

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Revista dos Tribunais | vol. 755 | p. 58 | Set / 1998
Doutrinas Essenciais de Direito Internacional | vol. 4 | p. 343 | Fev / 2012

Otavio Luiz Rodrigues Junior

Professor de Direito Civil e Mestrando na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará. Diretor da Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará - FESAC, da OAB - CE.

Área do Direito: Direito Internacional Privado

Em épocas há muito esquecidas no tempo, o estrangeiro era considerado um inimigo, não lhe sendo deferida a condição de *persona juris*. Na Índia, ocupava uma posição inferior aos párias e aos sudras. O legislador de Manu, citado por João Monteiro,¹ já foi tocado por "larga generosidade" quando "colocou o estrangeiro acima dos animais selvagens, como os leões, os tigres e os javalis". No Egito Antigo, somente pertenciam à Humanidade os súditos do Faraó, consoante Heredóto, transcrito por Catellani, "não havia egípcio que quisesse abraçar um grego, nem se servir da faca de um grego...".

Nas monarquias asiáticas da Caldéia e Assíria, bem assim na Pérsia, aos estrangeiros somente restava a sorte de caírem escravos após as guerras de conquista. O direito mosaico tornava defesa a comunhão dos fiéis aos não-judeus, havendo ocorrido, porém, certa evolução nos costumes e uma maior tolerância aos estranhos, conforme se anota em livros sagrados como o Deuteronômio (I, 18-19; XXV, 17-22; XVIII, 43-4).

Em Roma, se nos louvamos na obra de Fustel de Coulanges,² teríamos a incorporação da vetusta taxinomia grega de "civilizados" e "bárbaros", agora sob o requinte da religião familiar e seus deuses totêmicos. A Cidade Eterna era cercada por muralhas, para que os deuses externos não profanassem seu solo e com o desiderato de impedir o acesso de alienígenas às cerimônias dos seguidores de Júpiter. O poeta Virgílio referencia o estrangeiro com a expressão *hostilis facies*,³ visto que os itálicos reputavam-no um inimigo. Nos termos do Digesto (Livro XI, Tít. VII, frag. 36), se um objeto sagrado caísse em mãos *hostibus*, tal coisa perderia momentaneamente seu caráter divino e, somente após um culto expiatório recuperaria sua anterior preciosidade.

A introdução da república em Roma implicou notável evolução nos costumes políticos e na visão jurídica do estrangeiro. A incorporação de províncias e reinos conquistados foi a causa eficiente da transmutação do direito quiritário em direito civil e, paralelamente, na criação do *jus gentium* (*quod apud omnes homines per que custoditur*). O não-romano passa a ser chamado peregrino, sendo-lhe destinado um pretor específico. O direito das gentes era, de fato, um conjunto de normas jurídicas de índole etrusca, sem os formalismos e a ritualística típicas do período monárquico. Segundo Amilcar de Castro "no

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ano 242 antes de Cristo, estabeleceu-se em Roma a magistratura privativa do *praetor peregrinus*, ou Juiz de estrangeiros, incumbido de julgar causas entre cidadãos e peregrinos, ou entre estes, uns com os outros. (...) o *jus gentium*. Este não tinha, pois, nenhuma semelhança com o que denominamos direito internacional privado, de vez que nada mais era que direito romano primário, conquanto também formado de fragmentos copiados de direitos estrangeiros."⁴

Clóvis Beviláqua, em seu clássico *Princípios elementares de direito internacional privado* (fac-símile. Rio de Janeiro : Rio, 1978. p. 17), nos ensina que, após a decadência do Império Romano, por força das invasões bárbaras, operou-se revolução copernicana no relacionamento com os estrangeiros. De feito, emergiu o *sistema da personalidade das leis*, onde cada súdito estaria sujeito ao regime normativo de sua região, reino ou província. Na Espanha, o *Código Wisigothico* positivou esta perspectiva empírica, marcando um processo que culminaria com a influência de Agobardo, bispo de Lyon: "para evitar a confusão e os inconvenientes dessa exagerada disseminação legislativa, inventou-se a *professio juris*, em virtude da qual o indivíduo que comparecia perante a justiça fazia a declaração de qual era a sua lei pessoal. *Sub qua lege vivis*, interrogava o Juiz e o interessado respondia".

O século XII, no escólio de Karl Neumeyer,⁵ foi responsável pelo primeiro documento histórico peculiar ao direito internacional privado. Cuida-se de um fragmento bolonhês, citando um certo *magister Aldricus*, contendo regras de aplicação interespaial das normas jurídicas. Superada esta etapa primeva, o nascente direito internacional privado vence o Estatuto da Personalidade das Leis, dada sua inegável ausência de praticidade e cogita do Estatuto da Territorialidade. Com este sistema, inexistindo Estado soberano, a fonte do poder era a propriedade da gleba. Logo, a lei aplicável à condição de cada um já não era determinada por sua origem, mas todas as normas incidiam respectivamente aos que habitavam um dado território. De conformidade com Wilson de Souza Campos Batalha,⁶ o franco, o visigodo ou um burgúndio já não poderiam mais argüir sua lei pessoal e nacional, visto que haveria prevalência da vontade do duque ou do conde, não mais do monarca, representante insólito do Estado nacional.

Nos séculos XIV-XVIII surgem as escolas estatutárias, representando um novo passo na história do direito internacional privado. Graças ao renascimento do direito romano, por conta da Escola dos Glosadores de Acúrcio, foi possível a sua colocação como um direito comum das nações civilizadas, em contraponto aos direitos particulares das províncias e regiões autônomas. Os ordenamentos locais foram denominados *estatutários*. Posto que os soberanos fossem dotados de competência para estabelecer "as condições mediante as quais se adquirem, conservam e transmitem direitos",⁷ ter-se-ia que abrandar tal primado. Com efeito, "tolerou-se, então, que a capacidade das pessoas e o seu estado fossem determinados pela lei do seu domicílio, a qual adquiriu, assim, eficácia extraterritorial".

Dentre os grandes autores dessa escola destacam-se Bartolo de Saxoferrato, mestre de Pisa, Baldo Ubaldis e Dumoulin, os quais construíram a seguinte ordem de idéias:

"Em princípio, dizia-se, as leis não têm valor fora de seu território, mas o interesse dos povos vizinhos e a mútua benevolência, que entre eles deve reinar, aconselham abrandamentos à regra. Dessa concessão, surgiu a *teoria dos estatutos reais e pessoais*.

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Estatutos reais eram os que se referiam ao regime da propriedade à disposição e transmissão dos bens, ainda que indiretamente aludissem às pessoas, e *personais* eram os que regulavam principalmente o estado das pessoas, embora secundariamente se referissem aos bens."⁸

Outrossim, os bens imóveis estariam sujeitos à lei do território (*locus rei sitae*) e as coisas móveis seriam regidas pelo estatuto pessoal (*mobilia sequuntur personam*). Os direitos pessoais (família, obrigações, sucessões) restariam afetos aos seus titulares (*sicut lepra cuti*).⁹Aplicar-se-ia, no que concerne ao foro das declarações de vontade (contratos, manifestações unilaterais), um estatuto misto, representado pela regra *locus regit actum*, qual seja: o ato seria regido pela lei do local em que se pactuou ou se manifestou a obrigação.

Destoando das primeiras orientações estatutárias, Paulo, João Voecio e Rodenburgo desenvolveram, na Escola Estatutária Holandesa, a *teoria da urbanidade e da utilidade*, também conhecida pela expressão latina *comitas gentium*. O fundamento da aceitação extraterritorial das normas jurídicas seria a urbanidade, a civilidade, a cortesia entre os Estados. Em verdade, seus propugnadores defendem a seguinte linha de raciocínio: *um súdito inglês ao comprar e vender em França, subordina-se ao direito gaulês, pois é útil que assim seja e mais consentâneo com o respeito a este ordenamento jurídico; entretanto, o mesmo inglês poderá ser julgado pelas leis da Coroa, se assim consentirem os Juizes de França, por ser cortês e urbano aplicar a lei alienígena*. O Prof. Edgar Carlos de Amorim¹⁰ resume com percuciência os postulados elementares da escola:

"a) o direito de cada Estado reina nos limites de seu território, quer estejam aí fixados de maneira definitiva, quer não tenham aí senão estada temporária;

b) devem ser considerados como súditos de um Estado todos aqueles que se encontrem nos limites de seu território, quer estejam aí fixados de maneira definitiva, quer não tenham aí senão estada temporária."

Tal estado de coisas, por sua excessiva subjetividade não se presta a explicar, pura e simplesmente, a interespacialidade dos regramentos, quedando inerte esta teoria. Ressalve-se, contudo, o seu renascimento sob a Escola Anglo-Americana de Wharton e Westlake.

Autores franceses como Aubry et Rau sustentam a *teoria da reciprocidade*.¹¹Consoante esta escola, a aplicação da lei externa no país somente é possível quando há correspondência de tratamento entre os direitos de nacionais e forasteiros, com o respeito mútuo de prerrogativas e direitos adquiridos. O Código Napoleão incorporou citado alicerce, ao rezar que: "Art.11. *L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra*". Em síntese, aos estrangeiros somente podem ser concedidos os direitos que o seu respectivo Estado contraprestem aos nacionais. Outras escolas também floresceram ao longo dos séculos XVIII e XIX, como a alemã (Savigny), incorporada no BGB, italiana (Catellani), belga e o Sistema de Pillet, de origem gaulesa.

No Brasil, o direito internacional privado mereceu atenções legislativas com o Regulamento 737, de 25.11.1850, consignando em seus arts. 3.º *usque* 5.º que "o Estado e a capacidade

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

das pessoas se devem regular pelas respectivas leis nacionais, e que a forma dos atos, em regra, obedece à lei do país onde forem eles celebrados".¹²Ano seguinte, em 1851, o Regulamento 855, em seu art. 33, confere competência à lei nacional do *de cuius* para reger a ordem de sucessão e a validade das disposições de última vontade.

O jurisconsulto do Império, Augusto Teixeira de Freitas, incorporou a teoria de Von Savigny, pontificando em seu *Direito internacional privado* que: "A capacidade e a incapacidade, quanto às pessoas domiciliadas no Brasil, sejam nacionais ou estrangeiras, serão julgadas pelas leis do Brasil, ainda que se trate de atos praticados em país estrangeiro ou de bens existentes em país estrangeiro, e a capacidade ou incapacidade, quanto às pessoas domiciliadas fora do Brasil, ou sejam estrangeiras ou nacionais, serão julgadas pelas leis de seu respectivo domicílio, ainda que se trate de atos praticados no Império, ou de bens existentes no Império".¹³

A teoria de Freitas, adotada na Argentina e em diversas nações da Latino-América, foi olvidada no Brasil, especialmente na Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400), elaborada por Beviláqua. A primeira "Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas", que inaugurou o Código de 1916, dispunha em seu art.22: "a lei nacional da pessoa rege a sua capacidade e os direitos de família". O fundamento da vetusta regra de direito interestadual era a *comunhão de direitos dos indivíduos integrantes da sociedade universal*.

O Brasil, nação fundada sob intensa atividade migratória, infelizmente, filiou-se à teoria da nacionalidade, pugnada por Clóvis Beviláqua. Era, destarte, uma época na qual o Estado favorecia e incentivava o ingresso do elemento externo, prova disto são as iniciativas imperiais de estabelecer colônias de açorianos, suíços, alemães, italianos, polacos e outros povos no país, bem assim a "Grande Naturalização" promovida nos albores da República. Tal realidade, entretanto, foi continuamente solapada com o passar das décadas, mormente após os gravosos conflitos mundiais de 1914 e 1939. Por sugestão de Pontes de Miranda foi apresentado um anteprojeto de Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400), em 1932, prefaciado pelo Ministro Francisco Campos.¹⁴Entretanto, o altivo trabalho do mestre alagoano foi preterido e, aos 04.09.1942, o governo do Estado Novo outorga à Nação o Dec.-lei 4.657, representando uma guinada radical na orientação brasileira para os conflitos de lei no espaço.

O art. 7.º da LICC (LGL\1942\3) é contundente ao prescrever que "a lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família". Supera-se a determinação anterior, consistente na incidência extraterritorial da norma estrangeira, e passa-se ao regime de 1942: prevalece o regramento em que está domiciliado o súdito. O chamado princípio domiciliar surge como elemento conectivo para se aferir a norma aplicável nesta República. Louvando-nos em Maria Helena Diniz, afirmamos: "O intérprete ou aplicador só irá obter a qualificação jurídica do estatuto pessoal e a dos direitos de família após chegar a análise da lei do país onde estiver domiciliada a pessoa. O órgão judicante deverá aplicar, quando for o caso, o direito alienígena em razão de determinação da *lex fori*, não podendo desprezá-lo para acolher o direito interno".¹⁶Prossegue a professora da Universidade de São Paulo, "a qualificação do domicílio será dada pela *lex fori*; logo, o magistrado terá de saber, conforme o Código Civil (LGL\2002\400) (art. 31), qual o lugar onde a pessoa estabeleceu a sua residência com ânimo definitivo".

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Sendo este o lento evoluir histórico do direito internacional privado, sob a forma de ciência e sua cristalização normativa no Brasil. Hoje, há visível tendência na unificação das regras do direito internacional privado com o direito internacional público, no esteio de Mancini.¹⁷E, no âmbito nacional, assistiu-se a integração dos imigrantes, porquanto sujeitaram-se às leis pátrias e correspectivas regras de índole inferior.

Devemos enfrentar aspectos pertinentes ao conceito, ao objeto e às fontes desta ciência.

Em singela expressão, a Ciência do Direito Internacional Privado almeja responder duas questões básicas: qual o juízo competente e qual a norma aplicável a fatos jurídicos que envolvam particulares de diferentes Estados. Surge, portanto, a necessidade de se saber qual o ordenamento jurídico que emprestará suas regras para dirimir conflitos de ordem obrigacional ou familiar, os inerentes à capacidade, estado e sucessão dos agentes e, por derradeiro, os chamados elementos de conexão alçados em lei (domicílio, lugar da coisa ou do pacto). Agenor Pereira de Andrade sintetiza ao afirmar que se cuida da problemática da *eleição da norma substantiva qualificadora da relação jurídica subjacente*.¹⁸E, entendemos que o problema somente será devidamente colocado ao se inserir neste estudo as indicações adjetivas, ditas processuais, visto que o titular da função jurisdicional do Estado também é "destinatário" das disposições de carácter interespacial.¹⁹

De modo genérico, as leis (tomadas como veículo por excelência do direito) somente têm seu âmbito de validade formal deferido nos limites de seu órgão legiferante. Os romanos já sumularam tal afirmação com o brocardo *leges non valent ultra territorium*. Vimos, contudo, que os contactos e choques entre nações e povos não mais admitem postura tão apriorística. A mobilidade de pessoas, bens, serviços e moedas suscita a constituição de relações jurídicas entre diversos ordenamentos. Há muito se superou a barbárie nos liames internacionais, em que os conflitos eram resolvidos de modo cruento e selvático. Os Estados forçosamente reconhecem e admitem a aplicação interfronteiras de regramentos alienígenas. Mencionado acatamento é excepcional e, a mais das vezes, vem envolto sob a manta do direito uniforme ou mediante a incorporação de aludidas normas ao sistema positivo nacional (*v.g.*, a ratificação de tratados, mediante decreto).

Justamente para dissipar tais confrontações jurídicas no espaço é que se vale do direito internacional privado. Para Valladão, é possível qualificar o objeto desta ciência como sendo o conjunto de normas que resolve, por via indireta, conflitos de leis no espaço, apontando o meio para solucionar fatos em conexão com normas divergentes numa relação jurídica, qualquer que seja sua natureza (civil, comercial, processual, fiscal, administrativa). Maria Helena Diniz assim compreende a matéria, *ipsis verbis*:

"O direito internacional privado regulamenta as relações do Estado com cidadãos pertencentes a outros Estados, dando soluções aos conflitos de leis no espaço ou aos de jurisdição. O direito internacional privado coordena relações de direito no território de um Estado estrangeiro. É ele que fixa, em cada ordenamento jurídico nacional, os limites entre esse direito e o estrangeiro, a aplicação extranacional do primeiro e a do direito estrangeiro no território nacional".²⁰

O Barão Friedrich Carl von Savigny (*System des heutigen Römischen Rechts*)²¹propôs sua definição como a "teoria dos limites das leis no espaço". Cimbali afirma que é "o direito privado universal do estrangeiro".²²O Prof. Edgar Carlos de Amorim, (op. cit., p. 8),

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

concebeu definição para o direito internacional privado como "o ramo da ciência jurídica que trata da aplicação da lei estrangeira e dos conflitos desta com as leis locais".

Essa disciplina tem recebido tantas denominações quantos são os doutrinadores que se deparam com seu estudo. Os britânicos têm-se referido ao *conflict of laws*. Raul Pederneiras conceituou o direito internacional privado como *nomantologia*, ou seja, o estudo das normas em conflito. Há outras denominações como *direito intersistemático*, *direito polarizado*, *direito abnormal*, *transnational law*, *direito dos limites*, *direito internórmico*, *direito privado humano*, *direito interespacial*, *direito internacional jurisdicional*. Prevaleceu, entretanto, a expressão direito internacional privado, "empregada pela primeira vez por Portalis, em dissertação acadêmica no ano de 1803, depois Story na América do Norte, em 1834, também a empregou...". Ainda consoante Amilcar de Castro,²³a denominação corrente foi sendo paulatinamente assimilada, posto que conduza em si o germe da *contradictio in terminis*. De fato, o direito internacional privado não é nem internacional, nem privado.

Segundo Batalha,²⁴o direito internacional privado é o ramo do direito público interno que indica o ordenamento jurídico aplicável às relações de direito privado que apresentam pontos de contato com ordenamentos de um país. Em suas palavras: "é ramo do direito público interno. Constitui seu objeto exclusivo o conflito de leis de vários países". No que concerne ao seu objeto, trata-se de opinião doutrinária discutível; contudo, é cediço que o *locus* científico do direito nomantológico é o direito público. A adjetivação *privado* sustenta-se somente pela sujeição de relações jusprivadas ao âmbito de incidência de suas normas, ao passo que o termo *internacional* é apego às tradições e ao elemento conectivo ensejador de sua aplicação.

Vozes se alteiam para contestar a natureza publicística da matéria. Westlake "notou que aí o adjetivo privado não se relaciona diretamente com a divisão do direito em público e privado. Deve-se ver, pois, que privado está demarcando a compreensão de internacional, sem de modo algum indicar a categoria do direito qualificado por este adjetivo; vale dizer: o internacional é que é privado (relação entre particulares), enquanto o direito é público, e tanto toma em consideração fatos apreciáveis por direito privado, como fatos julgáveis por direito público".²⁵Edgar Carlos de Amorim, expressa-se assim sobre a polêmica: "Finalmente, devemos manifestar nossa opinião no sentido de que elas (*as normas do D.I.Pr.*) são iguais às do direito interno, ou seja, imperativas e permissivas, variando de Estado para Estado; de uma feita que as nossas normas de DIP são de caráter imperativo. Mas há Estados que adotam os dois critérios" (op. cit., p. 15).

De uma forma geral, é aceito pela mor parte da doutrina que as regras de direito nomantológico comungam essência de indicções públicas, possuindo a cogência que lhes é peculiar, posto que versem conflitos de natureza eminentemente privada.²⁶Ressalve-se, contudo, a posição de Frankenstein e Espínola que concedem o carácter *sui generis* aos preceitos do direito internacional privado, bem assim a quase insólita inscrição de Clóvis Beviláqua na teoria que sugere a natureza privada do conflito de leis no espaço, como se infere do texto abaixo, *ipsis verbis*:

"As obrigações comuns não mudam de natureza por se transportarem para o campo da sociedade internacional. Contraídas entre particulares, estabelecem um vínculo de direito

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

entre particulares, ainda que sejam estrangeiros os interessados ou que se ache em território estrangeiro o objeto da pretensão, ou se tenha de executar no estrangeiro.

(...)

... é manifesto que são privadas as relações de direito internacional privado, por se travarem entre indivíduos e não entre nações consideradas em suas funções de organismo político. Se uma qualquer nação nelas toma parte é no exercício de atos jurídicos privados, que se não confundem com os atos jurídicos de direito público."²⁷(Destaques inovados.)

No que concerne ao pseudoproblema de sua destinação, admite-se também que seus receptores são os particulares, quando produzem os atos jurídicos, e o Poder Judiciário, no momento em que a lei é aplicada ao caso concreto. E, finalmente, sob o prisma da teoria geral do direito, a doutrina alemã, noticiada no Brasil por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, compreende as normas do direito internacional privado como sendo de sobre ou superdireito. As regras de sobredireito não incidem propriamente sobre relações jurídicas concretas. Estas regulam, de forma imediata, a aplicação de outras regras de direito, as quais se prestam a solucionar diretamente os conflitos humanos.²⁸

Superadas as questões inerentes ao conceito, às diversas denominações da disciplina e à essência de seus regramentos, pode-se enfrentar o problema do objeto científico do direito internacional privado.

Diversas foram as teorias que tentaram dilucidar a *quaestio*, partindo da impressão primeva de que o conflito de leis no espaço seria a chave do problema, no esteio de Hugo Grotius. Faz-se mister compulsar as mais importantes destas construções:

a) Teoria de Jitta - o objeto seria dúplice: a *solução pacífica dos conflitos internacionais* e a *uniformização harmônica das diversas legislações*, com vistas a desfazer definitivamente tais confrontos. Seria, portanto, o direito uniforme o objetivo e objeto do direito internacional privado;

b) Teoria de Dicey-Beale - o respeito aos *direitos adquiridos* seria o verdadeiro objeto da disciplina;

c) Teoria Francesa - os autores gálicos admitem natureza tríplice para o objeto do direito internacional privado: a *nacionalidade*, a *condição jurídica do estrangeiro* e os *conflitos de leis no espaço*;

d) Teoria de Antoine Pillet - assenta-se sobre um tripé o objeto do direito internacional privado: o *conflito de leis*; a *condição jurídica do estrangeiro* e o *exercício interestatal dos direitos adquiridos* (seguida no Brasil por Clóvis Beviláqua);

e) Teoria Germânica - o conflito de leis seria o objeto único do direito internacional privado (seguida no Brasil por Valladão, Espínola, Pontes de Miranda).

Modernos doutrinadores brasileiros filiam-se a uma postura metodológica na qual o direito internacional privado teria como objeto essencial o conflito de leis no espaço, referentemente ao direito privado. Serviria a disciplina para indicar a regra aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional.²⁹Haroldo Valladão,³⁰ defende um campo mais lato para o objeto científico do direito internacional privado: seriam todas

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

as leis (civis, comerciais, fiscais, trabalhistas, processuais, penais), de qualquer órbita legislativa (nacional, estadual, municipal, provincial, comunitária), que incidam sobre conflitos normativos interespaciais.

Amílcar de Castro³¹pretende sustentar opinião original. De fato, o autor se propõe a repor "as coisas no lugar", afirmando que o objeto do direito internacional privado é "única e exclusivamente organizar direito adequado à apreciação de fatos anormais, ou fatos em relação com duas ou mais jurisdições, sejam pertinentes ao *forum*, ou ocorridos no estrangeiro". Admite, o internacionalista, a inclusão de assuntos como domicílio, condição jurídica do estrangeiro ou competência jurisdicional na órbita do direito internacional privado somente para fins didáticos.

Seguindo a escola de Pillet, Edgar Carlos de Amorim³²inscreve no objeto dessa disciplina as questões peculiares ao *conflito de leis no espaço*, aos *direitos adquiridos* e à *condição jurídica do estrangeiro*. O conflito resta evidente, porquanto certos institutos ou atos de índole jurídica somente serão aceitos, em um dado país, após a sujeição aos seus regramentos internos. Os direitos adquiridos podem sofrer molestações ou serem vergastados, por força do trânsito internacional, merecendo a tutela do direito internacional privado. E, finalmente, a condição jurídica do estrangeiro foi contemplada com o art. 5.º, *caput*, do Texto Fundamental, jungindo-se ainda mais ao universo científico do direito internacional privado.

Em suma, a problemática do objeto do direito internacional privado resultou inexpugnada pelos cientistas. Há tantos objetos quanto teorias. Serão mais ou menos abrangentes os contornos traçados, tudo dependendo da força centrípeta ou centrífuga que o estudioso queira deferir a esta matéria.³³Afeiçoamo-nos, cumpre salientar, à idéia de que o ordenamento jurídico brasileiro prestigiou a mencionada construção teórica alemã, com a inserção do conflito interespacial de ordenamentos jurídicos, no tocante às relações de direito privado (obrigações, família, sucessões, coisas, direitos civis em geral) e aos mecanismos de solução dos mesmos (direito judiciário interespacial: competência dos órgãos judicantes) como o verdadeiro objeto do direito internacional privado.

Enfrentamos, agora, o problema das fontes do direito internacional privado. Analisando o vocábulo na sua expressão léxica temos sua tradução por *marco, origem, local de procedência, de onde brotam ou nascem seres e coisas,manancial, causa*. Sob uma óptica mais restrita, eminentemente jurídica, os cientistas definiram *fonte* como a origem ou causa eficiente, genética, fundante de direitos, instituições e regras jurídicas.³⁴Arnaldo Vasconcelos, após dissertar com seu habitual brilhantismo sobre a matéria (op. cit., p. 238 *et seq.*), conclui que as fontes são "formas de expressão do direito", completando:

"Até agora, tem-se falado em fonte do direito como meio de produção de normas jurídicas, consoante entendimento de origem normativista, hoje de grande aceitação. Nem por isso, deixa de refletir visão parcial da matéria, consistente na redução do direito à sua forma normativa. Direito também é fato e valor. A expressão fontes do direito comporta, pois, duas outras acepções, também correntes, as quais não podem ser omitidas.

(...)

Ao esquema clássico, que incorpora *a lei, o costume, a jurisprudência e a doutrina,*

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

acrescentamos *os princípios gerais de Direito*, reconhecidos como fonte jurídica pela própria legislação do Estado Moderno, ao projetar as dimensões da ordem jurídica nacional."

A questão das fontes tem merecido a análise de diversos internacionalistas, figurando como mais prefulgentes as teorias de Brocher (leis especiais; costumes internacionais; tratados e convenções; boa razão dos povos civilizados), Bustamante (a lei; o costume internacional; jurisprudência dos tribunais internacionais; tratados) e Pillet (leis; tratados; jurisprudência). De modo didático, podemos compulsar as seguintes fontes: *lei interna; tratados internacionais incorporados ao direito interno; costume; jurisprudência, doutrina e os princípios gerais de direito*.

A lei é o veículo por excelência do direito, traduzindo-se na expressão da *volonté générale*, incorporada pelos representantes populares no Congresso Nacional e tornada obrigatória com sua publicação no órgão oficial respectivo. Reveste-se a espécie "norma legal" dos demais caracteres do gênero norma jurídica: vigência, eficácia, positividade, juridicidade (instâncias de validade), a par da possibilidade de justiça e legitimidade (instâncias de valor). Afirma-se, outrossim, como fonte do direito internacional privado, porquanto os problemas atinentes aos conflitos internómicos ganham soluções diversas nos variegados ordenamentos jurídicos. Como leciona Irineu Strenger,³⁵ "no estado atual da Ciência Jurídica, a grande fonte de nossa disciplina é a lei interna de cada país. Os estados prescrevem suas regras de solução de conflitos de leis da maneira lhes parecer melhor, independentemente das regras adotadas por outros povos."

A primeira afirmação histórica da lei como fonte do direito interespaial ocorreu em 1756, no Código Civil (LGL\2002\400) Bávaro (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*). Posteriormente, o Código Napoleão, em 1804, e o Código Austríaco de 1811.

Em nosso país, atualmente, as mais importantes fontes do direito internacional privado são a Carta Magna (LGL\1988\3) de 1988 (arts. 5.º, *caput* e 12, CF/1988 (LGL\1988\3)) e a Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro, de 1942 (arts. 7.º ao 19, LICC (LGL\1942\3)).³⁶ A par destas, alteiam-se o Dec.-lei 2.044/08, artigos 42 a 47; o Código Tributário Nacional (LGL\1966\26), arts. 98 e 100, Lei 5.172/66; o art. 88 do CPC (LGL\1973\5), que disciplina a competência internacional, bem assim o art. 337 do CPC (LGL\1973\5), versando sobre a prova no direito estrangeiro; o Estatuto do Estrangeiro, Lei 6.815/80; e os arts. 30 e 628 do CC/1916 (LGL\1916\1). O Código Civil (LGL\2002\400) também veicula normas legais de direito internacional privado, como o art. 3.º ("a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis") e os arts. 31-35, sobre domicílio de pessoas naturais e jurídicas externas.

A segunda fonte consiste no tratado internacional incorporado ao direito positivo interno. O termo "tratado internacional" significa *um acordo internacional, celebrado por escrito entre Estados, regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica*, de acordo com a definição empregada no art. 2.º, I, alínea *a*, da Convenção de Viena, de 23.05.1969.

Cada país dispõe sobre a inserção do tratado no seu direito positivo. No Brasil, a simples subscrição do tratado pelo Presidente da República não torna o tratado obrigatório e

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

vinculante aos nacionais. O art. 84 da CF/1988 (LGL\1988\3), em seu inc. VIII, comete ao supremo mandatário o mister de "celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional". Uma vez procedida à esta vestibular providência, o Congresso Nacional deverá ratificar o tratado (art. 49, I, CF/1988 (LGL\1988\3)), para sua integração ao ordenamento jurídico pátrio.

Salienta-se o problema da localização hierárquica dos tratados em face das leis ordinárias e da Constituição. No Brasil, um tratado internacional não pode malferir a *Magna Charta*, sujeitando-se, inclusive, ao controle de constitucionalidade. Com efeito, o art. 102, I, a, da CF/1988 (LGL\1988\3) dispõe que: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal". Assim, a inconstitucionalidade do tratado pode ser aferida material ou formalmente.

A inconstitucionalidade formal evidencia-se na ratificação imperfeita, quando o tratado é incorporado ao direito interno com violações à Lei das Leis, no tocante à competência, aos procedimentos para sua celebração e à aprovação parlamentar e vigência. O controle material ou intrínseco pode ser realizado também, desde que o tratado seja posterior à Constituição vergastada; se anterior, não há invalidade magna, mas apenas não-recepção.

O primeiro problema, qual seja, da impossibilidade dos tratados ofenderem a Constituição, foi dilucidado pelo Supremo Tribunal Federal, conforme descreve Luís Roberto Barroso,³⁷ *in verbis*:

"Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no apagar das luzes do regime constitucional anterior, afastou, de forma taxativa, quaisquer incertezas que pudessem existir. A questão se impôs relativamente à cobrança do Imposto sobre Circulação de Mercadorias (ICM) na importação de bens de capital de países membros do GATT. À vista do entendimento consolidado, a Corte editou o verbete 575 da Súmula, com o seguinte teor: à mercadoria importada de país signatário do GATT ou membro da ALALC, estende-se a isenção do ICM concedida a similar nacional'.

Sobreveio, todavia, a EC 23, de 1.º.12.1983, que acrescentou um § 11 ao art. 23 da CF/1988 (LGL\1988\3), determinando a incidência do tributo sobre as mercadorias importadas, sem qualquer distinção quanto ao país de origem. O TJSP proferiu decisão mantendo a isenção, nos casos de importação de bem de capital de países signatários do GATT. A Fazenda do Estado de São Paulo interpôs recurso extraordinário, sob o fundamento de que o Tribunal *a quo* prestigiara o acordo internacional em detrimento do texto constitucional emendado."

Resolvendo esta *vexata quaestio*, o Pretório Excelso (RTJ 121/270) elaborou a seguinte construção jurisprudencial:

"Inadmissível a prevalência de tratados e convenções internacionais contra o texto expresso da Lei Magna (...)

Os acordos internacionais, como é o caso do GATT (*General Agreement of Tariffs and Trade*), protegem os produtos originários dos países contratantes. Todavia, não há como admitir, como deixou entender a decisão recorrida, que na nova tributação autorizada pela

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

EC 23/83, deverá ser atendido o que prescreve um tratado internacional (...)

Hierarquicamente, tratado e lei situam-se abaixo da Constituição Federal (LGL\1988\3). Consagrar-se que um tratado deve ser respeitado, mesmo que colida com o texto constitucional é imprimir-lhe situação superior à própria Carta Política."

Em tese, portanto, o poder constituinte, originário ou derivado é plenamente dotado de competência para a produção de normas constitucionais, em detrimento dos tratados internacionais.

Falamos acima que a existência de conflitos entre o tratado e a Constituição implica imediato superamento desta antinomia vertical. Devemos, então, observar os mecanismos processuais adequados, no caso de não-recepção e de inconstitucionalidade.

Com efeito, a instauração de uma nova *Lex Legum* impõe seja reformulado o fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico. Desta sorte, seria ideal que o arcabouço normativo preexistente ao inovado texto magno fosse substituído por um novo universo de leis, decretos, resoluções etc., com fulcro nos princípios e regras inaugurados pela Carta recém-criada. Isto, contudo, afigura-se impossível, seja por questão de ordem prática (imaginemos como seria reeditar dezenas de milhares de diplomas legais e infralegais, em poucos meses, com o desiderato de substituir seus congêneres, elaborados sob o império da Lei Fundamental anterior) ou de ordem jurídica (como ficariam as milhares de relações subjetivas constituídas em face de regras que há pouco gozavam da mais absoluta presunção de constitucionalidade?).

Incorporou-se, deste modo, à Ciência do Direito, o fenômeno da *recepção das normas jurídicas*. *Ex vi* desta ficção jurídica, dizemos que o ordenamento anterior ao novo Texto Supremo, que lhe não seja *contrário*, *contrastante* ou *incompatível*, reputa-se renovado em seu fundamento de validade, permanecendo válido e eficaz em face da descortinada realidade constitucional. Evita-se uma desagradável e perigosa solução de continuidade. Tal fato é tão perceptível que podemos citar como exemplo a permanência, em pleno vigor, de boa parte dos dispositivos do Código de Comércio de 1850, querido e publicado por S. M. Dom Pedro II, bem assim o Código Beviláqua de 1916 ou o Código de Processo Civil (LGL\1973\5) de 1973. Note-se que os três estatutos foram legiferados sob a égide de três constituições distintas: 1824, 1891 e 1969, respectivamente.

Tão importante e intermitente é a recepção normativa que hoje esta se apresenta como regra. O hermeneuta busca adequar os conteúdos normativos, elaborados em épocas díspares, ao espírito do texto magno vigente, em um labor difícil e louvável que tem como finalidade maior a segurança das relações jurídicas. Quando isto não é possível, quando a norma anterior à Constituição mostra-se incompatível com esta, opera-se a sua não-recepção, que importa pura e simplesmente a revogação da regra de direito contrastante com a Carta inovada.

A não-recepção é o atestado insofismável de que não foi possível a refundamentação normativa em face da nova Lei das Leis. Por conseguinte, a lei ou o tratado carentes de fundamento de validade, serão considerados existentes, mas inválidos e ineficazes. Além disso, a sua identificação é procedimento vestibular, quando da análise da pertinência da norma preexistente com o ulterior ordenamento constitucional.

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Com rigor, somente seria possível a declaração de inconstitucionalidade para normas legiferadas ou produzidas após a edição da Carta Fundamental em vigência, bem como tratados incorporados ao direito interno, após este momento. Assim, um tratado anterior à Constituição de 1988, que eventualmente contenha preceito com esta não compatível, perde seu antigo fundamento de validade, já que a atual *Lex Legum* obviamente revogou a que lhe era anterior.

Nesse diapasão cerram fileiras a melhor doutrina, pátria e alienígena, e a jurisprudência do STF. A Prof. Regina Gaya Sicilia, da Universidade de Navarra, Espanha, produziu a tese *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, tendo sido publicada em 1987 (Ed. Montecorvo, Madri), arrimando o prisma aqui esposado:

"La peculiaridad de las leyes preconstitucionales consiste, por lo que ahora interesa, en que la Constitución es una Ley superior - criterio jerárquico - y posterior - criterio temporal. Y la coincidencia de este doble criterio da lugar - de una parte - a la inconstitucionalidad sobrevenida, y consiguiente invalidez, de las que opongán a la Constitución, y - de otra o a su pérdida de vigencia a partir de la misma para regular situaciones futuras, es decir, a su derogación.

Esta pérdida de vigencia se encuentra expressamente preceptuada por la disposición derogatoria de dicha norma fundamental, que dice ensu número 3: 'Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongán a lo establecido en esta Constitución.'" (Op. e a.cits., p. 119) (itálicos nossos.)

O Pretório Excelso já pontificou remansosa jurisprudência a este respeito. Com efeito, em ação declaratória de inconstitucionalidade (ADIn 992-3), do Rio de Janeiro, o Min. relator Carlos Mário da Silva Velloso despachou da forma seguinte:

"Constituem objeto da ação dispositivos do Dec. 81.240, de 20.01.1978, que regulamentam normas da Lei 6.435, de 15.07.1977, relativas às entidades de previdência privada. Ora, dispositivos regulamentares não se sujeitam ao controle de constitucionalidade. É que se o regulamento vai além do conteúdo da lei, comete ilegalidade e não inconstitucionalidade. O pedido, portanto, só por isto não poderia prosseguir.

Mas há mais. Tanto o Decreto 81.240 quanto a Lei 6.435, de 20.01.1978 e 15.07.1977, respectivamente, são anteriores à Constituição vigente. O STF já assentou, iterativamente, que a norma anterior à Constituição e com esta incompatível considera-se revogada, dado que não há falar em inconstitucionalidade superveniente."

Por honestidade científica, cumpre-nos atestar a existência de respeitável corrente doutrinária afirmando a possibilidade de controle de constitucionalidade de leis ou tratados anteriores à Lei das Leis em vigor. Surge, carregando essa flâmula, o Prof. José Horácio Meirelles Teixeira, em seu *Curso de direito constitucional* (Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991. p. 384), conforme original:

"Observe-se, ainda, que o vício de *inconstitucionalidade* pode configurar-se pelo conflito entre a norma constitucional e uma *lei posterior* - e é o que sucede na generalidade dos casos -, ou entre uma *lei anterior* e uma *norma constitucional superveniente*, configurando, então, o que alguns autores denominam inconstitucionalidade

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

superveniente, ou sucessiva, mui freqüente naqueles países, como o Brasil, a Itália, e outros, em que se sucederam diferentes Constituições, criadoras de regimes políticos por vezes radicalmente diversos; (...)"

Acompanhando o constitucionalista da PUC/SP, está o Professor lusitano Jorge Miranda, quando utiliza as categorias *inconstitucionalidade originária* e *inconstitucionalidade superveniente*, de acordo com o original:

"A separação entre inconstitucionalidade originária e superveniente concerne, como sabemos, o diverso momento de edição das normas constitucionais. Se, na vigência de certa norma constitucional, se emite um acto (ou um comportamento omissivo) que a viola, dá-se inconstitucionalidade originária. Se uma nova norma constitucional surge e dispõe em contrário de uma lei ou de outro acto precedente, dá-se inconstitucionalidade superveniente (que é só inconstitucionalidade material, pelos motivos acima indicados)" (*Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. Coimbra : Coimbra, 1988. p. 296-297.)

Conseqüências práticas dessa discussão são visivelmente notadas, uma vez se adotando a tese da inconstitucionalidade superveniente ou a da não-recepção. De aparente questão bizantina, dimana a própria ciência sobre qual fonte do direito internacional privado prevalecerá. Desta feita, se no Brasil vingasse a tese do Prof. Meirelles Teixeira seria possível a propositura de ações declaratórias diretas de inconstitucionalidade por conduta comissiva (ADIn), inconstitucionalidade por omissão (ADInO) e constitucionalidade (ADCon), bem assim a dicção de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, num procedimento *inter partes*, com efeitos *ex tunc*, no tocante às leis e aos tratados anteriores à Constituição vigente. O STF, contudo, irrogou a tese da não-recepção. Ao interessado, assim, resta somente a possibilidade de ser declarada a inexistência de vínculo jurídico entre as partes, porquanto este havia sido fundado em norma não-recepção.

Sobeja, destarte, o problema em face das regras infraconstitucionais. Vige no Brasil, no esteio da jurisprudência dominante do STF, a teoria da paridade entre o tratado e a lei nacional.³⁸ Como já se disse, adotou a Corte Excelsa a construção teórica do monismo moderado. O único critério é o temporal: o tratado prevalece sobre as leis internas, anteriores à sua promulgação. Havendo, porém, conflito entre o tratado e as regras legais posteriores, estas últimas não mais lhe guardarão mesura, prevalecendo aquelas sobre esse. É interessante transcrever parte do histórico RE 80.004 (RTJ 83/809, 1978), que declarou a exigibilidade de certas condições de validade às notas promissórias, contrariando expressamente as Convenções Uniformes de Genebra, *verbatim*:

"Embora a Convenção de Genebra que previu uma lei uniforme sobre letras de câmbio e notas promissórias tenha aplicabilidade no direito interno brasileiro, não se sobrepõe ela às leis do país, disso decorrendo a constitucionalidade e conseqüente validade do Dec.-lei 427/69, que instituiu o registro obrigatório da Nota Promissória em Repartição Fazendária, sob pena de nulidade do título".

A mor parte dos cientistas jurídicos nacionais discorda veementemente da postura jurisprudencial agitada no STF. É interessante colacionar, mais uma vez, o recente trabalho do Prof. Luís Roberto Barroso (op. cit., p. 18 *et seq.*), infesto às críticas aduzidas. O constitucionalista carioca defende que a orientação da Corte Suprema cinge-se ao monismo moderado, "em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: *em caso de conflito, (...) prevalece a norma posterior sobre a anterior*".

Em suma, pode-se resolver os conflitos acima arrolados da forma seguinte:

- a) a Norma Constitucional é suprema e incontestável em face dos tratados;
- b) os tratados podem ser incompatíveis verticalmente com a Norma Constitucional;
- c) a incompatibilidade pode-se revelar sob o âmbito formal ou material;
- d) se o tratado incompatível for anterior à Norma Constitucional, existe o fenômeno da não-recepção, impondo-se a declaração de inexistência de relação jurídica;
- e) se o tratado incompatível for posterior à Norma Constitucional, deverá ser almejada a declaração direta ou *incidenter tantum* de inconstitucionalidade;
- f) com a assinatura e incorporação ao direito interno, os tratados passam a gozar da mesma eficácia vinculante que as leis nacionais;
- g) o tratado será "revogado" por lei posterior, havendo incompatibilidade horizontal entre estes, regendo tal processo o primado da *lei posterior revoga a anterior* (art. 2.º, § 2.º, da LICC (LGL\1942\3));
- h) a derrogação do tratado, por incompatibilidade horizontal, implica responsabilidade do Estado, caso não se verifique a mensura à denúncia do instrumento internacional.

A expressão "revogado", com as aspas constantes da alínea *g*, serve para descortinar a imprecisão do termo. Positivamente, havendo superveniência de lei, alteradora ou modificadora da matéria objeto do tratado, é imperativo que o acordo internacional sofra a denúncia que lhe é peculiar. Caso não haja tal procedimento, o país poderá sofrer as sanções internacionais previstas. Ademais, se a denúncia não se verificar e, anos depois, a lei for revogada, o tratado, posto que não sofra repristinação, voltará a ter eficácia plena. Logo, um paradoxo emerge desta linha de idéias: após revogado o tratado ganhará nova existência? Não. *In casu*, teríamos apenas a suspensão de eficácia do acordo interespaçial, com a ulterior edição de lei modificadora, e, com a revogação desta última, o plano da eficácia perderia a obnubilção imposta pela regra legal, habilitando-se as indicações do tratado para nova incidência sobre as relações jurídicas cotidianas.

Em recente decisão do STJ está revelada claramente a opção do julgador brasileiro pela óptica acima descrita. O Min. rel. Eduardo Ribeiro (acórdão em 3.ª T. do STJ, REsp 58.736-MG, j. 13.12.1995, publ. RT 731/217) afirmou a tese da suspensão de eficácia dos tratados, nos termos seguintes, *virgulatem*:

"Considero que tem razão o recorrente quando combate a doutrina sustentada na decisão impugnada, que não corresponde ao entendimento hoje mais aceito. *O tratado não se revoga com a edição de lei que contrarie norma nele contida*. Rege-se pelo direito internacional e o Brasil a seus termos continuará vinculado até que se desligue mediante os mecanismos próprios. *Entretanto, perde eficácia quanto ao ponto em que exista a antinomia. Internamente prevalecerá a norma legal que lhe seja posterior.*" (Destques inovados.)

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Ressalva merece ser feita, no escólio de Hugo de Brito Machado,³⁹ aos tratados em matéria de direito tributário. Positivamente, o Código Tributário Nacional (LGL\1966\26), em seu art. 98, definiu que os "tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha". A norma "pretende dizer é que os tratados e convenções internacionais prevalecem sobre a legislação interna, seja anterior ou mesmo posterior".

A terceira fonte do direito interespacial é o costume. No direito brasileiro sua importância é assaz reduzida, posto que mereça disposição no art. 4.º da LICC (LGL\1942\3): "quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Na definição de Machado Villela⁴⁰ o costume internacional é o acordo tácito dos Estados no sentido de aceitar uma norma obrigatória reguladora da sua conduta nas relações mútuas. Ajusta-se esta conceituação aos preceitos da *comitas gentium*, da cortesia internacional entre os povos, aceitando reciprocamente certos regramentos absolutamente peculiares.

Os aforismas antigos como *locus regit actum* (lei do local da realização do ato jurídico), *lex domicilii* (lei domiciliar), *lex monetae* (lei do país em cuja moeda é expressa), *forum rei sitae* (competência do foro em que se situa a coisa), *forum delicti* (competência do foro em que ocorreu o delito), *lex loci celebrationis* (lei do local da celebração do casamento), a par de sua inserção nos textos legais, deitam raízes nos costumes, que ancilarmente presidiam o direito internacional privado. Partindo desta premissa, podemos observar que os costumes ainda servem como critério de apreciação dos fatos, mediante a confrontação de um dado negócio jurídico de índole internacional com a *mores* e a *consuetudo*.

A jurisprudência, quarta fonte do direito internacional privado, é assim reconhecida por grande parte dos estudiosos, dentre estes Dolinger, Strenger e Valladão. Diante das raras emanações legislativas no direito internacional privado, surge verdadeira a afirmação de Batiffol:⁴¹ "a fonte essencial do direito internacional privado francês ainda se encontra até hoje na jurisprudência da Corte de Cassação e nas jurisdições submetidas a seu controle". Aqui não se fala da Jurisprudência de Ulpiano (*Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*), o conhecimento das coisas divinas e humanas, a ciência do justo e do injusto, mas da *rerum perpetuo et similiter iudicarum auctoritas*, a autoridade das cousas julgadas perpetuamente e do mesmo modo.⁴²

No Brasil, a jurisprudência tem marcada influência como forma de expressão do direito internacional privado. Alguns *leading cases* do Tribunal Excelso ensejaram a construção de importantes enunciados:

- a) Súmula 01 - É vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente de economia paterna (cristalizada após o famoso Caso Biggs, no qual o Reino Unido requêstava a expulsão do assaltante do trem pagador britânico, não tendo sido acolhido o pedido por força da situação fática veiculada no enunciado);
- b) Súmula 335 - É válida a cláusula de eleição do foro para os processos oriundos do contrato (responsável pela suavização do elemento conectivo indicado no art. 9.º da LICC (LGL\1942\3), que faz rutilar o princípio *lex regit actum*);
- c) Súmula 575 - À mercadoria importada de país signatário do GATT, ou membro da

NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

ALALC, estende-se a isenção do imposto de circulação de mercadorias concedida a similar nacional (conforme já aduzimos, nesta decisão, o STF registrou a supremacia constitucional em face dos tratados).

Internacionalistas do porte de Dolinger criticam a parcimônia com que se tem apresentado a jurisprudência no rol de fontes do direito interespaçial. A elaboração pretoriana estaria cingida "praticamente a decisões sobre homologação de sentenças estrangeiras e *exequatur* em cartas rogatórias, matérias atinentes ao direito processual internacional...", bem assim aos campos dos direitos penal internacional e fiscal internacional.

A doutrina, segundo Clóvis Beviláqua,⁴³ é a fonte "...que a todas domina sob o ponto de vista das idéias, que é a criadora de todas as outras, tem menos força obrigatória do que elas, porque não tem propriamente nenhuma. Fala aos espíritos, estimula a consciência do Juiz, provoca a ação do legislador, esclarece as fontes positivas, mas nisto se resume a sua ação". A doutrina desempenha, portanto, um papel dúplice de intérprete e orientadora das elaborações jurisprudenciais, na acertada expressão de Lord Scarman.⁴⁴ A *communis opinio doctorum*, originada no Tribunal dos Mortos, composto por Gaio, Ulpiano, Papiniano, Modestino e Paulo, também se expressa no direito internacional privado através de trabalhos coletivos realizados por entidades científicas como o Instituto do Direito Internacional e a Associação de Direito Internacional.⁴⁵

O trabalho doutrinário informa e serve de esteio aos Magistrados, quando da elaboração pretoriana, surgindo como forma alternativa de revelação do direito. Suprem-se as lacunas legislativas e acentuam-se as necessárias alterações de curso na interpretação de certos normativos. Em alguns casos, a doutrina não merece acolhida, como na tese de que os tratados devem ser respeitados, independentemente das alterações ao texto constitucional. A regra, no entretanto, é a decisiva influência dos autores reconhecidamente doutos na expressão lídima das *nomoi*.

Respeitante aos princípios gerais de direito internacional, é possível coligir na Declaração Universal dos Direitos do Homem (Convenção de Paris de 1948) uma seção específica sobre o tema, em que se erigem algumas *verdades fundantes* como a isonomia entre os homens; a capacidade jurídica decorrente da personalidade, vedando-se institutos odiosos como a morte civil e a escravidão; a liberdade civil e a mesura aos direitos da personalidade; o direito à propriedade. São indicações de carácter imanente, que se inserem nos ordenamentos internos e orientam a atividade legiferativa e hermenêutica do direito internacional privado. Importantíssima, a Convenção da Organização das Nações Unidas sobre o Direito dos Tratados (Convenção de Viena de 1969) também exprime o princípio do *pacta sunt servanda* no que se refere aos tratados: "todo tratado em vigor obriga as partes e deve ser executado por elas de boa-fé".

BIBLIOGRAFIA

AMILCAR DE CASTRO. *Direito internacional privado*. 5 ed. Atualizada por Osíris Rocha. Rio de Janeiro : Forense, 1996. 629 p.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 3 ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. 342 p.

ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de direito internacional privado*. São Paulo :

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

Sugestões Literárias, 1987.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo : Ed. RT, 1961.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996. 299 p.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Princípios elementares de direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Rio, 1906. Tiragem de 1977. 368 p.

DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. 432 p.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte geral)*. 4. ed. amp. atual. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. 476 p.

---. e TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. 1.245 p.

ESPINOLA, Eduardo e ESPINOLA FILHO, Eduardo. *A Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro*. 2. ed. Atualizada por Silva Pacheco. Rio de Janeiro : Renovar, 1995. 3v.

FUSTEL DE COULANGES. *A cidade antiga*. 2. ed. bras. São Paulo : Martins Fontes, 1987. 479 p.

MEIRELLES TEIXEIRA, J. Horácio. *Curso de direito constitucional*. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1991.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo : Malheiros, 1996. 407 p.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. rev. actual. Coimbra : Coimbra, 1988. 4v. v.2. 418 p.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado - Teoria e prática*. São Paulo : Saraiva, 1996.

RUSSOMANO, G.M.C.M. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1956.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Forense, 1978. 627 p.

VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986. 410 p.

(10) *Direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 72.

(15) DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil (LGL\2002\400) brasileiro interpretada*. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 203.

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

(31) Op. cit., p. 50.

(1) *Memória apresentada ao Congresso Jurídico Americano sobre a Unidade do Direito*. Apud BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Tratado elementar de direito internacional privado*. São Paulo : Ed. RT, 1961. p. 129.

(2) *A cidade antiga*. 2. ed. bras. São Paulo : Martins Fontes, 1987. p. 17.

(3) Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 133.

(4) Cf. *Direito internacional privado*. 5. ed. Atualizada por Osiris Rocha. Rio de Janeiro : Forense, 1996. p. 131.

(5) Apud Amílcar de Castro. Op. cit., p. 127.

(6) Op. cit., p. 150.

(7) BEVILÁQUA, Clóvis. Op. cit., p. 19.

(8) Idem, ibidem, p.20.

(9) Idem, ibidem.

(11) BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 185.

(12) As Ordenações do Reino já cominavam semelhante dispositivo (Ord. 3, 59, § 1.º).

(13) DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen. *Vade-Mécum de direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Renovar, 1994. p. 13.

(14) BATALHA. Op. cit., p. 313.

(16) Idem, ibidem.

(17) AMORIM, Edgar Carlos de. Op. cit., p. 9.

(18) *Manual de direito internacional privado*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1987. p. 20-I.

(19) As aspas servem para indicar nossa posição no sentido de inexistir um destinatário propriamente dito para as normas jurídicas, como desejam as teorias imperativistas (cf. Arnaldo Vasconcelos. *Teoria da norma jurídica*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1986, p. 47). Trata-se de mera figura estilística.

(20) DINIZ, Maria Helena. Op. cit., p. 19.

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

(21) Sistema atual do direito romano.

(22) Cf. AMILCAR DE CASTRO. Op. cit., p. 100.

(23) Idem, ibidem.

(24) Cf. BATALHA, Wilson de Souza Campos. Op. cit., p. 4.

(25) AMILCAR DE CASTRO. Op. cit., loc. cit.

(26) FRANKENSTEIN discorda da orientação acima destacada, colocando-se como paladino de uma natureza mista do direito interespacial, *verbis*: "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 desse direito privado. Não é direito público, no sentido de que, por seu intermédio, sejam chamados outros órgãos além dos juízes regulares; mas, pertence ao direito público, de modo semelhante ao processo judiciário civil, que regula por meio de regras de direito público as controvérsias acerca das relações privadas" (*Internationales Privatrecht*. p. 255-256, apud G. M. C. M. Russomano. *O objeto do direito internacional privado*. Rio de Janeiro : José Konfino, 1956. p. 33.

(27) Op. cit., p.34-35.

(28) RUSSOMANO, G. M. C. M. Op. cit., p. 12. Nesta passagem, sobre o objeto do direito interespacial em muito se reproduziu o texto da autora sob comento. Tamanha foi sua influência sobre nosso espírito que, mesmo involuntariamente, é possível haver transcrição literal do seu trabalho sem as devidas referências.

(29) RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado - Teoria e prática*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 5.

(30) Idem, ibidem.

(32) Op. cit., p. 6-7.

(33) Wilson de Souza Campos Batalha (op. cit., p. 58 *et seq.*) julga assim o objeto do direito interespacial: conflito de leis, a nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro; o reconhecimento dos direitos adquiridos no exterior; os conflitos de jurisdição; os conflitos interterritoriais e interpersonais.

(34) STRENGER, Irineu. *Curso de direito internacional privado*. Rio de Janeiro : Forense, 1978. p. 78.

(35) Idem, p. 103.

(36) AMORIM, Edgar Carlos de. Op. cit., p. 20.

(37) *Interpretação e aplicação da Constituição*. São Paulo : Saraiva, 1996. p. 18 *et seq.*

**NOTAS À CIÊNCIA DO DIREITO INTERNACIONAL
PRIVADO**

(38) RECHSTEINER, Beat Walter. Op. cit., p. 67.

(39) MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 11. ed. rev. atual. ampl. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 56-57.

(40) Op. cit., p. 21.

(41) DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado (parte geral)*. 4. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 65.

(42) AMILCAR DE CASTRO. Op. cit., p. 113.

(43) Op. cit., p. 92.

(44) Para este membro da Corte Suprema da Inglaterra, as lições de Dicey, pai do *Conflict of Laws* no Império Britânico, tinham a mesma importância para os Juízes que os precedentes jurisprudenciais (*case law*), tão peculiares ao direito insular.

(45) Cf. DOLINGER, Jacob. Op. cit., p. 63.