

FAMÍLIAS INTERNACIONAIS:

SEUS DIREITOS, SEUS DEVERES

Gustavo Ferraz de Campos Monaco (Universidade de São Paulo)

Hugues Fulchiron (Universidade de Lyon III – França)

Organizadores

 **intelecto**
EDITORA

© 2016 by INTELECTO EDITORA

Produção editorial: Demes Brito
Diretor editorial: Demes Brito
Diagramação e revisão: Formato Serviços
Capa: Intellecto Soluções Inteligentes

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Famílias internacionais: seus direitos, seus deveres / Hugues
Fulchiron; Gustavo Ferraz de Campos Monaco (organizadores). –
São Paulo: Intellecto Editora, 2016.

Vários autores.
ISBN 978-85-5827-009-0

1. Direito civil 2. Direito comparado 3. Direito comparado – Brasil
4. Direitos civis (Direito internacional) 5. Direito de família
6. Direito internacional 7. União estável (Direito de família)
I. Monaco, Gustava ferraz de Campos. II. Fulchiron, Hugues.

16-07269
CDU-340.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito comparado 340.5

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução total
ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos
direitos de autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo
artigo 184 do Código Penal.

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

Nota: O Acordo Ortográfico foi aplicado integralmente nesta obra.

INTELECTO EDITORA
Rua Turiagu, 390, 5º andar
Perdizes
05005-000 São Paulo, SP
011 2592 8003
intellectosolucoes.com.br

Sumário

Apresentação....

Sobre os autores:

1 **Direito inte**
e da geogra
Gustavo Fe

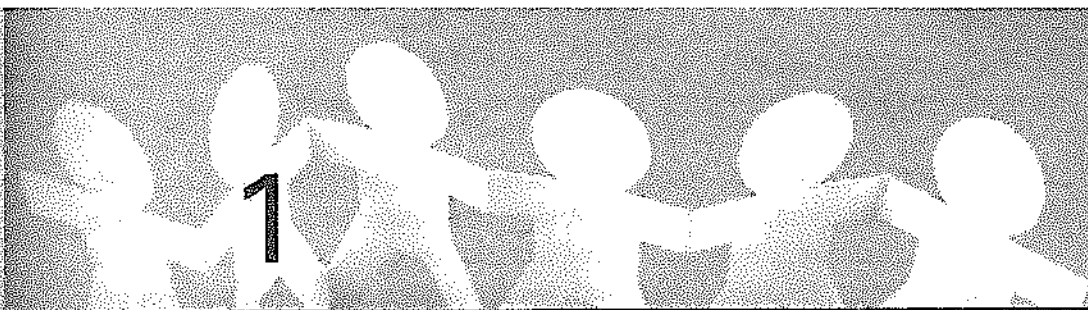
2 **Autonomia**
Renata C. S

ARRAN

3 **Casamento**
Jannice An

4 **União está**
Panorama
Claudia do

5 **A união es**
França
Camila Bir



DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DA FAMÍLIA: INFLUÊNCIAS DA HISTÓRIA E DA GEOGRAFIA DO BRASIL

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

INTRODUÇÃO

O descobrimento do território que hoje abriga o Estado brasileiro foi precedido da partilha das terras virtualmente existentes no caminho entre a Europa e a Ásia entre duas das grandes potências do período e certamente as duas maiores potências em matéria de navegação. A baixa precisão dos instrumentos de medição² – se comparados com os instrumentos hoje existentes – pode ter entusiasmado uma partilha que teria prejudicado enormemente a Coroa portuguesa³ não fosse uma série de influências topográficas e demográficas que criaram maiores empecilhos à Coroa espanhola que à portuguesa.

¹ O presente texto foi desenvolvido a partir da exposição intitulada “Critérios de conexão nas famílias mosaico: propostas de solução, no caso brasileiro, a partir da experiência europeia”, proferida no “1º Congresso Internacional de Direito Privado. As três faces do Direito Privado: civil, comercial e internacional”, ocorrido em São Paulo, de 12 a 14 de maio de 2014.

² “Quando principiaram as viagens lusitanas rumo à Guiné, as cartas de navegação não indicavam ainda latitudes e longitudes, mas apenas rumos e distâncias. O aperfeiçoamento de instrumentos como o quadrante e o astrolábio, que permitiam conhecer a localização de um navio pela posição dos astros, representou uma importante inovação”. FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 24.

³ Veja-se, a respeito, as informações trazidas no capítulo 2 da obra de GÓES, Synesio Sampaio. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 41-51.

História e geografia, assim, parecem ter influenciado a condução da ocupação do território brasileiro. A hipótese de que se parte, na presente investigação, é a de que tais fatores tenham impactado nas escolhas políticas do Estado brasileiro (em contraposição às escolhas dos Estados que se formaram na então América Espanhola) quando se tratou de escolher a lei aplicável para reger os aspectos pessoais, especialmente aqueles de cunho familiar.

O texto, assim, procurará contrapor fatos históricos e aspectos geográficos (físicos, humanos, políticos) que possam ter contribuído, em momentos posteriores, para as decisões políticas relacionadas à atribuição da nacionalidade local, às políticas migratórias adotadas e à escolha dos elementos de conexão no Brasil colonial (embora a decisão incumbisse à Coroa portuguesa), no Primeiro Reinado, na República velha e no Período entre Guerras.

1 HISTÓRIA E GEOGRAFIA NO PERÍODO COLONIAL

Os termos do *Tratado de Capitulação da Partição do Mar Oceano*, nome oficial do Tratado de Tordesilhas, cidade em que foi assinado em 1494, são uma fonte de especulação das razões que teriam levado Portugal e Espanha a comprometerem-se com uma divisão das terras a oeste do arquipélago de Cabo Verde a partir de dados bastante imprecisos⁴. Não estão definidos, por exemplo, qual a referência das 370 léguas pensadas como medida de distância, já que havia, no século XV, várias unidades de medida designadas pela palavra “légua”, nem o ponto inicial dessa medição: se a partir da primeira ou da última ilha do arquipélago de leste para oeste. Mapas da primeira metade do século XVI representam o meridiano com uma oscilação de até 800 km⁵. Outro ponto curioso apontado é a utilização de 370 léguas como referência e não um número redondo (300, 350, 400?).

Some-se a isso a incerteza que à época ainda existia acerca de ser o planeta plano ou redondo (de que é testemunha a tentativa de Colombo de chegar ao Oriente por meio de uma rota traçada em direção do Ocidente), o que acabou tendo impacto por ocasião da assinatura do Tratado

⁴ “Só em fins do século XVII os holandeses conseguiram desenvolver uma técnica precisa de medição de longitudes”. FAUSTO. *História do Brasil*, cit., p. 40.

⁵ GÓES. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*, cit., p. 51.

de Madri, de 1750, com de conformação do te a Terra era redonda - Tordesilhas produzia tos que o próprio Mer antevia em 1529 por responsável pela perce na Ásia, teriam ocorri de 1494. Tal constata das fronteiras entre a princípio do *uti possid*

O recurso ao *uti po* da União Ibérica, circú ria de Aviz. A morte d batalha de Alcácer-Qu o cardeal D. Henrique tião, que morrerá sem menos de dois anos. A pelo qual o Rei da Es Portugal (filha do Rei - pai de D. Sebastião herdeiros, tendo sido de D. Felipe I, pelas valeu a Portugal a m a indicação, por Mad nobreza lusitana⁷.

Argumenta-se que polação dos limites es anos mais tarde, o re

⁶ “A negociação e firma jurídica da expansão das fi das terras antes definidas processo de formação nac 1999, p. 105.

⁷ MOTA, Carlos Guillher São Paulo: Editora 34, 20

⁸ Veja-se, por exemplo: I mação e da gestão do terri

de Madri, de 1750, considerado o segundo principal instrumento jurídico de conformação do território brasileiro⁶. Com efeito, a convicção de que a Terra era redonda – e que, portanto, aos efeitos que o Meridiano de Tordesilhas produzia no Atlântico se contrapunham, no Pacífico, os efeitos que o próprio Meridiano ali haveria de provocar, algo, aliás, que já se antevia em 1529 por ocasião da assinatura do Tratado de Zaragoza – foi responsável pela percepção de que não apenas nas Américas, mas também na Ásia, teriam ocorrido violações aos limites estabelecidos pelo Tratado de 1494. Tal constatação acabou permitindo a reorganização pactuada das fronteiras entre as colônias portuguesas e espanholas com base no princípio do *uti possidetis, ita possideatis*.

O recurso ao *uti possidetis* costuma ser apresentado como consequência da União Ibérica, circunstância histórica decorrente da extinção da dinastia de Aviz. A morte de D. Sebastião, então rei de Portugal, em 1578, na batalha de Alcácer-Quibir, no norte da África, elevou ao trono português o cardeal D. Henrique, de elevada idade. D. Henrique era tio de D. Sebastião, que morrera sem deixar herdeiros. O reinado de D. Henrique durou menos de dois anos. A casa de Aviz não possuía herdeiros diretos, motivo pelo qual o Rei da Espanha, Felipe II, cuja mãe era a princesa Isabel de Portugal (filha do Rei D. Manuel I, de Portugal e irmã dos Reis D. João III – pai de D. Sebastião – e D. Henrique) disputou o trono com outros dois herdeiros, tendo sido, ao final, reconhecido Rei de Portugal, com o título de D. Felipe I, pelas cortes de Tomar. O reconhecimento foi pactuado e valeu a Portugal a manutenção de sua autonomia administrativa, com a indicação, por Madrid, de um Vice-Rei, normalmente um membro da nobreza lusitana⁷.

Argumenta-se que a União Ibérica tenha sido a responsável pela extrapolação dos limites estabelecidos no Tratado de Tordesilhas⁸ e ocasionado, anos mais tarde, o recurso enfático ao princípio do *uti possidetis*. Há, no

⁶ “A negociação e firma do Tratado de Madri, de 1750, (...) significou o reconhecimento jurídico da expansão das fronteiras coloniais no Brasil, que mais do que dobrou a extensão das terras antes definidas pela linha de Tordesilhas”. DANESE, Sérgio. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil. *Política Externa*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 98-117, 1999, p. 105.

⁷ MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2015, p. 75-76.

⁸ Veja-se, por exemplo: DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Aspectos jurídicos da formação e da gestão do território nacional: o caso brasileiro. In: DALLARI, Pedro Bohomoletz

entanto, que se ressaltar que o acordo firmado entre Felipe II e as Cortes de Tomar, que garantiram àquele o acesso ao trono de seu primo, tios e avô, com a expressa previsão de um Vice-Rei, foi responsável pela manutenção das Cortes portuguesas na “jurisdição sobre suas posses coloniais”⁹.

Não obstante, é preciso compreender as razões que levaram a população que se encontrava nas Américas por delegação ou a serviço das Coroas (portuguesa ou espanhola) a infringir os limites estabelecidos pelo Tratado de Tordesilhas. A hipótese investigada é a de que além da imprecisão dos termos do Tratado e da situação política decorrente da União Ibérica, razões de natureza geográfica (física e humana) tenham contribuído para essa inobservância do quanto pactuado.

Lilia Schwarcz e Heloisa Starling citam o Frei Vicente do Salvador, que já em 1630 afirmava que “nenhum homem nesta terra é repúblico, nem zela, ou trata do bem comum, senão cada um do bem particular”¹⁰. Assim, ainda que os argumentos apresentados acima possam justificar a perspectiva da Metrópole para a extrapolação dos limites territoriais que lhe cabiam, o presente trabalho busca investigar as razões que, na perspectiva das populações que já ali se encontravam naquela época, justificariam primeiro o ter alcançado a linha-limite e, depois, o a ter cruzado.

O intuito, explicita-se, é o de mostrar a formação do povo brasileiro. E a partir desta demonstração, justificar as escolhas que ao direito internacional privado importam.

1.1 Topografia

Um dos interesses da Geografia é “apreender como cada sociedade humana estrutura e organiza o espaço físico-territorial em face das imposições do meio natural, de um lado, e da capacidade técnica, do poder econômico e dos valores socioculturais, de outro”¹¹.

de Abreu (Coord.). *Relações Internacionais: múltiplas dimensões*. São Paulo: Aduaneiras, p. 11-18, 2004, p. 13.

⁹ MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 76.

¹⁰ SCHWARCZ, Lilia Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015, p. 19.

¹¹ ROSS, Jurandy L. Sanches (Org.). *Geografia do Brasil*. 6. ed. 1. reimp. São Paulo: EDUSP, 2011, p. 16.

A negociação e de diversos e suce Inocêncio VIII e A primeiros), ora os terras situadas a e e sucessivamente. A expectativa poli das expedições ma se alcançassem as ou comprovar cor à disposição deste historiografia atua investigação acer havidos na virada o vérsia que hoje inte histórica do que à

Seja como for, que a topografia t espanhola a partir terras alcançadas e ilhas? Havia conhe das terras a serem pelo Tratado de T para alcançar e ex

A litosfera ou c ças físicas distintas da terra em direçã por meio da pressã substancialmente posteriormente, l forças exógenas ou que comanda os d das águas¹⁴. Tudo

¹² GÓES. *Navegantes*

¹³ FAUSTO. *História*

¹⁴ ROSS (Org.). *Geo*

A negociação e assinatura do Tratado de Tordesilhas foram precedidas de diversos e sucessivos instrumentos outorgados pelos Papas Sisto IV, Inocêncio VIII e Alexandre VI, ora privilegiando os portugueses (os dois primeiros), ora os espanhóis (o último)¹² no que concernia à partilha das terras situadas a oeste da Europa e da África, atribuindo virtualmente – e sucessivamente – as mesmas porções de terra ora a uns, ora a outros. A expectativa política das Coroas era a de serem descobertas, em razão das expedições marítimas, não mais do que ilhas e arquipélagos até que se alcançassem as vastas terras orientais, sem que seja possível presumir ou comprovar com precisão histórica a efetiva ciência do que estivesse à disposição destes Estados em termos de território e riquezas. Aliás, a historiografia atual é taxativa em indicar a baixa relevância histórica da investigação acerca da intencionalidade eventual dos descobrimentos havidos na virada do século XV para o século XVI: “trata-se de uma controvérsia que hoje interessa pouco, pertencendo mais ao campo da curiosidade histórica do que à compreensão dos processos históricos”¹³.

Seja como for, a indagação que ora se faz é a seguinte: qual a influência que a topografia terá tido na expansão colonial das Coroas portuguesa e espanhola a partir do momento em que seus prepostos perceberam que as terras alcançadas eram demasiadamente extensas para se configurar como ilhas? Havia conhecimento do relevo predominante nas costas leste e oeste das terras a serem descobertas por uma ou ambas as partes beneficiadas pelo Tratado de Tordesilhas? A Coroa portuguesa beneficiou-se do relevo para alcançar e extrapolar o meridiano “definido” no Tratado?

A litosfera ou crosta terrestre é moldada pela contraposição de duas forças físicas distintas e de atuação complementar, apesar de opostas. Do centro da terra em direção à superfície atuam as forças internas ou endógenas, por meio da pressão exercida pelo manto e núcleo da Terra, modificando substancialmente a crosta terrestre, criando formas estruturais que são, posteriormente, lenta e constantemente moldadas e esculpidas pelas forças exógenas ou externas, impulsionadas exclusivamente pelo calor solar que comanda os diversos tipos climáticos além da movimentação do ar e das águas¹⁴. Tudo ocorrendo de modo ininterrupto no tempo e no espaço.

¹² GÓES. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*, cit., p. 43.

¹³ FAUSTO. *História do Brasil*, cit., p. 31.

¹⁴ ROSS (Org.). *Geografia do Brasil*, cit., p. 17-18.

Se a expectativa era a da descoberta e posse de ilhas e arquipélagos, é possível presumir que nem portugueses, nem espanhóis tivessem muitas informações a respeito do relevo e da topografia dos territórios que haviam partilhado. Não obstante, as diferenças de acesso e posse efetiva que estavam à disposição dos exploradores são bastante marcantes e merecem ser analisadas.

Tratando-se de terras até então supostamente desconhecidas das nações europeias, sua natureza jurídica era a de *res nullius*, o que admitia a posse e a aquisição da propriedade por invenção, decorrente da descoberta. A partilha definida pelo Tratado de Tordesilhas visava, portanto, limitar juridicamente as possibilidades de aquisição originária destes territórios por outras nações, assim como a fronteira entre a área destinada à Espanha e a Portugal.

Nesse particular, ganhou relevo a ficção de posse consubstanciada na aplicação do princípio da contiguidade. Por esta teoria, a posse efetiva do território por portugueses ou espanhóis estendia-se fictamente até os limites territoriais efetivos (no caso de ilhas) ou jurídicos (fronteira “definida” pelo meridiano de Tordesilhas). A contiguidade justificava assim a configuração do não abandono da porção de terra que não tivesse sido ocupada de modo efetivo (*res derelicta*). A consequência de sua incidência é o necessário reconhecimento da ilicitude da transposição do meridiano por colonos brasileiros.

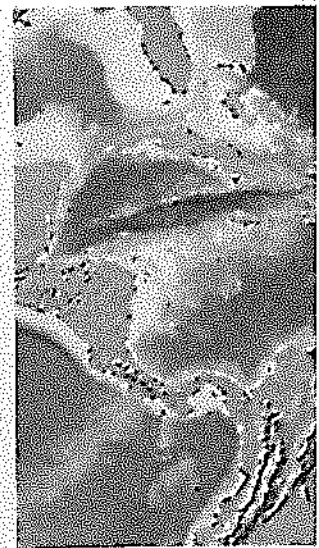
1.1.1 América portuguesa

Do ponto de vista topográfico, a América portuguesa caracterizou-se por um litoral extenso e de baixa alternância de acidentes geográficos, com escarpas e baixas cadeias montanhosas que se sucedem com distâncias mais ou menos longas relativamente à linha de maré e que terminam em planaltos onde grassava a vegetação densa, porém transponível aqui e ali, possibilitando que os colonos portugueses ocupassem o litoral e, décadas mais tarde, atingissem as regiões mais elevadas sem grandes dificuldades.

O avanço em direção ao Meridiano de Tordesilhas, todavia, não se operou homogeneamente. A heterogeneidade da ocupação do território esteve atrelada no mais das vezes ao interesse de exploração econômica das riquezas locais, sem que a topografia tenha desempenhado, aqui, um papel de maior destaque.

1.1.2 América espanhola

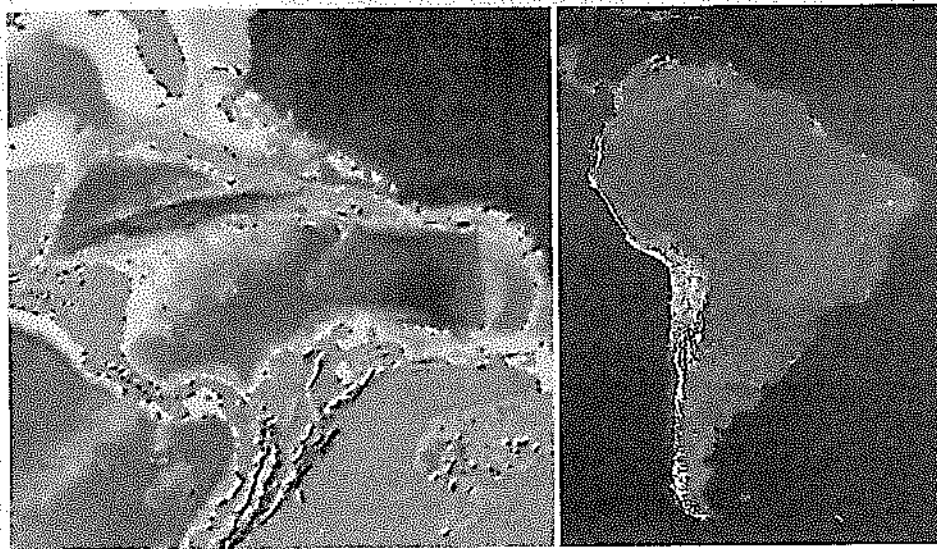
Também do ponto de vista topográfico, a América espanhola foi beneficiada pelo Tratado de Tordesilhas, que lhe garantiu a posse e a ocupação efetiva de territórios contíguos ao litoral. Por ficção de contiguidade, o território estendeu-se até o meridiano de Tordesilhas, mesmo após o desembarque das nações europeias, mas a ocupação efetiva ocorreu apenas em algumas áreas, como a existência de ilhas, com vegetação, como no Nordeste do Brasil, como na Costa Oeste do Brasil, como nos mapas abaixo:



Não se trata, portanto, de uma ocupação homogênea, razão pela qual se pode dizer que a penetração ocorreu com menor grau de continuidade (ver, supra, o item 1.2.2), não sendo as condições para a penetração

1.1.2 América espanhola

Também do ponto de vista topográfico, a América espanhola acabou agraciada pelo Tratado de Tordesilhas com um terreno bastante irregular e acidentado. Por ficção jurídica decorrente da aplicação do princípio da contiguidade, o território passou à posse da Coroa espanhola imediatamente após o desembarque do primeiro espanhol em terras americanas, mas a ocupação efetiva desse território viu-se dificultada aqui e ali pela existência de ilhas, como na América Central, de densa e intransponível vegetação, como no Norte da América do Sul, ou de altas cordilheiras, como na Costa Oeste da América do Sul, como se pode averiguar nos mapas abaixo:



Não se trata, portanto – e como é óbvio –, de um relevo de recorte homogêneo, razão pela qual poder-se-ia argumentar haver nichos territoriais por onde a penetração nos territórios da colônia espanhola poderia ocorrer com menor grau de dificuldade. Não obstante, se se confrontar essa suposição com a ocupação populacional da América espanhola (veja-se, infra, o item 1.2.2), não é difícil concluir que a região de melhores condições para a penetração europeia no território, que por partilha caberia

à Coroa espanhola, foi a região da Bacia do Rio da Prata¹⁵, onde ocorreu justamente o mais intenso fluxo espanhol em direção ao interior da porção sul do continente americano.

Não à toa, tratou-se da região com maiores embates entre os colonos portugueses e espanhóis e a região em que, a despeito de um relevo menos inóspito, os portugueses conseguiram avançar em menor grau para além do Meridiano de Tordesilhas.

1.2 População originária

Em sua chegada ao território americano, os europeus conviveram com povos que se reuniam em aglomerados humanos bastante diversos entre si, quer no que respeita à estrutura social, política, econômica, religiosa, cultural¹⁶ vivenciadas, quer no que respeita ao grau de conhecimento acumulado para o controle e comando dos recursos e insumos naturais.

Se é verdade que alguns povos mantinham uma interação contemplativa relativamente à natureza e seus recursos, construindo seu refúgio de acordo com a existência de condições benéficas e planejando sua migração a partir de adversidades ocasionais ou sazonais, não é menos verdade que outros povos, no mesmo continente, dominavam técnicas bastante avançadas de posse e domesticação de animais, de culturas agrícolas¹⁷, de engenharia e arquitetura.

A estrutura sociopolítica experimentada por esses povos também diferia enormemente de aglomerado humano para aglomerado humano, obser-

¹⁵ “Os espanhóis se firmaram inicialmente na região do Rio da Prata e, no Pacífico, no litoral do Peru”. DALLARI. In: DALLARI (Coord.). *Relações Internacionais: múltiplas dimensões*, cit., p. 13.

¹⁶ “A expressão encontro de culturas vulgarizou-se quando da comemoração do quinto centenário da Descoberta da América. Como já havia neste continente antigas culturas, mais destruídas do que civilizadas pelos europeus, tratou-se de identificar a expressão que demonstrasse respeito pelas civilizações autóctones, como encontro de culturas o faz; embora não seja de todo verdadeira, pois a civilização que se impôs foi a europeia”. GÓES. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*, cit., p. 85.

¹⁷ “Na América do Sul, na área correspondente ao altiplano do Peru e da Bolívia, fronteira das bacias hidrográficas que formariam o território brasileiro, os quéchuas constituíram uma civilização particularmente avançada e hierarquizada. Desenvolveram a agricultura de irrigação em terraços nas encostas dos Andes”. MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 24.

vando-se desde estru-
derivada da capaci-
organizações política

O fator que se bus-
dos diversos povos e a
lonos europeus, seja p
de sobrevivência (col
na facilidade de avan-

1.2.1 América portuque

Os povos indígena
tuguesa consistiam n
culturas e organizaçõ
mente próximos uns
das vezes, muito difer
cos¹⁸ linguísticos, o Ma
as principais matrize
contribuíram para fo
de um grupo étnico e
que se desenrolou ac
índigenas tenham se

¹⁸ “Fora uma complexa in-
diversas sociedades indíge-
senhorias mais ou menos
Nathan. Os índios e a con-
rica Latina: América Latin
2. ed. 3. reimp. Tradução
Alexandre de Gusmão, p.

¹⁹ “A pertinência da intr-
a emergência e a sobrevi-
afirmação e reconhecime-
genas e a sociedade nacio-
nação no caminho da const
10. Último acesso em 5 de
ufmg.br/dspace/bitstrea
pdf?sequence=1>.

²⁰ DANESE. A diplomaci

²¹ MOTA; LOPEZ. *História*

vando-se desde estruturas calcadas firmemente na influência religiosa derivada da capacidade de curas espirituais e corporais até complexas organizações políticas¹⁸ como os impérios Inca, Maia e Asteca.

O fator que se busca investigar, então, é saber se o grau de organização dos diversos povos e as estratégias de convivência empreendidas pelos colonos europeus, seja por conveniência, seja por necessidade ou imperativo de sobrevivência (colonial) tiveram alguma influência na dificuldade ou na facilidade de avanço da ocupação dos territórios português e espanhol.

1.2.1 América portuguesa

Os povos indígenas que ocupavam o território atribuído à Coroa portuguesa consistiam numa multiplicidade de grupos populacionais, com culturas e organizações diversas, provenientes de grupos étnicos relativamente próximos uns dos outros, com *ethos*¹⁹ bastante próprios e, no mais das vezes, muito diferentes, mas que se reconduziam “a dois grandes ‘troncos’ linguísticos, o Macro-Jê e o Macro-Tupi. Estes dois grupos constituem as principais matrizes linguísticas e genéticas que, em última instância, contribuíram para formar o Brasil atual”. Isso explica que, mesmo dentro de um grupo étnico e cultural relativamente homogêneo²⁰, “num processo que se desenrolou ao longo de aproximadamente 4 mil anos” os povos indígenas tenham se subdividido em “diversas famílias linguísticas”²¹.

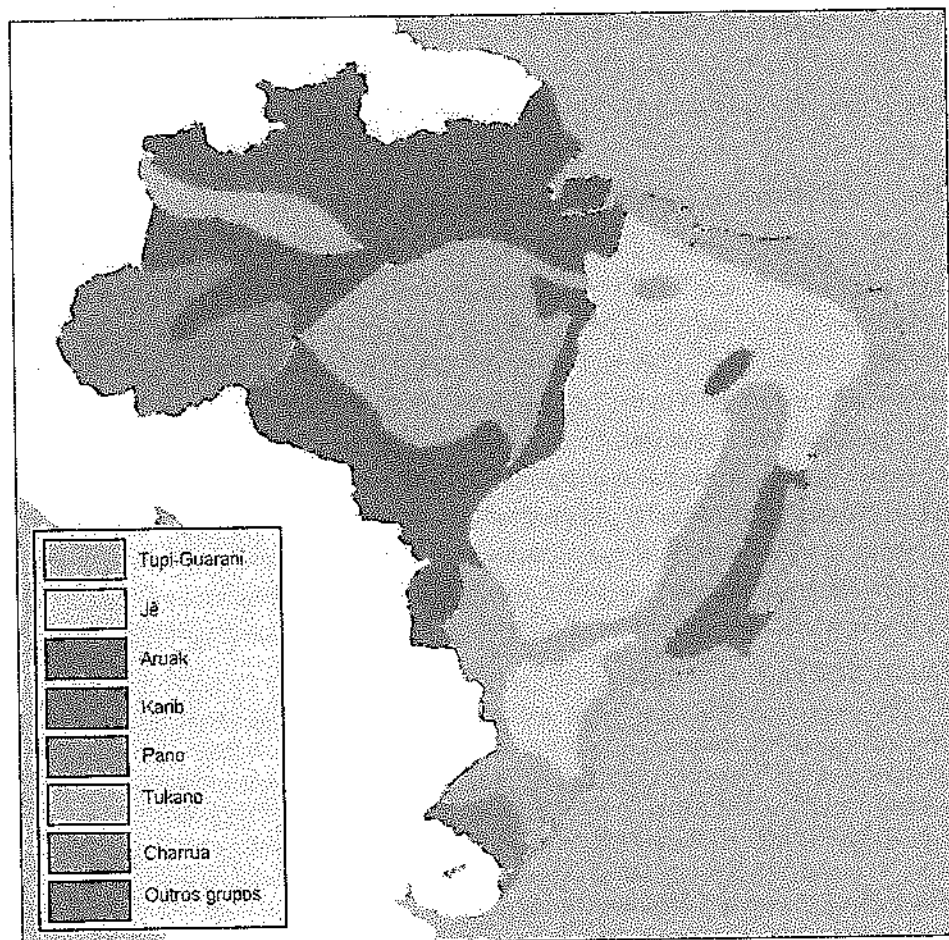
¹⁸ “Fora uma complexa interação de fatores externos que, no início do século XVI, dera às diversas sociedades indígenas muitas formas diferentes: estados altamente estruturados, senhorias mais ou menos estáveis, tribos e grupos nômades ou seminômades”. WACHTEL, Nathan. Os índios e a conquista espanhola. In: BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, volume I [The Cambridge history of latin America]. 2. ed. 3. reimp. Tradução de Maria Clara Cescato. São Paulo: EDUSP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, p. 195-240, 2012, p. 195.

¹⁹ “A pertinência da introdução do conceito de fronteira étnica consistirá no fato de que a emergência e a sobrevivência do *ethos* indígena estarão estreitamente relacionadas à afirmação e reconhecimento dessas fronteiras, diante da interação entre sociedades indígenas e a sociedade nacional”. CALDEIRA, Cláudia Passos. *Revisitando o ethos indígena e a nação no caminho da construção das identidades*. Dissertação de mestrado. UFMG, 2006, p. 10. Último acesso em 5 de julho de 2016. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ALDR-6WENT7/disserta__o_arquivo__nico.pdf?sequence=1>.

²⁰ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 102.

²¹ MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 25-26.

De outro lado, o modo de exploração dos recursos naturais empreendidos pela maioria dos povos recomendava o fracionamento desses coletivos em uma diversidade de grupos de baixa densidade populacional²² e de curta duração²³.



²² MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 27.

²³ HEMMING, John. Os índios do Brasil em 1500. In: BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, volume I [The Cambridge history of latin America]. 2. ed: 3. reimp. Tradução de Maria Clara Cescato. São Paulo: EDUSP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, p. 101-128, 2012, p. 104.

O modo de interação com respeito pelo outros grandes iniciativas como animais e vegetais medicinais, venenos e sem que seja possível dos em preservar ou ocupadas". Mas "não vidades e pela tecnologia de produzir efeitos d

A disputa por ali os povos indígenas, do continente ameri

A chegada de Num espaço de aculturação e to português disputa pelo

Os portugueses e indígenas dispersos, entre si²⁶. Aliados também contra os europeus do continente americano os indígenas tentaram do confronto – especialmente isolamento, com o continente²⁸.

Durante toda do Brasil sou

²⁴ FAUSTO. *História do*

²⁵ MOTA; LOPEZ. *Histo*

²⁶ "Na Europa as lutas c tiam, elas eram, segundo havia de ser sem igual e de um lado, conquista de

²⁷ SCHWARCZ; STARL

²⁸ FAUSTO. *História de*

ais empreendi-
esses coletivos
lacional²² e de

O modo de interação com a natureza era, em geral, contemplativo, com respeito pelo *oikos* de onde se extrai o alimento e a proteção, sem grandes iniciativas culturais no sentido de controlar os recursos naturais, como animais e vegetais, muito embora existisse certo domínio de ervas medicinais, venenos etc. Isso caracterizava uma exploração seminômade, sem que seja possível afirmar que “estivessem intuitivamente preocupados em preservar ou restabelecer o equilíbrio ecológico das áreas por eles ocupadas”. Mas “não há dúvida de que, pelo alcance limitado de suas atividades e pela tecnologia rudimentar de que dispunham, estavam longe de produzir efeitos devastadores”²⁴.

A disputa por alimento e território confrontou durante longo tempo os povos indígenas, especialmente os que habitavam o fértil litoral leste do continente americano.

A chegada dos europeus agravou o quadro de hostilidades existente. Num espaço de aproximadamente meio século, os tupis que resistiram à aculturação e à escravização foram deslocados para o interior, enquanto portugueses, franceses e castelhanos iniciavam uma nova etapa na disputa pelo litoral²⁵.

Os portugueses encontraram aliados de ocasião entre os diversos grupos indígenas dispersos, os quais se encontravam, muitas vezes, em conflitos entre si²⁶. Aliados contra outros grupos indígenas, menos amistosos, e também contra os europeus que, excluídos, se insurgiam contra a partilha do continente americano entre portugueses e espanhóis²⁷. Não obstante, os indígenas tentaram resistir ao avanço da colonização europeia por meio do confronto – especialmente em face da tentativa de escravização – e do isolamento, com deslocamentos sucessivos em direção ao interior do continente²⁸.

Durante todos os séculos de conquista e domínios coloniais, as tribos do Brasil sofreram uma pavorosa catástrofe demográfica. Morreram

²⁴ FAUSTO. *História do Brasil*, cit., p. 31.

²⁵ MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 30.

²⁶ “Na Europa as lutas dividiam e sangravam nações; já no Novo Mundo, se guerras existiam, elas eram, segundo os relatos europeus, só internas [entre os índios]. O encontro havia de ser sem igual e entre iguais, por mais que o tempo mostrasse o oposto: genocídio de um lado, conquista de outro”. SCHWARCZ; STARLING. *Brasil: uma biografia*, cit., p. 30.

²⁷ SCHWARCZ; STARLING. *Brasil: uma biografia*, cit., p. 41.

²⁸ FAUSTO. *História do Brasil*, cit., p. 38.

te (Org.). *História
e history of latin
EDUSP; Brasília:*

incontáveis milhares de índios, vitimados pelas doenças trazidas da Europa, e o padrão de ocupação territorial foi totalmente rompido pela invasão a partir do leste²⁹.

Além disso, a chegada da mão de obra escrava proveniente da África ocasionou um intenso processo de miscigenação entre os três povos (americanos, europeus e africanos) que se fez acompanhar de levadas migratórias internas de grande relevância. “Diversas e sucessivas migrações ao longo do litoral ou pelo interior, ocorridas ao sabor do apogeu ou decadência de atividades econômicas (...) e da busca de riquezas pelo interior (...) garantiram que a população brasileira tivesse uma miscigenação não apenas racial, mas regional, garantindo uma relativa homogeneidade étnica, linguística e cultural à colônia”³⁰.

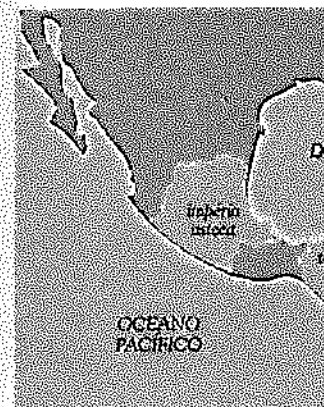
1.2.2 América espanhola

As três principais civilizações ameríndias que ocupavam o espaço territorial destinado à Coroa espanhola eram os astecas, localizados na região que hoje compõe o México, os maias, na fronteira entre o atual México e a América Central e os incas, na costa oeste da América do Sul, estendendo-se pelos territórios atuais do Peru ao Chile.

A formação desses impérios se deu por meio de expansão territorial e guerras de conquista, com a subjugação de outros povos, os quais eram artificialmente integrados à população politicamente predominante. Claro está que essa integração artificial fazia-se acompanhada de muita tensão e, em consequência, o sentimento de pertença efetiva ao império não se verificava muitas vezes. Ao contrário, era sufocado pelo medo e pelo uso da força. Esses povos viviam, ainda, e antes da chegada dos espanhóis, uma forte tensão religiosa, com antigas profecias a assombrar seu futuro e cujos conteúdos pareciam estar prestes a se cumprir – o que se deduzia a partir de elementos dos mitos – e que prometiam, em essência, o retorno dos deuses

²⁹ HEMMING. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 105.

³⁰ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 102. Continua o autor: “É essa homogeneização em vários graus que explica isso que muitas vezes parece um assombro aos povos europeus: que um país de dimensões continentais e população relativamente esparsa comporte apenas algumas variantes sociolinguísticas, que se manifestam no sotaque e em alguns poucos regionalismos, e nenhum dialeto ou língua diferente”.



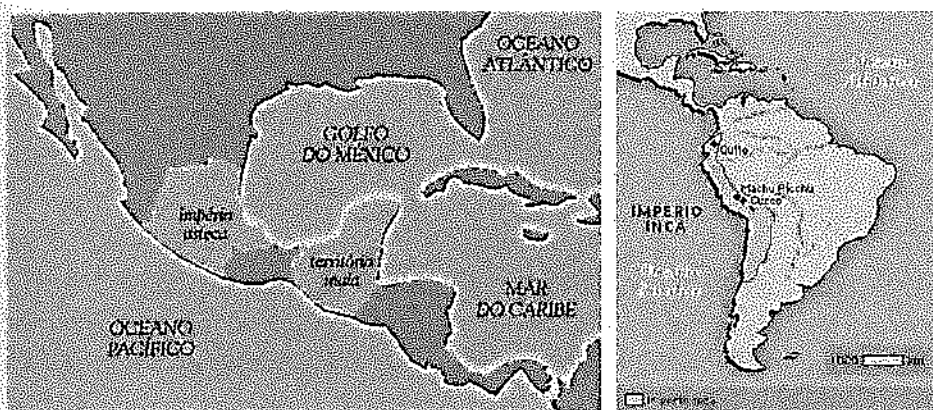
fundadores daquelas civilizações. Na América estava disseminado o seu reinado benevolente aos homens que um dia retornariam para o retorno de seus deuses. Os astecas previram a volta de seus deuses (que só ocorre a cada 52 anos) e seu império durante o reinado dos espanhóis se deu pelo ano *ce-acatl* e no território durante o reinado de Atahualpa. No sentido, fatos e mitos disseminados e apressadas entre as figuras da verdade que a assimilação era a ser construída ou logo destruída dos ‘deuses’ europeus ou

De outro lado, é impossível não pensar nos povos conquistados pelos espanhóis em busca de riqueza em benefício de todos³¹, o que mantinha

³¹ WACHTEL. In: BETHELL (Org.), *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 196-197.

³² WACHTEL. In: BETHELL (Org.), *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 198.

³³ WACHTEL. In: BETHELL (Org.), *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 210.



fundadores daquelas civilizações centenárias. Segundo Wachtel³¹, por toda a América estava disseminado “o mito do deus civilizador que, depois de seu reinado benevolente” desaparecera misteriosamente e que prometera aos homens que um dia retornaria. Cada civilização procurara precisar o retorno de seus deuses utilizando-se de referências próprias a sua cultura. Os astecas previram a volta de seu deus, Quetzalcóatl, num ano *ce-acatl* (que só ocorre a cada 52 anos) enquanto os incas previram o término de seu império durante o reinado de seu 12º imperador. A chegada efetiva dos espanhóis se deu pelo leste do atual território mexicano em 1519 (um ano *ce-acatl*) e no território oeste do atual Peru a chegada se deu por mar durante o reinado de Atahualpa, justamente o 12º governante inca. Nesse sentido, fatos e mitos dissolveram-se e não foram poucas as associações apressadas entre as figuras dos espanhóis e dos deuses civilizadores. É bem verdade que a assimilação entre deuses e espanhóis por vezes nem chegou a ser construída ou logo se dissipou quando confrontada com as atitudes dos ‘deuses’ europeus ou mais simplesmente, ante sua mortalidade³².

De outro lado, é importante ressaltar que a estrutura de dominação dos povos conquistados pelos impérios ameríndios baseava-se na produção de riqueza em benefício do império, com sua redistribuição em benefício de todos³³, o que mantinha, em grande medida, as tensões sob controle. A

³¹ WACHTEL. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 196-197.

³² WACHTEL. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 198.

³³ WACHTEL. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 210.

chegada dos espanhóis, com o controle do poder político, beneficiou-se, assim, de uma estrutura política centralizadora que gozava de um grau elevado de reconhecimento e até mesmo de certa legitimidade. Mas beneficiou-se, também, de sentimento de revanche e revolta dos povos indígenas que constituíam as minorias nos impérios e que cedo se aliaram aos espanhóis. Do ponto de vista econômico, toda a comunidade trabalhava em complexas estruturas organizacionais em prol do império³⁴, mas a riqueza retornava em algum momento, enquanto riqueza pessoal ou familiar, ainda que em montante menor relativamente ao quanto produzido, mas vinha acompanhada de melhorias e benefícios para aquela mesma comunidade, providos pelo poder central.

A Coroa espanhola manteve o modo de produção da riqueza, assim como a titularidade dessa riqueza em mãos do novo poder centralizado, mas as contrapartidas representadas pelo retorno de parte da riqueza produzida e dos benefícios indiretos deixou de existir, gerando grande insatisfação.

O declínio populacional decorrente sobretudo das guerras de conquista, de suicídios – inclusive coletivos – e das doenças europeias que tomaram enorme proporção de letalidade³⁵ dada a ausência de resistência das populações locais ocasionada pelo longo tempo de isolamento ocasionaram o decréscimo da capacidade produtiva, com o conseqüente aumento dos valores em prata que seriam confiscados da população local.

Todo esse contexto parece ter retirado dos espanhóis o interesse na ocupação efetiva do território outorgado à Coroa pelo Tratado de Tordesilhas. Durante longas décadas os espanhóis beneficiaram-se das estruturas sociais, econômicas e políticas mantidas pelos indígenas, sem se aperceberem, talvez, que o interior do continente restava ocupado apenas com base no princípio jurídico da contiguidade, mas que, do ponto de vista fático e efetivo, o território interior restava, pelo menos aos olhos dos bandeirantes brasileiros que irão se aventurar na direção do Meridiano e que não resistirão a extrapolar a linha demarcatória, uma enorme região composta de *res derelicta*, em face da qual se levantará o princípio do *uti possidetis, ita possideatis*.

³⁴ Veja-se uma análise detalhada do exemplo inca em: WACHTEL. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 198.

³⁵ Nos primeiros 80 anos de domínio espanhol, o decréscimo populacional foi de cerca de 80% da população indígena. Veja-se WACHTEL. In: BETHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I, cit., p. 200-202.

1.3 À guisa de conclusi

A intenção do present colonial a conformação t espanhola desenvolveu-s a geografia humana impu políticas – acertada ou er atenuar ou amplificar as encontrada. Tais decisões da análise empreendida

Não obstante, consid que os portugueses se b avançar ‘sertão adentro’, c impostos pelo acordo de espanhola com o benepl cisco I, a proclamar seu que dividiu o mundo entr

A “ousadia” portugue espanhol explica a confor ocorrer a partir do recur *ita possideatis*, facilitada fez menção acima.

De outra sorte, a rela populações nativas, bast se fez referências neste das populações enquan do sentimento nacional

³⁶ Apud SCHWARCZ; STARI

³⁷ Ousadia: essa que teve po ambulantes e comerciantes p Imperial de Potosí, situada ne prata da América do Sul e, co Novo Mundo. Situada numa alimentos e produtos agrícola dos mais lucrativos do planeta de lucro oferecidas pela praça ração, cit., p. 76-77.

1.3 À guisa de conclusão parcial

A intenção do presente tópico foi a de mostrar que ao longo do período colonial a conformação territorial da América portuguesa e da América espanhola desenvolveu-se a partir de influências que a geografia física e a geografia humana impuseram aos colonizadores. Obviamente, decisões políticas – acertada ou erroneamente, pouco importa – foram capazes de atenuar ou amplificar as dificuldades e percalços impostos pela geografia encontrada. Tais decisões, pertencentes ao campo da história, serão objeto da análise empreendida nos próximos itens desse estudo.

Não obstante, considerando-se apenas os fatores geográficos, parece que os portugueses se beneficiaram de condições que lhes permitiram avançar ‘sertão adentro’, chegando e ultrapassando os limites juridicamente impostos pelo acordo de vontades havido entre as Coroas portuguesa e espanhola com o beneplácito papal – e que levou o Rei da França, Francisco I, a proclamar seu desejo de ler “a cláusula do testamento de Adão que dividiu o mundo entre Portugal e Espanha e me excluiu da partilha”³⁶.

A “ousadia” portuguesa³⁷, no sentido de contrapor-se ao título jurídico espanhol explica a conformação atual do território brasileiro, que só pode ocorrer a partir do recurso argumentativo ao princípio do *uti possidetis, ita possideatis*, facilitada a posse, ainda pela União Ibérica a que se fez menção acima.

De outra sorte, a relação dos colonos portugueses e espanhóis com as populações nativas, bastante dizimadas por fatores variados aos quais já se fez referências neste estudo, acabou contribuindo para a identidade das populações enquanto povo, o que vai ser importante para a formação do sentimento nacional por ocasião das independências das colônias. A

³⁶ Apud SCHWARCZ; STARLING. *Brasil: uma biografia*, cit., p. 30.

³⁷ Ousadia essa que teve por motor o interesse comercial dos peruleiros, mercadores ambulantes e comerciantes portugueses: “O objetivo dos peruleiros era alcançar a Vila Imperial de Potosí, situada na Bolívia de hoje. Potosí era o principal centro produtor de prata da América do Sul e, com seus 150 mil habitantes, a maior concentração urbana do Novo Mundo. Situada numa montanha estéril, dependia do fornecimento externo dos alimentos e produtos agrícolas consumidos por sua população. Isso a tornava um mercado dos mais lucrativos do planeta. Os peruleiros não demoraram a perceber as possibilidades de lucro oferecidas pela praça de Potosí”, MOTA; LOPEZ. *História do Brasil: uma interpretação*, cit., p. 76-77.

miscigenação entre índios, portugueses e negros³⁸, relativamente constante no interior da colônia pode ter contribuído para a consolidação do sentimento de povo da colônia, ainda mais quando se associa essa ideia à percepção de que a lógica das bandeiras prescindia de uma necessária fixação territorial, típica do domicílio (as sucessivas migrações ao longo do litoral ou pelo interior de que fala Sérgio Danese³⁹). Por outra parte, na América espanhola, a diversidade de povos e a estrutura organizacional observada cedo levou a uma identificação da população a partir do local de sua proveniência⁴⁰, que era, ademais, relativamente perene.

Nacionalidade e domicílio despontam, assim, como conceitos jurídicos apegados a valores socialmente presentes desde os tempos coloniais e podem, assim, dar pistas acerca das escolhas que, em termos de direito internacional privado das famílias, se haverá de fazer no Brasil e nos estados soberanos provenientes da reorganização das antigas colônias espanholas. Daí porque, e essa é a hipótese aqui defendida, tenham os brasileiros optado por manter-se vinculados ao critério da nacionalidade – mas já agora não apenas pelos motivos até aqui alinhavados – ao passo que nossos vizinhos tenham cedo se rendido ao domicílio como critério de conexão apto a levar as leis dos Estados independentes a serem mais constantemente aplicadas em matéria de personalidade, capacidade e direitos de família.

No que concerne ao caso brasileiro, todavia, é preciso agregar algumas outras considerações.

2 BRASIL INDEPENDENTE: IMPÉRIO

O Estado luso-brasileiro precedeu enormemente a nação ou o povo brasileiro. Com efeito, o Brasil existiu primeiro de forma virtual, de que é representativa a própria assinatura do Tratado de Tordesilhas antes mesmo da confirmação da existência empírica e documentada de que as terras

³⁸ “Do contato com o europeu resultou uma população mestiça, que mostra, até hoje, sua presença silenciosa na formação da sociedade brasileira”. FAUSTO, *História do Brasil*, cit., p. 38.

³⁹ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 102.

⁴⁰ WACHTEL. In: BETHHELL (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. 1, cit., p. 206.

que estavam sendo partilhadas, assim, em um verdadeiro

Da existência virtual por representada pelo esforço de criação de uma burocracia para o povoamento e que garantiu em nome da Metrópole

A existência fática coexistência político-jurídica longo de sua formação, u geografia e demografia, e sempre por meio da migração o fator da imigração interna as levas populacionais da colonial se fixaram no território, com a expulsão dos de mão-de obra assalariada

Nesse cenário, o Brasil construção da nacionalidade. É nesse sentido que se está na origem do processo, assumindo um independência porque o do grupo dominante. O decisões políticas que desencadearam a metrópole. Com efeito, algumas medidas adotadas para procurar-se-á demonstrar

2.1 Manutenção do arcabouço

Tanto se tratou de uma das questões de Estado,

⁴¹ DANESE. A diplomacia no

⁴² DANESE. A diplomacia no

⁴³ DANESE. A diplomacia no

⁴⁴ DANESE. A diplomacia no

que estavam sendo partilhadas efetivamente existissem, constituindo-se, assim, em um verdadeiro “exercício genial de diplomacia preventiva”⁴¹.

Da existência virtual passa-se a uma existência jurídico-administrativa, representada pelo esforço empreendido pela Coroa Portuguesa na estruturação de uma burocracia imponente e anterior a um núcleo significativo de povoamento e que garantirá a submissão da colônia a um poder emanado em nome da Metrópole por uma autoridade central de atuação local⁴².

A existência fática colonial mostrou-se, todavia, bastante distinta da existência político-jurídica da Metrópole: “o Brasil foi constituindo, ao longo de sua formação, um exemplo perfeito de coincidência plena entre geografia e demografia, entre soberania e cidadania, entre Estado e Nação”⁴³. sempre por meio da mestiçagem e das migrações internas, acrescido aqui o fator da imigração internacional mesclada de que são exemplos tanto as levas populacionais de franceses e holandeses que ainda no período colonial se fixaram no território brasileiro em nome de seus Estados e que, com a expulsão dos invasores, aqui remanesceram, quanto as levas de mão de obra assalariada que, no ocaso do Império, para cá acorrerão.

Nesse cenário, o Brasil é, como ressalta Sérgio Danese, “um processo de construção da nacionalidade *a posteriori* da formação do país soberano”⁴⁴. É nesse sentido que se pode afirmar que a nacionalidade brasileira não está na origem do processo de independência, mas é consequência desse processo, assumindo um papel de relevo daí em diante. Não se desejou a independência porque os brasileiros fossem um grupo nacional diverso do grupo dominante. O desejo da independência decorreu de circunstâncias políticas que desencadearam a ruptura governativa relativamente à metrópole. Com efeito, após a declaração de independência do Brasil, algumas medidas adotadas pelo Império demonstram essa realidade, como procurar-se-á demonstrar a seguir.

2.1 Manutenção do arcabouço jurídico da Coroa portuguesa

Tanto se tratou de uma ruptura exclusivamente governativa que muitas das questões de Estado, como o arcabouço jurídico, continuaram sob a

⁴¹ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 103.

⁴² DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 102.

⁴³ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 103.

⁴⁴ DANESE. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil, cit., p. 103.

regência da Coroa portuguesa. Não que se mantivesse a submissão relativamente à Coroa, já que eventuais modificações na legislação portuguesa não alcançariam o sistema jurídico brasileiro, que continuaria regido pelo vetusto direito português.

Do que se tratou, assim, foi de determinar a manutenção das normas lusitanas em vigor⁴⁵, como é o caso das Ordenações do Reino de Portugal conhecidas como Ordenações Filipinas, até que se organizassem as Cortes brasileiras e o Poder Legislativo estivesse em condições de deliberar, aprovando eventualmente normas de cunho e natureza eminentemente brasileiras.

Não obstante, no âmbito do Direito Internacional Privado, a manutenção das normas de conflito lusitanas em vigor significará a regência dos aspectos pessoais, como personalidade, capacidade e relações familiares pela lei da nacionalidade dos interessados. Na primeira oportunidade em que se manifestou, o legislador ordinário manteve a vinculação do sistema brasileiro ao critério da nacionalidade como elemento de conexão para reger o estado e a capacidade das pessoas físicas em matéria comercial. Tratou-se do Decreto nº 737, de 1850, que regulamentou o art. 27 do Código Comercial.

Tudo isso gerava outra questão de alta indagação a ser resolvida politicamente. Era preciso forjar o povo brasileiro, a Nação brasileira para que, ao lado do território e da soberania, pudesse o Brasil ser reconhecido como Estado.

⁴⁵ Diferentemente do que aconteceu com os países da antiga América espanhola que foram se valer do elemento de conexão típico dos sistemas de *common law*: “Volviendo a la metáfora de las independencias nacionales, puede verse que algo así fue lo que sucedió, durante un período muy largo de tiempo, con los países americanos que cortaron sus lazos con la Corona española en los albores del siglo XIX. Por solo nombrar lo que sucedió en el ámbito jurídico, que viene al caso en el contexto de esta contribución, los países se afanaron en construir sus ordenamientos jurídicos al margen, cuando no en contra, de la herencia hispánica, sin poder evitar que algunos trazos se mantuvieran sino indelebles al menos perceptibles. Pero, a cambio de eso, tanto era el ánimo de ruptura que algunos fueron a buscar inspiración incluso más allá de los contornos de su familia jurídica, señaladamente, en el derecho constitucional norteamericano” (FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo. In: *Derecho internacional privado y Derecho de la integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labranto*. Asunción: CEDEP, p. 17-35, 2013, p. 20).

2.2 Necessidade da for

A Constituição do Im em território nacional, ai estes estivessem a serviço estrangeiros, por exempl geraria, na prática, uma que conviveria, longo ten brasileiros. Daí porque, ac critério do *ius soli* com o d tenha determinado, ainda que, sendo já residentes pendência nas províncias tacitamente, pela contin

Tratou-se, como pode brasileiro por meio da atr aos estrangeiros de naci brasileiro, ampliando-se,

A incidência da regra que a ideia subjacente foi são de Estados: o Império à nacionalidade de seus s

Parece-me, todavia, qu atribuição da nacionalida poderia, em consequênci seus nacionais, criando-s lidade aos portugueses r olhos de Portugal e brasi

Fosse como fosse, o fa sileiro passava a contar c afirmação do embaixado também, a uma gama ar brasileiras (portuguesas viessem a ser aprovadas)

⁴⁶ DOLINGER, Jacob; TIBUF processo internacional. 12. ed

2.2 Necessidade da formação de um povo brasileiro

A Constituição do Império previu que seriam brasileiros os nascidos em território nacional, ainda que filhos de pais estrangeiros, a menos que estes estivessem a serviço de suas nações, como seria o caso dos diplomatas estrangeiros, por exemplo. Essa regra, que consagra o critério do *ius soli*, geraria, na prática, uma formação lenta e continuada do povo brasileiro que conviveria, longo tempo, com uma maioria de estrangeiros ou de não brasileiros. Daí porque, ao lado de outras regras que procuravam mesclar o critério do *ius soli* com o do *ius sanguinis*, o legislador constituinte imperial tenha determinado, ainda, que os “nascidos em Portugal e suas possessões que, sendo já residentes no Brasil na época em que se proclamou a independência nas províncias, onde habitavam, aderiram a esta, expressa ou tacitamente, pela continuação da residência”⁴⁶.

Tratou-se, como pode-se depreender, de uma tentativa de forjar o povo brasileiro por meio da atribuição compulsória da nacionalidade brasileira aos estrangeiros de nacionalidade portuguesa residentes no território brasileiro, ampliando-se, assim, de modo rápido, o número de nacionais.

A incidência da regra apenas quanto aos portugueses, permite concluir que a ideia subjacente foi a de marcar a ocorrência do fenômeno da sucessão de Estados: o Império brasileiro sucedida o Reino de Portugal quanto à nacionalidade de seus súditos residentes na ex-Colônia.

Parece-me, todavia, que a questão pode comportar a não aceitação dessa atribuição da nacionalidade brasileira por parte do Estado português, que poderia, em consequência, continuar contando aqueles indivíduos dentre seus nacionais, criando-se, na prática, a potencialidade de dupla nacionalidade aos portugueses residentes no Brasil que seriam portugueses aos olhos de Portugal e brasileiros aos olhos do Brasil.

Fosse como fosse, o fato é que com essa decisão política, o Estado brasileiro passava a contar com um povo brasileiro, corroborando, assim, a afirmação do embaixador Sérgio Danese antes reproduzida. Garantia-se, também, a uma gama ampla de residentes no Brasil a aplicação das leis brasileiras (portuguesas recepcionadas àquela altura ou brasileiras que viessem a ser aprovadas) para reger a aquisição e a perda de sua personá-

⁴⁶ DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 123.

lidade, as hipóteses de capacidade ou incapacidade, bem como os direitos atinentes às relações familiares das famílias formadas por brasileiros.

2.3 O Brasil se afasta da América Latina em matéria de direito internacional privado das pessoas

Com tais medidas, o Direito Internacional Privado das famílias brasileiras afasta-se diametralmente do Direito Internacional Privado das demais famílias americanas que, sob influência dos princípios de *common law*, eram regidas pelo direito material vigente no local do domicílio da família, pouco importando a nacionalidade de seus membros. O domicílio foi, assim, o elemento de conexão adotado pelas ex-colônias inglesas e espanholas à medida em que se tornavam Estados independentes, ao passo que o Brasil, ainda por força das ordenações portuguesas, aqui recepcionadas por vontade do Império, mandava aplicar a lei material vigente no Estado de nacionalidade do chefe da família refletindo a divergência que “sobre a questão primordial de saber se a lei pessoal é a da nacionalidade, ou a do domicílio” existiu durante todo o século XIX, “a despeito de todos esses esforços” representados pelas publicações das obras de Savigny, Story, Laurent e Westlake, dentre outros, e da assinatura de diversos tratados sobre a matéria, conforme relata Pedro Lessa⁴⁷.

Assim, nas colônias espanholas eram, via de regra, aplicados os próprios direitos nacionais, sempre que se tratasse de resolver pendências relacionadas às famílias ali domiciliadas. No entanto, no Brasil, as questões de direito de família atinentes às famílias domiciliadas no Brasil que fossem levadas às autoridades nacionais tanto podiam ser resolvidas com a aplicação da lei brasileira, quanto de uma lei estrangeira qualquer, pois o critério determinante no Império era o da nacionalidade do chefe da família.

3 PROCLAMAÇÃO DA REPÚBLICA

3.1 As levas de imigrantes do Segundo Reinado e do início da República

Durante a segunda metade do Segundo Reinado e nos primórdios da República novas levas de imigrantes acorreram ao Brasil, quer por meio

⁴⁷ LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 8, p. 161-207, 1900, p. 35-36.

de programas de imigração, especialmente para a subestertores do Império, que países de origem desses imi posterior à Declaração da I não era aplicada a hipótese ta na Constituição Imperia brasileira aos portugueses

Experimentava-se, em a lei aplicável era a lei es mantinham suas nacionali que os impelisse a adquirir

3.2 Naturalização comp

Com a Proclamação da publicana de 1891, a que debatida e a opção polític dispositivo constitucional, tados da data da promulg (de quaisquer nacionalida que fossem domiciliados i queda da Monarquia e Pro de conservar a nacionalid.

Não se tratava mais de Estados, portanto, na meo

⁴⁸ “Em nosso país, a imigração ronomia dos estados decorrent LAFER, Celso. *Reflexões sobre o J 1895*. Texto que serviu de base à celebração, no Salão Nobre da Fa

⁴⁹ “Os grandes fluxos imigrató foram processos de grandes imp Levaram, especialmente da Eur pessoas; impelidas pelas dificult foram muito menos significativa ricas. É neste macro contexto qu a japonesa, que aportaram no B

de programas de imigração dirigida conduzidas pelo Governo brasileiro⁴⁸, especialmente para a substituição da mão de obra escrava, abolida nos estertores do Império, quer em razão de convulsões experimentadas nos países de origem desses imigrantes⁴⁹. Houve, inclusive, imigração portuguesa posterior à Declaração da Independência, sendo certo que a tais imigrantes não era aplicada a hipótese de concessão da nacionalidade brasileira prevista na Constituição Imperial, que só admitia a concessão da nacionalidade brasileira aos portugueses aqui residentes ao tempo da independência.

Experimentava-se, em consequência, uma série de situações em que a lei aplicável era a lei estrangeira, na medida em que esses imigrantes mantinham suas nacionalidades originárias e não houvesse qualquer regra que os impelisse a adquirir, por naturalização, a nacionalidade brasileira.

3.2 Naturalização compulsória

Com a Proclamação da República e a elaboração da Constituição Republicana de 1891, a questão da naturalização compulsória volta a ser debatida e a opção política que prevaleceu foi no sentido de inserir um dispositivo constitucional, o art. 69, que abria um prazo de seis meses (contados da data da promulgação da Constituição) para que os estrangeiros (de quaisquer nacionalidades, portanto) que se achassem no Brasil (e não que fossem domiciliados no país) em 15 de novembro de 1889, data da queda da Monarquia e Proclamação da República, declarassem “o ânimo de conservar a nacionalidade de origem”.

Não se tratava mais de enfrentar a questão pelo prisma da sucessão de Estados, portanto, na medida em que essa norma constitucional atingia

⁴⁸ “Em nosso país a imigração se adensou com a República, que a favoreceu com a autonomia dos estados decorrente da federação implantada pela Constituição de 1891”. LAFER, Celso. *Reflexões sobre o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação Brasil-Japão, de 1895*, Texto que serviu de base à conferência que proferiu por ocasião dos 120 anos de sua celebração, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, gentilmente cedido pelo autor.

⁴⁹ “Os grandes fluxos migratórios do século XIX e das primeiras décadas do século XX foram processos de grandes impactos na vida de muitos países e no sistema internacional. Levaram, especialmente da Europa para o continente americano, dezenas de milhões de pessoas, impelidas pelas dificuldades e atraídas por novas oportunidades. Nestes processos foram muito menos significativas em termos numéricos as imigrações da Ásia para as Américas. É neste macro contexto que se inserem as múltiplas correntes migratórias, inclusive a japonesa, que aportaram no Brasil”. LAFER, Celso, conforme citação da nota anterior.

todos os estrangeiros independentemente de sua nacionalidade, alcançando inclusive cidadãos portugueses⁵⁰. De outra sorte, o critério de atribuição compulsória da nacionalidade brasileira apareceu mitigado na Constituição de 1891, na medida em que estabeleceu um prazo razoável para que o estrangeiro manifestasse (expressamente, portanto) sua vontade de manter a nacionalidade originária. Findo o prazo sem manifestação, e só então, o indivíduo passava a ser considerado brasileiro.

3.3 Formação de um arcabouço jurídico eminentemente nacional: manutenção da nacionalidade como fator de conexão

A regra da nacionalidade apareceu no art. 25 da nova Consolidação das Leis Civis, de Carlos de Carvalho, de 1899, mas agora com alcance mais geral relativamente ao Decreto nº 737/1850, que restringia a regra às situações comerciais, fazendo com que as questões civis permanecessem sob a égide das Ordenações Filipinas.

Também os projetos de Código Civil – com exceção do Esboço das Leis Civis elaborado por Teixeira de Freitas que advogava a adoção do critério de conexão domiciliar – mantiveram-se fiéis à nacionalidade como elemento de conexão, desembocando na aprovação do Código Civil de 1916 que trazia, em sua Introdução, a regra da nacionalidade, no art. 8º, e a do domicílio, no art. 9º, mas aqui apenas em caráter subsidiário e como consequência da eventual apatridia ou polipatridia⁵¹ do interessado.

A posição do Estado brasileiro, isolada no contexto latino-americano, de se manter fiel à nacionalidade como elemento de conexão dificulta algumas das importantes iniciativas de uniformização das regras de conflito no contexto continental, de que são exemplos o Tratado de Direito Civil, de Montevideu, de 1889, e a Convenção de Havana de Direito Internacional Privado, de 1928 (Código Bustamante).

⁵⁰ Discorda-se, nesse sentido, da posição de DOLINGER; TIBURCIO. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*, cit., p. 123, pois não parece que a razão tenha a sido a mesma que presidiu, na Europa, ao estabelecimento de uma política “pela qual muitas populações haviam sido forçadas a novas nacionalidades como consequência de cessões e anexações de territórios”, casos estes que se coadunariam com a ideia de sucessão de Estados.

⁵¹ A exceção não se configurava se uma das nacionalidades fosse a brasileira, que prevaleceria.

Vivia-se no Brasil, em da população brasileira de estrangeiros que anos de vigência do Có situação estava prestes Guerra Mundial.

4 O PERÍODO ENT

4.1 As levas migratór

No período entre Gu ao Brasil. Algumas que nando um sem número ciliadas no Brasil, conti e as relações parentais e normas vigentes nos Est muitas vezes, destoavar

A regência destas fa próprias nacionalidade integração e fomentava Com efeito, sendo o di valores professados soc às leis nacionais das fa pessoas de mesma naci rística social da miscigr

Ademais, os grupos entre si e em comparaçã cados na História brasile bastante diversos das lín tumados. Por vezes, a b com texto escrito com c os ideogramas orientai

4.2 Ausência de razão compulsória

Nesse contexto, er manutenção da nacio

Vivia-se no Brasil, em suma, uma situação em que a esmagadora maioria da população brasileira era formada por nacionais, sendo raras as hipóteses de estrangeiros que acorriam aos tribunais brasileiros nos primeiros anos de vigência do Código Civil elaborado por Clóvis Beviláqua. Mas a situação estava prestes a se alterar com a eclosão iminente da Segunda Guerra Mundial.

4 O PERÍODO ENTRE GUERRAS

4.1 As levas migratórias do período

No período entre Guerras, várias foram as levas imigratórias em direção ao Brasil. Algumas que se intensificaram, outras que se iniciaram, ocasionando um sem número de situações em que famílias estrangeiras, domiciliadas no Brasil, continuavam vinculadas a suas leis nacionais. Os casais e as relações parentais existentes em um tal contexto eram subsumidos às normas vigentes nos Estados estrangeiros, induzindo comportamentos que, muitas vezes, destoavam dos valores professados pela sociedade brasileira.

A regência destas famílias pelo direito de família estrangeiro, de suas próprias nacionalidades, funcionava como um salvo conduto para a não integração e fomentavam, assim, o isolamento das colônias de imigrantes. Com efeito, sendo o direito de família um direito tão influenciado pelos valores professados socialmente, não é difícil perceber como a submissão às leis nacionais das famílias pode gerar situações de casamentos entre pessoas de mesma nacionalidade, dificultando a manutenção da característica social da miscigenação.

Ademais, os grupos de imigração mais recente eram bastante diversos entre si e em comparação com os grupos de imigração anteriormente verificados na História brasileira. Muitos desses grupos, inclusive, falavam idiomas bastante diversos das línguas neolatinas com as quais os juízes estavam acostumados. Por vezes, a busca do direito estrangeiro ocasionava o confronto com texto escrito com caracteres diferentes do usual alfabeto latino, como os ideogramas orientais, as letras de origem arábica ou o alfabeto cirílico.

4.2 Ausência de razões políticas para uma nova naturalização compulsória

Nesse contexto, era difícil imaginar um ambiente social propício à manutenção da nacionalidade como elemento de conexão na medida

em que gerava a submissão das famílias à lei estrangeira, fomentando os casamentos dentro do mesmo grupo de imigrantes ao mesmo tempo em que criava dificuldades para que os magistrados aplicassem algumas das leis estrangeiras indicadas pelas regras de conflito nacionais.

E a naturalização compulsória, que fora um mecanismo de correção dessa rota usado em oportunidades de profundas mudanças estruturais do Estado brasileiro como a independência e a queda da monarquia não encontrava uma razão política suficiente e que pudesse justificar um tal caminho.

4.3 O domicílio como fator de conexão. Acidente ou ocasião?

Assim é que, aproveitando-se da encomenda política para a elaboração de uma Lei de Introdução ao Código Civil que revogasse a Introdução ao Código Civil de 1916 e permitisse ao Estado Novo de Getúlio Vargas editar leis retroativas (conforme permitia a Constituição de 1937, mas impedia a norma de sobredireito da Introdução que continuasse a proteger o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito), os Ministros Hanne-mahn Guimarães, Orozimbo Nonato e Philadelpho Azevedo, valendo-se dos magistérios de grandes nomes do Direito Internacional Privado nacional como Rodrigo Octávio e Eduardo Espínola, modificaram a conexão para as questões pessoais, fazendo incidir, a partir da edição do Decreto-lei nº 4.567, de 1942, a lei do domicílio para reger a personalidade, a capacidade, o nome e os direitos de família.

O domicílio, ressalte-se, é o critério defendido por Savigny em sua obra e tem atendido os interesses do sistema brasileiro em matéria de direito pessoais transfronteiriços desde então, muito embora haja uma tendência importante no direito convencional para que se dê a substituição do domicílio pela residência habitual como critério de conexão.

REFERÊNCIAS

ANJOS, João Alfredo dos. *José Bonifácio, primeiro Chanceler do Brasil*. Brasília: FUNAG, 2008.

BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. I [The Cambridge history of latin America]. 2. ed. 3. reimp. Tradução de Maria Clara Cescato. São Paulo: EDUSP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. II [The Cambridge history of latin America]. 2. ed. 3. reimp. Tradução de Barros e Magda Lopes. São Paulo: EDUSP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

_____. *O Brasil e a ideia de nação*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional, 2004.

CALDEIRA, Claudia Passos. *A construção da identidade nacional brasileira*. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.org.br/ALDR-6WENT7/disserta_...>

DALLARI, Pedro Bohomole. *Os limites do território nacional: o caso da Guiné-Bissau* (Coord.). *Relações Internacionais*, p. 11-18, 2004.

DANESE, Sérgio. *A diplomacia brasileira e o direito internacional*. São Paulo, v. 8, n. 1, 1999.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carlos. *Os limites do território nacional e processo internacional*. São Paulo, v. 8, n. 1, 1999.

_____. *Nottebohm revisited*. *Journal of International Law*, 11-12, p. 89-127, 2003-2004.

ECONOMIDÈS, Constant. *Des personnes physiques et des personnes morales*. *Revue de Droit International*, 103, n. 3, p. 577-599, 1999.

FAUSTO, Boris. *História da América Latina*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

FERNÁNDEZ ARROYO, D. *Las tribulaciones de un ser humano en la integración*. *Libro homenaje a Carlos María de Céspedes*, 2013, p. 17-35.

GOES, Synesio Sampaio. *Os limites do território nacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAFER, Celso. *Reflexões sobre o direito internacional privado do Japão, de 1895*. Texto publicado em homenagem aos 120 anos de sua celebração. Disponível em: <<http://www.dereito.org.br/revista/ver.php?id=120>> gentilmente cedido pelo autor.

BETHELL, Leslie (Org.). *História da América Latina: América Latina colonial*, v. II [The Cambridge history of latin America]. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros e Magda Lopes. São Paulo: EDUSP; Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012.

_____. O Brasil e a ideia de "América Latina" em perspectiva histórica. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 22, n. 44, p. 289-321, jul./dez. 2009.

CALDEIRA, Claudia Passos. *Revisitando o ethos indígena e a nação no caminho da construção das identidades*. Dissertação (Mestrado). UFMG, 2006. Disponível em: <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/ALDR-6WENT7/disserta__o_arquivo__nico.pdf?sequence=1>.

DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu. Aspectos jurídicos da formação e da gestão do território nacional: o caso brasileiro. In: DALLARI, Pedro Bohomoletz de Abreu (Coord.). *Relações Internacionais: múltiplas dimensões*. São Paulo: Aduaneiras, p. 11-18, 2004.

DANESE, Sérgio. A diplomacia no processo de formação nacional do Brasil. *Política Externa*. São Paulo, v. 8, n. 1, p. 98-117, 1999.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito internacional privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. Nottebohm revisited. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*. Curitiba, v. 11-12, p. 89-127, 2003-2004.

ECONOMIDÈS, Constantin P. Les effets de la succession d'états sur la nationalité des personnes physiques. *Revue générale de droit international public*. Paris, ano 103, n. 3, p. 577-599, 1999.

FAUSTO, Boris. *História do Brasil*. 14. ed. atual. e ampl. São Paulo: EDUSP, 2012.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. El derecho internacional privado en el diván – Tribulaciones de un ser complejo. In: *Derecho internacional privado y Derecho de la integración, Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. Asunción: CEDEP, 2013, p. 17-35.

GÓES, Synesio Sampaio. *Navegantes, Bandeirantes, Diplomatas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LAFER, Celso. *Reflexões sobre o Tratado de Amizade, Comércio e Navegação Brasil-Japão, de 1895*. Texto que serviu de base à conferência que proferiu por ocasião dos 120 anos de sua celebração, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da USP, gentilmente cedido pelo autor.

LEITE, Eduardo de Oliveira. A realidade multinacional e as implicações da nacionalidade no direito internacional privado. *Revista da Faculdade de Direito*. Curitiba, ano 25, n. 25, p. 1-57, 1989.

LESSA, Pedro Augusto Carneiro. O direito no século XIX. *Revista da Faculdade de Direito da USP*. São Paulo, v. 8, p. 161-207, 1900.

MANGOLDT, Hans von. Migration ouvrière et double nationalité. La situation allemande. *Revue critique de droit international privé*. Paris, ano 84, n. 4, p. 671-693, oct./déc 1995.

MOTA, Carlos Guilherme; LOPEZ, Adriana. *História do Brasil: uma interpretação*. 4. ed. São Paulo: Editora 34, 2015.

RODRÍGUEZ MATEOS, Pilar. La doble nacionalidad en la sistematica del derecho internacional privado. *Revista española de derecho internacional*. Madrid, ano 42, n. 2, p. 671-693, jul./dic. 1990.

ROSS, Jurandyr L. Sanches (Org.). *Geografia do Brasil*. 6. ed. São Paulo: EDUSP, 2011.

SCHWARCZ, Lília Moritz; STARLING, Heloisa Murgel. *Brasil: uma biografia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

SEYFERTH, Giralda. Colonização, imigração e a questão racial no Brasil. *Revista USP*, São Paulo, n. 53, p. 117-149, mar./maio 2002.

SILVA, Alexandra de Mello e. O Brasil no continente e no mundo: atores e imagens na política externa brasileira contemporânea. *Estudos Históricos*. Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. 95-118, 1995.

2

AUTONOMIA (PR)
INTERNACIONAL

1 APRESENTAÇÃO

Qual o espaço e qual o papel dos sujeitos no âmbito do direito apenas em aparência são as coisas havidas no Direito das Famílias Internacionalização e também o modo de leitura do tema à luz

O conceito de autonomia privada longo da história jurídica como perda de poder. Há, certamente, um modo do sujeito e as tentativas de isolamento de que a ampla

De toda sorte, falar em tempo, o qual é premiado porque seu nascimento ligado aos ideais do Iluminismo próximo é que pode expor a pena de falsa compreensão