próprias leis, de decretos, ou algum outro, o que dependerá do direito público interno vigente em cada um dos mesmos Estados” (137).

Como se vê, para PACCHIONI os tratados ficam dependendo de lei ou ato interpretativo que os mande aplicar internamente. Como quer que seja, parece-nos mais razoável a posição de PONTES DE MIRANDA quando afirma que, uma vez possa a matéria dos tratados ser invocada pelos indivíduos, valem eles o que vale a lei.

Dependam, pois, os tratados de lei ou de ato interpretativo, ou ainda de ato de política, o que não se justificaria seria que “as partes ficassem expostas a esperar o novo ato interpretativo, que talvez chegue tarde ou, talvez, não venha nunca”, ou que a adoção de tribunais supraestatais ou a de novos atos interpretativos pudessem ser coisas presumíveis, ou ainda que a interpretação dos tratados na matéria invocável pelos indivíduos constituísse perigo, ainda o mais leve, para as soberanias (138).

117. Não deixam, contudo, de ter razão aqueles que objetam serem por isso os tratados instrumentos que não oferecem as mesmas garantias da lei, da que é estritamente obrigatória em cada país, pois que muitas vezes as convenções internacionais ficam à mercê do

---

(137) PACCHIONI — “Il diritto civile italiano”, 1935, v. 2.º, p. 134.

(138) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 131.



capricho ou do interesse dos contratantes que podem violá-las ou denunciá-las, se bem que entendam outros, como DESPAGNET, não devam ser temidas essas violações ou denúncias caprichosas. Para o internacionalista francês, os tratados de direito internacional privado divergem dos outros, que podem ser subordinados a interesses políticos ou de outra natureza coletiva, desviadores do seu cumprimento: “Se o tratado relativo a questões de conflitos de leis não satisfaz mais, pedir-se-á a sua modificação e novo acôrdo de estabelecerá simplesmente. Pensamos assim que é, sobretudo, em questões dêsse gênero que o uso dos tratados se compreende e se justifica melhor. Se as relações de direito internacional público repousam, o mais das vezes, sôbre alguns grandes princípios gerais cuja aplicação em cada país depende principalmente de uma aplicação razoavel das circunstâncias, se o costume seguido pôde ordinariamente sofrer ao regulamentá-la. é necessário, ao contrário, que os tribunais e os particulares disponham de regras precisas, nítidas e numerosas para responder à frequência, à complexidade e aos detalhes das relações entre os indivíduos que suscitam questões de direito internacional privado. Demais, ao passo que, nas questões de direito internacional público, os tratados são comumente influenciados pelas circunstâncias de fato e especialmente pela pressão abusiva de um dos contratantes sôbre o outro, acontece quase sempre serem as questões de conflitos de leis apreciadas em si mesmas, em sua natureza jurídica e sob o ponto de vista dos interesses privados, que são os

mesmos de ambas as partes; também são êles muito melhor resolvidos nos tratados seguindo as inspirações mais ou menos bem compreendidas do direito e da equidade. Enfim, se a consagração na lei de cada Estado empresta às regras admitidas a sanção desse Estado, ela não lhe empresta a garantia de uma autoridade internacional, como o fazem os tratados que, tendo o valor de uma lei para cada país contratante e para os seus tribunais, asseguram a reciprocidade no estrangeiro” (139).

118. Cumpre ainda reconhecer, como fonte subsidiária da disciplina, o *costume*, em suas duas fórmulas de manifestação, nacional e internacional. É possível assinalar, no ativo do costume, a adoção de regras de direito internacional privado que hoje em dia são de aplicação geral na comunidade das nações. É o que ocorre com a regra *locus regit actum*, vencedora de todos os obstáculos que se lhe antepuseram, ou com o princípio da *autonomia da vontade* em matéria de convenções, reconhecido por todos e com frequência tal que a prática tende a levá-lo além dos limites que a razão lhe confere.

Para BARTIN, já o costume internacional consiste em regras muito graves, em proposições abstratas, afastadas da realidade e da aplicação prática, de modo que as consequências e o sentido delas são necessariamente fixados pela jurisprudência de cada país, tor-

---

(139) FRANZ DESPAGNET — “Précis de droit international privé”, 4.<sup>a</sup> ed., p. 38 e sgts.

nando-se fonte puramente nacional do direito internacional privado, como a lei, e que os tratados só se tornam fontes dêste direito quando contraem os caracteres da lei, funcionam à semelhança dela e necessariamente, na interpretação, se nacionalizam (140).

Mas PONTES DE MIRANDA comenta judiciosamente essa passagem: “Cremos bem que a jurisprudência possa imprimir ao costume internacional o caracter particularista, que marca a lei positiva escrita. Mas daí a ser fonte *mediata* em oposição ao costume no direito interno, que é fonte imediata, parece que longa distancia vai. Também a lei é suscetível de tal particularismo das jurisprudências e ninguém cogitaria de considerar as interpretações como o dado-fonte e a lei como fonte mediata. Nos Estados federativos, com tribunais autônomos, a situação do texto escrito seria a mesma. Ademais, se a interpretação do costume chega, efetivamente, a ser particularista, uma para cada Estado ou, pelo menos, para um Estado, diferente de todas as outras, — se não ha dois Estados que leiam no costume o mesmo, a questão é a mesma que se faria à lei: respeitou-se, ou não se respeitou, a regra de distribuição de competências? Se não se respeitou, lei e costume são apenas direito nacional, que despoticamente submeteu ao seu império estado e capacidade dos estrangeiros, que se opôs a qualquer extraterritorialidade das leis dos outros Estados e só se reconheceu

---

(140) E. BARTIN — apud. PONTES DE MIRANDA, obra citada, t. I, ps. 131-132.

a si mesmo, — é “direito privado” puro e simples, e nunca “direito internacional privado”. A revolução que decretasse a extinção de todos os direitos não poderia pretender, com tal, ter formulado regras de direito intertemporal, porque seria a privação disto, a carência de qualquer relação das leis no tempo: teria feito taboa rasa onde os novos direitos, sem contacto de leis anteriores e posteriores (porque anteriores não as havia), nasceriam de integral ordem nova. Não é outra coisa que acontece ao direito no espaço, quando o legislador de um Estado não toma conhecimento da interpenetração internacional das leis e pretende regular, fóra, sem atenção à sensibilidade das outras leis competentes, as relações jurídicas. No interior dos limites da competência, a interpretação nacional do *costume* constitue fonte de direito internacional privado, como a própria lei. A unicidade de interpretação valerá tanto quanto a accidental uniformidade das leis de superdireito” (141).

119. Quanto à *jurisprudência* como fonte do direito internacional privado, basta atentar para o grande número de decisões contidas em diversos boletins e revistas, tais como o “Repertoire de Droit International” de LAPRADELLE & NIBOYET, o “Journal de Clunet”, etc. para que nos dispensemos de comentar a sua significação.

Citemos apenas um exemplo expressivo, que confere à jurisprudência papel de creadora de normas de

---

(141) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, ps. 132-133.

direito internacional privado: Em França, defrontamo-nos com a disposição do art. 3.º de seu Código civil, segundo a qual “as leis relativas ao estado e capacidade dos franceses seguem a êstes, ainda que se encontrem em país estrangeiro”, mas não encontramos norma alguma que nos expresse que o estado e a capacidade de um estrangeiro, em dito país, se regem pela sua lei nacional ou que, em matéria de sucessão de bens moveis de um estrangeiro, deve consultar-se a sua lei nacional, etc. E, não obstante a lacuna, assim o resolveu a jurisprudência.

120. Também a *doutrina* representa papel de magna importância como fonte do direito internacional privado. Já tivemos oportunidade de nos referir às doutrinas vertidas em livros, tratados, revistas, manuais, atas de congressos e conferências, etc. A ela estão constantemente recorrendo, seja o legislador, o juiz, o advogado, o professor, ou seja o tratadista, o jurisconsulto.

121. Outras fontes ainda poderiam ser apontadas para a nossa disciplina, como a tradição e o direito romano, mas estas fontes são hoje recebidas com reservas por autores como PILLET (142) e BUSTAMANTE, (143) de modo que sôbre elas não demoraremos a nossa atenção.

---

(142) PILLET — “Principes” citados”, p. 151.

(143) BUSTAMANTE y SIRVEN — obra citada, ps. 62 e sgts.

## CAPITULO XIV

### LIMITAÇÕES DO EFEITO EXTRATERRITORIAL DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

122. Agora, que já vimos até onde pôde chegar a produção de efeitos extraterritoriais das normas de direito internacional privado, os seus limites, as suas relações e as suas diferenciações com outras normas de superdireito, o conjunto particular de fatos e relações da vida real visados por elas, o seu conteúdo, enfim, resta analisar as exceções à aplicabilidade de tais normas, isto é, dos princípios limitativos do efeito extraterritorial do direito internacional privado.

São dois êsses princípios: o da *ordem pública* e o da *autonomia da vontade*. O primeiro sobrepondo-se a grande conjunto de leis, diante das quais não tem eficácia as normas de nossa disciplina. Leis de *ordem pública absoluta* (internacional), como as que se referem à bigamia, à criminalidade, etc. e leis de *ordem pública relativa* (interna), como o estado e a capacidade das pessoas, etc. Distinção essa que nos é dada pelo Código Panamericano, de Havana, e cujo propósito, no sentido de trazer um pouco de luz à matéria tão

controvertida, como seja essa do carater das disposições de ordem pública, só póde ser louvavel. O segundo principio, obedecendo a critério oposto ao da ordem pública, facultando ao interessado subtrair-se à ação das chamadas *leis suppletivas* para manifestar a sua vontade de ter as respectivas relações jurídicas regidas de modo diverso.

Princípios êsses, como se verifica desde logo, limitadores do campo de ação dos conflitos de leis, mas que, por seu turno, sugerem novas oportunidades de discussão, de muitas noções e opiniões divergentes, para, de certo modo, tornarem a nossa disciplina, como já dizia um professor da Faculdade de Paris, “une science de broussailles”, inspirando a quem a cultiva, conforme já observára PILLET (144), citando a BUTLER, humildade em relação a si mesmo e caridade em relação aos outros.

123. Foi ainda o romanista SAVIGNY quem nos fixou em primeira mão, dentro de fórmula analítica, a noção de ordem pública, partindo dos dois grupos de leis a que acima nos referimos e cuja distinção, na verdade, pouco esclarece, para caracterizar o conceito de ordem pública, como obstáculo à aplicação da lei estrangeira e, nessas condições, impeditivo de seu efeito extraterritorial.

124. ETIENNE BARTIN, seguindo as pegadas de SAVIGNY, se ocupou seriamente do problema, para con-

---

(144) A. PILLET — “Principies de droit international privé”, 1903, p. 23.

cluir que a simples distinção entre disposições de ordem pública interna ou relativa e disposições de ordem pública internacional ou absoluta, uma vez admitida a sua exatidão, ainda está longe de satisfazer a solução de numerosas dificuldades levantadas pela noção de ordem pública. “A solução de tais dificuldades — escreve êle — varia de um sistema para outro e a incerteza mais completa reina ainda sôbre elas na doutrina” (145).

BARTIN separou da teoria da ordem pública, por êle concebida, as disposições penais, as disposições policiais, sendo o seu ponto de referência a noção de comunidade jurídica em que repousa, para êle, a nossa disciplina. Assim, quando o juiz de um país recusa excepcionalmente aplicar a certa relação de direito a lei de um país estrangeiro que faz parte da comunidade internacional, porque essa lei, aliás normalmente competente, é contrária à ordem publica de seu país, êle raciocina, sob o ponto de vista jurídico, absolutamente como se raciocinasse ao recusar aplicar a certa relação de direito a lei normalmente competente de país estranho não pertencente à comunidade internacional. Num e noutro caso, com efeito, desconhece êle voluntariamente as disposições de uma lei estrangeira normalmente aplicavel à relação de direito litigioso, porque não deve colaborar na sua aplicação no territorio do Estado em nome do qual pratica a justiça. As

---

(145) ETIENNE BARTIN — “Études de droit international privé”, 1899, p. 190.



disposições dessa lei não merecem beneficiar em tal território as regras ordinárias dos conflitos de leis, porque tais regras se vinculam a uma presunção de comunidade jurídica entre o Estado a que pertence o juiz e o Estado estrangeiro a que pertence a lei normalmente competente, e toda presunção desse gênero é precisamente excluída pelo caráter de tais disposições, na primeira hipótese, e pela origem de tal lei, na segunda. São, em última análise, os limites da aplicação das regras do direito internacional no espaço a que temos de nos apegar (146).

125. PONTES DE MIRANDA, ao julgar o critério de BARTIN, classifica-o de certo, mas insuficiente. Assim se expressa ele: “a falta de semelhança, a discordância grave entre os sistemas de direito, provoca o fenômeno da invocação de ordem pública, porém, não é a comunidade jurídica, no sentido que se adotou, causa da aplicação: a extraterritorialidade não se explicaria, nem histórica, nem teoricamente, pela comunidade dos sistemas; nasceu da diversidade deles e por outros motivos de ordem político-jurídica” (147).

126. Conclue-se disso que a dificuldade está em definir precisa e positivamente o que seja ordem pública, cuja noção comporta muita elasticidade. E a confusão que também existe provém do fato de se englobar sob o nome geral de leis de ordem pública as

---

(146) ETIENNE BARTIN — obra citada, p. 191.

(147) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 274.

leis de direito público e as de natureza privada; mas diz RODRIGO OCTAVIO que, mesmo com o desaparecimento da distinção, não ficaria eliminada a dificuldade, porque, se a noção do que seja direito público é certa e sabida, o conceito de ordem pública é incerto e subordinado à apreciação de diversos critérios. É evidente que o que é de direito público tem a natureza de privilégio de ordem pública; mas nem tudo o que tem natureza de ordem pública é de direito público (148).

O fato é que em cada Estado pôde mudar de conteúdo o conceito de ordem pública e porisso tem razão PONTES DE MIRANDA quando se refere à sua essencial plasticidade. “Quem diz ordem pública refere-se a algum Estado. A cada Estado a sua noção de ordem pública; donde, como êsse conteúdo é mutavel, ter de ser vaga, imprecisa, a noção geral. E’ uma alusão ao poder da *lex fori*. Funciona nas circunstâncias fortuitas de ir aos tribunais de um Estado o negocio regido pela lei do outro. Aos nossos olhos, assaz se explica o procedimento de não-produção: basta que não vejamos nêle negação do direito internacional privado. Tão pouco, uma ameaça. E’ uma espécie de pudor das judicaturas” (149).

Não correspondendo assim o conceito de ordem pública a um valor absoluto no tempo e no espaço, mas sujeito a diferenças ou mutações de país para país e

---

(148) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 147.

(149) PONTES DE MIRANDA — obra citada, t. I, p. 274.

ainda às vezes no mesmo país, impõe-se a observação de GUIDO FUSINATO, citado por RODRIGO OCTAVIO, como uma das que mais elementos de precisão contém: “O Juiz não poderá aplicar o direito estrangeiro quando tal aplicação redunde num resultado que esteja em contraste com o direito público do Estado e com aquelas leis de direito privado que o legislador tenha editado com intuitos que evidentemente visem a moral ou o interesse político, social e econômico, do modo por que o legislador acreditou sabio fazer (150).

Para haver questão de *ordem pública*, pois, é preciso se reconheça a possibilidade de aplicação da lei estrangeira. O obstáculo da ordem pública surge, assim, paralelamente à lei estrangeira. RODRIGO OCTAVIO fixa bem o fenômeno: “As leis de direito público, as leis penais, as leis processuais, as leis de polícia são territoriais, e, assim obrigatórias; aplicam-se de um modo geral (salvo especificadas exceções) a todos os habitantes, sem distinção de nacionalidade, não por serem consideradas de ordem pública, mas porque, por sua natureza, são territoriais, como territoriais são as leis correspondentes dos outros países. Em relação a essas classes de leis, não podem surgir conflitos de aplicabilidade internacional; tais leis, não tendo, pois, efeito extraterritorial, não é em virtude de um princípio de ordem pública que elas deixam de ser aplicadas no estrangeiro. Não são aí aplicadas porque, por sua

---

(150) GUIDO FUSINATO — “Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato”, in “Archivio giuridico”. v. 33, p. 606.

própria natureza, a ação se circunscreve a seu próprio território. Para que o princípio de ordem pública, pois, entre em função, abstendo a aplicação da lei estrangeira, é mister que a lei estrangeira seja pessoal, daquelas em que se reconhece efeito exterritorial” (151).

Não resta dúvida que êsse critério facilita consideravelmente a compreensão do problema, que tanta controvérsia tem levantado entre os autores, mas nem assim o assunto está encerrado.

127. Para PILLET e NIBOYET a ordem pública apresenta tres caracteres: a) “A ordem pública é uma noção muito fugitiva que não se submete a qualquer classificação feita *a priori*... Caberia aos tribunais nos diversos países e a propósito de cada espécie verificar se a ordem pública está ou não em jogo. b) As leis de ordem pública não se confundem com as leis gerais. c) A competência da lei de ordem pública não é excepcional, mas normal” (152).

NIBOYET focaliza bem o assunto, referindo-se a um *minimum* de equivalência indispensavel entre duas legislações, para que a lei de um Estado seja admitida no outro: “E’ mister que haja entre os dois países, não de maneira geral, mas sôbre cada ponto visado (o divórcio, a reclamação de alimentos para o filho adulterino, etc.) um *minimum* de equivalência entre as

---

(151) RODRIGO OCTAVIO — obra citada, p. 151.

(152) PILLET & NIBOYET — “Manuel” citado, p. 412.

duas legislações. Quando se ultrapassa êsse *minimum* de equivalência sucede como quando se aperta um comutador elétrico para apagar a luz; não ha mais corrente; não ha mais interpenetração jurídica” (153). Não se póde mais aplicar a lei estrangeira e apela-se entãc para a ordem pública.

128. Na nossa legislação, a matéria está regulada pelo art. 17 da Introdução do Código civil, que reza: “As leis, atos, sentenças, de outro país, bem como as convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes”.

E’ de notar que os autores em geral só se ocupam da expressão *ordem pública*, cuja conceituação abranje, como dizem os ESPINOLA, as considerações de soberania nacional e de ordem ética. “Não oferece assunto para séria controvérsia o significado de *soberania nacional*, a que a lei se refere. Cogita, sem dúvida, da ordem pública de natureza política, do direito público e constitucional brasileiro, cujos princípios, em hipótese nenhuma, podem ser ofendidos com a aplicação dalguma lei, a execução dalgum ato ou sentença de seu país, que, porventura, invoque o estrangeiro. E’ o conceito de ordem pública que requer mais cuidadoso exame. Nêsse ponto é que se mostra a inconveniência de unir, no mesmo dispositivo de lei, a regra de direito civil relativa ao respeito, que devem as disposições e

---

(153) J. P. NIBOYET — “Précis élémentaire de droit international privé”, 1928, ps. 169 e sgts.

convenções particulares às normas legais de ordem pública, e a regra de direito internacional privado relativa à inadmissibilidade de aplicação de leis estrangeiras, que ofendem aos nossos princípios de ordem pública. A ordem pública tem conteúdo diferente, conforme se trate de um caso ou de outro. Daí a distinção de BROCHER, aceita pela maioria dos modernos internacionalistas, entre — ordem pública nacional — e — ordem pública internacional. A ordem pública interna dita todas as normas coativas do país, sejam imperativas ou proibitivas (*jus cogens*), isto é, todas aquelas que não tenham caráter puramente supletivo ou dispositivo. Às leis de ordem pública interna tem de submeter-se todos os cidadãos do país; não lhes é permitido afastá-las, nas suas convenções ou disposições. Entretanto, os estrangeiros podem escapar-lhes aos efeitos, prevalecendo em relação a êste o que disponham as respectivas leis nacionais. Assim, por ex., os dispositivos do nosso Código sobre a sucessão legítima necessária, os direitos dos herdeiros, a validade intrínseca dos testamentos são de ordem pública interna, não podendo os brasileiros afastá-los por meio de disposições ou convenções. Entretanto, os estrangeiros terão respeitados os atos, que pratiquem, de acôrdo com as suas leis, contra aqueles dispositivos. E' que a ordem pública, que o inspira, é *nacional*, e não *internacional*. Somente as leis de ordem pública internacional são consideradas pelo art. 17 da Intro-

dução do Código Civil, na parte em que consigna uma regra de direito internacional privado” (154).

O Código Pan-americano de Bustamante seguiu esse conceito classificador da natureza das leis, expressando-se nêstes termos em seu art. 3.º: “Para o exercício dos direitos civis e das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante se consideram divididas nas tres classes seguintes: I — As que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade, e as seguem, mesmo que se mudem para outro país, denominadas pessoais ou de ordem pública interna; II — As que obrigam por igual a todos os que residem no território, sejam ou não nacionais, denominadas territoriais, locais ou de ordem pública internacional; III — As que se aplicam somente mediante a determinação, interpretação ou presunção da vontade das partes ou de alguma delas, denominadas voluntárias, supletórias ou de ordem privada”.

129. Nesta última classe está compreendido o outro elemento limitativo da produção de efeitos extraterritoriais da norma de direito internacional privado. Corresponde êle a um critério oposto ao da ordem pública, tendo valor supletivo apenas. E’ o que se chama *autonomia da vontade*, expressão condenada por SAVIGNY e que DUGUIT definiu como a própria *liberdade jurídica*, isto é, o poder do homem de crear

---

(154) ESPINOLA — obra citada, v. VII, ps. 588-589.

por um ato de vontade uma situação de direito, quando êsse ato tem objeto lícito, ou, em outras palavras, o poder de querer juridicamente e, por isso mesmo, o direito a que êsse querer seja socialmente protegido (155).

Duas são as questões que se apresentam, em matéria de autonomia da vontade, no direito internacional privado:

1.<sup>a</sup> — Em que medida é justo aplicar à solução dos conflitos essa regra;

2.<sup>a</sup> — Em que sentido deve essa regra ser interpretada, por presunção, quando as partes não tenham expressamente manifestado sua vontade.

Já vimos a que espécie de leis se póde aplicar o princípio, cuja escolha, como se vê, póde ser expressa ou presumida. Ela é presumida quando decorre de circunstâncias determinadas e póde ser deduzida de interpretação racional.

---

(155) L. DUGUIT — “Les transformations Générales du Droit privé”, 1921, p. 52.



## BIBLIOGRAFIA

- ANDRÉ WEISS — “Manuel de droit international privé”, 1906, 6.<sup>a</sup> ed., Paris.
- ANZILOTTI (Dionisio) — “Corso di lezioni di diritto internazionale privato”, 1919.
- ARMINJON (Pierre) — “Précis de droit international privé”, 1927, 2.<sup>a</sup> ed. — “Le domaine du droit international privé”, in “Journal de Clunet”, 1922, “L’objet et la methode du droit international privé” in “Recueil des Cours de l’Academie International”, 1928, v. 21.
- BALOGH (Elemér) — “Droit comparé et droit international privé”, in “Recueil des Cours de l’Academie de Droit International”, 1936, v. 57.
- BUSTAMANTE y SIRVEN (Antonio Sanchez de) — “Derecho Internacional Privado”, 1937 — “La nacionalidad y el domicilio”, 1927.
- CALANDRELLI (Alcides) — “Questiones de derecho internacional privado”.
- CARUSI (Evaristo) — “Il problema del diritto comparato sotto l’aspetto scientifico, legislativo, coloniale”, 1917.
- CAVAGLIERI (Arrigo) — “Lezioni di diritto internazionale privato”, 2.<sup>a</sup> ed.
- CLOVIS BEVILAQUA — “Principios elementares de direito internacional privado”, 1938, 3.<sup>a</sup> ed.
- CONSENTINE (Francisco) — “La science du droit comparé et l’American Common Law” in B. M. da Soc. de Legislação Comparada, jul.-dez., 1932.
- CONTUZZI (Francesco P.) — “Diritto internazionale” in “Nuovo Digesto Italiano”, 1938, v. 4.<sup>o</sup>.
- DAVIES (D. J.) — “Règles générales des conflits des lois” in “Recueil des Cours”, 1937, v. 62, IV.
- DESPAGNET (Franz) — “Précis de droit international privé”, 4.<sup>a</sup> ed.
- DIENA (Giulio) — “Diritto internazionale privato”, 1917, 2.<sup>a</sup> ed.
- DONNEDIEU DE VABRES — “Droit pénal international”, 1922 — “Les principes modernes du droit pénal international”, 1928.

- DUGUIT (L.) — “Les transformations générales du droit privé”, 1921.
- EDUARDO ESPINOLA — “Elementos de direito internacional privado”, 1925.
- ESPINOLA (Eduardo Espinola Filho e Eduardo) — “Tratado de direito civil brasileiro”, vs. VI e VII, 1941, v. VIII, 1943.
- ÉTIENNE BARTIN — “Principes de droit international privé, selon la loi et la jurisprudence française”, 1930 — “Études de droit international privé”, 1899, Paris.
- FEDOZZI (Prospero) — “Il diritto internazionale privato”, 1935.
- FERNANDEZ PRIDA — “Estudios de derecho internacional privado”.
- FIORI (Pasquale) — “Le droit international privé”, ed. francesa, 1907.
- FLOMUSI-GUELFI — “Enciclopedia giuridica”, 1910, 6.<sup>a</sup> ed.
- FULGENCIO (Tito) — “Synthesis de Direito Internacional Privado”, 1937.
- FUSINATO (Guido) — “Il principio della scuola italiana nel diritto internazionale privato”, in “Archivio giuridico”, v. 33.
- GABBA (C. F.) — “Teoria della retroattività delle leggi”, 1891.
- GUTZWILLER (Max) — “Le développement historique du droit international privé” in “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International”, 1929, v. 29, IV.
- JITTA (J.) — “Método de derecho internacional privado”, trad. espanhola.
- LAINÉ (Armand) — “Introduction au droit international privé”, 1888.
- LÉREBOURS-PIGEONNIÈRE — “Précis de droit international privé”, 1937, 3.<sup>a</sup> ed.
- MACHADO VILLELA — “Tratado elementar teórico e prático do direito internacional privado”, 1921.
- MARINONI (M.) — “La natura giuridica del diritto internazionale privato”, in “Rivista di diritto internazionale”, 1913.
- MEIJERS (E. M.) — “L’histoire des principes fondamentaux du droit international privé, à partir du moyen âge, spécialement dans l’Europe occidentale”, in “Recueil des Cours”, 1934, v. 49.
- MIRKINE-GUETZEVITCH (B.) — “As novas tendencias do direito constitucional”, trad. portuguesa, 1933 — S. Paulo — “Droit constitutional international”, 1933.
- NIBOYET (J. P.) — “Traité de droit international privé française”, 1938 — “Précis élémentaire du droit international privé”, 1928.
- PACHIONI (G.) — “Il diritto civile italiano”, 1935.
- PENNA MARINHO (Ilmar) — “Direito comparado, direito internacional privado, direito uniforme”, 1938.
- PILLET (Antoine) — “Traité pratique de droit international privé”, 1923 — “Principes de droit international privé”, 1903.
- PILLET & NIBOYET — “Manuel de droit international privé français”, 1924.

- POLITES (N.) — “Les nouvelles tendances du droit international”.
- PONTES DE MIRANDA — “Tratado de direito Internacional privado”, 1935.
- QUILES S. I. (Ismael) — “La persona humana”, 1942.
- RADBRUCH (Gustav) — “Filosofia do direito”, trad. portuguesa, 1934.
- RODRIGO OCTAVIO — “Direito Internacional Privado”, 1942 — “Carta abierta al prof. Vico”, in “Boletim da International Law Association”, 2.<sup>a</sup> serie.
- ROLIN (Baron A.) — “Principes de droit international privé”.
- ROMERO DEL PRADO (V. N.) — “Tratado de Derecho Internacional Privado”, 1942.
- SAVIGNY (F. C. von) — “Sistema del derecho romano actual”, trad. espanhola.
- SPIROPOULOS — “Théorie Générale du Droit International”.
- VALLADÃO (Haroldo) — “Da competencia da Justiça Federal nas questões de Direito internacional privado” — “O ensino e o estudo do Direito especialmente do Direito Internacional Privado no Velho e no Novo Mundo”, 1940.
- VAREILLES-SOMMIÈRES — “La synthese du droit international privé”.
- VON BAR (Ludwig) — “Theorie und Praxis”, 1889.
- WIGNY — “Essai sur le droit international privé”.



## ÍNDICE

Explicação .....	5
CAPÍTULO I — Noção histórica .....	9
CAPÍTULO II — Que é uma norma de direito internacional privado? .....	19
CAPÍTULO III — O problema do estrangeiro .....	30
CAPÍTULO IV — O problema da nacionalidade .....	40
CAPÍTULO V — O problema dos direitos adquiridos ..	51
CAPÍTULO VI — O problema do conflito das leis .....	61
CAPÍTULO VII — Conteúdo das normas de direito internacional privado .....	72
CAPÍTULO VIII — O direito penal internacional e o direito internacional privado .....	83
CAPÍTULO IX — A uniformidade legislativa e o direito internacional privado .....	95
CAPÍTULO X — O direito comparado e o direito internacional privado .....	106
CAPÍTULO XI — O direito intertemporal e o direito internacional privado .....	118
CAPÍTULO XII — Posição do direito internacional privado .....	128
CAPÍTULO XIII — Fontes do direito internacional privado	140
CAPÍTULO XIV — Limitações do efeito extraterritorial das normas de direito internacional privado .....	150
BIBLIOGRAFIA — .....	161

