

Porque aplicar direito estrangeiro

OSIRIS ROCHA

SUMARIO: § 1º — 1. — Apresentação. 2. — O repúdio à idéia da *comitas*. 3 — A existência das jurisdições independentes. 4. — É preciso ver a realidade. § 2º — 5. — A necessidade do Direito Internacional Privado. 6 — Raízes históricas. 7. — Fatos que exigem o Direito Internacional Privado. 8 — A realidade inalterada. 7. § 3º — 9. — I — O Direito Internacional Privado não é o código dos fatos interjurisdicionais; II — nem regula a pretendida sociedade internacional; III — nem está vinculado ao Direito Internacional. § 4º — 10. — Mas é Direito para o Juiz apreciar os fatos interjurisdicionais. § 5º — 11. Conclusão: o dever de fidelidade do Juiz aos fatos que julga.

§ 1º

1. Desde que surgiram as primeiras esquematizações doutrinárias de Direito Internacional Privado um problema, desde quasi logo, chamou a atenção dos teóricos: porque aplicar a lei estrangeira? Ou, que motivo autorizaria ao juiz local seguir o critério estrangeiro? E, para mais adiante, há alguma necessidade de que tal aplicação (ou imitação, como querem WALTER WHEELER COOK e AMÍLCAR DE CASTRO) se dê?

2. A primeira resposta, ligeira, até parcimoniosa, foi a dos estatutários holandêses, na linguagem latina de HUBER: — *id*

comiter agunt. E tal expressão, introduzindo, na teoria (então incipiente) do Direito Internacional Privado, a idéia da *comitas* — que depois veio adquirir característicos de reciprocidade — logo angariou sequazes não holandêses, apenas, assim como adversários ferrenhos.

A êstes lhes pareceu, quasi sempre, que as idéias de gentileza, ou a sua supedânea da reciprocidade, não se casavam bem com os conceitos que todos faziam de Direito e de Justiça. Para êstes, as normas jurídicas podem ser tudo, menos agradáveis ou vantajosas, naquele sentido que autôres de renome já empregaram, de ser melhor tratar os vizinhos bem que mal. Ou, na imagem anglo-norte-americana (adotada por alguns outros países) de que é preciso dar bom tratamento ao estrangeiro para que o nacional, também, o receba, quando fora da pátria. Houve, inclusive, legislações que levaram o princípio às últimas conseqüências, só aplicando Direito estrangeiro na medida em que êste mandava aplicar o Direito nacional ou na dependência do critério estrangeiro quanto aos direitos dos nacionais do país interessado.

Na verdade, a idéia *comitas*, tal qual entendida a princípio, era imprópria a uma definição jurídica além do que propícia ao desvirtualmento recíprocitário. Mas, os holandêses jamais se deram a um trabalho muito explicativo da palavra que haviam empregado e êste fato permitiu que, entre nós, o prof. AMÍLCAR DE CASTRO encontrasse uma explicação bem melhor que, ao exame da palavra *comitas*, respondeu com a noção jurídica do interêsse de justiça.¹

3. Mas, é incontestável que várias das respostas contrárias à *comitas* se embaralharam nos conceitos sôbre a realidade que o Direito Internacional Privado representa. De fato, apesar dos protestos de autores como HESEL YNTEMA,² a base fática continua tal e qual existia ao tempo dos primeiros

1. Baseado em MEIJERS.

2. Na "Revue Critique de Droit International Privé", 1959, pág. 1 e ss.

estatutários: pessoas ligadas a mais de uma jurisdição independente se entrelaçam em relações de fato que depois desejam ver transformadas em relações jurídicas, aí, exatamente, se criando a problemática oriunda da incerteza sobre qual o critério será adotado, a par da possível discussão sobre a permissibilidade de adoção de qualquer outro critério que não seja o nacional, do juiz que julga a pretensão.

Além disso, tal e qual naquela época, permanecem, sobre o mundo, especialmente a efeitos jurídicos, as soberanias jurisdicionais independentes e autocráticas, ciosas da inexistência de um tão sonhado quão inatingível Direito Universal.

Como, ainda hoje, há autores que se negam a aceitar a realidade, ou querem tirar dela raciocínios que partem, no entanto, de apriorismos idealistas, o resultado tem sido este de que, às perguntas iniciais, corresponda um amontoado de idéias muito apropriadas à Axiologia Jurídica, jamais ao Direito Positivo.

Realmente, todos quantos enxergam, no Direito Internacional Privado, regulamento de relações internacionais, expansão do Direito Privado no espaço, Direito Humano, etc.,³ estão fazendo obra de Filosofia do Direito, de conceituação valorística de ideais corretos e internacionais, mas estão se esquecendo de que o Direito Positivo repousa não no ideal a atingir, mas na realidade inegável que, isto sim, se deseja encaminhar para determinados rumos. E como estes, hoje mais do que nunca, giram em torno de noções internacionalistas, acham que o Direito Internacional Privado é Direito Internacional e dêste se deva esgalhar.

4. É preciso, portanto, virar os olhos para baixo, para ver bem em que terreno estamos pisando. Ou trocar de óculos,

3. BATIFFOL, *Traité Elementaire*, n. 2; TITO FULGÊNCIO, *Synthesis*, n. 1; BARTIN, *Principes*, n. 1; BEVILAQUA, *Princípios elementares*, § 1º; CIMBALI, apud AMÍLCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, I, n. 24; ZEBALLOS, *Justicia internacional positiva*, apud VICTOR N. ROMERO DEL PRADO, *Manual*, pág. 61.

tirando os da fantasia e colocando os descoloridos para que a realidade nos apareça inteira e nítida. Para, daí, partirmos para a conceituação de qual seja o verdadeiro fundamento que, desde os estatutários, tem autorizado a aplicação do Direito estrangeiro. Apesar das idéias que êles fizeram da comitas. Ou das que se seguiram, através dos tempos.

§ 2º

5. O Direito é filho da necessidade. Contudo, na conceituação desta, se costumam confundir noções diversas. Aqui nos limitaremos a esclarecer quais foram os elementos de fato que produziram, com êsse caráter de necessidade, o Direito Internacional Privado.

6. Durante séculos sem conta, os homens se misturaram nos mais diversos rincões do mundo. No entanto, só no século XIII surgiu a primeira construção de Direito Internacional Privado. O porquê é da história: enquanto os romanos foram (ou se consideraram) país único, impuseram o seu próprio Direito (o *jus gentium* para os estrangeiros) em Roma e fora dela. Terminado o poderio latino, as invasões dos bárbaros fizeram crescer as regras que cada nação devia possuir (e não podia exhibir) e, à falta do Direito Romano, ou como reação ao absolutismo da sua ordem jurídica, implantou-se o sistema da personalidade das leis. A *confessio juris* mais não foi, certamente, que uma supervalorização dos direitos até então desconhecidos, mas existentes, e que viviam sufocados pela supremacia romana.

O método teve aplicação pouco duradoura. O regime feudal, no seu exclusivismo econômico, político e jurídico, jamais permitiria outras luzes que não as dos soberanos locais e nada mais natural que surgisse, em pleno vigor, o territorialismo das leis, único sistema que se enquadrava naquela orientação generalizada de uma submissão respeitosa e efetiva diante de cada feudo.

Contudo, a história, na sua página seguinte, traria outras noções, povoadas de novos contatos entre homens dos mais

diversos pontos, viajantes em busca, especialmente, de maior intercâmbio comercial. Iniciada a superação histórica do feudalismo, libertou-se o pensamento jurídico das amarras territoriais e pôde chegar, só então, às primeiras definições estatutárias. Ainda incompletas, indecisas ou errôneas, foram elas que refletiram — mesmo no territorialismo absolutista das primeiras escolas, essa realidade de que o intercâmbio entre jurisdicionados de tonalidade diversa exigia uma apreciação adequada a essa divergência.

7. Essa necessidade de adequação, na verdade, é que provoca a existência do Direito Internacional Privado. Se os homens continuassem feudal e permanentemente de olhos fechados ao mundo exterior ou se houvesse, sempre, um povo a impôr a sua legislação a todos os outros, êsse ramo do Direito seria, inclusive, inconcebível. Tanto quanto inconcepto esteve até o século XIII, no depoimento da História. Só aí é que o progresso jurídico-filosófico-econômico pôde perceber que uma decisão condenando, por exemplo, um bolonhês, pela lei de Módena, a pagar uma dívida, poderia não ser justa, se aplicada, pura e simplesmente, esta lei, sem atentar para a particularidade da espécie.

Daqui se podem apontar, portanto, com bastante clareza, quais foram os motivos que passaram a exigir um modo de apreciação dessas interligações de pessoas e coisas submetidas a jurisdições diversas: a — o próprio fato da interligação ou seja, o fato da existência de pessoas que se dirijam a jurisdição diversa ou que contratem, ainda no seu domicílio, com outras domiciliadas em outra jurisdição ou que efetuem negócios ou sobre coisas situadas fora da sua jurisdição de origem ou cujos efeitos se devam produzir na jurisdição estranha; b — o fato da submissão das pessoas a nacionalidades diferentes assim como a existência de pessoas plurinacionais ou apátridas; c — o fato básico de que o mundo é dividido em jurisdições diversas, independentes, autônomas e autocráticas, cada qual apreciando os fatos segundo seus próprios critérios, por autoridades locais; d — o fato, também fundamental, de que nenhuma jurisdição

pode exercer *per se* qualquer atividade própria, numa jurisdição estranha; e — por último, a compreensão de que o juiz não é mero autômato, nem se pode comportar como simples máquina de concluir silogismos. A Justiça é, realmente, cega porque não enxerga favoritismos mas o juiz, no exercício do seu ministério, carece de ver bem o que é que irá apreciar, numa operação cujo primeiro lance é o do exame dos fatos. E se êstes contêm elementos interjurisdicionais devem levar o julgador a agir de acôrdo com tal circunstância, para que chegue a uma conclusão travada em tal detalhe.

8. Êsse quadro é o mesmo, hoje, que o de séculos atrás. O elemento quantitativo é que se terá alterado, pois as inter-relações são cada vez mais fáceis. Ao demais o entendimento do papel do julgador se tornou explícito após as mais recentes conquistas da ciência processual. Foi, contudo, pura falta de formulação de uma realidade tão velha quanto as primeiras decisões que procuraram seguir critério estrangeiro de apreciação dos fatos.

Apesar disto, a doutrina se tem deixado perder em filigranas bordadas pelo idealismo internacionalista de uns ou pela ânsia regulamentadora de outros, quaisquer, no entanto, esquecidos da verdadeira natureza da norma de Direito Internacional Privado, bem como da função que ela, efetivamente, exerce.

§ 3º

9. Os desvios mais comuns, na teoria, sôbre a função do Direito Internacional Privado são, principalmente, dois: a — um, a considerá-lo como regulamento quer de fatos internacionais quer de uma pretendida sociedade internacional; b — outro, o de subordiná-lo ao Direito das Gentes (que alguns denominam, sempre, de Direito Internacional).

Qual dêles importará em uma resposta diferente, mas infiel, à pergunta inicial sôbre o porque da aplicação da lei estrangeira.

De fato,

I — O Direito Internacional Privado não surgiu como código dos fatos internacionais nem das relações interjurisdicionais.

A realidade comesinha e irrefutável é a de que êle existe porque falta um Direito Universal. Sua razão de ser se baseia no desejo dos legisladores e na necessidade judicial de que, de alguma forma, se aplique algum princípio legal a estas relações que se encontram em contato com mais de uma jurisdição independente, tudo isto a evitar que o arbítrio judicial, na apreciação dêstes fatos, seja total. A partir do momento em que as autoridades jurisdicionais passaram a dar importância à circunstância de que uma obrigação foi assumida por um bolonhês para ter efeitos em Módena e começaram a entender que tal obrigação, julgada em Módena, devia considerar que fôra assumida por um bolonhês houve a necessidade judicial de encontrar um *modus* para a aplicação de outra lei que não a de Módena. Aí começou a surgir o Direito Internacional Privado, não com regulamento das relações interjurisdicionais, mas como princípio autorizador de utilização de outro critério oficial de apreciação de fatos, que não o local. Esta é sua única função, até hoje, tal devendo persistir enquanto não houver aquele Direito Universal. E pode ser conferida, inclusive, no próprio teor das pouco numerosas disposições de Direito Positivo: tôdas visam, sòmente, indicar qual o direito aplicável aos mais diversos fatos, jamais efetuando uma regulamentação direta.

II — A tese da existência de uma sociedade internacional de indivíduos já foi suficientemente refutada por autores maiores. Entre nós, ainda recentemente, WILSON BATALHA lembrou com muita propriedade, que a expressão só pode ser entendida como princípio de sociologia, nunca de Direito. A figura só pode jogar, incontestavelmente, com idéias avançadas de ideal unitário-internacionalista que ainda não possuem correspectivos de realidade. A efeitos jurídicos o mundo ainda continúa dividido em jurisdições autônomas. As tentativas de união prosseguem na dependência, tão infeliz, quão perigosa, ou incerta, ou ameaçadora, das armas nucleares.⁴

4. Vejam-se as considerações contra a possibilidade de um Direito uno in AMÍLCAR DE CASTRO, "A suposta sociedade internacional de indivíduos", na "Revista da Faculdade de Direito da U.M.G.", outubro, 1955.

III — Falam inúmeros autores, dos mais respeitáveis, da subordinação do Direito Internacional Privado, ao Direito Internacional (que alguns chamam de Direito das Gentes, apesar de distinções que entre os dois estabelecem). Querem primazia para êste e afirmam-no superior a todo e qualquer outro.

Contudo, é preciso distinguir bem as coisas para que se veja com clareza que uma norma só adquire características jurídicas se travada no conjunto de uma construção exterior à própria consciência. A lição é de RECASENS SICHES e é valiosa: o que distingue das outras a norma jurídica é êste detalhe de que a pessoa age, não pela sua consciência, só, de que está fazendo um bem, mas pela possibilidade de vir a ser forçada a se adaptar ao gabarito legal, assim como êste fato de ser alguém levado a, contra a sua vontade, praticar, ou deixar de fazê-lo, algum ato.

E estas são, incontestavelmente, figuras inteiramente desconhecidas do chamado Direito Internacional, o que, por si, só, opera a sua desqualificação como Direito propriamente dito.

A realidade é muito outra e convém examinar todo detalhe antes de chegarmos, novamente, àquela conclusão.

Quer adotemos a tese bíblica da origem da raça humana num único casal, quer aceitemos a do aparecimento do homem simultaneamente em vários pontos do globo terrestre, verificaremos que, a princípio, segundo as lições da história universal, inexistiu legislação. Os homens se guiavam, na sua conduta, por princípios que sua razão primitiva lhes apontava. À medida que as populações aumentaram, surgiu o problema de regular a conduta geral, daí nascendo o Direito como regra social obrigatória ou, na expressão do prof. LYDIO MACHADO BANDEIRA DE MELO, como “ato de liberdade coletivo” ou “auto-limitação voluntária criada ou aceita pelo povo de um Estado (pelo menos, em sua maioria)”.⁵

5. In “As Leis”, na “Revista da Faculdade de Direito da U.M.G.”, março, 1962, pág. 176.

Por outro lado, quer aceitemos a tese do contrato social, quer não, será perfeitamente possível perceber que o Direito não existe por si só. Não é um *a priori*, nem um valor ideal que flutuasse em tempo e espaço, à espera das ações humanas sôbre as quais recaisse. A verdade é que tôda construção jurídica se destina, num *a posteriori* inegável, a regular fatos que, no mínimo, já estejam dando sinal de sua existência. E, sobretudo, é uma construção humana que depende de um momento inicial no qual um povo, uma nação, um Estado ou qualquer agrupamento humano deliberaram aceitar, como regra obrigatória, um conjunto de princípios normativos. É verdade que as pesquisas jamais lograram precisar onde e quando se deu, em primeiro lugar, essa aquiescência coletiva, tanto quanto é possível discutir-se se ela possui, ou não, característicos de um contrato social. Contudo, as ordens jurídicas nacionais dependem, até hoje, dessa aceitação submissa de preceitos que buscam eficácia na noção de Estado, ao mesmo tempo que a vontade da maioria se manifesta ora pela manutenção de uma determinada ordem ora pela sua derrubada, pacífica, ou não. Essas concordâncias (ainda que tácitas), essas aprovações (ainda pelo silêncio, mesmo o temeroso) e essas revoluções de que a história nos dá exemplos incontáveis, confirmam, exatamente, que o Direito só existe porque os homens, a partir de um dado momento, e no interêsse da coletividade, resolveram proceder de acôrdo com uns tantos gabaritos comuns a todos.

Ora, isto, positivamente, não existe nas relações internacionais. O mundo ainda aguarda o momento inicial do Direito Internacional. É certo que existe, já, uma necessidade ingente de que surja a norma supraestatal própria, pois os fatos internacionais — tanto os que dizer respeito aos indivíduos isolados quanto os de interêsse dos Estados como tais — aí se encontram na repetição mais diária e comum ao mesmo tempo que fundamental (se nos lembrarmos da política internacional, ameaçando a cada momento pôr em perigo a segurança de tôda a população universal, com as sombras de uma guerra atômica). É certo, também, que tais fatos já originaram tôda uma série de costumes e normas convencionadas internacionais. Contudo,

isto não passa de um “ensaio” de Direito⁶ porque a sua aceitação só se dá a título precário, enquanto sirva a todos ou a alguns dos contratantes, sem qualquer reconhecimento de que alguém, nem mesmo os chamados organismos internacionais, possa fazer prevalecer — sôbre eventuais interêsses individuais dos Estados — o critério das pretendidas normas internacionais.

A assim denominada primazia do Direito Internacional não passa de uma impropriedade de linguagem pois onde está “Direito” devia estar “interêsse”. É curioso, até, que mesmo autores de raciocínio frio e lógico, como KELSEN e RECASENS SICHES, após argumentação apropriada, se tenham deixado cair na sonhadora teoria. De fato, se inexistente Direito Internacional, é impossível falar de sua primazia. E é preciso atentar bem para o fato de que o único que existe é a multiplicação de fatos internacionais, exigindo regulamentação comum. Por enquanto, não se pode falar de lei internacional, inclusive porque: a — não há legislador supraestatal; b — nem um poder que execute as medidas de interêsse internacional, por si próprio; c — nem, muito menos, juiz supraestatal. Na verdade, a querida sociedade internacional de indivíduos apenas dá sinais de sua eventual existência. Sinais sociológicos porque de ordem jurídica ela não adquiriu, ainda, nenhum dos característicos imprescindíveis.

Por êstes motivos a tese esposada por PONTES DE MIRANDA e outros, de que o Direito Internacional Privado é fruto da atividade estatal exercida no branco deixado, às soberanias, pelo Direito Internacional, não ultrapassa o estágio filosófico. Ao que se saiba ainda não houve nenhuma aceitação, conjunta ou individual, do Direito das Gentes como norma superior. Se assim é, impossível admitir-se que tal ramo do Direito esteja por aí a ordenar, seja o que fôr, às soberanias. Estas sentem que algum dia o seu predomínio cairá ou, pelo menos,

6. Para usar a expressão de RECASENS SICHES, “Tratado general de filosofia del Derecho”, Porrúa, 1959, pág. 191.

que se terão de curvar, integralmente, diante de um interesse maior que o seu, aquêles da coletividade humana, que cada dia prova sua maior desvinculação das fronteiras artificiais do Direito atual. No entanto, esta fase é, ainda e apenas, teórica. Nada, absolutamente, nos autoriza enxergar mais que perfunctórias tentativas de legislação internacional, as mais das vêzes fruto de convenções de âmbito efetivo restrito. Sem se falar em que, nos setores mais fundamentais, que dizem mais de perto com a própria sobrevivência da raça humana ou de parcelas avantajadas da população mundial, os governantes ainda apelam para ameaçadoras perspectivas de uso de armas nucleares. A verdade é que povos e nações pressentem que é preciso regulamentar de uma determinada forma os fatos internacionais. Alguns dêles já são praticados com orientação de princípios internacionais, aceitos por todos.⁷ Mas, é apenas um ensaio. Porque inexiste poder quer para afirmar da desconcordância entre fato e normas, quer para efetivar qualquer conclusão ou forçar seja que país fôr a agir de acôrdo com a norma. Ou siquer, juiz que, com vigor original, julgue da desobediência.

Bem meditadas estas observações fôrça convirmos em que de um ramo inexistente não possa surgir nenhum outro, senão aquêles outros, também ensaiados, oriundos da subdivisão do próprio Direito Internacional.

§ 4º

10. Qual será, então, o motivo que leva o juiz a adotar um dispositivo estrangeiro na decisão?

A resposta é uma só: porque há fatos que, no mínimo, parecem estar ligados a mais de uma jurisdição independente e o juiz deve ser fiel a êles. E, da descrição do mecanismo de funcionamento da norma de Direito Internacional Privado nós verificaremos que, partindo da noção de que a lei é um critério

7. V.g., a atribuição da personalidade a todo homem.

para que o juiz possa julgar os atos e fatos,⁸ passando pela tese de que o Direito Internacional Privado é Direito para o juiz, porque, no pensamento de AMÍLCAR DE CASTRO, não contém nenhum critério direto sôbre fatos mas é meio para aplicação de um Direito que pareça adequado ou, conforme nosso ponto-de-vista anterior, porque regula a atividade do aplicador do Direito,⁹ vamos, a final, chegar à nova conclusão, já enunciada, de que o juiz aplica direito estrangeiro porque precisa ser fiel aos fatos, emaranhados de relações interjurisdicionais.

Assim: quando se inicia uma demanda, cujos elementos sejam estritamente locais, o juiz não tem nenhum problema a maior. Conferidos os fatos provados, aplica-lhes a lei tal e qual nela se diz. Se, no entanto, os fatos se mostram ligados a mais de uma jurisdição independente (as partes são estrangeiras, o ato ou afeto se deu em outra jurisdição, ou se destina a produzir efeitos lá e não aqui; a obrigação foi assumida no estrangeiro, etc.) o juiz nota que a pura aplicação da lei nacional não corresponderá à base fática. E, a partir deste momento, autorizado, tácita ou expressamente, pela sua lei nacional, passa a verificar se o critério estrangeiro é, ou não, melhor. Faz, em síntese, uma escolha: qual a lei mais adequada? Exatamente *para regular esta atividade do juiz* é que existe o Direito Internacional Privado.

§ 5º

11. Já podemos, pois, a esta altura, responder às perguntas iniciais, que se resumem na primeira: porque o juiz aplica direito estrangeiro?

Já abandonamos, oportunamente, as várias teorias: 1º — a da comitas — como gentileza, ou cortezia — porque esta noção

8. Doutrina que fomos encontrar, primeiramente, nos bancos escolares, com o prof. AMÍLCAR DE CASTRO e, depois, nas suas demais fontes. V., a.e., WALTER WHEELER COOK, "The logical and legal basis of the conflict of laws".

9. V. nosso "Carater judicial-auxiliar do Direito Internacional Privado", Belo Horizonte, 1961, tese à livre-docência, §§ 26, 27, 29 e 35.

repugna a uma elaboração jurídica. O Direito se constroe com noções que buscam a Justiça. E esta não pode depender de princípio tão precário. Que, ao demais, quase sempre se encaminha para o verso da medalha, o princípio da reciprocidade, utilitarista e injusto; 2º — a da obediência ao Direito Internacional, porque êste ainda inexistente como ordenamento pròpriamente dito; 3º — a que afirma o Direito Internacional Privado coom regulamento de fatos e atos interjurisdicionais, de vez que sua existência se deve, exatamente, à inexistência de um Direito Universal, regra primária e seguida em tôdas as jurisdições; 4º — a que enxerga no Direito Internacional Privado a lei da sociedade internacional, de vez que esta ainda não alcançou estágio jurídico.

A resposta fiel será: o juiz aplica Direito estrangeiro porque, não sendo um autômato da lei, mas consciência viva a emitir uma interpretação oficial da vontade estatal, que se vincula aos fatos que tenham sido judicialmente acertados, precisa de encontrar o direito subjetivo que aqueles fatos interjurisdicionais devem produzir. E esta missão só se pode cumprir plenamente se o juiz aceita os fatos na sua interrelação provada e age de acôrdo com tal circunstância.

Vê-se, portanto, daqui, que o Direito Internacional Privado existe em virtude de um princípio jurídico, o de que o juiz deve ser fiel aos fatos que julga. Nem mais, nem menos. Tal como já o previra LIVERMORE: — “Quando surge um litígio a respeito de um contrato estrangeiro, não é em razão de cortesia que êles (os juizes) admitem prova das leis do país onde tal contrato haja sido feito, mas a fim de acertar de que modo e em que extensão as partes se obrigaram”.¹⁰

10. Apud AMÍLCAR DE CASTRO, cit., n. 50, pág. 179.