

JACOB DOLINGER

UERJ

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

(Parte Geral)

55 edição ampliada e atualizada, 1997

P.108 e ss.

Antiguidade

Na Grécia e em Roma o estrangeiro não tinha direitos, pois estes derivavam exclusivamente da religião, da qual era excluído o alienígena.

Fustel de Coulanges, em seu clássico “A Cidade Antiga”, explica que na Antiguidade “a religião abria entre o cidadão e o estrangeiro profunda e indelével distinção, vedado a este participar do direito de cidade”. Invoca o depoimento de Demóstenes, que assim justificava a posição dos atenienses. “É que devemos pensar nos deuses e conservar aos sacrifícios a sua pureza.” Excluir o estrangeiro significava, pois, «velar pelas cerimônias santas”. “Admitir o estrangeiro entre os cidadãos é dar-lhe participação na religião e nos sacrifícios.”¹

Em sua explanação sobre os dois grandes centros culturais e jurídicos da Antiguidade, diz Fustel 2 que o estrangeiro, por não participar na religião, não tinha direito algum, as leis da cidade não existiam para ele. Não podia ser proprietário, não podia casar-se, os filhos nascidos da união de um cidadão e uma estrangeira eram considerados bastardos, não podia o alienígena contratar com cidadãos e não podia exercer o comércio, vedado lhe era herdar de um cidadão e um cidadão dele não podia herdar.

1 FUSTEL DE COULANGES, «A Cidade Antiga», págs. 240/1.

2 FUSTEL, op. cit., pág. 242.

Quando se verificou a necessidade de haver justiça para o estrangeiro, é ainda Fustel 3 quem informa, criou-se um tribunal excepcional- Roma tinha pretor para julgar o estrangeiro, o pretor peregrinus, ~, em Atenas, o juiz dos estrangeiros era o polemarcha, o magistrado encarregado dos cuidados da guerra e de todas as relações com o inimigo.

Na Índia antiga os nascidos fora do território eram considerados impuros. em nível abaixo dos párias e dos sudras.

No Egito só os ribeirinhos do Nilo eram puros, o resto da terra era a sede da impureza. O egípcio não abraçaria um grego, não se serviria da faca de um grego, não comeria carne de um boi que tivesse sido cortado com a faca de um grego, nem comeria na companhia de estrangeiros.⁴

Na Caldéia e na Assíria não havia reconhecimento de direitos do estrangeiro. Já na Pérsia revelou-se certa tolerância para com determinados povos estrangeiros, o mesmo ocorrendo na China antiga.⁵

A conclusão que os autores tiram deste panorama da Antiguidade é de que, não tendo os estrangeiros participação na vida jurídica, os direitos locais jamais entravam em choque com direitos estrangeiros, irexistindo possibilidade de conflito e, portanto, desconhecido ~ Direito Internacional Privado.

Luiz Gania e Silva lembrava em suas aulas da USP⁶ que no Pentateuco encontram-se várias referências ao trato do estrangeiro, pregando-se a igualdade e estabelecendo-se penas para quem ofendesse o peregrino.

3 FUSTEL, ~p. loc. cit

4 Vide Antigo Testamento, Gênesis, cap. 43, versículo 32.

5 Vide WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, “Tratado Elementar de Direito Internacional privado”, vol. 1, págs. 129 e 131.

6 LUIZ GAMA E SILVA, Ponto 14” das Aposti]as anotadas por seus discípulos, cedidas ao autor pelo Professor LUIZ FERNANDO WHITTAKER TAVARES DA CUNHA

7 Vide no Velho Testamento os seguintes trechos: no Livro Êxodo, 22/20: “Não entristecerás, nem afligirás o estrangeiro, porque também vós fostes estrangeiros na terra do Egito” no Livro Levítico, 19/3~34: « Se algum forasteiro habitar na vossa terra, e morar entre vós, não lhe façais vitupério, mas que ele seja entre vós como se fosse ufl natural, e vós o amareis como a vós mesmos, porque também vós fostes esu.attgeirOs no Egito”; no Livro Números, 15/15: «Será uma mesma lei e uma mesma o~denação tanto para vós como para os que são estrangeiros no vosso país.” Verifica-se que a lei mosaica, ao invés de discriminar e afastar o

Werner Goldschmidts observa que às vezes as cidades gregas celebravam entre si convênios de ajuda judicial em que determinavam que juízes seriam competentes para litígios que viessem a ocorrer entre pessoas das diferentes cidades, que continham, excepcionalmente, normas assinalando o direito que seria aplicável.

Vigia em Roma originariamente o *jus civile* para os cidadãos romanos e *jus Peregrinum* para os estrangeiros. Diante dos contatos entre peregrinos de origens diversas e de peregrinos com cidadãos romanos, foi criado o *jus gentium*, destinado a disciplinar estas relações jurídicas. Descortinam aí alguns autores uma manifestação de Direito Internacional Privado, pois que encerrava uma solução para o conflito entre regimes jurídicos diversos.

Mas, advertem outros autores,⁸ o *jus gentium* “não era outra coisa senão um complexo de normas de direito material”.

E como tal, diz Amílcar de Castro, “o *jus gentium* era a negação do Direito Internacional Privado, já que se destinava à direta apreciação de relações estabelecidas entre peregrinos, uns com os outros, ou entre romanos e peregrinos”⁹

Desejam com isto os autores indicar que o *jus gentium* não representava um sistema de normas indiretas, indicadoras de direito aplicável, mas era ele próprio um sistema uniforme de normas diretas, substantivas, a ser aplicado a romanos e peregrinos sem distinções. E Direito Uniforme não seria Direito Internacional Privado, pois, pelo contrário, sua antítese.

A doutrina moderna considera o direito uniforme como um dos métodos utilizados pela ciência que visa solucionar os conflitos de leis. Neste espírito poderia dizer-se que quando os romanos formularam um sistema jurídico uniforme que passou a ser aplicado para as relações jurídicas entre romanos e peregrinos — e mais tarde para todos, inclusive romanos entre si, criaram efetivamente

estrangeiro, como as outras culturas antigas, acolhia-o com consideração, equiparando-o juridicamente à população judaica. Vide a este respeito JOÃO BARBA. LHO, “Constituição Federal Brasileira — Comentários”, pág. 299.

⁸ WERNER GOLDSCHMIDT, “Derecho Internacional Privado — Derecho de la Tolerancia”, págs. 61/2.

⁹ FERRER CORREIA, “Lições de Direito Internacional Privado”, pág. 199.

¹⁰ AMÍLCAR DE GASTRO, “Direito Internacional Privado”, págs. 130/131. FRITZ STURM, «Comment l'Antiquité réglait-elle ses conflits de lois?», CLUNET, 1979, págs. 259 e segs., sustenta que tanto os gregos como os romanos detectaram conflitos e formularam soluções.

uma solução para os conflitos de leis, no que se descortinaria um primórdio do Direito Internacional Privado.

Os Bárbaros e a Personalidade das Leis

A invasão do Império Romano pelos bárbaros no século V acarretou alterações no panorama jurídico europeu, institucionalizando-se o sistema que se convencionou denominar da personalidade da lei, no qual cada pessoa era livre para reger sua vida pela lei de sua origem. *La race émigre, la loi la suit*.

O historiador Gibbon narra que os merovíngios não impunham suas leis, permitindo que cada grupo humano de seu Império vivesse de acordo com suas próprias instituições, tolerância esta que beneficiava inclusive os romanos.” Assim, conviviam ao mesmo tempo e no mesmo território o direito romano e diversos direitos bárbaros, numa verdadeira Torre de Babel, concebendo-se relações jurídicas entre pessoas de diferentes origens e regidas por leis diversas.

Oscar Tenório, invocando a lição do historiador do D.I.P., E. M. Meijers¹², mostra que já existiam certas regras de conflito naquela época, eis que na venda aplicava-se a lei do vendedor, na sucessão seguia-se a lei nacional do de cujus e a mulher se submetia à lei do marido.¹³

O Regime Feudal e a Territorialidade das Leis

A personalidade das leis ocasionava a conservação das leis antigas, em que cada agrupamento humano mantinha-se fiel aos costumes de sua grei.

Ocorre que a mistura dos povos através dos casamentos, o esquecimento dos usos jurídicos, as migrações que levavam os povos

¹¹ EDWARD GIBBON, “The Decline and Fall of the Roman Empire”, cap. XXXVIII. Vide MONTESQUIEU, “O Espírito das Leis”, Livro XXVIII, cap. 2: “os francos eram julgados pelas leis dos francos, os germanos pelas leis dos germanos, os burgúndios pelas leis deles, e os romanos pela lei romana; aos conquistadores daquela época não ocorria a idéia de unificar as leis e por isto não pensavam em se tornar legisladores dos povos que haviam conquistado”.

¹² OSCAR TENÓRIO, “Direito Internacional Privado”, 11ª ed., 1ª vol., pág. 171. ¹³ Em GIBBON, op. cit., se lê: “The children embraced the law of their parents, the wife that of her husband, the freedman that of his patron.”

para lugares de condições diferentes, iam ocasionando a ruptura das tradições e dos hábitos ancestrais.

Outrossim, a evolução social pede novas leis e estas só se criam dentro de um quadro de origem e de autoridade territoriais.

E ainda há a considerar que a evolução dos fenômenos socio-economicos acarretou transformações no panorama político da Europa, que repercutiram no plano jurídico, com a fixação do homem sobre a terra, a organização dos feudos e a sua autonomia sob o comando de um senhor feudal, que não admitia outra lei senão aquela por ele determinada. Com o regime feudal encerra-se o período da personalidade da lei e instala-se o da territorialidade da lei, transformação ocorrida no século IX.

Submetidas as populações exclusivamente às leis vigentes em seus territórios, não se verificava conflito de leis, daí inexistente na época feudal qualquer interesse pelo D.I.P.

Novas alterações no plano econômico iriam alterar mais uma vez o panorama, para dar início ao lento desenvolvimento de uma nova ciência.

Os Centros de Mercância da Idade Média

A Itália não teve um regime feudal muito acentuado, especialmente no norte, cujas cidades-repúblicas mantiveram elevado grau de soberania e foram se tornando centros de comércio com intenso movimento mercantil interurbano. Escreve Ferrer Correia¹⁴ que a partir do século XI as cidades do norte da Itália, como Módena, Bolonha, Florença, Pádua, Gênova e Veneza, que haviam se tornado importantes centros comerciais, começam a reduzir a escrito o seu direito consuetudinário e a firmar os estatutos locais, que se ocupam principalmente das relações jurídicas de direito privado, diferindo uns dos outros. “Ora essas cidades italianas do Norte entregam-se em larga escala ao exercício do comércio e isto origina contatos cada vez mais freqüentes entre habitantes de diferentes cidades. Mercadores de Bolonha ou Florença passam amiúde as portas de Módena ou Veneza, para aí estabelecer relações de comércio com mercadores locais. Muito cedo acontece tornar-se freqüente o caso de ser demandado perante as justiças de uma cidade

um habitante de outra cidade. E surge então a pergunta: qual o estatuto aplicável nestes casos?”¹⁵

Os autores transcrevem um texto latino encontrado pelo internacionalista e historiador do Direito Internacional Privado, Karl Neumeyer, que seria “o mais remoto vestígio de direito internacional privado de que até agora se tem notícia”,¹⁶ e que assim reza: “Mas, pergunta-se: se homens de diversas províncias, as quais têm diversos costumes, litigam perante um mesmo juiz, qual desses costumes deve seguir o juiz que recebeu o feito para ser julgado? Respondo: deve seguir o costume que lhe parecer mais preferível e mais útil, porque deve julgar conforme aquilo que a ele, juiz, for visto como melhor. De acordo com Aldricus.”

“Mais preferível”, “mais útil”, “melhor” - Esta era uma solução ambígua e insatisfatória, sustenta Martin Wolff,¹⁷ pois é duvidoso se o direito melhor e mais útil significa o direito que tenha conexão mais real com a matéria sob litígio, ou se o mestre Aldrico se referia à qualidade do direito em si. Esta solução parece a mais provável, conclui. Outros autores preferiram interpretar de acordo com a primeira opção apresentada por Wolff.

Com este parecer de Aldricus, jurista bolonhês da segunda metade do século XII, teria nascido a ciência do D.I.P., daí alguns autores atribuírem a esta ciência oito séculos de existência. Já outros estudiosos consideram que, originariamente, e durante longo tempo, as questões de caráter internacional eram analisadas como parte integrante do direito primário, e que só no século XIX é que a ciência adquiriu autonomia científica.

Amilcar de Castro¹⁸ observa que apesar de serem conhecidas as demonstrações históricas de Meijers no sentido de que, concomitantemente ao que ocorria no norte da Itália, também nos Países-Baixos, na França, Alemanha e Inglaterra a atenção dos estudiosos era despertada para os problemas causados pela diversidade dos costumes das diferentes localidades, não há dúvida de que o parecer de Aldricus é até hoje o mais antigo documento em que se esboçou claramente a problemática do conflito de leis e de uma solução para o mesmo.

14 FERRER CORREIA, op. cit., págs. 200/201.

15 Autor, op. loc. cit.

16 AMILCAR DE CASTRO, op. cit., pág. 127.

17 MARTIN WOLFF, “Derecho Internaciónal Privado”, pág. 22.

18 AMILCAR DE CASTRO, op. cit., pág. 128.

As cidades do norte da Itália, que se caracterizavam por sua soberania, dispunham de legislação própria, independente do direito romano e do direito germânico: Tais leis municipais ou provinciais eram conhecidas como Estatutos, contendo normas sobre os mais variados campos do direito, incluindo prescrições administrativas, disposições de direito penal, direito civil e direito comercial.

Estes estatutos e os conflitos que entre os mesmos se verificavam foram objeto da especulação dos estudiosos dos séculos XIV ao século XVIII, período em que surgiram diversas teorias sobre as soluções a serem equacionadas para todo tipo de conflitos, fruto do trabalho das denominadas escolas estatutárias, em número de quatro.

As primeiras três escolas estatutárias foram a italiana (século XIV), a francesa (século XVI) e a holandesa (século XVII). Sobre esta divisão é pacífica a doutrina. A quarta escola, identificada como a escola alemã do século XVIII ou como a segunda escola francesa, do século XVIII, nada de novo trouxe ao D.I.P., limitando-se a desenvolver e aperfeiçoar o que já fora criado até o final do século XVII pelas três famosas escolas estatutárias.

Escola italiana — Os estudiosos do direito romano dos séculos XI, XII e XIII eram conhecidos como glosadores devido às glosas — marginais e interlineares — que introduziram nos antigos textos romanos, em que os comentavam, procurando encontrar a melhor interpretação das antigas leis. O texto de Aïdricus, acima transcrito, é um produto desta época e deste tipo de estudos e comentários.

A escola italiana teve como precursor, ainda no século XIII, o romanista Accursius que glosou um texto romano que, a rigor, nenhuma relação tinha com a disciplina do D.I.P.

No Código, uma das partes componentes do Corpus Juris Civilis De Justiniano, encontra-se uma constituição intitulada “Da Excelsa Trindade e Fé Católica...”¹⁹ que se inicia com as seguintes palavras:

19 Por meio desta constituição — De Summa Tiinitate et fide Catholica, três Imperadores romanos, Gratiano, Valentiniano e Teodósio, tentaram forçar todos os romanos a seguir o Cristianismo.

« Queremos que todos os povos (Cunctos populos) que vivem sob nosso império, regidos por nossa Clemência, adotem a religião que o Apóstolo São Pedro transmitiu aos romanos. » Esta conclamação religiosa tinha uma característica espacial, pois limitava a ordem imperial aos povos que viviam sob sua jurisdição.

Nesta constituição Accursius inseriu uma glosa que dizia o seguinte: “Porém, se um bolonhês for acionado em Módena, não deve ser julgado segundo os estatutos de Módena, aos quais não está submetido, pois está dito que a eles rege o poder de nossa Clemência”; em outras palavras, o estatuto de Módena não é competente para julgar o bolonhês, assim como a ordem dos imperadores romanos não afetava aqueles que não viviam sob sua jurisdição ou clemência²⁰

Uma clássica indagação da escola dos glosadores se referia à hipótese do milanês que fizesse seu testamento durante uma viagem a Veneza. O ato deveria ser regido pela lei de Milano (lei nacional do testador) ou pelo estatuto de Veneza (lei do lugar da celebração do ato)?

Aos glosadores seguiu-se nos séculos XIV e XV a escola dos pós-glosadores, modernamente denominados “comentaristas”²¹ que redigiam comentários às glosas em que desenvolviam distinções escolásticas, afastando-se dos textos justinianos e, no dizer de Amílcar de Castro²² “perdiam-se em prolixas digressões doutrinárias, às vezes sem relação com a passagem glosada, com a glosa correspondente, visando constituir direito novo, direito comum, que se prestasse a satisfazer às necessidades da Itália”. O autor compara as grandes figuras desta escola de pós-glosadores, Cino di Pistoia, Bártolo (1314-1357) e Baldo (1327-1400); aos exponenciais da literatura italiana da época, Dante, Petrarca e goccaccio. Os dois grupos contribuíram marcadamente para a unificação da pátria italiana, então dividida politicamente em várias cidades independentes.

Os pós-glosadores descobriram a distinção entre regras processuais e regras de fundo. Aquelas, ordinatória litis, deveriam reger-se pela lei do foro, e estas, decisoria luis, obedeceriam à regra locus regit actum, que ordenava a aplicação da lei do local em que

20 A glosa de ACCURSIUS data de 1228.

21 Vide R.C. VAN CAENEGEM, ‘An Historical Introduction to Private Law’, pág. 52.

22 AMILCAR DE CASTRO, op. cit., pág. 138.

o ato jurídico se realizava. Esta última regra tinha naquela época um sentido amplo, pois abrangia tanto a forma como o fiando dos atos jurídicos.

Também foi esta escola que determinou que os delitos devem ser submetidos à lei do lugar de sua perpetração (*lex loci delicti*), norma hoje adotada no Direito Internacional Privado como regra básica não só no campo do direito penal, como também para a responsabilidade civil.

Entre os pós-glosadores destaca-se a figura e a obra de Bártolo de Sassoferrato, um dos mais eminentes criadores da teoria e das normas do D.I.P., que viveu de 1314 a 1357, tendo lecionado direito sucessivamente em Bologna, Pisa e Perugia.

Bártolo distinguiu entre os direitos reais e os direitos pessoais, noção importante para a elucidação de muitas questões em que ocorrem conflitos, como, por exemplo na sucessão do inglês que deixasse bens na sua terra e na Itália. Segundo a lei inglesa daquela época, a sucessão se transmitia exclusivamente para o primogênito, o que não ocorria na legislação italiana. Reger-se-ia a sucessão pela lei pessoal do falecido ou pela lei territorial dos bens?

Especula o famoso pós-glosador em torno da redação das leis sucessórias envolvidas. 23 Se elas se referirem diretamente aos bens herdados, aplicar-se-á a lei da situação dos bens que compõem a herança, mas se se referirem à pessoa, iniciando-se a norma com uma referência ao primogênito, tudo dependerá se o falecido é ou não inglês: na primeira hipótese o primogênito fica com todo o patrimônio sito na Inglaterra; se não é inglês a norma não se refere a ele, nem mesmo com relação aos bens sitos naquele país.

Bártolo estabeleceu que a lei do lugar do contrato é adotada para as obrigações dele emanadas, enquanto que a lei do lugar de sua execução rege as consequências da negligência ou da mora na execução;²⁴ criou a teoria dos estatutos estrangeiros de caráter odioso, inaplicáveis no foro, origem da teoria da ordem pública do Direito Internacional Privado, e em matéria testamentária decidiu que as formalidades obedecem à lei do lugar onde elaborado o ato de última vontade.

As soluções fixadas por Bártolo (algumas já haviam sido formuladas por outros representantes da escola italiana como Jacobus

Balduin, Cinus de Pistóia e Guilherme de Cuneo, mas foram desenvolvidas por Bártolo) chegaram até nossos dias, sendo ele o grande propulsor do Direito Internacional Privado.

Por ocasião do 600 aniversário do nascimento de Bártolo, em 1914, a “Harvard University Press” publicou uma tradução do ensaio que Bártolo escreveu sobre o Conflito das Leis efetuada por Joseph Henry Beale, grande autoridade norte-americana em D.I.P. na primeira metade do século XX. Em sua introdução, o tradutor escreve: “Bartolus de Sassoferrato é a mais imponente figura entre os juristas da Idade Média. A ele se deve a primeira manifestação sobre as doutrinas do Conflito das Leis, que se tornou clássica... texto que é o ponto de partida e a autoridade invocada para todas as obras subsequentes sobre a matéria durante quinhentos anos.

E Laurent 25 assim escreveu sobre o pós-glosador: “Longo foi o reinado de Bártolo nos tribunais e na ciência jurídica. Alguns chamaram-no o pai do direito, outros o lampião do direito. Diziam que a substância da verdade se encontra em suas obras, e que o melhor que os advogados e os Juizes podem fazer é seguir suas opiniões.»

Escola francesa — A escola francesa se desenvolveu no século XVI, trazendo valiosa contribuição para o progresso do Direito Internacional Privado. Nela pontificaram Charles Dumoulin e Bernard d’Argentré. O primeiro introduziu a teoria da autonomia da vontade, lançando as bases do processo qualificador e d’Argentré advogou a teoria do territorialismo.

Dumoulin, que viveu de 1500 a 1566, foi advogado parisiense e mais tarde lecionou em universidades alemãs. Sua principal contribuição situa-se no plano dos contratos. Entendia-se que o fundamento para a aplicação da lei do lugar da assinatura do contrato para as questões de fundo derivava da presunção de que as partes, ao escolher um local, desejavam submeter-se às leis nele vigentes.

Todavia ninguém se dera conta da consequência lógica deste fundamento, que acabou sendo formulada por Dumoulin, ao afirmar que se as partes desejarem, poderão perfeitamente escolher outra lei, como, por exemplo, a lei do local da situação do bem. Assim nasceu a teoria da autonomia da vontade, de grande importância no campo do direito internacional das obrigações.

23 Vide “Bartolus on the Conflict of Laws”, págs. 45/6.

24 BARTOLO, op. cit, págs. 19 e 22.

25 F. LAURENT, “Le Droit Civil International”, pág. 299.

Dumoulin aplicou sua idéia a um caso concreto que se tornou famoso. Em 1525 contraíram núpcias em Paris dois jovens, tendo a mulher adquirido na constância do casamento um bem imóvel no sul do país, onde vigorava o regime dotal, pelo qual o imóvel pertencer-lhe-ia com exclusividade, enquanto que no norte, inclusive Paris, o regime era o da comunhão. Deveria aplicar-se a lei parisiense, do domicílio do casal, ou a lei do local da situação do imóvel?

Em seu parecer Dumoulin introduziu um novo elemento — a vontade tácita dos cônjuges ao contrair núpcias em Paris. Se os cônjuges tivessem explicitado ao casar que adotavam o regime da comunhão, este se aplicaria a todos os bens, onde quer que situados. Na ausência desta manifestação, admite-se interpretar suas vontades, e a escolha de Paris como domicílio matrimonial indica a vontade de adotar o regime de bens aí vigente.

Assim raciocinando, Dumoulin classificou o regime de bens na categoria dos contratos; esta foi a primeira manifestação da teoria das qualificações que procura a correta classificação dos atos e negócios jurídicos, para que se lhes possa aplicar a regra de D.I.P. adequada e que três e meio séculos mais tarde iria ser introduzida na teoria do D.I.P. por Etienne Bartin, um dos grandes mestres franceses.

D'Argentré (1519-1590) era magistrado na Bretanha, e sua contribuição para o D.I.P. está contida na obra que escreveu como comentário ao artigo 218 dos Costumes da Bretanha «De statutis personalibus et realibus». A Bretanha do século XVI ainda estava muito influenciada pelo regime feudal e se esforçava para manter suas particularidades políticas e jurídicas contra as tentativas de unificação. D'Argentré defendia a independência da sua terra no plano jurídico, pelo que considerava os conflitos entre seus costumes e o das outras regiões como conflitos de dois sistemas soberanos e autônomos e não como meros conflitos inter-regionais, passíveis de eliminação pela unificação.

Por advogar a independência e a autonomia, D'Argentré criou uma teoria particularista, preocupando-se exclusivamente com a

defesa dos interesses bretões e procurando aplicar suas leis sempre que fosse possível. Particularismo significa territorialismo, ou seja, as leis bretãs na Bretanha e não além, pois «finita potestas, finitae jurisdictio ei cognitio». Por outro lado, as leis estrangeiras não deveriam ser aplicadas na Bretanha, pelo que todos os bens imóveis sítos em seu território e todas as pessoas nele domiciliadas deveriam ser regidas pelas leis locais, restringindo-se ao máximo a aplicação da lei estrangeira.

D'Argentré sistematiza a distinção entre o estatuto real (concernente aos bens), de caráter territorial e o estatuto pessoal (concernente à pessoa), hipertrofiando aquele em detrimento deste, que fica restrito às questões relativas à personalidade.

Reconhecendo a impossibilidade de classificar todas as instituições nestas categorias, criou uma terceira, os estatutos mistos, em que integrou os estatutos que concernem às pessoas e às coisas conjuntamente, aplicando a esta categoria as mesmas regras do que aos estatutos reais.

Todas as instituições reais e mistas seriam regidas pela lei territorial e as instituições pessoais pela lei pessoal, adotado o critério do domicílio da pessoa (e não de sua nacionalidade), opção esta também de caráter territorialista.

Na dúvida sobre a natureza de um estatuto ou costume, deverá ser considerado real: “omnia statuta in dubio realia”.

D'Argentré era um dogmático que punha acima de tudo sua lei; o normal, dizia ele, é que o juiz aplique sua própria lei, e só excepcionalmente admite invocar lei estrangeira. Esta é até hoje a inclinação de muitos doutrinadores e magistrados em todas as partes do mundo.

Na França, as idéias de D'Argentré não foram bem recebidas, mas na Holanda e na Grã-Bretanha foram muito bem acolhidas. A rejeição de leis estrangeiras encontrou em D'Argentré seu primeiro grande defensor. Seguir-se-ia Huber, já pertencente à próxima escola estatutária.

Escola holandesa — A Holanda aspirava emancipar-se, daí ter sido muito bem-vinda a teoria territorialista de D'Argentré, de fundo eminentemente nacionalista. Paul e Jean Voet, Christian Rodenburg e Ulrich Huber, as figuras principais do Direito Internacional Privado holandês do século XVII, comentaram as idéias da escola

26 Vide HENRI BATIFFOL e PAUL LAGARDE “Droit International Privé”, vol. 1. pág. 264 e LOUSSOUARN e BOUREL, “Droit International Privé”, págs. 90/1, sobre o entendimento de DUMOULIN de classificar o regime de bens na categoria dos contratos.

estatutária francesa, principalmente a doutrina de D'Argentré, nascendo assim a escola estatutária holandesa.

Os holandeses evoluíram para um territorialismo ainda mais acentuado do que D'Argentré, eis que, enquanto este admitia que os bens móveis seguissem a pessoa, de acordo com o brocardo *mobilia sequuntur personam*, ficando submetidos ao estatuto pessoal, os jusinternacionalistas holandeses submetiam os móveis ao estatuto real.

Huber 27 notabilizou-se por seu escrito “De conflictu legum diversarum in diversis imperiis», em que enunciou três princípios:

- a. as leis de cada Estado imperam dentro das suas fronteiras e obrigam a todos os súditos deste Estado, mas não produzem efeitos além destes limites;
- b. súditos de cada Estado são todos aqueles que se encontram no seu território;
- c. os soberanos de cada Estado conduzem-se de modo a tornar possível que as leis de cada país, depois de terem sido aplicadas dentro das suas fronteiras, conservem sua força e eficácia além das fronteiras, o que ocorre pela teoria da *comitas gentium*, cortesia internacional, que permite a aplicação extraterritorial das leis internas.

Eventualmente a *comitas* passou a ser interpretada não como mera cortesia estendida a outro país, cuja legislação seria atendida, mas como aplicação do direito estrangeiro que constituía a satisfação de uma exigência da própria justiça que se deseja alcançar na solução do caso.

J. H. C. Morris 28 mestre britânico do D.I.P., sintetiza a teoria huberiana da seguinte forma: “Nas suas duas primeiras máximas Huber proclama, mais claramente do que qualquer um antes dele,

27 Para FRANÇOIS RIGAUX, « Précis de Droit International Privé », pág. 42, o Direito Internacional Privado propriamente dito nasceu com a Escola holandesa, eis que as escolas anteriores cuidaram de conflitos de leis relativamente homogêneas, de caráter interterritorial, ou se limitavam a conflitos entre o direito romano e os costumes e estatutos locais. Segundo FRITZ STURM, op. cit., pág. 260, RODENBURG e não HUBER teia sido o primeiro jurista da era moderna que se referiu aos conflitos de leis de nações diversas.

28 J. H. C. MORRIS, «The Conflict of Laws», pág. 518.

que todas as leis são territoriais e não podem ter força e efeito além dos limites do país em que foram promulgadas, mas obrigam todas as pessoas que se encontram dentro do país, sejam elas naturais ou estrangeiras. Esta insistência de Huber na natureza territorial da lei conquistou a simpatia dos magistrados ingleses e americanos. Em seguida, na sua terceira regra, Huber oferece duas explicações para o aparente paradoxo constituído pela aplicação do direito estrangeiro além das fronteiras do país que as promulga, apesar da doutrina da soberania territorial. Sua primeira explicação é de que isto ocorre simplesmente porque o outro soberano consente que assim se faça. Sua segunda explicação é de que não se aplica e executa o direito estrangeiro como tal, mas se reconhece os direitos a que o mesmo deu origem. Esta terceira regra também contém as raízes da doutrina da ordem pública.”

Huber, com seu territorialismo e sua teoria de que só se admite aplicar a norma jurídica estrangeira na medida em que ela tenha criado direitos adquiridos — *vested rights* —, teve enorme influência no direito anglo-americano.

Doutrinas Modernas

Transcorrido o século XVIII, em que se aperfeiçoaram as idéias dos estatutários das três escolas, sem que nada de especialmente original tivesse surgido no panorama do D.I.P., a ciência jurídica inaugura o século XIX com o Código Civil de Napoleão (1804), seguido do Código Civil italiano (1865) e encerrando-se com o Código Civil alemão (1896), contendo as três legislações regras básicas sobre a solução dos conflitos de leis, conforme será visto ao longo do estudo da disciplina.

Paralelamente, é nesta época que surgem e pontificam as maiores figuras do moderno Direito Internacional Privado dois

29 O trecho de HUBER transcrito por MORRIS reza “Sovereigns will so adjust the force of their laws that the rights acquired within the limits of a government — para que direitos adquiridos dentro dos limites de um governo — retain their force everywhere — mantenham seus efeitos por toda a parte (2) — so far as they do not cause prejudice to the power of the rights of such government or of its subjects — desde que não causem dano ao poder ou direitos deste governo ou de seus cidadãos (3). No (1) temos a *comitas*, no (2) os direitos adquiridos e no (3) a reserva da ordem pública.

autores consagrados e reverenciados até os dias de hoje: Savigny o historiador e filósofo, e Story, o grande sistematizador.

JOSEPH STORY—Juiz da Suprema Corte norte-americana, ilustre comentarista da Constituição de seu país, professor da afamada Universidade de Harvard, publicou em 1834 “Commentaries on the Conflict of Laws, foreign and domestic, in regard to marriages, divorces, wills, successions and judgments”. Lorenzen, um dos principais autores americanos de D.I.P. do século atual, referiu-se à obra de Story como sendo “a mais notável e importante obra sobre o conflito das leis que apareceu desde o século XIII em qualquer país, em qualquer língua.”³⁰

A respeito das obras de Story e Savigny é interessante reproduzir o depoimento de Dicey,³¹ consagrado constitucionalista britânico e a maior autoridade em D.I.P. da Grã-Bretanha que, logo após a publicação da primeira edição de seu “Conflict of Laws”, em 1896, assim escreveu a respeito de sua própria obra a um amigo: “Na aparência lembra o livro de Story. Mas não posso gabar-me de qualquer outra semelhança. Pois, após ter lido muito sobre o Conflito das Leis, estou certo de que Story e Savigny escreveram os únicos grandes livros sobre a matéria e considerando o estado da especulação jurídica no tempo e no país de Story, parece-me que entre os dois, Story empreendeu a maior façanha.”

Savigny recebeu um exemplar do livro de Story, que lhe foi enviado pelo próprio autor,³² a ela se referindo no prefácio de sua obra como “a excelente obra de Story, tão rica em informações, tão útil à pesquisa” -

Em aula inaugural proferida na Universidade de Harvard no dia 28 de agosto de 1829, Story apresentou o plano de sua obra sobre o conflito das leis, dizendo que nela se dedicaria ao “exame de uma variedade de questões muito interessantes que decorrem

30 Videj. H. C. MORRIS, op. cd., pág. 519. A vida e obra de STORY são narradas por SEYMOUR J. RUBIN, “JOSEPH STORY Jurista, Educador y Magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos”, Sexto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano pág. 9.

31 DICEY AND MORAIS, “The Conflict of Laws”, Biographica] Note, pág. XVI.

32 Conforme narra KURT H. NADELMANN, « Observations sur la Seconde Édition des ‘Commentaries on the Conflict of Laws’ de Joseph Story, à l’Occasion de son Bicentenaire ” REVUE, 1981, pág. 1, 9.

da aplicação de um direito estrangeiro: o domínio que se costuma denominar de *lex fori* e *lex loci*. Entre estas questões, figuram a da fixação do domicílio no estrangeiro, dos casamentos, divórcios e dos crimes que contêm um elemento de estraneidade; as questões dos testamentos e das sucessões; das liberalidades e dos contratos; do efeito da prescrição estrangeira, do processo estrangeiro e dos julgamentos estrangeiros. E também, de forma incidental, a questão da natureza e da extensão do poder de jurisdição dos tribunais na administração de justiça aos estrangeiros e sobre o valor e o efeito a ser reconhecido às ordens dos tribunais estrangeiros”.

Está aí uma síntese feliz do campo de estudos da nossa disciplina por um autor americano que tinha um horizonte europeu da matéria, consciente de que conflitos ocorrem não só no plano interno dos E.U.A. em que as legislações estaduais divergem entre si, como também no plano internacional (o que não inspirou os jusinternacionalistas norte-americanos), utilizando o sistema anglo-americano de examinar e comentar a experiência dos tribunais. Na primeira edição de seu livro, Story citou cerca de quinhentas decisões da jurisprudência e na segunda edição, este número foi enriquecido para aproximadamente setecentos julgados.³³

Story expõe os princípios territorialistas de D’Argentré, aperfeiçoados por Huber, sem se comprometer com suas teorias.

O mestre de Harvard foi o primeiro a empregar a denominação “Direito Internacional Privado”, e, não aceitando a divisão da matéria em estatutos pessoais, reais e mistos como o faziam os autores europeus de sua época, versa os inúmeros temas separadamente, como delineara em sua aula inaugural.

A contitas gentium dos holandeses significando a gentileza internacional conto justificadora de aplicação de leis estrangeiras, foi substituída por Story pela noção de que a aplicação do direito estrangeiro se faz na busca da boa justiça.

Em suas edições posteriores, Story³⁴ transcreve uma decisão da Suprema Corte norte-americana, no caso *Bank of Augusta v. Earle*,

33 Cf. NADELMANN, op. cit., pág. 2.

34 STORY, op. cit., págs. 44/5. PIMENTA BUENO, o primeiro autor brasileiro de D. I. P., publicou em 1863 “Direito Internacional Privado e Aplicação de seus princípios com referência às Leis Particulares do Brasil”, assim escrevendo à pág.

em que o Justice Taney, ao expor a razão para aplicar lei estrangeira disse que “é ocioso enumerar os exemplos em que, na prática generalizada dos países civilizados, as leis de um país, por cortesia das nações, são reconhecidas e executadas em território de país estrangeiro. Os casos de contratos realizados em país estrangeiro são exemplos conhecidos e as cortes de justiça os têm executado de acordo com as leis do lugar em que firmados, sempre que estas não sejam repugnantes às leis locais. É um ato voluntário da nação que a oferece., contribuindo tão poderosamente para promover a justiça entre os indivíduos e a produzir uma comunicação amistosa entre as soberanias a que os mesmos pertencem, que as cortes de justiça o consideraram continuamente como parte da lei voluntária das nações. Com toda verdade, está dito no ‘Conflito das Leis’ de Story que ‘A falta de uma regra positiva que afirme ou negue, ou restrinja os efeitos das leis estrangeiras, as cortes de justiça presumem a adoção tácita das mesmas por seu governo, ressalvado quando sejam repugnantes à sua política ou prejudiciais aos seus Interesses’”.

Story reforça esta teoria com uma decisão de tribunal britânico no caso *Warrenderv. Warrender*, em que Lorde Brougham, após tecer considerações sobre a aplicação de leis estrangeiras em matéria contratual, assim concluiu: “Por conseguinte, as cortes em cujo país surge a questão, recorrem à lei do país em que se fez o contrato, não ex comitate mas ex debito justitiae.”

Story 35 se refere a um comentário de Redfield que contribui para esclarecer a razão da aplicação da lei estrangeira, dizendo que não se pode pretender que os tribunais, quando se referem à lei do Estado estrangeiro, fazem-no por cortesia, assim como não se pode dizer que quando alguém invoca um dicionário estrangeiro para melhor compreender o exato significado dos termos utilizados no contrato redigido naquela língua estrangeira, fá-lo por cortesia. O conhecimento da língua estrangeira não é mais indispensável do que o da lei estrangeira para a exata compreensão dos termos contratuais.

19: « Uma nação quando atribui efeitos às leis estrangeiras não se despe de sua soberania e independência, não procede por dever de obediência, sim pelo sentimento e força da razão e da justiça».

35 STORY, op. loc. cit.

E prossegue Story, esclarecendo mais ainda: “Se em um caso perante corte americana, os direitos das partes dependem de uma transação que teve lugar na França e a transação é de um caráter sobre o qual a lei francesa e a lei norte-americana são diferentes, apresenta-se a questão se a transação se rege pela lei francesa ou não. Se a corte decide que ela se rege pela lei francesa, estará obrigada a aplicar esta lei ao fixar os direitos das partes, não por cortesia e urbanidade para com a França, mas porque a justiça assim exige. Os direitos das partes dependem, em parte, das circunstâncias da transação, e em parte, da lei que deu à transação sua força e seus efeitos. Seria tão injusto aplicar uma lei diferente como seria determinar os direitos das partes de acordo com uma transação diferente da que foi realizada. Ao aplicar a lei francesa, a corte não concede à mesma efeitos na América, mas apenas reconhece o fato que teve efeito na França. (Aqui se encontra a nascente da teoria anglo-americana dos *vested rights* pela qual não se aplica lei estrangeira mas tão-somente se reconhecem os efeitos que ela já tenha produzido, que se casa com a outra teoria dos anglo-americanos de que a lei estrangeira é aceita como fato e não como lei.)

Ao estudar as várias questões jurídicas que se colocam diante do aplicador da lei, Story foi estabelecendo regras sobre a lei a ser utilizada para cada setor do direito. Para o estado e a capacidade das pessoas fixou a regra geral do domicílio, excetuando a capacidade de contratar, para a qual adotava a lei do local do contrato; para o casamento sujeitava a capacidade, a forma e a validade à lei do lugar da celebração; em matéria de regime de bens em havendo contrato, respeitar-se-ia o que tivesse sido pactuado, e inexistindo pacto, os móveis se regeriam pela lei do domicílio conjugal, os imóveis pela lei do lugar de sua situação. Para os contratos, a lei do lugar de sua feitura, com ressalvas para a lei do lugar de sua execução; os bens móveis pela lei do domicílio do proprietário e os imóveis pela lei do local; sucessões, a mesma distinção entre móveis e imóveis. Estabeleceu com clareza a ressalva da ordem pública contra a aplicação de leis estrangeiras repugnantes ao espírito do foro.

36 STORY, op. Cit., págs. 46/7 nas notas acrescidas à 8ª edição por J.L. Thorndike.

Grande foi a influência de Story não só nos Estados Unidos, como também na Europa. Foelix, autor do importante «*Traité du Droit International Privé ou du conflit des lois de différents nations en matière de droit privé*», publicado na França em 1843, escreveu no prefácio à sua segunda edição: “este resultado a que nos conduziram nossas pesquisas e nossas meditações, encontramos-lo confirmado e desenvolvido na sábia obra de Story professor de direito na Universidade de Harvard em Cambridge e juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte”.

A obra de Story influenciou marcadamente a consolidação das regras de D.I.P. norte-americanas, elaborada em 1934 pelo Instituto do Direito Americano, sob a direção do Professor Joseph Henry Beale, também de *Restatement of Law of Conflict Of Laws*.

FRIEDRICH CARL VON SAVIGNY — Professor de Berlim, membro do Instituto de França, escreveu *System des heutigen Römischen Rechts* — Sistema do Direito Romano atual — 37 em que se concentra no direito privado de sua época com origem no direito romano.

O oitavo e último volume da obra foi dedicado pelo autor às questões decorrentes dos limites do império das regras de direito no tempo e no espaço, em que são expostas teorias que parecem incompletas e inacabadas “não por fraqueza do autor mas pela natureza especial da disciplina”.

Savigny foi o grande inovador do moderno Direito Internacional Privado, discordando com veemência das teorias territorialistas de Huber e de seus contemporâneos.

“Inúmeros autores”, diz Savigny, “tentaram resolver estas questões pelo princípio da independência e soberania dos Estados, e partem das seguintes duas premissas: 1) cada Estado pode exigir que em toda extensão de seu território não se reconheçam outras leis que não as suas; 2) nenhum Estado pode estender a aplicação de suas leis além de seus limites territoriais.”

37 SAVIGNY publicou esta obra entre setembro de 1848 — data do prefácio do primeiro volume — até julho de 1849 — data do prefácio do último volume — conhecida no Brasil principalmente pela tradução francesa de GUENOUX cuja segunda edição foi publicada em Paris de 1855 a 1860.

38 SAVIGNY “*Traité de Droit Romain*”, oitavo volume, pág. 1.

Savigny sustenta que quanto mais as relações entre os diversos povos se ampliam mais nos devemos convencer da necessidade de renunciar ao princípio da exclusão, para adotar o princípio contrário. O interesse dos povos e dos indivíduos exige igualdade no tratamento das questões jurídicas, de forma que em caso de colisão de leis, a solução venha a ser sempre a mesma, seja em que país se realizar o julgamento.

Isto, diz Savigny, decorre de um ponto de vista que ele denomina de “comunidade de direito entre os diferentes povos” segundo o qual para encontrar a lei aplicável a cada hipótese há que “determinar para cada relação jurídica o direito mais de conformidade com a natureza própria e essencial desta relação”. O direito mais conforme para cada relação jurídica é encontrado por meio da localização da sede da relação em causa.

Esta sede é representada pelo domicílio das pessoas no que tange a seu estado e capacidade, pela localização da coisa para qualificá-la e regê-la e pelo lugar da solução das obrigações para as questões jurídicas delas decorrentes.

Savigny reconhece que há exceções ao princípio da comunidade de direito entre os povos, por força de determinadas leis que existem em cada nação e que têm natureza rigorosamente obrigatória, não admitindo a escolha de leis de outra fonte, havendo, por outro lado, instituições de certos países que não são reconhecidas em outros países, não podendo pretender reconhecimento dos tribunais destes.

A poligamia, a proibição de aquisição de propriedade imobiliária por judeus, o instituto da morte civil e a escravidão são quatro instituições exemplificadas pelo professor de Berlim como inaplicáveis em foros que não as admitem, constituindo-se assim em exceções ao princípio da comunidade, exceções cujo número, conclui Savigny,40 haverá constantemente de diminuir, através do desenvolvimento natural do direito no seio dos vários povos.

39 SAVIGNY op. cit., pág. 30.

40 SAVIGNY, op. cit., págs. 109 e 118. Vide no primeiro capítulo deste livro, “Otzca da Disciplina”. «O método de SAVIGNY teve relevante influência na prática das cortes britânicas, segundo CHESHIRE, “Private International Law”, pág. 27.

41 SAVIGNY, op. cit., págs. 35 a 40.

PASQUALE MANCINI — Logo abaixo de Story e Savigny, e para certos autores ⁴² ombreando com eles, aparece a figura do italiano Pasquale Mancini, criador do moderno Direito Internacional Privado italiano, fundador e presidente do Instituto de Direito Internacional.

Também Mancini falou na comunidade de direito ao defender o direito dos estrangeiros. Em 1853 assim se pronunciou o mestre e homem público italiano perante o Instituto de Direito Internacional: ⁴³ “O tratamento dos estrangeiros não pode depender da comitas e da vontade soberana e arbitrária de cada Estado. A ciência só pode considerar este tratamento como um dever rigoroso de justiça internacional, de que uma nação não pode fugir sem violar o direito das gentes, sem romper o laço que a une à espécie humana dentro de uma grande comunidade de direito, fundada sobre a comunidade e a sociabilidade da natureza humana.”

A principal lição de Mancini em D.I.P. consta de uma aula inaugural proferida na Universidade de Turim, iniciada em 1851 e concluída em 1852, sob o título “Della nazionalità come fondamento dei diritto delie gente”, em que estabeleceu a nacionalidade como critério determinador da lei a ser aplicada à pessoa em todas as matérias atinentes a seu estado e à sua capacidade, contrariamente ao princípio de Savigny, que optara pelo domicílio.”

Em Mancini havia o elemento político. Batalhador pela unificação da República italiana, quis valorizar o direito italiano para os italianos, por força do qual o italiano seria sempre regido por sua lei nacional, onde quer que se encontrasse.

A igualdade dos estrangeiros foi consagrada no artigo 32 do Código Civil italiano de 1865 (“Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini”) ⁴⁴ e o princípio da nacionalidade como

critério determinador da lei pessoal foi estabelecido no artigo 6 do mesmo diploma legal (“Lo stato e la capacità defle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla Legge della nazione a cui essi appartengono”).

Para Mancini certas questões serão sempre, necessariamente, regidas pela lei da nacionalidade da pessoa — o estado e a capacidade, as relações de família e as sucessões — este é o princípio da Nacionalidade. Já as questões atinentes aos bens, assim como aos contratos e demais obrigações podem ser regidas pela lei que a pessoa escolher, são as leis supletivas, que compõem o princípio da Liberdade. E há um terceiro setor da vida humana em sociedade que se submete forçosamente às leis do seu local, são as leis de direito público, e certas leis privadas com forte conotação de ordem pública, que as autoridades locais exigem sejam aplicadas indistintamente para todos que se encontram sobre seu território. É o princípio da Soberania.

Estes três princípios — Nacionalidade, Liberdade, Soberania — estão claramente delineados no Código Bustamante, artigo 32, que assim dispõe: « Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante consideram-se divididas nas três categorias seguintes: 1. as que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e as seguem, ainda que se mudem para outro país, denominadas pessoais ou de ordem pública interna (Nacionalidade); 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 (Soberania); III. as que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presunção da vontade das partes ou de alguma delas, denominadas voluntárias, supletórias ou de ordem privada (Liberdade).”

O critério da nacionalidade foi aceito pela grande maioria das codificações européias, pelo Instituto de Direito Internacional e pela Conferência de Direito Internacional Privado da Haia, conforme várias convenções por ela patrocinadas.

⁴² HAROLDO VALLADÃO, « Direito Internacional Privado », vol. i, pág. 119.

⁴³ Este pronunciamento de MANCINI vem transcrito em E LAURENT, ‘Le Droit Civil International’, pág. 637; esta obra foi dedicada pelo autor francês a MANCINI, com a seguinte inscrição: “Dedico estes estudos a Mancini, membro do Parlamento italiano e presidente do Instituto de Direito Internacional, numa homenagem que presto à Itália, que inaugurou o Direito Internacional Privado e ao homem eminente, sob inspiração do qual os princípios de nossa ciência foram inscritos no Código Civil italiano. Ao mesmo tempo quite uma dívida com o Instituto do qual tenho a honra de ser membro. E Laurent.”

⁴⁴ Esta regra figura atualmente no artigo 16 das Disposizioni sub legge in generale, contendo as normas de introdução ao código civil.