

LIMITES DO IMPERIO DA LEI NO ESPAÇO

(Resumo de lições dadas na Faculdade Livre de Direito aos alumnos da primeira cadeira de direito civil)

SUMMARIO : I. Origem do conflicto de leis. II. O systema da personalidade e o da territorialidade. III. Jurisconsultos do seculo XIII. IV. Systematização da theoria estatutaria por Bartholo. V. Principios fundamentaes desta theoria, segundo Vareilles-Sommières. VI. Caracteristica differencial entre estatutos pessoas e reaes. VII. Principaes objecções a essa theoria e refutação das mesmas. VIII. O estatuto pessoal deve ser o da nacionalidade e não o do domicilio. IX. Exposição e refutação das theorias de Savigny, Mancini e Pillet. X. Principios adoptados pela doutrina mais geralmente seguida. Nosso projecto do Codigo Civil. XI. Conflictos de *devolução* e de *qualificação*. XII. Principios vigentes em nosso direito.

II.— Destinando-se o direito a reger as relações dos homens e derivando-se estas de sua natureza racional e social, a qual tem um fundo identico nos differentes povos, deve nelles haver, e realmente ha identidade de alguns principios juridicos; são os que constituem o *jus gentium* de Gaio e cujo estudo fórma o conteúdo da *Empirica do Direito*.

Devido, porém, á differença dos meios em que esses povos se acham collocados, ha tambem principios peculiares a cada um delles, os quaes formam o que o mesmo juriconsulto chama *Jus civile*, cujo estudo constitue o objecto da *Dogmatica Juridica*.

São principios que variam de accordo :

a) com a raça, donde a surprehendente identidade de instituições que se nos deparam entre os povos da raça aryana — os Gregos, os Latinos, os Etruscos, os Indianos e os Celtas do continente e da Irlanda, bem como o imperio quasi que exclusivo do direito romano entre os povos de raça latina :

b) com a religião, sendo o casamento nos paizes que adoptam, como official, a religião catholica, regulado pelas

prescripções do Concilio Tridentino ; sendo a boa fé exigida para a posse *ad usucapionem* de accordo com o direito canonico, cujos dispositivos tambem regulam a legitimação *per subsequens* ;

c) com o clima, do qual provém a differença de idade em que, nos diversos paizes, se fixam a puberdade e o maioridade ;

d) com a cultura social, restringindo-se a prova litteral e ampliando-se a testemunhal, attento o analphabetismo do povo ;

e) da maior ou menor moralidade, como a promulgação, em Roma, do *senatus-consulto Liboniano* e das Leis Julia e Papia ;

f) dos usos e costumes populares e scientificos, como, entre nós, a mudança de nome por publicações na imprensa e a successão *in stirpes*, embora só concorram sobrinhos á herança de um tio.

III.— Dada a facilidade, cada vez maior, de communicação entre os differentes paizes, desde que a lei de um Estado divirja da do estrangeiro que nelle se acha, qual a que lhe devemos applicar — esta ou aquella ?

Houve, a principio, dois systemas oppostos : o da territorialidade da lei, que dominou no feudalismo, segundo o qual *intra territorium omnia imperanti subjecta*, corollario logico da soberania que sobre elle se exerce ; e o da personalidade da mesma lei, consagrada pelos barbaros, de accordo com o qual os estrangeiros sempre se regiam pelo respectivo direito : é o systema que, com numerosas differenças, ainda hoje vigora na Argelia, no Imperio Ottomano e nas Indias, segundo a licção de Asser.

Estes systemas, porém, não resolvem o conflicto de leis ; suprimem-n'o.

Urge, entretanto, solvel-o ; pois, ao contrario, os Estados se isolariam.

Com effeito, pelo primeiro systema, ninguem poderia permanecer fóra de seu paiz, pois teria todos os seus direitos suspensos e incertos, dependendo, para o respectivo exercicio e reconhecimento, dos acasos da deslocação, ficando sua pessoa em estado de perigosa mobilidade ; pelo segundo, seriam infringidas pelos estrangeiros, com grande escandalo dos nacio-

naes e com prejuizo da ordem publica, todas as leis referentes a essa ordem e aos bons costumes.

Savigny cita, a respeito, uma carta do bispo Agobardo, em que este dizia: « *Crebro fit ut, in eodem loco, quinque homines una eant aut sedeant, quorum unusquisque vivit secundum jus diversum.* »

III. Eis porque os jurisconsultos do seculo XIII adoptaram o principio da territorialidade da lei, admittindo-lhe, porém, certas excepções, destinadas a assegurar aos direitos e ao estado das pessoas a fixidez que lhes é precisa, apparecendo, então, a distincção das leis em *estatutos reaes* e *estatutos pessoaes*.

A palavra *estatuto* servia, em sua accepção primitiva, na idade média, para designar as leis particulares, municipaes ou provinciaes, que, na Italia, se applicavam a uma cidade ou a uma provincia, sendo antithetica da palavra *lei*, a qual comprehendia as disposições de interesse geral, que se applicavam a todo o territorio, a saber, o direito romano e o lombardo.

A theoria dos estatutos teve, assim, em sua origem, por objecto principal, a solução de conflictos que, sob uma mesma soberania politica, se originavam de legislações locaes divergentes.

Não tardou, porém, a estender-se aos conflictos de leis de soberanias diversas, graças ás necessidades do commercio e ás sabias lições de direito, professadas nas Universidades da Italia e de França, ás quaes accorriam numerosos estrangeiros dos differentes paizes da Europa.

E' que, a favor destes, os soberanos abriram mão de varias restricções de capacidade que a lei territorial lhes impunha, applicando-lhes, por analogia, a theoria dos estatutos.

Esta palavra passou, pois, a ser synonyma de lei.

Assim, a lei que tinha por objecto principal as pessoas, passou a chamar-se *estatuto pessoal* e a que tinha as cousas — *estatuto real*.

E como, na doutrina estatutaria, as leis que se referem principalmente ás pessoas, as acompanham, em regra, mesmo fóra do paiz a que pertencem e as que precipuamente concernem ás cousas se applicam, em regra, a todos as cousas exist-

tentes no territorio regido pelas mesmas leis, quaesquer que sejam seus proprietarios ou detentores legaes, chegou-se a confundir a causa com o effeito e a designar com o nome de *estatuto pessoal* toda lei extraterritorial, e, com o de *estatuto real*, toda a que se applica aos estrangeiros sobre o territorio em que ellas imperam.

IV. Foi Bartholo o primeiro jurisconsulto que systematizou a theoria estatutaria, passando, por isso, como seu fundador.

Assim é que elle :

a) dividiu os estatutos em pessoaes, reaes e mixtos, segundo regem as relações concernentes ás pessoas, ás cousas e aos actos juridicos ;

b) conciliou a soberania territorial com o estatuto pessoal dando a este, como fundamento, a *comitas gentium ob reciprocam utilitatem*, isto é, a cortezia internacional, á qual, em caso identico, corresponderá o estado do estrangeiro, que é o que se chama a *reciprocidade*.

A theoria estatutaria reinou, na doutrina, até meiados do seculo passado; foi consagrada pelos Codigos Napoleão e italiano; e ainda é hoje calorosamente defendida por muitos jurisconsultos, como o Conde de Vareilles-Sommières, decano da Faculdade de Direito da Universidade Catholica de Lille, em *La Synthèse du Droit International Privé*.

V. Esta theoria funda-se, conforme a licção deste escriptor, nos seguintes principios :

1º Em regra geral, as leis de um Estado regulam legitimamente, dentro de seu territorio, a conducta de todos nacionaes ou não nacionaes;—quer dizer, todo acto praticado, no territorio do Estado, por qualquer pessoa, está legitimamente submettido ao direito commum local.

Devem, pois, os individuos domiciliados em um Estado e residentes em outro, durante sua estada neste, conformar com as respectivas leis todos os actos ahi realizados: é o que os antigos jurisconsultos queriam exprimir com a formula—*os estatutos são reaes*.

E' o opposto do principio vigente entre os barbaros, em que os *estatutos eram pessoas*, como já o dissemos.

Funda-se esse primeiro principio em que o Estado :

a) attenta sua soberania, póde legitimamente impôr as respectivas leis a todos os que se acham em seu territorio, mesmo que sejam estrangeiros ;

b) quer fazel-o e habitualmente o faz, porquanto, de facto estabelece regras geraes, quasi nunca distinguindo entre seus proprios subditos e os residentes estrangeiros.

Elle não tem razão alguma para fazer distincção entre elles e a tem para a não fazer, visto que ella privaria o paiz das extraordinarias vantagens da unidade de legislação, paralytaria o effeito das leis mais necessarias, e, como é intuitivo, introduziria a balburdia na administração ;

2º. As leis do Estado não governam, fóra de seu territorio, a conducta de pessoa alguma, nem a de seus nacionaes, nem a dos estrangeiros.

São consequencia desse principio que os actos que os nacionaes realizam fóra de seu Estado não estão sujeitos ás respectivas leis, como o não estão os actos nelle realizados, desde que tenham de produzir effeitos em outro Estado, relativamente a bens neste situados.

Funda-se este segundo principio em que o Estado não póde exigir a execução de suas leis por parte de seus subditos residentes em outro Estado, porque é dogma fundamental de direito publico internacional—a independencia mutua dos Estados ;

3º) As leis concernentes ás pessoas, isto é, as que têm por objecto fixar-lhes o estado e a capacidade, acompanham os nacionaes e devem ser-lhes applicadas mesmo em outros paizes.

Chama-se estado a situação da pessoa sob o ponto de vista da nacionalidade e da familia: da nacionalidade, isto é, de que nação faz parte e de que classe ou casta dessa nação, si, nella, existem legalmente taes instituições; da familia, isto é, si a pessoa é ou não filha de tal pae e de tal mãe, si é filho legitimo ou natural, si é homem casado ou mulher casada, si é pae ou mãe, adoptante ou adoptado.

Chama-se capacidade a aptidão para adquirir e exercer direitos.

A lei indica que pessoas são incapazes e de que actos, attentas a idade, a dignidade, o sexo e o estado de espirito.

Estatuindo sobre o estado e a capacidade, deve o legislador inspirar-se, não só na natureza racional e social do homem, considerada em abstracto, mas ainda nas qualidades peculiares ao povo para que legisla, com a lentidão ou a celeridade do desenvolvimento physico ou intellectual dos individuos, a zona e o clima em que vivem, sua religião, suas tradições e seu grau de civilização.

Este terceiro principio é, como se vê, uma excepção aos dois primeiros.

Elle se funda em que :

a) O legislador deve tornar estas leis obrigatorias para seus subditos, mesmo fóra do respectivo territorio; porque ellas são, por excellencia, as leis conservadoras da fortuna, da honra, da saude e da felicidade do individuo e da familia e, portanto, da propria sociedade. Adaptadas ao temperamento physico e moral dos respectivos subditos, são as unicas que lhes convêm perfeitamente.

E cumpre que, passando as fronteiras, elles não possam impunemente violal-as, e, voltando, dar a seus concidadãos o exemplo dos resultados obtidos com a desobediencia. Accresce que a pessoa é uma e não deve, perante uma mesma lei e para um mesmo acto, ser, capaz, aqui, incapaz, alli;

b) de outro lado, a cortezia, a utilidade e a propria justiça impõem ao legislador o dever de admittir que as leis de outro soberano, concernentes ao estado e á capacidade dos respectivos subditos, sejam, em seu territorio, obrigatorias para os mesmos, desde que não sejam contrarias á moral e lhe não ofereçam graves inconvenientes.

4.º) sob o ponto de vista dos direitos successorios e preferenciaes, os moveis sempre se reputam situados no domicilio do proprietario e são regidos pela respectiva lei.

E' uma segunda excepção, que visa evitar que uma circumstancia accidental e passageira tire aos herdeiros e credores do proprietario expectativas e direitos respeitaveis.

Com effeito, todo estrangeiro que vem a um paiz, seja por negocios, seja por diversão, traz consigo valores moveis, os quaes podem ser consideraveis e que, como elle, ahi sò se acham de passagem.

Si, antes de voltar a seu paiz, elle é surprehendido pela morte, seria injusto que este accidente acarretasse, relativamente a taes bens, uma successão differente da que se daria normalmente, contraria a todas as suas previsões e intenções.

Póde tambem acontecer que uma pessoa tenha, em um paiz em que não é domiciliada, bens mobiliarios, empregados momentaneamente em um negocio, objectos recebidos em penhor, mercadorias que são transportadas com seu endereço, cavallos de grande valor, enviados a um campo de corridas, etc., e que falleça antes que esses capitaes estejam embolsados ou que essas mercadorias tenham chegado, etc.

E seria evidentemente abusivo que a lei do paiz, em que esses moveis se achem no momento da morte, se aproveitasse dessa circumstancia para lhes regular a distribuição, contrariando a legitima expectativa dos herdeiros chamados pela lei do domicilio do *de cuius*, e para privar seus credores dos direitos preferenciaes que a ordem natural das cousas lhes assegurava;

5º) As leis suppletivas, isto é, as que interpretam ou supprem a vontade das partes, não se applicam aos actos juridicos realizados no territorio do Estado, quando ellas, expressa ou tacitamente, incorporam ao acto os estatutos suppletivos de uma outra legislação.

As leis dividem-se em absolutas ou imperativas e dispositivas ou suppletivas.

As primeiras são as que ordenam de modo necessario e invariavel, não podendo ser modificadas pelas partes. Taes são as que estabelecem os elementos essenciaes dos actos juridicos (*essentialia negotii*), como as relativas á capacidade das mesmas e ao objecto dos mencionados actos.

As segundas são as que deixam á vontade individual a determinação das relações de direito, isto é, os elementos accidentaes desses actos (*accidentalialia negotii*) e só as definem, quando essa vontade se não manifesta, estatuinto o que se

presume que as partes, em falta de declaração, pensaram e quizeram, como se dá nos chamados *elementos naturaes* dos mesmos actos (*naturalia negotii*) como a evicção na compra e venda, os juros legaes na mora, a successão *ab-intestato*, etc.

Esta excepção funda-se no bom senso.

Trata-se, effectivamente, de leis que, em cada Estado, se retrahem ante as livres combinações das partes.

Desde, pois, que estas manifestaram a intenção de incorporar em um contracto as clausulas suppletivas de uma lei estrangeira, a legislação local não tem mais necessidade de intervir, pois não ha lacuna alguma a preencher ;

6.º) A fórmula externa dos actos juridicos é sempre regulada pelas leis do paiz em que se effectuam : — *locus regit actus*.

E' tambem uma excepção, não só, porém, aos dois primeiros principios, mas tambem ás suas excepções ; pois se applica mesmo aos actos relativos ao estado das pessoas e aos relativos á successão mobiliaria, qualquer que seja o logar em que o *de cuius* se ache domiciliado. Parece, *prima facie*, que, neste caso, se volta ao dominio dos dois primeiros principios; assim, porém, não é, porque esta regra é facultativa em relação aos estrangeiros, que, si o quizerem, podem seguir a fórmula prescripta pela respectiva legislação.

Este principio baseia-se em uma razão theorica e em outra pratica : a primeira é que a fórmula externa do acto juridico tem por fim proteger os que o celebram contra a fraude e a violencia.

Esta fórmula varia, pois, de accordo com a situação moral do paiz e com o character de seus habitantes : tal medida de precaução ou desconfiança, que é absolutamente indispensavel em um paiz, é completamente superflua em outro.

A segunda é que, no paiz em que o acto se realiza, póde não haver official publico com attribuições analogas ás conferidas ao do paiz do estrangeiro.

Em resumo : A regra é que as leis são territoriaes ou reaes ; exceptuam-se, porém, as leis relativas ao estado e capacidade das pessoas e aos bens moveis, bem como as suppletivas.

O principio *locus regit actus* é uma excepção, já á regra, já ás suas excepções.

VI. Antes de expôr as objecções feitas a esta theoria, notemos que os estatutos relativos ao estado e á capacidade das pessoas foram, desde logo, chamados *pessoaes*, porque determinam a condição das *pessoas* e seguem, por toda a parte, as *pessoas*; e, em opposição, chamaram-se *reaes* os concernentes á condição das *cousas* (*res*), isto é, os que as dividem, os que dizem de que direitos são susceptiveis e os que fixam o regimen da propriedade e estabelecem os seus modos de transmissão.

Estes estatutos, certo, como aquelles, dirigem-se ás pessoas e só têm em vista os interesses das mesmas, *quorum causa*, no dizer de Gaio, *jus constitutum est*; como, porém, lhes regulam a conducta a respeito das *cousas* e em consideração da respectiva natureza, como visam fazer que as *cousas* produzam a maior somma possivel de utilidade, são considerados leis sobre *cousas*, leis que determinam a maneira de ser e as aptidões das *cousas*, de sorte que lhes foi dado o nome de *estatutos reaes*, das palavras—*res—cousa*.

Muitos estatutos, entretanto, concernem simultaneamente ao estado ou capacidade das pessoas e ás *cousas*; como devemos, pois, classificar-os — entre os *pessoaes* ou entre os *reaes*?

Assim, por exemplo, são *pessoaes* ou *reaes* os estatutos que prohibem ao menor a alienação de seus immoveis; os que regulam a successão *ab intestato* e distribuem os bens do *de cujus*, entre diversas pessoas, tendo em vista sua qualidade de parentes, isto é, sua filiação e, portanto, seu estado; o que confere aos paes o uso-fructo dos bens dos filhos menores; o que confere a estes e á mulher *hypotheca* legal sobre os immoveis do pae e marido?

Muitos jurisconsultos procuram resolver a questão, chamando mixtos a estes estatutos, o que apenas contorna a difficuldade, desloca a questão, mas não a resolve.

Bartholo aconselhava, afim de se saber qual o objecto predominante no espirito do legislador, attender-se para a ordem das palavras por este empregadas.

Assim, por exemplo, si elle disser «*Primogenitus succedat in bonis*», o estatuto será pessoal, e, si disser «*Bona veniant in primogenitum*», será real, o que nem sempre é verdade.

A unica solução razoavel é a de Vareilles-Somière attende-se ao objecto principal, ao fim immediato da lei para se saber si é a condição da pessoa ou a da coisa o que preoccupou o legislador.

Ha, entretanto, leis que se não podem enquadrar, nem entre as reaes e nem entre as pessoas.

E' o que se dá com as leis relativas á fôrma dos actos juridicos.

Assim, quanto a seus effeitos, ellas são reaes, por se applicarem a todos que se acham no territorio do Estado.

Quanto a seu objecto, umas são reaes, como as que estabelecem regras concernentes á fôrma dos actos de alienação e dos constitutivos e extinctivos dos direitos reaes; outras, porém, são pessoas, como as relativas á fôrma dos actos que modificam o estado e a capacidade das pessoas.

E outras não são reaes e nem pessoas; pois não se referem á condição das cousas ou á das pessoas, como, por exemplo, as leis concernentes á fôrma dos testamentos.

VII. Expostos, assim, os principios fundamentaes da theoria estatutaria, examinemos as principaes objecções que lhe são feitas:

São as seguintes:

1ª) a difficuldade, por falta de um criterio scientifico, de se saber si um determinado estatuto é pessoal ou real, variando, a respeito, a doutrina e as legislações, donde os conflictos de *devolução* e de *qualificação*;

O instituto de successão, por exemplo, é pessoal ou real? Para se ver a incerteza nesta materia, basta attender-se para o criterio proposto por Bartholo, e que acima expuzemos;

2ª) si esta theoria resolve os conflictos entre a lei territorial e a estrangeira, não fornece elementos para resolvel-os entre duas ou mais legislações estrangeiras.

Assim, si um pae hespanhol tiver filhos menores belgas, que lei regerá, no Brasil, o patrio poder, si ha duas leis pessoas diferentes?

3.^a) não ser sempre possível, scindir em uma relação de direito, a pessoa, a cousa e a fôrma do acto juridico e applicar a cada uma dellas um principio diverso, como a capacidade do marido para alienar immoveis do casal sem outhorga da mulher, e por escripto particular, desde que o estatuto pessoal, que é o regulador da capacidade, e a lei do logar, a reguladora da fôrma externa, lhe confirmam tal faculdade e o estatuto real, que é o que se applica aos immoveis, lh'a recuse ;

4.^a) funda-se esta theoria na *comitas gentium*, o que quer dizer que o juiz nunca é obrigado a applicar uma lei estrangeira, podendo, porém, fazel-o por mera cortezia para com o respectivo legislador, que, pelo principio da reciprocidade, assim tambem o fará em identicas circumstancias.

Ora, nada pôde haver de mais arbitrario.

Eis, com effeito, os absurdos que tal theoria produziu na America do Norte e na França : decidiram os juizes americanos que a capacidade de um estrangeiro que contracta com um nacional, deve regular-se pela lei de seu paiz ou pela americana, conforme a que o declara capaz ou incapaz, segundo o interesse que, na validade ou na nullidade do acto, tiver o cidadão americano ; na França, em que é acceito o estatuto pessoal, com a applicação da lei da nacionalidade os tribunaes têm julgado :

a) que é valido o contracto celebrado entre um nacional e um estrangeiro, embora a lei deste o declare incapaz de contractar, si o francez o ignorava ;

b) que deve ser preterido o tutor estrangeiro, nomeado pelo pae da mesma nacionalidade, quando este deixou de nomear a um parente francez.

Accresce ainda, diz Asser, que, si o juiz não está obrigado a applicar o direito estrangeiro, tambem não está auctorizado a fazel-o, e, portanto, não o pôde, pois a competencia é, por natureza, restricta : desde que a lei não confere expressamente uma faculdade, diz Laurent, é porque, *ipso facto*, a recusa.

Estas objecções são improcedentes, como passamos a mostrar :

1.^a) Certo, é muitas vezes difficil, como já o mostramos, determinar-se a natureza de uma lei — si pessoal ou real ; isto,

porém, não é motivo sufficiente para se não adoptar a theoria estatutaria, porquanto :

a) tal distincção não è a base da theoria e, ao contrario, só foi feita accidentalmente, por se confundir a causa com o effeito, como já o dissemos em o n. III.

A theoria baseia-se nos dois principios fundamentaes expostos, que estabelecem, como regra, a territorialidade da lei e nos outros quatro, que fixam as respectivas excepções.

Ora, corrente como é, que as excepções só se applicam aos casos taxativamente determinados, a consequencia logica forçada é que, em se não tratando de alguma das excepções, prevalece o dominio da regra, pouco importando a classificação da respectiva lei ;

b) accresce que, em regra, solveremos a duvida, como já o dissemos, attendendo ao objecto principal da lei ou ao fito que com ella collimou o legislador : — si este fito fôr a condição da pessoa, isto é, seu estado e capacidade ou o supprimento da vontade das partes, ella será pessoal ; si o não for, porém, será real, pois esta accentuemos mais uma vez, é a regra;

c) nenhuma outra theoria resolve satisfactoriamente a questão, pois todas afinal de contas, estabelecem a distincção das leis em *pessoaes* e *reaes*, não passando a divergencia, como bem o diz Calvo, de uma questão de palavras ;

d) quanto ao criterio que se attribue a Bartholo, houve, na licção de Lainé, precipitação demasiada em se attribuir tamanho dislate a um jurisconsulto de tal estatura.

E' um conselho que elle dá, e não uma regra absoluta que estabelece.

E, de facto, como o diz Vareilles-Sommières, tres vezes em quatro o conselho dará bom resultado ; é, porém, um processo puramente empirico, sem segurança e, portanto, sem valor scientifico.

Ha, porém, um criterio mais seguro, a que já alludimos. A difficuldade proveniente dos conflictos de devolução e de qualificação não é peculiar á theoria estatutaria, mas estende-se a todas as outras e até hoje não foi ainda definitivamente solvida, como o veremos, quando delles nos occuparmos.

2ª) A' segunda objecção responderemos :

a) que a theoria estatutaria — somos ainda uma vez forçados a repetil-o — tem uma regra geral, isto é, que — as leis regem a todas as pessoas que estão no respectivo territorio.

A essa regra faz-se uma excepção para o estatuto pessoal do estrangeiro ; ora, si esta excepção não póde, por qualquer motivo, funcionar, volta-se á regra, applica-se a lei territorial, que, na hypothese, é a brasileira ; ou então

b) determinar-se-á, como o faz o nosso Projecto do Cod. Civil, paragrapho unico do art. 8º, que os filhos, durante a menoridade, e a mulher casada, emquanto durar a sociedade conjugal, seguirão o estado civil do pae e do marido, e, nesta hypothese, resolver-se-á a difficuldade, dizendo que a lei pessoal é a do pae ; isto é, que a lei que regerá o patrio poder é a hespanhola ;

3ª) A' terceira objecção identica resposta.

A difficuldade apparece em qualquer outra theoria, pois todas applicam a lei pessoal ao estado e á capacidade do estrangeiro e a lei real aos bens immoveis ; e todas adoptam o principio — *locus regit actus*, como o veremos, quando as expuzermos ;

4ª) Quanto á quarta, notemos, desde logo, o erro dos que affirmam que é aos juizes ou tribunaes que a theoria estatutaria confere competencia para decidir si a cortezia e a utilidade exigem ou não a applicação dos estatutos pessoaes estrangeiros.

Só ao legislador é que incumbe fazel-o, e, desde que o tenha feito, o juiz é obrigado a cumprir a respectiva lei, como o é em relação a todas as outras.

Tratando-se de um poder soberano, é claro que si, dentro do proprio territorio, elle admite a lei de outro soberano, a isso sómente póde ser levado por cortezia, ou por utilidade, atenta a esperanza da reciprocidade, e não por um principio absoluto de justiça, como o ensinam os juristas de outras escolas.

E', effectivamente, incontestavel que a applicação, em um Estado, dos estatutos pessoaes estrangeiros offerece graves inconvenientes : difficulta o papel dos officiaes dos registros civil e de hypothecas, dos notarios e sobretudo dos tribunaes ; expõe

a decepções e surpresas os cidadãos, que, sem o saber, tratam com os estrangeiros ; a allegação desta qualidade e o appello á respectiva lei dão ensejo a averiguações delicadas, a delongas e, algumas vezes, a fraudes ; estabelece, no mesmo territorio, desigualdades e especies de privilegios, que, além de serem sempre odiosos, podem diminuir o respeito dos cidadãos para com as proprias leis e despertar-lhes um perigoso desejo de mudança de nacionalidade ; em uma palavra, neutraliza, em parte, as incomparaveis vantagens da unidade de legislação.

Despojada, pois, das compensações que pôde trazer, a applicação aos estrangeiros dos respectivos estatutos pessoaes é muitissimo nociva ao Estado e completamente contraria ao interesse geral.

Ora, de accordo com as escolas que combatem a theoria da *cortezia* e da *reciprocidade*, o poder soberano exerce um direito, quando não admitte as leis dos outros paizes, que são contrarias ao interesse geral : logo não se trata de um principio de justiça, como ensinam, mas de mera utilidade geral, de accordo com a *comitas*.

Os estatutos pessoaes dos estrangeiros, estamos de pleno accordo, são os que, attentas as razões já expostas em o n. V, se lhes adaptam perfeitamente em seu proprio Estado, como são os que melhor lhes convêm em outros Estados ; força é, porém, tambem convir em que devemos acima de tudo, ter em vista os interesses do povo que lhes fornece hospitalidade.

E neste povo, comparados com a massa geral dos indigenas, elles não passam de unidades esparsas num ou noutro ponto — verdadeiras excepções.

Não ha, pois, injustiça alguma em se lhes recusar uma legislação especial, melhor adaptada á sua natureza ; porquanto semelhante direito é tambem recusado aos nacionaes que reproduzem o *typo commum* da raça.

Com effeito, em todos os Estados, por uma necessidade intuitiva, as leis, que são sempre feitas em vista desse *typo* normal, applicam-se a todos os subditos que o não têm.

Assim, a nossa lei, que fixa a maioridade aos vinte e um annos, mantém na incapacidade a muitos moços de menor eda-

de, cuja intelligencia, prudencia e saber são incontestavelmente, superiores ás de muitos velhos, e, ao inverso, confere independencia prematura a muitos outros, que não têm o necessario desenvolvimento physico, intellectual e moral.

Do mesmo modo quanto ao casamento, para o qual a nossa lei exige, no homem, a idade de dezeseis annos e na mulher, a de quatorze, sem se fazer a excepção do Direito Canonico — *si malitia suppleat etatem*.

Ora, mulheres e homens ha que, aos doze e quatorze annos, têm muito maior desenvolvimento physicos que outros aos dezoito ou vinte.

A lei, entretanto, é uniforme para todos e ninguem pensa que ha nisso injustiça em relação aos nacionaes, pois é o interesse geral que o reclama: logo, em condições identicas, não ha tambem injustiça para com os estrangeiros, tanto mais quanto estes pódem retirar-se do Estado, onde não são prisioneiros.

Nem se objecte que, assim procedendo, o legislador attentava contra a soberania dos outros Estados, os quaes têm direito de estabelecer leis para os membros da respectiva sociedade; e, si estes vão ao estrangeiro, não deixam de lhe pertencer e, portanto, de continuar sujeitos a esta soberania, que conserva o direito de lhes regular as acções, direito de que usa em relação ao estado e a capacidade dos mesmos.

Notemos, em primeiro logar, que si o principio fosse verdadeiro, a conclusão seria muito mais lata: os Estados não poderiam e nem deveriam applicar aos respectivos subditos, no estrangeiro, sómente os estatutos pessoaes, mas todos os que lhes approuvesse, e, em taes condições, nenhum estado poderia funcionar, pois sua soberania desappareceria deante da dos outros.

Certo, o estrangeiro continúa, de direito, a fazer parte da sociedade civil a que pertencia; mas está, de facto, fazendo-o de uma outra e não ha razão alguma para que os direitos desta se apaguem deante dos daquela.

Demais, si attentado houvesse, este daria logar a reclamações diplomaticas categoricas, e, caso não fossem satisfeitas, a um *casus belli*.

Ora, ninguém admitte esta consequencia ; porquanto a Inglaterra não applica os estatutos pessoas estrangeiros e até hoje o facto não deu logar a reclamação alguma.

E, mais ainda, si ao Estado se não contesta o direito de fechar suas portas ao estrangeiro ou, quando os reputa perigosos, de expulsal-os, não se lhe póde contestar o direito de simplesmente lhes não admittir os estatutos pessoas, desde que estes é que, sem compensação alguma, se lhe tornam uma fonte de difficuldades e de perigos.

Temos, afinal, o seguinte argumento *ad hominem* : todos os adversarios da theoria estatutaria ensinam que os estatutos pessoas dos estrangeiros lhes não devem ser applicados, quando contrariarem o interesse geral do Estado : logo a questão não é de justiça e nem de qualquer outro principio superior, mas unicamente da vantagem ou da utilidade do alludido Estado.

Concluamos, pois, que não é a justiça, *per se* e *a priori*, que reclama a applicação dos estatutos pessoas, os quaes só são admittidos por um principio de cortezia internacional, bazeado na vantagem da reciprocidade — *a comitas gentium ob reciprocam utilitatem* da theoria estatutaria.

VIII. Dissemos que o estado e a capacidade são, em regra geral, regidos pelo estatuto pessoal.

Examinemos agora qual deve ser este estatuto—si o do domicilio da pessoa, como o pensam alguns ; si o de sua nacionalidade, como o ensinam outros.

Com estes é que nos achamos de accordo, porque é attendendo ás condições peculiares a cada nação — sua raça, clima, religião, cultura, moralidade, etc., que si justifica a applicação aos estrangeiros do respectivo estatuto pessoal, como já o dissemos.

Ora, estas razões não prevalecem em relação ao domicilio, desde que este não coincida com a nacionalidade.

São as seguintes, entre outras de menor monta, as razões dos que por elle propugnam :

a) não si poder, muitas vezes, determinar a lei nacional, como no caso em que a pessoa perca sua nacionalidade e no em que tenha mais de uma ;

b) desde que a pessoa deixa o domicilio de seu nascimento e si fixa em outro lugar, é por preferir este áquelle.

Estas razões não procedem :

a) porque se póde, em regra, determinar a lei nacional da pessoa, que tambem póde ter mais de um domicilio e cada um delles com leis differentes ;

b) porque tanto a pessoa não prefere o lugar do domicilio, que não abandonou sua nacionalidade.

Caso, porém, a pessoa não tenha patria, ou tenha mais de uma, applicar-se-á, subsidiariamente, a lei do domicilio, e, si houver mais de um, a da residencia.

Encontra-se, nas legislações, essa mesma divergencia que existe entre os escriptores ; a maioria, porém, adopta a lei da nacionalidade, como se vê no *Direito Internacinal Privado* de Clovis Bevilacqua.

Foi este o principio que elle esposou no *Projecto do Codigo Civil*, arts. 15 e 22, e que foi igualmente o adoptado no *Projecto* approvedo pela Camara dos Deputados, art. 8º.

IX. Em substituição da theoria estatutaria, surgiram varias outras que são expostas por Weiss e por Vareilles-Sommières, dentre as quaes se destacam as de Savigny, Mancini e Pillet, tendo sido as duas primeiras adoptadas por varios juristas.

Estas escolas, porém, só divergem realmente da estatutaria quanto ao fundamento da *comitas* e da reciprocidade ; pois quanto á divisão das leis em pessoas e reaes, não differem e, quanto aos casos da respectiva applicação, pouca divergencia, e esta mesma insignificante, aprese ntam, de sorte que é mais no dizer de Calvo, uma questão de palavras.

Examinemos, portanto, os novos fundamentos apresentados.

De accordo com Savigny, quando o juiz tem que resolver um conflicto de leis civis, seu primeiro dever é analyzar, com precisão, a natureza do facto juridico que dá origem ao conflicto e desde que o tenha feito, examinar a lei que melhor convém á solução da especie e applicar-lh'a, mesmo que tenha emanado de um legislador estrangeiro, visto existir, entre os differentes povos, uma *communhão* ou *communidade* de direito.

Dada esta communhão, desde que a applicação dos respectivos principios não offenda os interesses do Estado, como aggregado politico, elle não pôde a ella oppor-se.

Nem ha offensa á soberania nacional, porque as leis prohibitivas, inspiradas no interesse publico, serão obrigatorias para com todos, nacionaes ou estrangeiros.

Esta theoria é inacceptavel :

a) porque, ao lado da communhão de direito entre os diferentes povos, fundada na natureza racional e social dos homens, ha o direito proprio de cada povo — o *jus proprium cujusque civitatis*, filiado nas differenças de raça, religião, etc., como o expuzemos em o n. I.

Ora, é exactamente por haver estes direitos divergentes, que surge o conflicto de leis. Como, pois, dar-se-lhe, para a respectiva solução, um fundamento que lhe é, *in totum*, contrario ?!

b) a esta escola é que se applica inteiramente, e sem resposta possivel, a 4.^a objecção feita á theoria estatutaria quanto ao arbitrio do juiz.

Accrescentaremos, apenas, que elle não tem poder de applicar aos casos vertentes as leis de outro paiz, porque é obrigado a julgal-os de accordo com as do seu.

Tanto é isto verdade, que o proprio Savigny reconhece expressamente que « quando casos de collisão tiverem sido previstos pelas leis de um paiz, os juizes desse paiz são obrigados a se conformar *inteiramente* com essas prescripções ».

Ora, dada esta hypothese, que é a mais commum, fica sua theoria sem fundamanto algum.

Segundo Mancini, a lei, quando dispõe sobre o interesse particular, tem sempre por objecto a unidade da pessoa ; não pôde, pois, reger sinão aquelles para os quaes foi feita e deve, em regra, regel-os em todos os logares e em todas as relações juridicas salvo as excepções ou attenuações que resultarem da ordem publica internacional, da regra *locus regit actus* e da autonomia da vontade, isto é, as leis suppletivas.

Eis, em resumo, como e'le a fundamenta.

O Estado é, antes de tudo, um aggregado de pessoas, reunidas por um laço contractual de sujeição commum.

Para que, porém, possa assegurar a essas pessoas a protecção e as garantias a que ellas têm direito, é mister que elle tenha um *territorio*.

Seu poder exerce-se, pois, simultaneamente, sobre as pessoas e sobre o sólo.

Estes dois elementos, porém, são de importancia inteiramente desigual; porque não podemos conceber um Estado sem subditos, ao passo que podemos concebê-lo sem territorio, como se dá com as tribus selvagens da America e da Africa.

Assim, pois, o Estado existe por causa de seus subditos e para seus subditos: sua soberania *territorial* não passa de um accessorio de sua soberania *pessoal*.

E esta, que se manifesta pelo direito de dictar leis a seus nacionaes, não conhece fronteiras territoriaes: elle abdicaria a propria soberania, si renunciasse ao direito exclusivo de governar a condição juridica de seus subditos expatriados.

Não ha, effectivamente, lei mais apropriada aos interesses e necessidades da pessoa que a lei de sua nação baseada na raça, no clima, nos usos e costumes, na tradição, em uma palavra, em todo o conjuncto dos elementos que constituem o character e o genio civil de cada povo e de cada nação.

Si, porém, por estes motivos, deve o Estado admittir, em seu territorio, a applicação das leis estrangeiras, tem, como todos o reconhecem, o direito de se conservar e de se defender e, portanto, o de não permittir a applicação das leis que forem contrarias ás bases fundamentaes, sobre as quaes se assenta sua organização, provindo dahi a primeira excepção — a ordem publica internacional.

Quanto ás outras duas regras, que, para sua theoria, são excepções, a saber, a *lex loci rei sitae* e *locus regis actus*, Mancini e seus sectarios as justificam do mesmo modo porque o faz a escola estatutaria e que já expuzemos.

Assim, para Mancini, a regra é, ao contrario da escola estatutaria, a *personalidade da lei* sendo a *territorialidade* uma excepção.

Apesar de ser essa a theoria que, modernamente, tem maior numero de adeptos e dentre os mais eminentes juristas, todavia, a não julgamos verdadeira:

a) porque ella só explica e isto de pleno accordo com a escola estatutaria, porque é que aos nacionaes se deve applicar a respectiva lei quanto ao estado e á capacidade, desde que não haja inconveniente para o Estado estrangeiro, em cujo territorio se acham; não explica, porém, como cumpria, porque é que este Estado deve admittir, como regra, a lei pessoal do estrangeiro, e, como excepção, sua propria lei.

Não se sabe, de facto, como bem o diz Pillet, donde vem esta força mysteriosa e innata, que obriga a dar preferencia á lei nacional em conflicto com as de outro Estado, quando a soberania deste, e não a nacionalidade, é que dá força á lei e é a unica que pôde impor-lhe a obrigatoriedade.

b) porque, segundo a lição de De Vareilles-Sommières, esta escola não faz mais do que erigir, como regra, o que, para a escola estatutaria, é excepção, e *vice-versa*, incorrendo, porém, em erro; pois, além das razões dadas na resposta á ultima objecção ao fundamento da *comitas*, a pretendida excepção contém muito maior numero de casos que a regra, a qual, portanto, é que vem a ser realmente a excepção.

Examinemos, finalmente, a theoria de Pillet, tambem chamada *da natureza das leis*, a qual é a mais moderna.

Diz este internacionalista que todas as leis são, por sua natureza, ao mesmo tempo territoriaes, e extraterritoriaes, isto é, obrigam a todos que se acham dentro das fronteiras do Estado, sejam nacionaes ou estrangeiros, bem como a todos os nacionaes expatriados.

Este principio decorre de dois attributos essenciaes á lei, — a generalidade e a continuidade.

Chama-se *generalidade* o character necessario da lei, em virtude do qual, apesar de feita para uma determinada categoria de pessoas, deve applicar-se a todas que, comprehedidas nessa categoria se acham no territorio do legislador que a promulgou, a saber, os estrangeiros da mesma idade, do mesmo sexo, da mesma condição social, etc.

Chama-se *continuidade* o character tambem necessario da lei, em virtude do qual sua auctoridade se exerce sem interrupção, do dia em que foi promulgada ao em que fôr abrogada.

A generalidade da lei implica sua territorialidade; a continuidade implica sua extraterritorialidade: o subdito, sahindo do territorio, não pôde interromper seu effeito.

Toda lei, consequentemente, si nada lhe contrariasse, a tendencia natural, seria, simultaneamente, territorial e extraterritorial: toda lei brasileira, por exemplo, regeria os estrangeiros no Brasil e os brasileiros nos outros paizes.

Ha, porém, no mundo, muitos Estados, e, si as respectivas leis produzissem livremente seu effeito natural, todo o individuo que residisse fóra de sua patria, seria, ao mesmo tempo, submettido ás exigencias contradictorias de duas legislações, o que seria duro e injusto, pois ninguem pôde obedecer, ao mesmo tempo, a duas leis em taes condições.

Cumpre, portanto, para estabelecer harmonia entre as acções concurrentes das diversas legislações positivas, sacrificar uma parte do effeito natural e util da lei, seja a territorialidade, seja a extraterritorialidade, seja, ora uma, ora outra.

Quando, porém, deveremos sacrificar a territorialidade e quando a extraterritorialidade?

E' preciso descobrir-se um criterio tal, que conserve a lei seu maximo effeito util, isto é, de seus dois attributos—generalidade (territorialidade) ou continuidade (extraterritorialidade) o que lhe fôr mais util.

Eis o criterio:

Dever-se-á sacrificar a extraterritorialidade, e manter a territorialidade, nas leis cujo fim social não será attingido, si, em cada paiz, se não applicarem aos estrangeiros, como aos nacionaes.

Dever-se-á, ao contrario, sacrificar a territorialidade, e manter a extraterritorialidade, naquellas cujo fim social fallará, si não seguirem em todo logar as pessoas que cahirem sob o imperio de suas disposições.

Ora, as leis, consideradas sob o ponto de vista do respectivo fim social, prestam-se a uma divisão systematica em dois grupos, um dos quaes reclama a territorialidade e outro a extraterritorialidade.

Com effeito, as leis não podem ter sinão algum dos dois fins sociaes seguintes: proteger as actividades particulares dos

indivíduos, ou garantir as condições de existencia e de funcionamento do corpo social.

As primeiras são feitas no interesse immediato dos indivíduos e as segundas no interesse immediato da sociedade.

Áquellas chama-lhes Pillet—*leis individuaes* ou melhor *leis de protecção individual*; a estas—*leis sociaes* ou *leis de garantia social*.

Como exemplo das primeiras, cita as leis sobre a capacidade, sobre a familia, as destinadas a assegurar a cada um a disposição dos fructos de seu trabalho, e as que regulam a successão *ab intestato*.

Estas leis de protecção individual é que devem ser extra-territoriaes, devendo as de garantia social ser territoriaes.

Devem as primeiras ter aquelle character, porque a protecção que outorgam só será efficaz, si fôr continua no tempo e no espaço: ellas perdem a territorialidade, que, entretanto, lhes é natural, tanto quanto ás outras: é o quinhão da extra-territorialidade, que lhes é infinitamente mais precioso.

Cumprê que as segundas sejam territoriaes; porque o respectivo fim, que é—o interesse da sociedade, a ordem publica—, falharia por completo, desde que os estrangeiros, no territorio, lhes não obedecessem.

Em materia de protecção individual, é a lei de nacionalidade, e não a do domicilio, que é a competente, porque é só a soberania nacional que tem a missão e o dever de proteger seus subditos no estrangeiro.

Repellir os estatutos pessoas da lei nacional seria um ataque a uma das prerogativas essenciaes do Estado, seria obstar sua soberania no exercicio de um dever, que é, ao mesmo tempo, um direito.

Si se tratar de uma relação juridica, tendente á protecção do individuo, e que envolva muitas pessoas de nacionalidade differente, deve-se applicar a cada uma sua lei nacional, desde que seja possivel.

Si o não fôr, cumprê examinar si a relação em litigio tem por fim a protecção particular de uma só das pessoas, como no caso do patrio poder e da tutela, que visam, evidentemente, a protecção do filho e do pupillo, devendo, então, prevalecer a lei nacional destes.

Caso, porém, a relação em litigio tenha por fim a protecção de duas pessoas, como na adopção, applicuem-se cumulativamente as duas leis.

Assim, si uma exige a idade de cincoenta annos no adoptante e outra a de sessenta, é a mais rigorosa das duas que deve ser observada.

E' inaceitavel este systema :

1.^o) porque não estabelece, nem qual a regra de direito—si a territorialidade ou a extraterritorialidade, o que é essencial afim de se solverem os casos duvidosos e os não expressos pelo legislador, nem estabelece, para a extraterritorialidade, fundamento algum, de modo a conciliar-a com a soberania territorial.

O que Pillet faz é, apenas, estabelecer um novo criterio para a distincção das leis em pessoas e reaes, o que não é sufficiente para uma nova theoria—acrescendo não ser verdadeiro tal criterio.

2.^o) porque, segundo elle, toda a lei é, por essencia, extraterritorial e territorial, e neste ultimo character, applica-se mesmo ao estrangeiro no territorio, ao contrario da theoria estatutaria, de accordo com a qual, a lei, por ser territorial, applica-se apenas aos actos praticados no territorio.

Aos estrangeiros, pois, na licção de Pillet, devem applicar-se as leis relativas ao serviço militar, ao jury, ao ensino, á aptidão para as funcções publicas, bem como as eleitoraes.

Ora, em todos os paizes, ellas só se applicam aos nacionaes: logo as leis não são territoriaes por essencia, mas só porque o legislador assim o determina e, consequentemente, tudo depende de vontade deste e não da natureza da lei.

E como caracterizar as leis que só se applicam aos estrangeiros, como a que lhes exige a caução *judicatum solvi*? São, territoriaes? São, ao contrario, extraterritoriaes?

Mais ainda: neste ultimo character, as leis são obrigatorias para com seus subditos mesmo fóra do respectivo territorio: logo os brasileiros que se acharem no pólo norte, como lá não existe lei alguma em conflicto com a nossa, a esta devem obediencia.

Si, conseqüentemente, infringirem nossas leis relativas á caça ou á pesca, devem ser punidos, como incorrerão em multa, si lá fizerem um contracto sem o pagamento dos direitos fiscaes, absurdos que ninguem admitte.

3.º) As leis que limitam o numero de horas de trabalho dos operarios e prohibem ás mulheres e meninos o trabalho á noite são, indiscutivelmente, de protecção individual, porque visam precipuamente a protecção dos respectivos individuos: logo não deviam obrigar os estrangeiros no paiz e, ao contrario, deviam obrigar os nacionaes no estrangeiro, o que egualmente, ninguem admitte.

Continúa, pois, de pé, a theoria estatutaria.

X. De accordo com ella, a doutrina mais geralmente seguida tem adoptado os seguintes principios :

1.º) A lei pessoal (*lex personæ*), isto é, a da nacionalidade do estrangeiro deve regular :

a) seu estado, a saber, qual a sua nacionalidade, si é solteiro, casado ou viuvo, maior ou menor ;

b) sua capacidade civil, qualquer que seja o acto ou contracto que tenha de fazer ;

c) as relações de familia, como o poder material e o patrio, o parentesco por consanguineidade e por afinidade, a legitimação dos filhos, o direito a alimentos, a tutela e a curatela;

d) o regimen legal de bens entre os conjuges, a saber, o da communhão, só a communhão dos adquiridos, o da separação e o dotal ;

e) a successão legitima e a testamentaria, isto é, a ordem da vocação hereditaria, os direitos dos herdeiros e a validade das disposições, qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz em que se achem ;

f) os bens moveis de uso pessoal do proprietario ou os que elle tiver sempre consigo, bem como os destinados a transporte para outros logares.

2º. Aplicar-se-á subsidiariamente a lei do domicilio e, em falta deste, a da residencia :

I. Quando a pessoa não tiver nacionalidade, havendo-a perdido num paiz, sem a adquirir em outro ;

II. quando se lhe attribuirem duas nacionalidades, por conflicto não resolvido, entre as leis do paiz do nascimento e as do de origem ;

3º) A mulher casada, durante o casamento, e os filhos, durante a menoridade, reputar-se-ão da nacionalidade do marido e pae ;

4º) Nenhuma lei pessoal, porém, vigorará no paiz, desde que seja incompativel com a soberania nacional, contraria á ordem publica ou aos bons costumes ;

5º) A' lei real, isto é, do paiz, ficam sujeitos :

a) os bens immoveis e moveis nelle situados (*lex loci rei sitæ*), salvo quanto a estes, a excepção já feita. Sujeitam-se, porém ao dominio desta regra os moveis, cuja situação for mudada na pendencia da acção real sobre os mesmos ;

b) a forma extrinseca dos actos publicos e particulares nelle celebrados (*lex loci regit actus*) ;

c) A prova do acto ou facto que nelle se passou, excepto si a lei pessoal fornecer meios mais amplos ;

d) a substancia e os effeitos das obrigações nelle contrahidas ;

e) a competencia, a fórma do processo e os meios de defesa na acção nelle promovida.

São esses, mais ou menos, os principios consagrados pelo nosso projecto deCodigo Civil, approvedo pela Camara dos Deputados.

XI. Como se deve proceder nos conflictos de *devolução* e de *qualificação* ?

Quando a lei no paiz manda applicar ao estrangeiro a respectiva lei nacional e esta, por sua vez, manda applicar-lhe a lei do domicilio, dá-se o conflicto que os francezes chamam *renvoi*, os italianos *rinvio*, e os nossos escriptores *devolução declinatoria*, *retorno* e *referencia*.

Supponhamos, por exemplo, que tenhamos de determinar a lei reguladora da capacidade de um allemão, domiciliado na Argentina.

De accordo com o nosso direito, é a lei nacional, isto é, a da Allemanha, que lhe deve regular a capacidade ; de accor-

do, porém, com a lei allemã, á hypothese se applica a lei do domicilio, a saber, a Argentina.

Como solver o conflicto? Não ha accordo na doutrina. Ensinam muitos internacionalistas, como Laurent, que deve, na hypothese, regular a lei allemã, pois esta é que é a determinada pela lei brasileira, e é a esta que o respectivo juiz deve obedecer.

Revidam outros muitos, porém, como Vareiles-Sommières, e com razão, que a lei allemã, a respeito, é a argentina; pois a referencia que a esta faz aquella equivale a incorporar-lhe os respectivos dispositivos, que, portanto, *in subjecta materia*, formam o direito allemão.

Esta é a solução que tem sido adoptada pela jurisprudencia franceza e belga, como o mostra o internacionalista supra citado; é tambem a solução dada pela conferencia de Haya em 1893, relativamente ao casamento: «O direito de contrahir casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros esposos, a menos que esta lei se não refira, seja á lei do domicilio, seja á lei do logar da celebração.»

Em 1894, diz Lainé, a commissão do casamento reconheceu que a formula adoptada no anno anterior apresentava certa ambiguidade, e, para mais clareza, propoz a redacção seguinte, que a conferencia approvou: «O direito de contrahir casamento é regulado pela lei nacional de cada um dos futuros esposos, salvo o caso em que se deva ter conta, seja da lei do domicilio, seja da lei do logar da celebração, si a lei nacional o permittir.»

Quid do conflicto de *qualificação*?

Dá-se este conflicto, segundo Bartin, quando dois Estados accordam em submeter a determinação da capacidade juridica á lei nacional do interessado: um delles, porém considera como regra de capacidade a prohibição de praticar determinado acto em uma certa fórmula, ao passo que o outro liga, pura e simplesmente, as prohibições deste genero á theoria das fórmulas.»

Parece-nos que o acto deve ser qualificado de accordo com a lei do paiz e não com a estrangeira, porque aquella é que é obrigatoria para o juiz.

É, dada a omissão da lei nacional, recorrer-se-á á doutrina corrente, como, entre nós, fez o Supremo Tribunal Federal no accordam n. 88, de 21 de agosto de 1897, em que recusou homologar uma sentença do Tribunal de Lucca, que annullára um testamento de mão commum, feito no Brasil, sob o fundamento de que o Cod. Civil Italiano não trata da questão sob a rubrica «das fórmias dos testamentos», como no Cod. Napoleão, mas sob a «das successões testamentarias.»

XII. Examinemos, afinal, quaes, a respeito, os principios de nosso direito constituido.

São os seguintes :

1.º) A lei pessoal (a nacional) regula :

a) o estado e a capacidade das pessoas ; pois o regul. n. 737, de 25 de novembro de 1850, determina, no art. 3.º, § 1.º que «as leis e usos commerciaes dos paizes estrangeiros regulam as questões sobre o estado e idade dos estrangeiros residentes no Brasil, quanto á capacidade para contractar, não sendo os mesmos estrangeiros commerciantes matriculados na fórmula do art. 4.º do Cod. do Commercio.

«Todavia os contractos não serão nullos, provando-se que verteram em utilidade dos estrangeiros.»

Dada, a respeito, a ommissão de nosso direito civil, vigora, como subsidiario, este artigo do regul. n. 737, mas sem a excepção feita, já porque ella só se refere aos *commerciantes*, já porque, mesmo em relação a elles, os interpretes têm attribuido tal excepção a mero descuido da redacção empregada : assim é que o dispositivo tem sido consolidado por Teixeira de Freitas, Carlos de Carvalho e José Hygino.

A' regra exposta fazem-se as seguintes excepções:

I salvo o disposto em tratado ou ajuste internacional, vigente ao tempo da promulgação da Constituição Federal, o direito que regula o estado civil dos estrangeiros residentes no Brasil, sem ser por serviço de sua nação, não se applica aos filhos nelle nascidos (Lei n. 1.096, de 10 de setembro de 1860, art. 1.º e Const. Federal, art. 69, n. 1.º) ;

II a brasileira que se casar com estrangeiro conservará sua nacionalidade, deixando, portanto, de seguir a condição do marido (Lei citada. art. 2º);

b) a capacidade do casamento por procuração, em se tratando do de estrangeiro com brasileira; pois «o estrangeiro, residente fóra do Brasil, não poderá nelle casar-se com brasileira, por procuração, sem provar que sua lei nacional admitte a validade do casamento feito por esse modo.» Dec. n. 181, de 24 de janeiro de 1890, art. 45;

c) a *successão*. «A tradição do direito brasileiro, diz Bevilacqua, é no sentido de entregar á lei nacional do *de cujus* a regulamentação do direito successorio no que respeita á vocação hereditaria, ao direito dos herdeiros e á capacidade de dispor testamentariamente.

Dos antigos praxistas cita-se Valasco, em suas decisões, como sectario da doutrina estatutaria. *Est communis et receptissima opinio*, escreve elle, *quod statutum seu lex unius loci vel regni diversi non extenditur ad bona posita extra territorium statuentium*.

Territorialista ainda era Mello Freire, mas os seus discipulos Liz Teixeira, Borges Carneiro e Coelho da Rocha, sobretudo este ultimo, acceitam abrandamentos á doutrina do mestre». E, de accordo com tal opinião, se acham o dec. n. 855, de 8 de novembro de 1851 e a jurisprudencia do Supremo Tribunal Federal, como o mostra o mesmo Bevilacqua;

2º) A lei real ou territorial regula:

a) as causas de impedimentos e as formalidades preliminares dos casamentos; porque «as disposições relativas ás causas de impedimentos e ás formalidades preliminares são applicaveis aos casamentos de estrangeiros, celebrados no Brasil» (Dec. n. 181, citado, art. 48);

b) os bens situados no Brasil (Decs. ns. 6.236, de 21 de junho de 1876, art. 28 e 6.982 de 1878, art. 2º, § 3º);

c) o direito real de *hypotheca*, pois «os contractos celebrados em paiz estrangeiro não produzem *hypotheca* sobre os bens situados no Brasil, salvo direito estabelecido nos tratados ou si forem celebrados entre brasileiros, ou em favor delles, nos consulados, com as solemnidades e condições que a lei bra-

sileira prescreve» (Dec. n. 169 A, de 19 de janeiro de 1890, art. 4.º, § 4.º);

d) a natureza e a qualificação da relação de direito, por exemplo, si se trata de estatuto pessoal ou real, si de direito pessoal ou real (Vide supra n. XI, *in-fine*);

e) a substancia e os efeitos das obrigações, salvo expressa convenção das partes contractantes, presumindo-se, porém, contrahidas conforme as leis brasileiras as obrigações entre brasileiros em paiz estrangeiro (Cod. do Commercio, art. 424; regul. n. 737 citado, art. 5.º).

Exceptuam-se as obrigações que, por seu objecto, só no Brasil forem exequiveis (Cod. do Commercio, art. 628; dec. n. 737 citado, art. 4.º);

3.º) A fôrma dos actos juridicos sempre se rege pelas leis e usos do paiz onde são celebrados (Ordenações do Liv. 3.º, Tit. 59, § 1.º; regul. 737 citado, arts. 3.º, § 2.º, 140, § 2.º, 151, 216 e 217; dec. n. 181 citado, art. 47).

A este principio fazem-se as seguintes excepções:

I a fôrma dos actos celebrados por brasileiros, nos lugares onde houver agente consular brasileiro, que serão celebrados de accordo com a respectiva lei, afim de poderem ter execução no Brasil (Regul. n. 737 citado, art. 3.º, § 2.º; dec. n. 169 A citado, art. 4.º, § 4.º; dec. n. 3.084, de 1898, parte IV, art. 9.º);

II os actos celebrados por brasileiros, residentes em paiz estrangeiro, sob a fôrma de instrumento particular, sempre que a escriptura publica não fôr substancial, os quaes produzirão efeitos no Brasil, desde que a firma e a identidade da pessoa sejam attestadas pelo agente consular brasileiro (Lei n. 79, de 23 de agosto de 1892, art. 1.º, § 2.º e art. 2.º);

III os actos para os quaes nossa lei estabeleça fôrmas e solemnidades particulares, pois não produzirão acção, si taes fôrmas e solemnidades deixarem de ser observadas (Ordenações do Liv. 1.º, Tit. 58, § 17 e Tit. 66, § 29; Cod. do Commercio, arts. 124, 628 e 633; regul. n. 737 citado, art. 684; dec. n. 169 A citado, art. 4.º, § 4.º e lei n. 79 citada, art. 3.º);

IV) a prova dos actos celebrados em paiz estrangeiro far-se-á pelos meios nelle admittidos (Ordenação, Liv. 3.º, Tit. 59, § 1.º);

V) quem fundar seu direito em lei estrangeira, deverá provar que ella existe e está em vigor (Ordenações do Liv. 3.º, Tit. 53, § 9.º, ; dec. n. 3.084 citado, parte 3.ª, art. 260);

VI) deverão ser legalizados e traduzidos, quando não exarados em lingua portugueza, os actos feitos em paiz estrangeiro, afim de poderem ser exhibidos em juizo ou perante qualquer auctoridade ou estabelecimento official (Cod. do Commercio, art. 663 ; regul. n. 737 citado, arts. 140, § 2.º, 147, 216 e 217; dec. n. 9.370, de 1885, arts. 47, 61 e 117 ; lei n. 79 citada, art. 1.º, § 2.º; dec. n. 3.084 citado, parte 3.ª, art. 284).

Edmundo Lins.

Lente cathedratico de Direito Romano