

JOÃO GRANDINO RODAS

DIREITO
INTERNACIONAL
PRIVADO
BRASILEIRO

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

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

Rodas, João Grandino, 1945-
Direito internacional privado brasileiro / João Grandino Rodas. —
São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.
Bibliografia.
ISBN 85-203-1076-1
1. Direito internacional privado — Brasil 2. Direito internacional
privado — Legislação — Brasil I. Título.

92-2969

CDU-341.5(81)(094)

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Leis : Direito internacional privado
341.5(81)(094) 2. Leis : Direito internacional privado : Brasil 341.5(81)(094)

EDITORA 
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Gustavo Ferraz de Campos Monaco

OS GRANDES PRINCÍPIOS

2.1 Reenvio — 2.2 Qualificações — 2.3 Ordem pública
— 2.4 Direitos adquiridos.

2.1 Reenvio

O direito positivo português antigo não continha regra sobre o reenvio. Na mesma esteira, o direito positivo brasileiro anterior a 1917, bem como a Introdução ao Código Civil do mesmo ano nada consagram a respeito. Entretanto, em tal período, a doutrina, logo a seguir acompanhada pela jurisprudência, ocuparam-se de tal questão.

João Carlos de Carvalho dispusera na alínea 1 do art. 25 de sua Consolidação das Leis Civis que “prevalerão as disposições estrangeiras de direito civil, ainda que outra seja a disposição de direito internacional privado correspondente à regra acima estabelecida”.

Para Clóvis Beviláqua “se a questão ainda se não pode considerar decidida, as mais poderosas razões, quer de lógica e doutrina, quer de autoridade e de lei, dão fortíssimo apoio à teoria do retorno”.⁹⁶ Eduardo Espínola aceitava unicamente o reenvio de primeiro

⁹⁶ *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1938, p. 146.

grau.⁹⁷ Lafayette Pereira⁹⁸ e Francisco Morato⁹⁹ eram igualmente favoráveis.

Haroldo Valladão, em tese datada de 1929, pronunciou-se pela admissão do reenvio de primeiro e segundo graus, tendo sido seus argumentos criticados por Oscar Tenório e Amílcar de Castro,¹⁰⁰ que não aceitavam o reenvio.

Em sua citada tese, Valladão menciona três decisões em que o Tribunal de Justiça de São Paulo acolhe o princípio do reenvio.

O primeiro acórdão versava a sucessão de uruguaio, filho de italianos, que falecera na Itália para onde transferira seu domicílio, após ter morado em São Paulo. Na primeira instância, o juiz aplicara o direito da nacionalidade, isto é, o direito substancial uruguaio. A herdeira recorreu, pleiteando a aplicação da norma substancial italiana, que a favorecia. O Tribunal reformou a decisão, entendendo que nos casos de conflito de nacionalidade, aplicar-se-ia o direito do domicílio consoante o art. 9.º da Introdução de 1916. Assim, sem o perceber o Tribunal acabou por aceitar o reenvio do segundo grau.¹⁰¹

No segundo caso, o juiz de primeira instância não homologou separação por mútuo consentimento de casal — marido argentino e mulher russa — com base que a lei nacional do marido não admitia tal forma de separação. O Tribunal deu provimento ao recurso, aca-

97. *Sistema do Direito Civil Brasileiro*. Bahia, Litho-Typ. e Encadernação Reis & C., 1908, v. I, p. 203.

98. Pareceres, 1902, t. I, p. 124.

99. *RT*, São Paulo, 1932, v. 81, pp. 12-19.

100. Cf. Franco da Fonseca, J. R., *Contra a Renúncia e a Devolução*, São Paulo, Max Limonad, 1967, pp. 137-138.

101. *RT*, v. 36, p. 404.

tando reenvio feito à lei substancial domiciliar brasileira pelo Direito Internacional Privado Argentino.¹⁰²

No terceiro acórdão citado, o Tribunal homologou separação por mútuo consentimento de casal — marido norte-americano (Alabama) e mulher brasileira — por entender dever prevalecer a lei do Alabama, que determinava a aplicação da lei do domicílio.¹⁰³

Na década de 30, a tendência jurisprudencial continuou inalterada.

Em 1931, o Tribunal de Justiça de São Paulo, por maioria, aceitou a devolução que a lei prussiana — lei da nacionalidade, indicada pelo Direito Internacional Privado do Brasil — fez à lei brasileira, lei do local da realização do casamento. A ementa redigida pelo relator Achilles Ribeiro foi a seguinte: “mandando o Código da Prússia regular as relações de ordem pessoal pela lei do domicílio, aplica-se a lei brasileira para reger os efeitos de um casamento de prussianos celebrado em Blumenau, Santa Catarina, onde eram domiciliados”.¹⁰⁴

Em 1938, o Tribunal de Justiça de São Paulo julgando apelação sobre separação amigável de marido sírio e mulher argentina, aplicou a lei domiciliar brasileira. Disse o relator Theodomiro Dias em seu voto: “Longe de encerrar atentado contra a soberania brasileira, a adoção do princípio de retorno ou devolução significa homenagem a essa soberania, com o acolher a noção estrangeira, e fazer sua, em determinada conjuntura, a própria lei brasileira, que, assim, momentaneamente, se incorpora em sua legislação”.¹⁰⁵

102. *RT*, v. 61, p. 499.

103. *RT*, v. 64, p. 236; v. 69, p. 117.

104. *RT*, v. 83, p. 122.

105. *RT*, v. 116, p. 685.

O Supremo Tribunal Federal também era favorável ao reenvio, consoante demonstram os dois exemplos abaixo.

O juiz de primeira instância homologou o pedido de separação amigável feito por marido brasileiro e mulher norte-americana natural de Massachussets, onde somente se admitia o divórcio a vínculo, tendo em vista a remissão feita pelo direito norte-americano ao direito do domicílio, i.é., o direito substancial brasileiro. A Suprema Corte, na apelação cível n. 6.716, através de acórdão relatado pelo Ministro Plínio Casado, datado de 27 de dezembro de 1937, manteve o julgado de primeira instância.

Em primeira instância, foi concedida ao casal — ele brasileiro e ela paraguaia — separação por mútuo consentimento. Em grau de recurso — apelação cível n. 6.742 de 1937 foi mantida a sentença, tendo o relator Ministro Eduardo Espínola explicitado em seu voto o seguinte: "... ao passo que a lei de aplicação brasileira se reporta à lei nacional da mulher paraguaia, a lei de aplicação vigente no Paraguay manda que se aplique a lei do domicílio, que, no caso, é a lei brasileira. Surge aí a questão do retorno ou da devolução. A propósito, tivemos oportunidade de escrever: Parece-nos, de acordo com Anzilotti, que a questão deve ser considerada sob dois aspectos: *de lege ferenda*, tendo em vista os princípios do direito internacional privado, *de lege lata*, considerando com particular sistema legislativo. Quanto ao primeiro aspecto: o prestígio do direito internacional privado levou a admitir, ao lado de regras que firmam a competência normal da lei territorial para certas relações, outras que estabelecem a competência normal da lei estrangeira. Neste último caso, a regra do direito internacional privado considera que a lei emanada do Estado a que pertence o estrangeiro, é, como

entendeu o respectivo legislador, a que melhor corresponde aos princípios de justiça, nos casos previstos, salvo quando contrarie a ordem pública internacional, como se compreende no Estado em que se trata de aplicar. Por isso, reprime a lei territorial a sua força de expansão, para que prevaleça a lei estrangeira. Mas, se no sistema legislativo, a que está ligado o estrangeiro, houver o reconhecimento de que a lei territorial deve reger a espécie; se a lei nacional do estrangeiro julgar que a regra territorial melhor se aplicará aos seus cidadãos domiciliados em outro Estado, já não há razão para que o direito material interno deste Estado limite o seu campo de atuação, e, deixe de compreender o estrangeiro, a despeito da determinação de sua lei nacional. Não se segue daí que a lei territorial interna se aplique ao estrangeiro, em obediência a um preceito da lei deste e contra uma regra da lei territorial de direito internacional privado. O que se dá é o seguinte: por força de regra de aplicação, a lei interna deixava de reger o estrangeiro, na pressuposição de que a sua lei nacional era a mais justa para o caso; mas desde que o legislador do Estado de origem do estrangeiro, o mais competente para apreciar qual a melhor regra material a este aplicável, se pronunciou pela lei territorial, deixa de haver razão para cercear a força obrigatória desta última, desaparece a presunção da regra de direito internacional privado, e readquire o direito interno territorial toda a sua natural elasticidade. Ao nosso ver, em doutrina, o retorno só deve ser admitido da lei nacional, ou ainda da lei do domicílio para a *lex fori*. Quanto ao nosso sistema legislativo, entendemos que o Código Civil não é infenso a essa conclusão".¹⁰⁶

Com a entrada em vigor da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942 instaurou-se por força de seu art.

106. *Archivo Judicial*, 20.5.38, p. 249.

16, a proibição do reenvio. Tal artigo representa tradução literal do art. 30 da “Disposições sobre a lei em geral” do Código Civil Italiano de 1942: “Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei”.

Parcela considerável da doutrina brasileira não aprovou a inovação. Para Clóvis Beviláqua o referido artigo “amputa a lei estrangeira que a lei pátria manda aplicar”.¹⁰⁷ Luiz Galotti considera que “Nos conflitos no espaço de normas de Direito Internacional Privado aplica-se, se se tratar de conflito negativo, a devolução, ainda quando se verifique para outra lei que não a *lex fori*”.¹⁰⁸ Serpa Lopes entendeu “que a questão do reenvio... não podia ter sido riscada pela forma radical exarada no art. 16...” concluindo não ter havido “prévio e cuidadoso exame científico da matéria”.¹⁰⁹ Entretanto, o grande defensor do reenvio entre nós, foi Haroldo Valladão que no art. 77 de seu Anteprojeto de Lei Geral admitiu o reenvio em primeiro e segundo graus, restringindo-o unicamente se o mesmo não for efetuado ao direito brasileiro ou a qualquer outro direito que afinal o aceite.¹¹⁰ Strenger concorda integralmente com a posição de Valladão.¹¹¹

107. *Princípios...*, ob. cit., 4.^a ed., 1944, p. 146.

108. “Conflitos, no espaço, entre normas de Direito Internacional Privado”, *Revista Forense*, Rio, 1944, v. 99, p. 563.

109. Ob. cit., t. III, pp. 274-275.

110. “Art. 77 — Na observância do direito estrangeiro declarado competente, o juiz brasileiro atenderá às disposições do mesmo direito sobre a respectiva aplicação, inclusive a referência a outro direito com base em critério diferente, religião, raça, origem, naturalidade, nacionalidade, domicílio, vizinhança, residência, território, etc.

Aplaudiram o art. 16 da Lei de Introdução de 1942 os já tradicionais adversários do reenvio, Amílcar de Castro¹¹² e Oscar Tenório. Este fazendo a exegese do artigo em questão disse: “O juiz brasileiro, ao aplicar a lei estrangeira, terá em vista o direito material estrangeiro, e não o seu direito internacional privado. A remissão que fizer a outra lei, mesmo que seja à *lex fori* brasileira, contrariará o preceito”.¹¹³

Mais recentemente, em conclusão de tese datada de 1967, asseverou J. R. Franco da Fonseca: “... as regras de Direito Internacional Privado dão origem, através de sua técnica legislativa característica consistente em remissão a leis estrangeiras, a um direito substancial especial, para regulamentação de fatos, situações e relações da vida real exterior, aos quais o legislador considera injusta ou inoportuna a aplicação do direito comum nacional do foro.

“Em segundo lugar, o momento político-jurídico especificamente colisional, no Direito Internacional Privado, não é o de aplicação da regra (em que avulta a figura do juiz) senão o prévio e anterior momento valorativo (em que é figura exponencial o legislador). Formulada a regra pelo legislador, já não há falar em concurso formal, pois efetuou-se já a opção e, de consequência, a definitiva solução da alternatividade de normas concorrentes. A admitir-se a viabilidade da remissão da regra de Direito Internacional Privado às regras ‘colisionais’ de outro Estado, estar-se-ia aceitando que

Parágrafo único — A referência acima só ficará excluída se não for feita ao direito brasileiro ou se não for feita a qualquer outro direito que afinal a aceite.”

111. *Direito Internacional Privado*, São Paulo, Ed. RT, 1986, p. 376.

112. Ob. cit., p. 246.

113. Ob. cit., v. 1, p. 354.

os órgãos de aplicação da lei (e, também, os indivíduos, que são dela destinatários em suas relações da vida privada) pudessem desenvolver função valorativa, já exaurida pelo legislador, e, mais que pudessem contra a imperatividade da regra voltar-se.

“Eis porque para o nosso entendimento é inaceitável a devolução...”.¹¹⁴

No que tange à jurisprudência após a entrada em vigor do art. 16 da Lei de Introdução, refere-se Valladão a casos em que os Tribunais brasileiros teriam continuado a aplicar o reenvio inobstante a proibição.

Passemos a examiná-los:

Na discussão judicial do regime de bens de marido uruguaio e mulher brasileira, casados no Uruguai embora fossem residentes no Brasil, disse o juiz de primeira instância: “Entendo assim que no caso em exame, sendo o R. de nacionalidade brasileira, residente e domiciliados ambos os cônjuges no Brasil, aqui tendo, ainda, estabelecido seu primeiro domicílio conjugal, logo após o casamento; necessariamente escolheram o regime de comunhão geral de bens... Ademais no caso é evidente que, ainda quando se admita o preceito do art. 8.º da Introdução ao Código Civil Brasileiro, haveria de prevalecer a teoria da devolução ou do retorno e, em consequência, não se aplicaria a lei uruguaia, porque este país declarou de sua competência como já amplamente examinado nesta decisão possibilitando a aplicação da lei do domicílio conjugal”.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul confirmou, por votação unânime, a sentença monocrática. Por força de recurso extraordinário chegou o caso ao STF, tendo o relator Ministro Cândido Mota Filho assim se pronunciado ao negar provimento: “E

114. Ob. cit., pp. 137-138.

o nego, porque o recorrente sustenta suas razões pela tese de que no seu caso, deve prevalecer a lei nacional do marido. Mas, essa tese não invalida a decisão vitoriosa, porque, mesmo que prevalecesse a lei do marido, a solução não se modificaria, porque no casamento de uruguaio com nacional de outro país, quando domiciliado no estrangeiro, a lei uruguaia manda aplicar o domicílio conjugal. Foi o que reconheceu a sentença de primeira instância, prestigiada pelo acórdão que a confirmou. Realmente, a lei uruguaia desiste de sua competência, quando os cônjuges não são orientais e estão domiciliados no estrangeiro”.¹¹⁵

No caso ora examinado, realmente não foi levado em conta a proibição do art. 16. Entretanto, tem razão ao lembrar Jacob Dolinger que tal “decisão não deve ser interpretada como contrária ao dispositivo do art. 16 da Lei de Introdução, porque se tratava de casamento celebrado antes de 1942, sob a vigência da regra de nacionalidade, quando o reenvio era tranqüilamente aceito por nossos tribunais, inexistente qualquer proibição legal. Como o regime de bens se constitui no momento do casamento, ou do estabelecimento do primeiro domicílio conjugal, dir-se-á que o reenvio da lei uruguaia para a lei brasileira se processou naquele momento: e a sentença, configurada nas instâncias superiores, tão-somente reconheceu que esta transmissão do direito uruguaio para o direito brasileiro se operara à época em que o casal se domiciliou em nosso país, quando nenhuma proibição havia contra o reenvio”.¹¹⁶

No segundo caso, luxemburguês casou-se com alemã em 1926, quando vigorava o art. 8.º da Introdução de 1917, segundo a qual a lei nacional da pessoa deter-

115. *Revista do Tribunal de Justiça*, v. 1, pp. 605-607.

116. Ob. cit., p. 314.

minava o regime de bens no casamento, salvo opção pela lei brasileira. No caso inexistiu tal opção.

Em fins de 1940, o marido abandonou o lar conjugal e quase duas décadas após, a mulher ajuizou ação objetivando a separação e partilha de bens.

O juiz de primeira instância inclinou-se pela aplicação da lei vigente ao tempo de celebração do matrimônio. Por força do supracitado art. 8.º, chegou à lei nacional dos cônjuges. Sendo diferente a nacionalidade dos mesmos e indicando o Direito alemão a aplicabilidade da lei nacional do marido, exsurgiu a incidência da lei de Luxemburgo. Estabelecendo esta a aplicação da lei do primeiro domicílio conjugal, acabou o juiz por fazer incidir o regime de comunhão universal, estatuído pelo art. 258 do Código Civil Brasileiro.¹¹⁷

A Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 25 de setembro de 1959, negou por maioria provimento à apelação, mantendo integralmente a sentença de primeiro grau. A ementa foi a seguinte: “O regime de bens entre luxemburguês casado com alemã, na vigência da antiga Lei de Introdução ao Código Civil se rege pelo direito brasileiro, eis que aplicada à espécie a referida lei, é inarredável a aceitação do retorno”.¹¹⁸

As mesmas observações feitas por Dolinger no caso anterior são aplicáveis ao presente. O próprio juiz de primeira instância na sentença disse textualmente: “Não cabe renovar a discussão interminável sobre o reenvio, hoje condenado expressamente pelo art. 16 do Decreto-lei n. 4.657 de 1942. Mas ao tempo da antiga Lei de Introdução, doutrina e jurisprudência consagravam, pacificamente, a aplicação do retorno. Uma vez que se há de aplicar à espécie o Direito vigente ao tempo da cele-

117. *RT*, v. 292, pp. 224-226.

118. *RT*, v. 292, pp. 223-224.

bração do matrimônio, parece inarredável a aceitação do reenvio”.¹¹⁹

Ressalte-se que no Recurso Extraordinário n. 68.157-GB, em que se tratou da validade do testamento ológrafa de Gabriela Besanzoni Lage Lillo, embora o Pretório Excelso tenha considerado tratar-se de matéria de natureza formal e tenha aplicado o *locus regit actum*, o relator Ministro Luiz Gallotti, assim se referiu: “. . . quanto à devolução, embora se invoque a minha opinião, a ela favorável. . . mostrei que a nova Lei de Introdução é infensa à teoria da devolução (art. 16). . .”¹²⁰ Na ementa figura *inter alia*: “Devolução. A esta é infensa a atual Lei de Introdução (art. 16)”.¹²¹

2.2 Qualificações

Carlos de Carvalho, pouco depois do surgimento da doutrina das qualificações, enunciou a regra abaixo no *caput* e § 2.º do art. 25 de sua *Nova Consolidação*: Art. 25 — O estado e a capacidade civil dos estrangeiros residentes no Brasil são regulados pelas leis da nação a que pertencem. § 2.º — Serão, porém, fixadas de acordo com a lei territorial a natureza e qualificação da relação de direito”. Gama e Silva, fazendo a exegese do texto, considera que o citado jurista ao falar em *lei territorial* quis significar *lex fori* e que a exceção do § 2.º ou seja “a determinação da natureza e qualificação da relação jurídica pela *lei territorial* era a consagração do sistema de Bartin, embora talvez sem conhecer tal doutrina”.¹²²

119. *RT*, v. 292, p. 226.

120. *Revista do Tribunal de Justiça*, v. 61, pp. 103-104.

121. *Revista do Tribunal de Justiça*, v. 61, p. 99.

122. Luís Antonio Gama e Silva. *As qualificações em Direito Internacional Privado*, São Paulo s.c.p. 1952, p. 150. Tenório não concorda, ob. cit., v. I, p. 301.