

Direito Internacional Privado Brasileiro

1 Fontes

Fonte significa origem, nascedouro. É da fonte que promanam as regras de Direito a serem aplicadas aos casos concretos.

As fontes podem ser materiais ou formais. As primeiras referem-se ao conteúdo, à matéria a ser tratada pela norma jurídica, que pode ter cotação comportamental, organizacional, econômica ou de outra ordem. Já as fontes formais refletem a forma, a estrutura pela qual a norma será elaborada, e podem ser primárias e secundárias.

Em relação ao Direito Internacional é um pouco diferente, como nos dizeres de Valério de Oliveira Mazzuoli (*Direito Internacional Público: Parte Geral. Col. Manuais para Concursos e Graduação*, 2. ed., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 31):

“no plano do direito interno têm-se as necessidades sociais de elaboração de determinada regra de conduta, ao passo que, no plano do Direito Internacional, têm-se as necessidades que decorrem das relações dos Estados e das organizações internacionais de regulamentarem suas relações recíprocas”.

O mesmo autor ressalva que o rol das fontes do Direito Internacional Público é trazido pelo art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça,

sendo considerado como a enumeração mais autorizada das fontes do Direito Internacional Privado:

- “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará:
- a) as convenções internacionais, quer gerais, quer especiais, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados litigantes;
 - b) o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo de direito;
 - c) os princípios gerais de direito, reconhecidos pelas nações civilizadas;
 - d) sob ressalva da disposição do art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito.
2. A presente disposição não prejudicará a faculdade da Corte de decidir uma questão *ex aequo et bono*, se as partes com isso concordarem.”

Assim, de acordo com a Corte Internacional de Justiça, são fontes do Direito Internacional Privado: os tratados internacionais, o costume internacional e os princípios gerais de direito.

Nada obstante, o doutrinador relaciona como meios auxiliares, além da jurisprudência internacional e da doutrina, os atos unilaterais, as decisões das organizações internacionais, a analogia e a equidade.

A. Tratado

Considerado a principal fonte do Direito Internacional, o tratado surge da conjugação de vontade dos Estados e das organizações internacionais, o que assegura o equilíbrio nas relações internacionais.

B. Costume

O costume é formado por dois elementos: o objetivo, que se consubstancia na prática reiterada de determinados atos, e o subjetivo, que se extrai do sentimento individual de sua obrigatoriedade.

No Direito Internacional, o costume torna-se respeitável fonte, a partir do momento em que não se tem ainda a unificação das regras internacionais.

C. Princípios gerais de direito

Ao longo dos tempos, os princípios gerais de direito vêm sendo retratados nos tratados e nos costumes, mas a doutrina ressalva alguns, como a boa-fé, a probidade, o direito adquirido, a segurança jurídica e outros.

D. Jurisprudência

A jurisprudência se forma pelas múltiplas decisões, no mesmo sentido, acerca de determinado tema.

Como expõe o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a jurisprudência é tratada como meio auxiliar de interpretação das regras de Direito. Não é fonte porque dela não nasce o Direito.

Citaremos dois exemplos jurisprudenciais relativos ao Direito Internacional Privado:

Súmula nº 20 do STJ:

“A mercadoria importada de país signatário do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio) é isenta de ICM, quando contemplado com esse favor o similar nacional.”

Súmula nº 124 do STJ:

“A Taxa de Melhoramento dos portos tem base de cálculo diversa do Imposto de Importação, sendo legítima a sua cobrança sobre a importação de mercadorias de países signatários do GATT (Acordo Geral de Tarifas e Comércio), da ALALC (Associação Latino-Americana de Livre Comércio) ou ALADI (Associação Latino-Americana de Desenvolvimento e Integração).”

E. Doutrina

Também considerada como um meio auxiliar, serve de consulta para os responsáveis pelas decisões de Direito Internacional.

F. Atos unilaterais

São declarações unilaterais dos Estados, sem força normativa, cuja obrigatoriedade por parte dos declarantes na esfera internacional em razão de suas consequências jurídicas não se pode ignorar.

Valério de Oliveira Mazzuoli (*Direito Internacional Público: Parte Geral. Col. Manuais para Concursos e Graduação*, 2. ed., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40) acrescenta um exemplo de ato unilateral e conclui tratar-se de respeito à norma *pacta sunt servanda*:

“A Corte Internacional de Justiça, nos §§ 43 a 46 da sentença do ‘Nuclear Tests Case’ entre Austrália e França, julgado em 20-12-1974, confirmou a existência de tais declarações, consubstanciadas em ‘atos unilaterais’ sobre situações jurídicas de fato, com o poder de criar obrigações legais. Estava em pauta, na ocasião, a obrigação unilateral assumida pela França de cessar os testes nucleares que tinha iniciado. No citado julgamento ficou expresso que quando o Estado que efetua a declaração tiver a intenção de que a obrigação declarada se torne obrigatória, fica o mesmo legalmente obrigado, desde então, a seguir uma linha de conduta compatível com aquilo que foi declarado. Neste caso específico, a Corte Internacional de Justiça reconheceu como vinculantes as várias declarações públicas feitas pela França no sentido de cessar os testes nucleares que havia iniciado no Pacífico Sul (cf., por tudo, International Court of Justice, Nuclear Tests Case, *Australia v. France*, judgment of 20 december 1974, ICJ Reports 1974, p. 267-268).”

G. Decisões das organizações internacionais

Também não constam do rol do referido art. 38. Valério de Oliveira Mazzuoli (*Direito Internacional Público: Parte Geral. Col. Manuais para Concurso e Graduação*, 2. ed., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 41) explica:

“Isto está intimamente ligado ao fato de que o Estatuto da Corte Internacional de Justiça foi redigido em 1920, quando estavam apenas começando a aparecer no cenário internacional tais organizações, vindo seu surgimento intensificar-se a partir do final da Segunda Guerra Mundial, em 1945.”

As resoluções da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, as decisões do Fundo Monetário Internacional (FMI) relativas aos chamados “acordos *standby*”, as diretrizes da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e as recomendações votadas na Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) são exemplos citados pelo autor de decisões de organizações internacionais.

H. Analogia

A analogia não é fonte, tampouco meio auxiliar para a aplicação das regras de Direito Internacional. A analogia é forma de autointegração da norma, utilizada quando não há norma regulamentadora específica para aquele caso concreto. Então, utiliza-se a norma aplicável a um caso semelhante.

Valério de Oliveira Mazzuoli (*Direito Internacional Público: Parte Geral. Col. Manuais para Concurso e Graduação*, 2. ed., v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 43) lembra:

“Boa parte da doutrina aponta a existência de um certo perigo em relação à aplicação da analogia nos casos que envolvam questões de soberania dos Estados (como, por exemplo, exigir que determinado Estado se submeta a um juízo exterior, arbitral ou judiciário) e também em outros casos em que, por meio de sua utilização, a liberdade do ser humano fica prejudicada. Daí o motivo de ser a analogia dificilmente utilizada na prática das relações internacionais.”

I. Equidade

Consiste na aplicação com justiça dos dispositivos existentes para aquele assunto, mas o mesmo art. 38 do Estatuto alerta que a equidade só pode ser utilizada se as partes submetidas consentirem.

2 Conflito de leis no espaço

Para Haroldo Valladão (*Direito Internacional Privado: Introdução e Parte Geral*, 2. ed., p. 243),

“os conflitos de normas de Direito Internacional Privado devem ser resolvidos como se resolvem os conflitos de leis civis, comerciais, processuais

etc. São conflitos da mesma natureza, no fundo e na realidade, sempre conflitos entre a lei do foro e a lei estranha. E devem ser solucionados todos, sem ideias *a priori*, de excessivo rigor lógico, mas com justiça, equidade, sem prevenções discriminatórias contra o Direito Internacional Privado estrangeiro, no espírito de harmonia que é o padrão do Direito Internacional Privado”.

Conforme se depreende dos ensinamentos de Luís Roberto Barroso,

“existem duas espécies de conflitos de normas cuja solução, ao menos em princípio, não se socorre dos critérios hierárquico ou de especialização, mas, sim, de outro instrumental teórico. São os conflitos de leis no espaço e no tempo, cujo equacionamento percorre caminhos complexos e acidentados, que passam por diversos ramos do direito. Pois bem: os conflitos de leis no tempo, que geralmente se observam no âmbito de um mesmo sistema jurídico, são equacionados e resolvidos dentro de um domínio científico denominado direito intertemporal. Os conflitos de leis no espaço, isto é, os que exigem a definição de qual ordenamento jurídico regerá a espécie, constituem objeto do direito internacional privado. Cada um deles tem princípios e regras peculiares, que, singularmente, não se aglutinam em um texto normativo único, mas se espalham difusamente pelos diferentes documentos legais. A denominação direito internacional privado foi utilizada pela primeira vez por Joseph Story (Comentários sobre el conflicto de las leyes, cit., p. 12) e adotada na França por M. Foelix (Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations, en matière du droit privé, 1843). Embora se mantenha fiel à denominação tradicional, a doutrina é unânime em condenar o termo internacional – o direito internacional privado é predominantemente interno e não disciplina relações entre nações – e o termo privado, já que abrange conflitos regidos pelo direito público, sendo o seu próprio papel de solução de conflitos de leis de natureza eminentemente pública”.

Cumprir, nesse jaez, as lições de Maria Helena Diniz, ao aduzir que

“o Direito internacional privado, portanto, é o ramo do direito que contém normas de direito interno de cada país, que autorizam o juiz nacional a aplicar ao fato interjurisdicional a norma a ele adequada, mesmo que seja alienígena. Logo, não é absoluto o princípio *leges non valent ultra territorium*, pois as exigências da vida internacional conduzem o Estado a

aplicar em seu território leis de outros países, o que poderá criar conflitos que serão solucionados pelas normas de direito internacional privado”.

O conflito de leis no espaço decorre de dois fatores: a **diversidade legislativa** (cada sistema jurídico, autônomo e soberano, dá tratamento diferente a aspectos sociais) e a existência de uma **sociedade transnacional** (relações entre indivíduos vinculados a sistemas jurídicos diferentes). Caso existisse um direito absolutamente uniforme ou sociedades herméticas, não existiria o **fato anormal** (fato jurídico vinculado, por qualquer de seus elementos, a mais de um ordenamento), que gera o conflito de leis.

Em regra, conforme ensinamentos de Maria Helena Diniz, o juiz, ante o conflito de leis no espaço, deverá solucionar o problema de conformidade com a *lex fori*, que contém critérios de conexão tidos como convenientes em razão de política jurídica. O elemento de conexão é imprescindível para determinar a lei substantiva aplicável ao fato interjurisdicional por ser um meio técnico, fático ou jurídico, prefixado pela lei interna de cada país, que constituirá a base na ação solucionadora do conflito.

A regra geral é a **aplicação do direito pátrio**, aplicando-se o direito estrangeiro apenas excepcionalmente, ou seja, quando expressamente determinado pela legislação interna. Nesses casos, o juiz deve aplicá-lo de ofício e do modo mais completo possível.

Não se deve aplicar, no entanto, o direito estrangeiro, determinado pela norma de direito internacional privado (“norma colisional”), quando verificar que fere a ordem pública, a soberania ou os bons costumes, ou quando os interessados estiverem tentando fraudar a legislação interna.

3 Normas indiretas. Elemento de conexão

Normas indiretas (ou indicativas) são as que apontam o Direito aplicável a um caso concreto, sem solucioná-lo. Cumpre descerrar que trata de relação jurídica de Direito Privado com conexão internacional.

Dividem-se em unilaterais e bilaterais. As unilaterais indicam uma única regra a ser aplicada, geralmente, o Direito interno (ex.: art. 10, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil). As bilaterais conjugam a aplicação do Direito interno com o Direito Internacional (ex.: art. 10, *caput*, da LICC).

Objeto de conexão e elemento de conexão compõem a estrutura da norma indicativa.

Objeto de conexão: retrata a matéria de uma norma indicativa do Direito Internacional Privado (exs.: capacidade jurídica, forma de um testamento). Trata sempre de questões jurídicas vinculadas a fatos ou elementos de fatores sociais.

Elemento de conexão: viabiliza a resolução do Direito a ser empregado no caso concreto. A doutrina os divide em três modalidades: (a) pessoais (nacionalidade, domicílio e residência); (b) reais (localização de um bem imóvel); e (c) condutistas (celebração e execução de contrato, autonomia das partes).

Beat Walter Rechsteiner (*Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 118) observa que, na prática, para determinar o Direito aplicável a uma causa de Direito Privado com conexão internacional, devem ser enquadrados os fatos (*Tatsachen*) e os elementos de fatores sociais (*Lebenssachverhalte*), com conexão internacional, alegados e provados, se controversos no processo, no objeto de conexão da norma indicativa ou indireta, adequada ou apropriada ao caso concreto; ou seja, o juiz pratica o que se denomina na doutrina qualificação. Quando este conhece a norma indicativa ou indireta aplicável ao caso, a norma, por si mesma, mediante o seu elemento de conexão, indicará o direito aplicável: o direito interno ou determinado direito estrangeiro.

Nacionalidade e domicílio da pessoa física são os elementos de conexão mais adotados.

À pessoa apátrida ou ao refugiado resta o critério do domicílio, na impossibilidade, o da residência.

4 Qualificação prévia

“A qualificação prévia atinge apenas o objeto de conexão da norma indicativa de Direito Internacional Privado.

De acordo com o elemento de conexão, são aplicáveis, exclusivamente, as regras jurídicas de interpretação vigentes conforme a *lex fori*.

Entretanto, é ainda questão controvertida na doutrina como deve ser interpretado, ou melhor, qualificado, o objeto de conexão de uma norma de direito internacional privado.

O problema da qualificação está ligado ao fato de o direito aplicável a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional poder

ser o direito interno ou um determinado direito estrangeiro, isso dependendo do conteúdo da norma indicativa ou indireta de direito internacional privado da *lex fori* aplicável ao caso concreto.

Tendo o objeto de conexão de uma norma indicativa ou indireta de direito internacional privado conteúdo vago e aberto, a subsunção de uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional perante essa norma, eventualmente, pode causar dificuldades. Podem ocorrer dúvidas quanto a determinar se uma relação jurídica desse gênero deve ser subsumida a esta ou a uma outra norma indicativa ou indireta do direito internacional privado da *lex fori*. É justamente esse processo de subsunção a uma única norma indicativa ou indireta de direito internacional privado que caracteriza a qualificação” (Beat Walter Rechsteiner, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 121).

A doutrina apresenta três teorias acerca da qualificação:

- qualificação pela *lex fori* (sempre deve ser aplicada a norma de direito internacional privado da *lex fori*);
- qualificação pela *lex causae* (o direito aplicável determina-se apenas após a subsunção entre a relação jurídica de direito privado com conexão internacional e a norma adequada de direito internacional);
- qualificação por referência a conceitos autônomos e universais.

Fala-se, ainda, em **qualificação de primeiro grau** (quando tem por base norma indicativa de Direito Internacional Privado da *lex fori*) e **qualificação de segundo grau** (aplicada diante da incerteza sobre a qualificação da norma de Direito Internacional Privado estrangeiro incidente).

5 Reenvio

Considerando que cada país possui suas próprias regras de Direito Internacional Privado para resolver os conflitos de lei no espaço, ora temos a aplicação do Direito Interno, ora do Direito Internacional, conforme determinado pela lei interna.

Se o Direito Internacional for o escolhido para ter aplicação, resta definir sua extensão; se abrange apenas normas materiais ou também as normas de Direito Privado estrangeiro. Três são as soluções:

1. países que adotam apenas o direito material;
2. países que levam em consideração as normas do Direito Internacional Privado estrangeiro;
3. países de posicionamento intermediário ou misto.

O Brasil adota o primeiro entendimento, ignorando as normas indiretas de Direito Internacional Privado.

Nos países que adotam o segundo entendimento, várias hipóteses podem surgir, conforme expõe Beat Walter Rechsteiner (*Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 165):

1. o Direito Internacional Privado do país A designa o Direito do país B como aplicável. O Direito Internacional Privado do país B, por seu lado, indica o Direito substantivo ou material do país B como o aplicável. Neste caso, inexistem problemas para o juiz do país A na aplicação do Direito. Aplicável é o Direito substantivo ou material do país B;
2. o Direito Internacional Privado do país A designa o Direito do país B como o aplicável. O Direito Internacional Privado do país B, por sua vez, indica o Direito substantivo ou material do país A como o aplicável. Neste caso, inexistem problemas para o juiz A na aplicação do Direito. Aplicável é o Direito substantivo ou material do país A;
3. o Direito Internacional Privado do país A designa o Direito do país B como aplicável. O Direito Internacional Privado do país B, por seu lado, indica o Direito Internacional Privado do país A como o aplicável. Neste caso, surge o problema do reenvio, porque a ordem jurídica designada, que é de Direito Internacional Privado do país B, devolve a decisão e indica como aplicável o Direito Internacional Privado do país A, exsurto desse fato o que a doutrina denomina *renvoi* (reenvio de primeiro grau, devolução, retorno). Como se resolve a questão do reenvio de primeiro grau na doutrina e na jurisprudência? A regra geral é a de que o país A aceite o reenvio (devolução, retorno) do país B e aplique a *lex fori*, isto é, a lei substantiva ou material do foro;
4. o Direito Internacional Privado do país A designa o Direito do país B como o aplicável. O Direito Internacional Privado do país B, por seu lado, indica o Direito Internacional Privado do país C como o aplicável (reenvio de segundo grau). A situação torna-se problemática nesses casos, quando também o Direito do país C não se declara

aplicável. Tais casos são raros na prática. Para resolvê-los, as diversas legislações e a doutrina apontam diversas soluções.

6 Prova

Conforme ensina Beat Walter Rechsteiner (*Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 277), as principais convenções acerca da prova em Direito Internacional são:

- Convenção de Haia sobre o Direito Processual Civil (1954);
- Convenção de Haia sobre a Colheita de Provas no Estrangeiro em Matérias de Direito Civil e Comercial (1970); e
- Convenção Interamericana sobre Obtenção de Provas no Exterior, Panamá (1975).

Ressalte-se que o Brasil não ratificou nenhuma dessas Convenções. Dessa maneira, são aplicadas as regras referentes à carta rogatória impostas pelo nosso legislador.

Quanto aos meios de prova, a doutrina afirma ser o disposto na Convenção de Direito Internacional Privado (Código Bustamante, 1928) a forma mais hábil de produção de prova no estrangeiro, de acordo com os arts. 409 ss:

- a) por meio de certidão legalizada por dois advogados em exercício no país cuja legislação se deseje conhecer;
- b) por meio de informação fornecida pelo mais alto tribunal do país, ou pela Procuradoria Geral, pela Secretaria ou pelo Ministério da Justiça, remetida por via diplomática;
- c) na ausência ou insuficiência de prova, por relatório sobre o texto legal, contendo a vigência e a interpretação aplicável, remetido via diplomática;
- d) depoimento pessoal de autoridade estrangeira.

7 Direito estrangeiro. Interpretação. Aplicação. Exceções à aplicação

A interpretação da norma jurídica estrangeira pelos tribunais estrangeiros deve observar os mandamentos a seguir expostos:

- a) deve-se atentar para o sentido que à regra é conferido no país de origem, isto é, a interpretação segue a doutrina e a jurisprudência estrangeiras;
- b) o juiz deverá atender aos fins sociais a que se dirige e às exigências do bem comum (art. 5º da LICC);
- c) o Direito estrangeiro convencional deve ser interpretado levando-se em conta a real intenção dos contratantes.

Quanto à aplicação do Direito estrangeiro, encontramos o fenômeno da adaptação (aproximação ou substituição), que consiste em adaptar o Direito estrangeiro às circunstâncias jurídicas do país. Podemos citar como exemplo de adaptação no Brasil a concessão do desquite aos casais divorciados no estrangeiro.

Há três **formas** de se aplicar a lei estrangeira:

- a) pela incorporação da lei estrangeira, que passa a integrar o Direito nacional (recepção material da lei estrangeira);
- b) pela incorporação da lei estrangeira, mantendo seu sentido inicial de norma estrangeira (recepção formal);
- c) pela aplicação da lei estrangeira, sem incorporá-la.

Existem **exceções** no que se refere à possibilidade de aplicação do Direito estrangeiro:

- a) quando atentar contra a ordem pública;
- b) aplicação em fraude à lei;
- c) instituto desconhecido;
- d) lei imperfeita.

Vamos à explicação de cada uma das exceções:

Beat Walter Rechsteiner (*Direito Internacional Privado: Teoria e Prática*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 2004, p. 156) traz uma excelente explanação acerca do tema:

“A **reserva da ordem pública** é uma cláusula de exceção que se propõe a corrigir a aplicação do direito estrangeiro, quando este leva, no caso

concreto, a um resultado incompatível com os princípios fundamentais da ordem interna.

A doutrina distingue as **reservas gerais** das **reservas especiais** de ordem pública. As primeiras intervêm sempre que é aplicável o direito estrangeiro a uma relação jurídica de direito privado com conexão internacional (ex.: art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro constitui uma reserva geral de ordem pública). Quando a reserva refere-se tão somente a determinada matéria de direito, costuma-se falar em reserva especial de ordem pública (ex.: art. 7º, § 6º, da Lei de Introdução ao Código Civil).

A doutrina diferencia também as **reservas negativa e positiva** da ordem pública. A primeira impede a aplicação do direito estrangeiro, aplicável conforme as normas de Direito Internacional Privado da *lex fori*, quando os seus pressupostos estão cumpridos no caso concreto. O termo ‘ordem pública positiva’ não é mais usado com tanta frequência. Modernamente, a doutrina refere-se às leis de aplicação imediata quando trata da matéria. Quando uma norma de aplicação imediata intervém numa relação jurídica de direito privado com conexão internacional, não é necessário verificar o conteúdo do direito estrangeiro e examiná-lo em seguida sob o aspecto da violação da ordem pública. As normas da *lex fori* são aplicáveis de imediato, devido ao seu conteúdo imperativo e cogente, e isso, também, no plano internacional.”

A **fraude à lei** nada mais é do que o atuar em descompasso com o estipulado pela norma. Antigamente acontecia muito aqui no Brasil quando o segundo casamento não era permitido. Os divorciados (desquitados na verdade) viajavam para países onde não havia essa proibição e casavam-se novamente. Ocorre que esse casamento não era reconhecido no Brasil, por confrontar-se com a lei interna.

O **instituto desconhecido** verifica-se quando determinada matéria é retratada apenas em um ordenamento jurídico. Nesse caso, o julgador deve utilizar-se do fenômeno da adaptação, inicialmente explicado. Exemplo: o repúdio do Direito muçulmano é reconhecido como divórcio.

A **lei imperfeita** é aquela que prevê ou a aplicação do Direito interno, ou a aplicação do direito estrangeiro. Pode ser utilizado como exemplo o art. 10, § 1º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

8 Considerações gerais sobre a Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-lei nº 657, de 4 de setembro de 1942)

Tais considerações são baseadas, em sua grande maioria, na obra *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada* (11. ed. adaptada à Lei nº 10.406/02. São Paulo: Saraiva, 2005), de autoria da jurista Maria Helena Diniz.

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada.

A rigor, esse artigo tem aplicação apenas quando uma lei nova, oficialmente publicada, não contiver disposição expressamente contrária ao período de 45 dias. Ou seja, uma nova lei em nosso país começa a ter vigor 45 dias depois de oficialmente publicada, exceto se houver em seu corpo, por opção do legislador, período explícito diferente (maior ou menor) do mencionado no art. 1º.

Temos que deixar claro que, o sentido de lei, indica tão somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por processo adequado. Já que os regulamentos e os decretos de lei entrarão em vigor no dia em que determinar e, na falta de determinação, na data de sua publicação oficial.

Tratados e convenções internacionais vinculam os Estados signatários no dia em que se der a troca de ratificações ou na data combinada, porém seus efeitos internos dependem de lei do Estado.

O processo legislativo é dividido nas seguintes fases constitucionais: iniciativa, discussão, deliberação, sanção ou veto, promulgação e publicação.

A *iniciativa* surge com a apresentação de um projeto de lei; tem competência para tal o Poder Legislativo ou Executivo, dependendo da matéria. Há hipóteses em que a iniciativa é do STF, tribunais superiores, tribunais de justiça ou ainda por iniciativa popular.

Na segunda fase, a *discussão* é feita por comissões especializadas na matéria sobre a qual versa o projeto, podendo assim este receber emendas modificativas ou substitutivas (art. 63 da CF).

Em *deliberação*, o projeto é votado pelo plenário de cada casa legiferante, e assim ambas votam contra ou a favor do projeto de lei. Aprovado pelo Legislativo, o projeto é enviado à *sanção ou veto* do Presidente da República. Lembramos que a sanção pode ser manifestada por despacho (aprovação expressa) ou por omissão, deixando esgotar o prazo de 15 dias (art. 66, § 3º, da CF – aprovação tácita). Já o veto, que pode ser total ou parcial, tem que ser expresso. Vetado o projeto, este retorna aos parlamentares, que poderão

acatar o veto ou recusá-lo, fato que leva o projeto novamente para o prédio do Executivo para o ato de *promulgação*.

Ato de promulgar no sentido de dar *executoriedade* à lei, certificando sua existência. O Presidente da República coloca sua “chancela”, mostrando a todos que o projeto de lei agora é lei.

Na fase final, em que impera o princípio da publicidade dos atos jurídicos, vem a lei receber a sua *publicação* no *Diário Oficial*, com a finalidade de se apresentar aos destinatários. Neste momento, a lei tem plena vigência, atingindo a *obrigatoriedade*.

Vale fazer aqui algumas distinções entre as terminologias, *validade*, *vigência*, *vigor*, *eficácia* e *fundamento*, para que possamos entender o real sentido do art. 1º.

Existem vários tipos de validade:

1º) Validade Constitucional	A norma para ser válida deve respeitar um comando superior, ou seja, um preceito constitucional.
2º) Validade Formal ou técnico-jurídica (vigência em sentido amplo).	Para alcançar este estado a norma precisa ser: – elaborada por um órgão competente; – o órgão tem que ter competência material para produzir a norma; – deve se observar processos ou procedimentos estabelecidos em lei.
3º) Validade Fática	É a efetividade da norma, ou seja, é a atuação coercitiva do Poder Público em caso de descumprimento da norma.
4º) Validade Ética ou Fundamento	A razão de ser da norma, quais os valores e fins na vida social que justificam sua criação. É todo fundamento axiológico do direito escolhido para sua época, visando sempre uma ordem justa para a coletividade.
Vigência em sentido amplo ou lato	É aquela norma que atinge a validade constitucional e formal (fase constitutiva do processo de produção normativa).
Vigência em sentido estrito ou <i>stricto sensu</i>	Constitui o âmbito temporal que vai da publicação até a revogação da norma de direito (prazo que delimita o tempo de validade da norma).

Tem *eficácia* a norma que atinge seus objetivos dentro da coletividade. Seria mais precisamente o efeito desejado pelo legislador no âmbito social.

O *vigor* normativo é alcançado com a vigência da norma jurídica. É o momento em que o preceito alcança força vinculante para todos os seus destinatários. Assim, “a lei começa a vigorar em todo o país 45 (quarenta e cinco) dias depois de oficialmente publicada”. No primeiro dia depois deste período é que ela ganha vigor normativo.

Não é com a publicação da norma que ela adquire a obrigatoriedade e assim força normativa, exceto se o legislador assim o determinar. Ex.: “Art. 41. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.” A regra é: o preceito jurídico deve sofrer um intervalo entre a data de sua publicação e sua entrada em vigor, chamado de *vacatio legis*. Isso ocorre a fim de que os destinatários da lei nova possam conhecê-la (cognição) e o Estado tenha tempo de se organizar (instrumental).

Espécies de *vacatio legis*:

1ª) Expressa	O próprio legislador estipula o lapso temporal, que vai da data de publicação da lei a data que ela entra em vigor, um exemplo foi o Novo Código Civil, publicado em 11 de janeiro de 2002, entrando em vigor um ano depois.
2ª) Tácita	O legislador não menciona prazo para a lei entrar em vigor e também não diz que ela entra em vigor na data de sua publicação. Aqui utilizamos o art. 1º da Lei de Introdução ao Código Civil. Adotamos o <i>princípio da vigência sincrônica</i> , ou seja, a norma entrará em vigor a um só tempo em todo o território nacional, 45 dias após a sua publicação.
3ª) Leis sem <i>vacatio legis</i>	Lei com dispositivo expresso que determina que ela entrará em vigor na data de sua publicação.

Temos que deixar claro que, antes do interregno da *vacatio*, a lei nova não terá força obrigatória, mesmo que promulgada e publicada, por estar em vigor ainda a lei antiga. Embora seja permitido a alguém dela usar, mediante convenção, que constitui lei entre as partes, assim é bom esclarecer que não será a lei nova que obrigará os contrantes, mas o contrato feito por eles, que

é lei entre as partes. Isso é possível desde que não ofenda as normas cogentes da lei em vigor.

O prazo de *vacatio legis* contar-se-á incluindo o *dies a quo*, o da publicação oficial, e incluindo-se o *dies ad quem*, o dia do vencimento do prazo. Se o *dies ad quem* for domingo ou feriado, não se considera prorrogado o prazo até o dia útil seguinte, por aqui se tratar de início de vigência de lei e não cumprimento de obrigação. Tudo isso conforme o art. 8º, § 1º, da Lei Complementar nº 95/98, com redação da Lei Complementar nº 107/01 e do art. 20 do Decreto nº 4.176/02.

§ 1º Nos Estados estrangeiros, a obrigatoriedade de lei brasileira, quando admitida, se inicia 3 (três) meses depois de oficialmente publicada.

A rigor, este parágrafo tem aplicação apenas quando uma nova lei, oficialmente publicada, não contiver disposição expressamente contrária ao período de três meses, ou seja, a lei brasileira passará a ter vigência nos Estados estrangeiros depois de três meses de sua publicação, exceto se houver em seu corpo, por opção do legislador, período explícito diferente (maior ou menor) do mencionado no § 1º do art. 1º. Lembramos que o prazo de *vacatio legis* externo (estrangeiro) não pode ser menor do que o interno (brasileiro), pois incompreensível seria que uma norma vigorasse no estrangeiro antes de ter vigência no país de origem.

Importante frisar que os contratos celebrados no Brasil de acordo com a lei nova alcançaram os que se encontrarem fora do país, mesmo que aquela norma ainda não tenha entrado em vigor no exterior.

O interessante é que pessoas que sejam parte numa relação jurídica, ao regressarem para o Brasil, antes do término do prazo de três meses, deverão respeitar, no momento de sua chegada, à nova lei já vigente em nosso território, ressalvados os atos praticados no exterior segundo a lei antiga brasileira lá vigente.

§ 2º A vigência das leis, que os governos estaduais elaborem por autorização do Governo Federal, depende da aprovação deste e começará no prazo que a legislação estadual fixar.

- Esta norma já não tem aplicação desde a Constituição de 1946.

§ 3º Se, antes de entrar a lei em vigor, ocorrer nova publicação de seu texto, destinada a correção, o prazo deste artigo e dos parágrafos anteriores começará a correr da nova publicação.

Caso se verifique um erro em uma lei nova que está em *vacatio legis*, e advir nova publicação para corrigi-lo, iniciar-se-á uma nova *vacatio*, anulando o tempo decorrido da antiga. Assim, em caso de várias publicações diferentes da mesma lei, por motivo de erro, a data da publicação será uma só, e deverá ser a da publicação definitiva, ou seja, a última.

§ 4º As correções a texto de lei já em vigor consideram-se lei nova.

As correções ou emendas a texto de lei que já tenha entrado vigor são consideradas lei nova. Não se admite uma nova publicação da lei, corrigindo-a, após o término da *vacatio legis*, porque já está vigorando, e, ante esse fato, apenas um novo preceito poderá ratificar o seu texto.

Importante consignar que os direitos e os deveres advindos de lei errada, mesmo que estejam baseados em texto legal retificado posteriormente, não poderão deixar de ser considerados juridicamente.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou a revogue.

O art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil revela um princípio, o da continuidade das leis. Assim, uma lei, em regra, tem caráter permanente, isto é, mantém-se em vigor até que outra a modifique ou revogue.

Com exceção, existem leis de vigência temporária (leis temporárias e leis excepcionais), nesses casos dá-se a caducidade das leis, ou seja, perdem eficácia pela superveniência de uma causa prevista em próprio texto ou pelo desaparecimento de seus pressupostos fáticos. São normas denominadas autorrevogadoras.

A rigor, uma lei poderá ter:

Vigência temporária, que se subdivide em	(1) <i>Leis temporárias</i> : cessação da lei por decurso do tempo para qual a lei foi promulgada; (2) <i>Leis excepcionais</i> : cessação da lei por aquisição do fim a que a lei se propõe, ou cessação do estado de coisas não permanente (lei nascida para atender o estado de calamidade ou situação emergencial).
Vigência permanente	Sem prazo previamente determinado. Só podendo ser revogada por lei da mesma hierarquia ou de hierarquia superior (princípio da hierarquia).

Cabe, aqui, fazer algumas distinções terminológicas entre “caducidade”, “costume negativo” e “desuso”, posto que são termos semelhantes e provocam alguns equívocos.

Caducidade	A <i>caducidade</i> da norma acontece em dois casos: (1ª) Quando a lei fixa prazo para sua vigência, passado este ela não produz mais efeitos (fator temporal). (2ª) Quando a norma é criada para atender situações de emergência ou calamidade, e estas deixam de existir, ficando aquela sem eficácia (condições fáticas).
Desuso	No <i>desuso</i> a norma é inefetiva, por ser regularmente violada, transgredida ou inaplicada pela autoridade. Ou seja, esta lei não se amolda ao tempo, ao local, às crenças, ela se torna inaplicável dentro do seio social. Lembrando que a norma em desuso continua em vigor, pois o desuso não revoga lei.
Costume negativo	O <i>costume negativo</i> leva ao desuso da norma. A norma é instituída para certo fim, se fatos que seriam condição para a sua aplicação não ocorrem, começa a haver uma omissão por parte da sociedade e a lei não alcança seu propósito (costume negativo). O preceito perde força e, assim, começa a ser reiteradamente violado, vindo a alcançar o <i>desuso</i> . Por exemplo, a norma que proíba fumar em bares e restaurantes será ineficaz se cigarros forem vendidos no interior de suas dependências, levando o público a fumar. Costume não revoga lei, a norma inaplicável continua em vigor até que uma lei nova venha revogá-la.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Revogação é a supressão da força obrigatória da lei, retirando-lhe a eficácia, o que, em regra, só pode ser feita por outra lei, da mesma hierarquia ou de hierarquia superior.

Quanto a sua extensão, a revogação, que é gênero, se subdivide em duas espécies:

1ª) Ab-rogação	É a revogação total da norma anterior, por ter a nova lei: (a) regulado inteiramente a matéria, ou (b) por haver entre ambas incompatibilidade explícita ou implícita. Por exemplo, o art. 2.045, 1ª parte, do novo Código Civil, ao rezar que "Revoga-se a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916" (Código Civil).
2ª) Derrogação	É a revogação parcial, ou seja, que torna sem efeito uma parte da norma, também podendo ser explícita ou implícita. Vale lembrar que a norma derogada não perde sua vigência. Por exemplo, o novo Código Civil, art. 2.045, 2ª parte, que estabeleceu a revogação da parte primeira do Código Comercial (Lei nº 556, de 1850).

Observações:

1ª) A perda de eficácia de uma norma pode decorrer, também, da decretação de sua inconstitucionalidade pelo STF (art. 52, X, CF), cabendo ao Senado Federal suspender-lhe a execução.

2ª) A nova lei que revoga a anterior revoga também o decreto que a regulamentou.

3ª) As normas constitucionais programáticas (dependentes de elaboração de Lei complementar ou Lei ordinária) não revogam as normas anteriores, que continuam em vigor até a aprovação dos novos textos legislativos.

Quanto à sua forma de execução a revogação pode ser:

1ª) Expressa	Dá-se quando a lei nova declara textualmente que a anterior, ou parte dela, fica revogada. A cláusula de revogação deverá enumerar expressamente as leis ou disposições legais revogadas (art. 9º, Lei Complementar nº 95/98, com redação da Lei Complementar nº 107/01).
2ª) Tácita	Não contém declaração nesse sentido na nova lei, mas esta mostra-se: (a) <i>Incompatível</i> com a lei antiga, ou (b) <i>Regula inteiramente a matéria</i> .

Será mister mencionar, rapidamente, que a reforma constitucional ou a substituição de uma Constituição por outra não implicará a revogação de todas as normas do regime anterior, mas tão somente das que forem incompatíveis com a nova ordem. Aplica-se aqui o princípio da continuidade da ordem jurídica, é como se a nova Carta Magna recriasse um novo ordenamento que já existia.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Podem coexistir no ordenamento jurídico as normas de caráter geral e as de caráter especial, quando não forem incompatíveis (relativização ou mitigação do princípio da especialidade).

Esta coexistência às vezes é motivo de alguns conflitos dentro do ordenamento jurídico-positivo, ou seja, o intérprete ou aplicador do direito fica em dúvida, não sabendo qual norma utilizar. Ou porque as normas têm o mesmo conteúdo, ou porque o seu conteúdo é antagônico, surgindo assim a chamada *Antinomia*.

Antinomia é contradição, oposição real ou aparente entre duas leis, dois princípios etc.

A antinomia pode ser:

1. Real: quando há oposição total ou parcial entre duas ou mais normas contraditórias, emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. Os critérios (hierárquico, cronológico e da especialidade) existentes não a resolverão, ficando o intérprete e aplicador sem meios

para se livrar da antinomia (Maria Helena Diniz, citando o ilustre Prof. Tercio Sampaio Ferraz Jr., em sua magistral obra *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, p. 71, 11. ed., adaptada à Lei nº 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2005).

Em suma, para a existência de uma antinomia real é preciso o concurso de três circunstâncias, muito bem consignadas por Maria Helena Diniz:

- a) incompatibilidade;
- b) indecidibilidade;
- c) necessidade de decisão, posto que mesmo a antinomia real tem possibilidade de uma solução efetiva: (1ª) pela edição de nova lei que corrija a falha no ordenamento; ou (2ª) por aplicação do juiz, tendo em vista o que for mais justo, dos mecanismos de interpretação equitativa ou corretiva, do sistema normativo (arts. 4º e 5º da LICC).

2. Aparente: há um conflito de normas, mas nosso sistema fornece critérios e meios para resolvê-los. São três os critérios, também considerados princípios:

- a) *hierárquico (lex superior derogat legi inferiori)*: o ordenamento jurídico é escalonado, existem fontes de produção de normas superiores e inferiores; diante disso, num conflito entre ambas, deve dar-se preferência sempre a uma norma de mais alto escalão. A hierarquia prevalece frente aos critérios cronológico e especial. Dentro do sistema normativo brasileiro, a Constituição Federal é a norma soberana; nenhuma outra norma de grau inferior pode se opor a ela;
- b) *cronológico (lex posterior derogat legi priori)*: a cronologia ensina que o que vem primeiro, o que chegou primeiro, aquilo que foi pedido primeiro etc., tem preferência. Para o princípio ora analisado é o contrário; tudo o que vem por último, depois, tem predominância. Aqui, significa que, de duas normas do mesmo nível ou escalão, a última prevalece sobre a anterior;
- c) *da especialidade (lex specialis derogat legi generali)*: o próprio nome diz, especialidade, que advém de *especial*, que é aquilo que é relativo a uma espécie, próprio, particular, exclusivo etc. Que se contrapõe à ideia de *geral*, comum, sem nenhuma especialidade. Então, dizemos que uma norma é especial se possuir em sua definição legal elementos típicos de uma norma geral e mais alguns de natureza objetiva

ou subjetiva, chamados elementos especializantes. Entendemos que a norma geral é utilizada quando não existe um preceito especial, criado especificamente para regular um caso ou um fato no mundo concreto. Por isso, no conflito entre ambas deve predominar sempre a de teor especial; norma especial sempre revoga norma de conteúdo geral. É bom consignar que uma nova norma geral e a antiga especial, ou vice-versa, poderão ter vigência, desde que uma não venha a colidir com a outra. Fica claro que o critério não é da especialidade, não é absoluto.

3. De segundo grau: é a chamada antinomia das antinomias. Surgem dentro do nosso sistema conflitos entre os próprios critérios de solução de antinomias:

- a) conflito entre critérios *hierárquico* e *cronológico*: uma norma anterior-superior em conflito com uma posterior-inferior; pelo critério hierárquico, deve-se optar pela primeira, e pelo cronológico, pela segunda;
- b) conflito entre os critérios da *especialidade* e o *cronológico*: no caso de uma norma anterior-superior estar em conflito com uma posterior-geral, aplica-se a primeira pelo critério da especialidade, e a segunda, pelo cronológico;
- c) conflito entre os critérios *hierárquico* e da *especialidade*: no caso de uma norma superior-geral ser conflitante com uma inferior-especial, se prevalece a primeira, aplica-se o princípio da hierarquia, se a segunda, o critério da especialidade.

Por não haver critérios legais de resolução, coube à doutrina resolver as questões acima, criando para isso os chamados *metacritérios*; embora ainda de aplicação limitada para todas os conflitos normativos, sua criação é de grande serventia.

Na primeira hipótese antinômica acima (letra a), utilizamos o metacritério: *lex posterior inferior non derogat priori superiori*. Prevalecerá o critério hierárquico por ser mais forte que o cronológico; assim, a norma anterior-superior revoga a norma posterior-inferior. Já no segundo caso nos valem ora do critério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, ora do critério *lex posterior generalis derogat priori speciali*; não há uma regra definitiva; devemos verificar caso a caso. No último conflito exposto (letra c), não será possível estabelecer uma regra geral; pode-se então preferir qualquer dos critérios, não existindo,

portanto, qualquer prevalência, embora haja entendimento no sentido de que o critério hierárquico sempre prevalece.

Excepcionalmente, na falta de critérios para resolver antinomias, devemos recorrer ao critério dos critérios, que recita: entre duas normas incompatíveis, dever-se-á escolher a mais justa. É o denominado **princípio supremo da justiça**.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.

O § 3º do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil nega a existência do fenômeno da reprivatização em nosso ordenamento jurídico. Mas com uma exceção, quando houver pronunciamento expresso do legislador nesse sentido.

Fenômeno que, se existisse, restauraria uma lei revogada pelo fato de a lei revogadora ter perdido a sua vigência. Isso causaria desconforto jurídico, por trazer insegurança, causando sérias dificuldades à aplicação do Direito.

Art. 3º Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.

“Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” Se assim não fosse, o sentido do direito cairia por terra, uma vez que todos desobedeceriam as normas jurídico-positivas, alegando não as conhecer. A insegurança seria inimaginável.

Não foi sem razão que Aristóteles, o grande filósofo da Antiguidade Clássica, afirmou que onde houver sociedade haverá direito: *ubi societas ibi jus*. Assim como condição de existência humana, o direito tem por missão principal ordenar a vida em sociedade, havendo por necessidade social de tornar as normas jurídicas obrigatórias (*princípio da obrigatoriedade*), com sua publicação oficial.

A lei, para ter imperatividade, uma de suas características essenciais, deve ser obrigatória; isso acontece com sua publicação, ou logo depois de percorrido seu período de *vacatio legis*. Presume-se então nesta fase que todos a conhecem, sendo inescusável o erro e a ignorância (*princípio da inescusabilidade da ignorância da lei*). A afirmação acima é de parte da doutrina, que entende ser absoluta (*juris et de jure*) a presunção de cognição social da lei, com a publicação. O outro lado da doutrina, que parece ter bom-senso, seguido por Clóvis Beviláqua, vê a ignorância como corolário da própria força da lei, sendo ine-

rente a ela. Portanto, o princípio legal não contém qualquer presunção de que o direito é conhecido por todos, mas de que o direito, por ser imprescindível à coexistência social, requer a obrigatoriedade da lei oficialmente publicada.

Embora ninguém se escuse de cumprir a lei, alegando ignorância, nada impede que de um erro de direito oriundo da ignorância das prescrições legais, ou melhor, erro quanto ao conhecimento da norma, se cancelem as consequências jurídicas.

Cabe aqui distinguir os tipos de *erros*. Existem duas espécies de erros:

1º) *ignorância de direito*, que se subdivide em:

- a) *absoluta ignorância da lei*: o sujeito desconhece a existência de lei. Este erro é inadmissível;
- b) *má cognição da lei*: o sujeito sabe que existe a lei, mas desconhece seu teor. Também é um erro inadmissível;

2º) *erro de direito*: ocorre quando o sujeito interpreta mal o conteúdo da norma; tem ele assim falso juízo do que ela dispõe. Às vezes, é um erro aceitável, dependendo das circunstâncias.

Para que o erro de direito seja aceitável, ele precisa conjugar dois requisitos (art. 139, III, do CC):

1. subjetivo (boa-fé): o sujeito não queria descumprir a lei; ele tinha sua vontade viciada pelo erro de direito;
2. objetivo (elemento fundamental): o erro de direito para anular negócio jurídico precisará ser o seu motivo determinante.

Diante destes requisitos, pode-se pleitear a anulação de um negócio jurídico viciado.

Em suma, vemos que o art. 3º é praticamente absoluto, posto que a única hipótese de escusa da lei é por erro de direito e não se fundamenta no dispositivo ora analisado.

Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

A ideia de omissão normativa advém com a concepção do Estado de direito, e a adoção de um ordenamento jurídico-positivo em que tudo deve estar

escrito, ou seja, as normas de conduta devem estar previamente consignadas, para que o destinatário imediato, o povo, saiba como se comportar.

A omissão de uma lei, a lacuna normativa (é um vazio existente no ordenamento legislativo, caracterizando-se assim a inexistência de uma norma jurídica aplicada *in concreto*), conduz um juízo de uma falha no sistema jurídico estatal; contudo, devemos compreender que este defeito é inerente ao direito. Mesmo que o legislador fosse o mais previsível dos seres humanos, não conseguiria relatar todas as situações e problemas derivados do seio social. Logo, o próprio ordenamento jurídico tem que oferecer mecanismos que venham a sanar eventuais *anomias*, ou seja, a ausência de normas.

O nosso sistema conta com os instrumentos da analogia, dos costumes e dos princípios gerais de direito, como meios supletivos das lacunas; é um sistema denominado integrativo. O Poder Judiciário pode valer-se destes mecanismos sempre que estiver atuando, pois lacunas só aparecem na vida prática no momento da aplicação do direito a um caso *sub judice*, não previsto pela ordem jurídica.

Assim, quando o juiz não consegue, pelos meios tradicionais de interpretação da lei, descobrir um princípio aplicável ao caso não previsto, ou, então, dentre as fontes formais, não possui uma para o caso que tem de decidir, deve servir-se de outros meios para a solução do caso concreto posto à apreciação do Judiciário, pois não pode deixar de sentenciar pela inexistência de direito (Paulo Dourado Gusmão, *Introdução à Ciência do Direito*, p. 145).

Somados aos meios apontados como formas de preenchimento das lacunas, a lei admite ainda outra forma, a equidade, a qual veremos.

Três são as principais espécies de lacunas:

- 1^a) *normativa*: ausência de norma sobre determinado caso;
- 2^a) *ontológica*: a norma existe, mas ela é arcaica, ou seja, não se adapta aos novos fatos sociais;
- 3^a) *axiológica*: a norma existe, embora seja insatisfatória ou injusta.

Diante do exposto, pode-se dizer que a própria lei admite a existência das lacunas, trazendo em si os meios próprios para o preenchimento destas, quais sejam, a analogia, os costumes, os princípios gerais de direito e a equidade.

A doutrina dominante entende que os meios de preenchimento das lacunas são apresentados de forma hierárquica, não podendo o aplicador do direito utilizar-se de forma indiscriminada de um dos meios, mas devendo valer-se deles na ordem descrita pela lei.

Analogia

Tendo em vista que o aplicador do direito não pode deixar sem resposta as questões postas à sua apreciação, já que o nosso sistema proíbe o *non liquet* (deixar de satisfazer a situação concreta), não havendo uma norma jurídica que se encaixe de forma específica ao caso concreto, o juiz deve utilizar-se de meios adequados para aplicar o direito.

Dentre os métodos sugeridos pelo próprio legislador, encontra-se a analogia, como primeiro método apresentado dentro da hierarquia integrativa, podendo ser utilizada para a constatação e o suprimento das lacunas. Como se fosse procedimento quase lógico, envolvendo duas fases, que o Prof. Tercio Sampaio Ferraz Jr. (*Analogia; aspecto lógico-jurídico: analogia como argumento ou procedimento lógico, Enciclopédia Saraiva do Direito*, v. 6, p. 363) nos ensina magistralmente:

- 1^a) deve-se constatar (empiricamente), por comparação, que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes;
- 2^a) um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada.

Maria Helena Diniz (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 11. ed., adaptada à Lei nº 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 113) leciona com muita propriedade que “a analogia é tão somente um processo revelador de normas implícitas”. Tarefa atribuída ao juiz de direito frente a casos concretos.

Analogia é, portanto, aplicar a uma hipótese não disciplinada por lei as soluções legais de casos semelhantes. É uma forma lógica em que, por ter fundamento para isso, determinada fonte será estendida a uma situação que ela não previu. Emprega-se aqui o brocardo jurídico *ubi idem ratio, ibi idem jus* (sob a mesma razão ou fundamento, aplico o mesmo direito). Por exemplo, separação de corpos, instituto utilizado para o casamento, aplicando-se o art. 226, § 3º, da CF, e, fazendo-se uma analogia, posso utilizá-lo também para a figura da união estável. Uma vez que o direito não previu, mas a Constituição Federal estabeleceu a união estável como família.

Devemos registrar que a analogia não é fonte do direito, e sim um método de autointegração da lei.

De forma geral, há um consenso entre os doutrinadores no que tange ao fundamento da analogia, sendo que este reside no *princípio da igualdade jurídica*.

O fundamento da aplicação da analogia é o princípio da igualdade, segundo o qual, *mutatis mutandis* (mudado o que deve ser mudado), a lei deve tratar igualmente os iguais, na exata medida de sua desigualdade. O mencionado princípio exige que os casos semelhantes devam ser regulados por normas semelhantes.

A doutrina classifica a analogia em duas espécies:

a) Analogia <i>Legis</i>	É a aplicação de lei a caso semelhante por ela previsto, ou seja, parte de um preceito legal e concreto, e faz a sua aplicação aos casos similares.
b) Analogia <i>Iuris</i>	É a aplicação de <i>princípios de direito</i> nos casos de inexistência de norma jurídica aplicável.

Costuma-se diferenciar “analogia”, da “interpretação analógica”, “interpretação extensiva”.

Analogia	Na <i>analogia</i> como vimos é a forma de autointegração da ordem legal para suprir lacunas, estendendo a aplicação da lei a casos que ela não observa.
Interpretação extensiva	Na <i>interpretação extensiva</i> , a vontade da lei quer contemplar o caso examinado, mas o seu texto diz menos que o pretendido, não o compreendendo. Então, o intérprete estende o sentido da lei até o caso examinado. Na analogia não há vontade da lei em regular o caso. Já na interpretação extensiva há vontade de a lei prever o caso, mas seu dispositivo diz menos do que o desejado.
Interpretação analógica	Na <i>interpretação analógica</i> , o próprio preceito legal determina que se aplique analogicamente o dispositivo, ou seja, o próprio legislador deixa expresso no corpo da lei que, esta, pode ser aplicada analogicamente pelo aplicador do direito.

Costume

Pode-se dizer que o costume é a fonte supletiva de direito, diferentemente da analogia. É uma regra de conduta criada espontaneamente pela consciên-

cia comum do povo, que a observa de modo constante e uniforme e sob um juízo de obrigatoriedade jurídica. Não encontrando na lei solução para o litígio apresentado, nem o descobrindo pelo processo da analogia, deve o juiz recorrer aos costumes, que é o segundo método apresentado dentro da hierarquia integrativa.

O costume, no Código Civil, é uma vertente da boa-fé objetiva. A boa-fé do Código Civil é a boa-fé costumeira, ou seja, a aceita e reiteradamente praticada. É uma norma não só aceita, mas reiteradamente praticada (conduta reiterada), sem que o poder público a tenha estabelecido.

Existem duas espécies de boa-fé:

1ª) *Boa-fé objetiva*: padronização de um comportamento. Para Cláudia Lima Marques é “a standardização de um comportamento”.

Vertentes: (a) *boa-fé hipotética*: são condutas estabelecidas pela norma jurídica que visam a um comportamento reiterado no futuro. Ex.: Código de Defesa do Consumidor. Não tem costume, a rigor. Expectativa: vai se reensinar o consumidor. Criam-se condutas a serem aprendidas para que virem costumes; (b) *boa-fé real*: prática reiterada, a qual, apenas, se legitima. Ex.: Código Civil de 2002. Bom exemplo é o art. 113, da interpretação do contrato conforme a boa-fé e os usos.

2ª) *Boa-fé subjetiva*: é boa-fé cognitiva, psicológica, que está no íntimo da pessoa.

A boa-fé do Código Civil é boa-fé costumeira e, em alguns casos, o costume passa a ser usado como forma de boa-fé objetiva (boa-fé real). Conduta reiterada é igual ao costume.

Dá-se o costume com a conjugação dos seguintes requisitos:

- 1ª) Objetivo: prática constante de determinada conduta. “Reiteradamente praticada”.
- 2ª) Subjetivo: crença na obrigatoriedade de um comportamento, mesmo que não produza nenhum efeito. Convencimento geral da necessidade jurídica da conduta repetida (*opinio necessitatis*). Cabe ressaltar que a diferença entre costume e hábito está no requisito subjetivo.

O costume pode ser:

1. *contra legem (ou negativo)*: constitui a inaplicabilidade da lei em virtude do desuso, ou seja, o costume contrário à lei tende ao conseqüente desuso desta, lembrando que o costume não revoga lei. Não é apenas “desobedecer a norma”, é desobedecer a norma e “crer que não existe sanção”; o sujeito entende-se legitimado a descumpri-la;
2. *praeter legem*: preenche as lacunas da lei; ele amplia os preceitos da norma. Ex.: nota promissória em branco pode ser preenchida pelo credor? Sim! É um costume *praeter legem*. O código civil agora o recepcionou e o codificou. É uma vertente de boa-fé;
3. *secundum legem*: que está enunciado em lei. Por exemplo, art. 1.297, § 1º, do Código Civil: “Os intervalos, muros, cercas e os tapumes divisórios, tais como sebes vivas, cercas de arame ou de madeira, valas ou banquetas, presumem-se, até prova em contrário, pertencer a ambos os proprietários confinantes, sendo estes obrigados, de conformidade com os costumes da localidade” (grifo nosso). O próprio legislador deixa expresso no corpo da lei.

Princípios Gerais de Direito

São as normas que orientam a elaboração da sistemática jurídica, tendo também a natureza de fonte supletiva de direito, estando como terceiro método apresentado dentro da hierarquia integrativa. São de difícil definição, menos para a nossa brilhante jurista Maria Helena Diniz:

“Quando a analogia e o costume jurídico falham no preenchimento da lacuna, o magistrado supre a deficiência da ordem jurídica, adotando princípios gerais de direito, que são cânones que não foram ditados, explicitamente pelo elaborador da norma, mas que estão contidos de forma imanente no ordenamento jurídico.”

Maria Helena Diniz (*Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, 11. ed., adaptada à Lei 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 129-130) entende que os princípios gerais de direito contêm múltipla natureza:

1. são decorrentes das normas do ordenamento jurídico, ou seja, dos subsistemas normativos;

2. são derivados das ideias políticas e sociais vigentes, ou seja, devem corresponder ao subconjunto axiológico e ao fático, que norteiam o sistema jurídico, sendo, assim, um ponto de união entre consenso social, valores predominantes, aspirações de uma sociedade com o sistema de direito;
3. são reconhecidos pelas nações civilizadas os que tiverem *abstractum* comum a todos os povos ou a alguns deles em dadas épocas históricas.

Os princípios gerais de direito são normas intimamente impressas no ordenamento jurídico. Alguns deles se encontram expressos em lei, como no art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.” Outros, implícitos, como o princípio “de que ninguém pode transferir ou transmitir mais direitos do que tem”, ou o que diz que “ninguém pode invocar a própria malícia”, e também “que as obrigações contraídas devem ser cumpridas”, entre outros.

Assim, os princípios gerais de direito se classificam em:

1. onivalentes: que incidem em todos os ramos do Direito (“Omni” – todos. “Valente” – que incide.) Por exemplo, princípio da boa-fé, dignidade da pessoa humana etc.;
2. polivalentes: que incidem em um conjunto de matérias ou disciplinas, e não em outro. Por exemplo, princípio polivalente do contraditório incide sobre processo civil, processo penal, mas não em Direito Civil ou Penal;
3. monovalentes: que incidem num ramo só do direito. Por exemplo, o princípio monovalente da reciprocidade, que vale para o Direito Internacional Público, não para o Direito Internacional Privado;
4. setoriais: incidem apenas em alguns aspectos de determinado ramo. Por exemplo, nos direitos reais – princípio cronológico do registro público – só para a Lei nº 6.015/73. É denominada prenotação; o primeiro registro a ser efetuado é o registro válido.

Equidade

Após a utilização de forma infrutífera dos meios de integração da norma jurídica para suprimir a lacuna da lei, o aplicador do direito recorrerá à equidade.

Equidade é a mitigação do rigor da lei. É empregada quando a lei cria espaço para o juiz formular a norma mais adequada ao caso concreto (equidade legal – art. 127 do CPC). Ocorre nos casos de conceitos vagos ou quando a lei dá várias alternativas e deixa a escolha a critério do Juiz (equidade judicial – art. 5º da LICC).

A equidade seria a dinamização do sistema jurídico feita pelo magistrado de acordo com sua capacidade intelectual axiológica, teleológica, apoiado sempre em subsistemas normativos, criando assim uma norma específica para o caso concreto, que não pode deixar de ser resolvido, pela inexistência de lei. Em palavras mais simples é como se o juiz “legislasse”.

Conforme expõe Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 28), existem três formas distintas de equidade:

- a) decisão *com* equidade: é toda decisão que se pretende estar de acordo com o direito, enquanto ideal supremo de justiça;
- b) decisão *por* equidade: é toda decisão que tem por base a consciência e a percepção de justiça do julgador, que não precisa estar preso a regras de direito positivo e a métodos preestabelecidos de interpretação;
- c) decisão utilizando a equidade *como meio supletivo de integração e interpretação de normas*: é toda decisão proferida no sentido de encontrar o equilíbrio entre norma, fato e valor (aplicação do direito ao caso concreto), na hipótese de constatação de uma contradição entre a norma legal posta e a realidade, gerando uma lacuna.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.

Interpretação e hermenêutica

A lei é estática; enquanto mero enunciado não diz nada, ou seja, o texto de lei é abstrato, geral, não se ajusta perfeitamente a um conflito específico sem a intervenção de um ente.

Portanto, o juiz, promotor, advogado, tabelião, delegado cumprem papel de suma importância: têm a obrigação de passar do texto abstrato ao caso concreto, da norma jurídica ao fato real. Dessa forma, o meio adequado através

do qual o aplicador do direito encontra o real sentido das normas contidas nas disposições é o da interpretação. Interpretar, diz Canotilho, significa compreensão, investigação e mediatização do conteúdo semântico dos enunciados linguísticos escritos em um enunciado normativo.

A ciência que contém as formas de interpretação denomina-se hermenêutica. Abrilhantando o trabalho e ensinando a todos, Carlos Maximiliano define Hermenêutica Jurídica como a ciência que “tem por objeto o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do direito”.

É oportuno diferenciar as terminologias *interpretação*, *hermenêutica*, *exegese* e *exegeta*, posto que são conceitos que induzem ao erro. *Interpretar* é ir em busca do real sentido de determinada lei, procurando os significados dos conceitos jurídicos, com a finalidade de aplicá-la a determinado caso concreto, valendo-se dos fins sociais e do bem comum. Já a *hermenêutica* é a ciência teórica que fornece técnicas para isso, ou seja, fixa princípios que devem ser observados para uma boa interpretação, contudo não esgotando o campo da interpretação jurídica. *Exegese*, por sua vez, é a função do moderno aplicador do direito de interpretar as normas, usando de todas as técnicas interpretativas (hermenêutica) e de recursos lógico-jurídicos. Esta pessoa é chamada de *exegeta* (hermeneuta).

Muitos se perguntam: Para que interpretar as leis se elas já estão escritas? A lei é clara! Sabemos que não é bem assim. Por mais benéfico que seja o preceito normativo, por mais clara que seja a norma, será necessária a sua interpretação, mesmo que gramatical, posto que ela sempre terá conceitos com contornos imprecisos. Não se aceita em nosso sistema a máxima *in claris cessat interpretatio* (a clareza da lei faz cessar sua interpretação). Acrescente-se a isto a subjetividade da clareza de uma norma, bem como a influência do tempo na interpretação.

As leis são criadas para determinado tempo e época; por isso, devemos buscar sempre seu alcance para os tempos hodiernos. Seria inconcebível que o legislador alterasse, por exemplo, todos os anos uma norma de direito para adequá-la às mudanças sociais; isso criaria um verdadeiro tumulto jurídico. Portanto, é de suma importância a tarefa da exegese.

Teorias na interpretação da norma

Surgiram duas teorias com o intuito de fixar um critério ao intérprete no momento de aplicação das leis.

A primeira delas é a *teoria subjetiva*, que entende que o exegeta deve dar muita atenção à intenção do legislador no momento da criação do preceito legal (*mens legislatoris*). Esta corrente julga essencial o estudo da vontade histórico-psicológica do legislador, sendo, portanto, *ex tunc* (desde então, ou seja, devemos interpretar a norma desde seu primórdio).

É como se fizéssemos a seguinte pergunta: “Qual era a intenção do legislador no momento de elaborar esta ou aquela lei?”; ou seja, quais valores ele procurava resguardar?

Com um segundo propósito adveio a *teoria objetiva*, separando o legislador da norma, acreditando-se em uma força objetiva autônoma da lei. Adotando tal entendimento, Maria Helena Diniz leciona:

“O sentido incorporado na norma é mais rico do que tudo que seu criador pensou, porque ela, pelo seu dinamismo, é suscetível de adaptação. O advento de novos fenômenos sociais, técnicos, culturais, morais, econômicos leva o intérprete a apreciá-los, juridicamente, à luz das normas já existentes.”

A norma, quando incorporada ao sistema, cria raízes, agregando-se às que já estão no sistema, formando uma malha jurídica. Por isso, o intérprete deve ater-se à situação atual do preceito, *ex tunc* (desde agora), e jamais ir buscar o desejo do legislador (*voluntas legislatoris*).

No plano objetivo, o intérprete deve indagar: “Qual a vontade da lei (*voluntas legis*) na presente situação?”, posto que a “norma é mais sábia do que o legislador”, porquanto abrange hipóteses que este não previu (Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, p. 153, 11. ed., adaptada à Lei nº 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2005).

Espécies de interpretação

As técnicas interpretativas são de três ordens:

1ª) Quanto à sua origem ou fonte de que provém, a interpretação pode ser: (a) *pública* ou (b) *privada, doutrinária ou científica*.

A primeira é prolatada pelos órgãos do Poder Público, Legislativo, Executivo ou Judiciário. Já a segunda é aquela que é levada a efeito pelos particulares, especialmente pelos técnicos da matéria de que a lei trata; seria uma interpretação feita pelos estudiosos do direito.

A interpretação pública costuma ser dividida pelos doutrinadores em: (1) *autêntica ou legislativa*; e (2) *jurisprudencial*. Aquela provém do próprio órgão autor da lei, levada a efeito mediante a confecção de diplomas interpretativos que são considerados lei nova, enquanto a jurisprudencial, ou usual, é aquela que realizam os juízes ao sentenciar. Têm caráter obrigatório para as partes a que se aplica, quando se trata de sentença isolada. E, no caso de firmar jurisprudência, essa interpretação passa a constituir para os casos análogos uma fonte formal de direito.

2ª) Quanto ao método utilizado, a interpretação pode ser: (1) *gramatical*; (2) *lógica*; (3) *histórica*; (4) *sistemática*.

A interpretação *gramatical, literal, semântica ou filológica* é a mais antiga das espécies de interpretação, e tempo houve, no Direito Romano, em que era a única permitida, como observa Ihering. Baseada em regras de linguística, examina-se literalmente cada termo do texto, quer isolada, quer sintaticamente, atendendo-se à pontuação, colocação dos vocábulos, origem etimológica e outros dados.

A técnica interpretativa *lógica, sociológica ou teleológica* busca o escopo e a razão da lei, que são indicados pelas exigências sociais, conduz à compreensão de que o fim prático da norma coincide com o fim apontado pelas exigências sociais (fim social), tendo-se em vista o bem comum (art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil dedica-se ao método teleológico de interpretação) (Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, p. 161, 11. ed., adaptada à Lei 10.406/2002, São Paulo: Saraiva, 2005). O intérprete, ao aplicar a lei, deve descobrir sua verdadeira *ratio* (razão), adaptando-a aos fins sociais e ao bem comum, tentando ser o mais equânime possível.

É mister definir os conceitos de “fim social” e “bem comum” para que possamos chegar a um raciocínio mais apurado sobre o critério teleológico. O “fim social” é o objetivo de uma sociedade, e o que ela busca para atingir a paz e a segurança estatal. Deve sempre se atrelar à vontade da lei (*mens legis*), à vontade social no momento de interpretar leis.

A conceituação de “bem comum” é bastante complexa e de difícil compreensão; todavia, Goffredo Telles Jr. nos ajuda:

“bem comum é a ordem jurídica, por ser o único bem rigorosamente comum, que todos os participantes da sociedade política desejam necessariamente, que ninguém pode dispensar. Sem ordem jurídica não há sociedade; logo somente a ordem jurídica é um bem comum. A sociedade política se

constitui com a finalidade essencial de realizar a ordem jurídica. As outras sociedades servem-se do bem comum para realizar seus bens particulares. Para a sociedade política o bem comum é o fim; para as outras é meio para a realização de seus fins particulares. A ideia de ordem jurídica é a de determinada organização social. Cada sociedade política tem sua própria ideia de ordem social. A ideia de ordem jurídica no Brasil será, p. ex., obviamente, diversa da da Inglaterra” (*Introdução à Ciência do Direito (Apostila da Faculdade de Direito da USP)*, fasc. 2, p. 89-92, 1972; *O Povo e o Poder*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30).

Cada sociedade politicamente organizada sabe o que realmente falta para resolver a maior parte de seus problemas jurídicos; o aplicador deve mirar seu raciocínio nestas questões quando for utilizar a norma; deve assim dirigir-se ao “bem comum”.

Já na *interpretação histórica*, o hermeneuta se atém às necessidades jurídicas emergentes no instante da elaboração da lei, às circunstâncias eventuais e contingentes que provocaram a expedição da norma (elemento teleológico e *occasio legis*). Verifica então qual a real intenção do legislador (*mens legislatoris*), a razão de ser da norma (*ratio legis*), isto é, seu espírito, a finalidade social a que ela é dirigida. Pode ser dividida em remota ou próxima:

- a) *remota*: dirige-se mais às origens da lei, cujas raízes se estendem às próprias manifestações primeiras da instituição regulada;
- b) *próxima*: se estende mais de perto com o que se denomina *occasio legis*, sendo desnecessário encarecer a importância do concurso da Sociologia, da Economia, da Política e outras ciências, para a consecução do respectivo propósito.

Por último, a *interpretação sistemática* é aquela em que o intérprete compara a lei com a anterior que regulava a mesma matéria, confronta-a com outros textos. Poderíamos chamar de harmonização do sistema jurídico.

A interpretação sistemática pode ser classificada em:

1. quando é feita em relação à própria lei a que o dispositivo pertence; revela considerar o caráter geral da lei; o livro, título ou parágrafo onde se encontra; o sentido tecnológico-jurídico com que certas palavras são empregadas no diploma e outros (aqui a interpretação gramatical assume um caráter também sistemático);

2. quando se processa tudo em vista do sistema geral do direito positivo em vigor. Importa atender à própria índole do direito nacional com regime a matérias semelhantes à lei interpretada; ao regime político do país; às últimas tendências do costume, da jurisprudência e da doutrina, no que concerne ao assunto do preceito etc.

3ª) Quanto ao efeito, resultado ou extensão, a interpretação pode ser: (a) declarativa; (b) extensiva; (c) restritiva:

- *declarativa* é aquela em que há plena correspondência entre a expressão linguístico-legal e a *voluntas legis*. O texto da lei contém exatamente aquilo que ela quer dizer. O intérprete limita-se a simplesmente declarar a vontade da lei; não tem outras balizas, senão aquelas que, desde logo, se depreendem da letra da lei;
- *extensiva ou ampliativa* diz-se da interpretação segundo a qual a fórmula legal é menos ampla do que a *mens legislatoris* deduzida. Quando o texto da lei diz menos do que realmente quis dizer o legislador;
- *restritiva*, por fim, é a interpretação cujo resultado leva a afirmar que o legislador, ao exarar a norma, usou de expressões aparentemente mais amplas que o seu pensamento. Deve então o aplicador do direito restringir o alcance normativo para atingir a vontade da lei, ou a vontade do legislador.

Art. 6º A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada (Redação dada pela Lei nº 3.238, de 1º-8-1957)

Quando uma lei nova revoga parcialmente (derrogação) ou totalmente (ab-rogação) uma lei antiga, deste fenômeno jurídico podem surgir conflitos, entre as novas disposições e as relações jurídicas já definidas sob a vigência do velho preceito revogado.

Clóvis Beviláqua, com muita propriedade, ensina:

“As leis, desde o momento em que se tornam obrigatórias, põem-se em conflito com as que, anteriormente, regulavam a matéria, de que elas se ocupam, regulando-a por outro modo. É o conflito das leis no tempo,

que se resolve pelo princípio da não retroatividade e pelas regras do direito intertemporal” (*Teoria Geral do Direito Civil*. Atualizada por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. 7. ed., São Paulo, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955, p. 17).

O ordenamento jurídico juntamente com a doutrina fornece critérios de solução dos conflitos, os quais são:

- 1º) o das *disposições transitórias*, que são preceitos normativos, geralmente expressos em capítulos no final do próprio texto da lei. São disposições fixadas pelo legislador, com caráter temporário; vigem para regular situação especial, evitar conflitos ou lesões que aparecem na lei nova em confronto com a lei antiga (p. ex., arts. 2.028 a 2.046 do Novo Código Civil);
- 2º) o *princípio da irretroatividade das leis*, que consiste na não aplicação de uma norma às relações jurídicas constituídas anteriormente, ainda que a lei nova discorra sobre matéria de ordem pública. Quando uma lei entra em vigor, revogando ou modificando outra, sua aplicação é para o presente e para ao futuro. Não seria compreensível que o legislador, instituindo uma norma, criando um novo instituto, ou alterando a disciplina da conduta social, fizesse-o com os olhos voltados para o pretérito, e pretendesse ordenar o comportamento para o decorrido. Toda a matéria de direito intertemporal, qualquer que seja a forma, legislativa ou doutrinária, subjetiva ou objetiva, abstrata ou prática, por que se encare, tem que partir de um conceito fundamentalmente estruturado na essência do próprio ordenamento jurídico: o *princípio da irretroatividade das leis*. Contudo, o princípio da irretroatividade não tem caráter absoluto, posto que uma lei nova poderá retroagir em alguns casos, respeitando não só o art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, como também o enunciado na Constituição Federal: “A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (art. 5º, inciso XXXVI). O constituinte assim fez com plena consciência de levar a todos os destinatários da lei segurança jurídica. Logo, sob a égide de lei nova, cairiam os efeitos presentes e futuros de situações pretéritas, com exceção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada.

Portanto, a lei pode ser retroativa quando:

- a) não ofender o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada;
- b) o legislador, expressamente, mandar aplicá-la a casos pretéritos.

Ao ler o art. 6º, em um primeiro momento, ficamos com a ideia de que o termo *lei* encampa tão somente leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, em suma, as leis. Todavia, seu sentido é mais amplo; por ser uma garantia constitucional, o artigo ora analisado abrange também as emendas constitucionais. Logo, abrange todas as espécies de normas dispostas no art. 59 da Constituição Federal. Por consequência, não se pode fazer por emenda constitucional o que não é possível fazer por lei. Pudessem qualquer espécie infraconstitucional subverter os direitos e as garantias individuais, desconstituindo a juridicidade constituída anteriormente sob o teto da mesma Constituição, então se inauguraria a desordem jurídica dentro do sistema jurídico por ela abarcado. Logicamente, só poderíamos inovar elaborando uma nova Constituição, dando início a uma nova ordem jurídica descomprometida com a ordem anterior.

§ 1º Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º-8-1957)

Primeiramente, “ato” é o que nasce da manifestação de vontade; torna-se “jurídico” quando é lícito, e tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos; e é “perfeito” quando produz, alcança os efeitos jurídicos almejados. Logo, o direito gerado foi exercido.

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pre-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º-8-1957)

Há dois entendimentos:

- a) “Se a Constituição Federal garante o direito adquirido, o Poder Constituinte Derivado é por ele limitado.”
- b) (precedente STF).

“Não há direito adquirido contra texto constitucional, resulte ele de Poder Constituinte Originário ou de Poder Constituinte Derivado” (precedente STF).

O direito que as pessoas têm, e que não pode ser suprimido por Emenda Constitucional, é o direito à segurança das relações jurídicas pessoais consolidadas, no sentido de que não sejam prejudicadas por lei retroativa.

Esse direito, em si, é que não pode ser suprimido ou restringido pelo Poder de Reforma, uma vez que, como Direitos e Garantias Individuais, integra a cláusula pétrea.

Pode-se concluir que:

1. Direito à segurança: não é atingido nem por lei, nem por Emenda Constitucional.
2. Direito adquirido: não é atingido por lei, mas por Emenda Constitucional.

A Emenda Constitucional não pode atingir o direito ao direito, mas o direito pode. Nós cidadãos temos direito a ter um “direito adquirido positivado” (abstrato). Este não pode ser suprimido; agora, o “direito adquirido específico” (concreto) que este cidadão venha a obter pode ser subtraído por emenda.

É o inciso XXXVI do art. 5º que não pode ser atingido por Emenda Constitucional, o qual autoriza uma lei a retroagir, atingindo um direito adquirido.

Todavia, a Emenda Constitucional pode retroagir e atingir um direito adquirido.

§ 3º Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso. (Parágrafo incluído pela Lei nº 3.238, de 1º-8-1957)

Apesar de definida em tempos passados como sendo efeito da sentença, a doutrina mais hodierna conceitua coisa julgada como qualidade da sentença, que é a imutabilidade dos seus efeitos, gerando, por conseguinte, a imutabilidade da própria sentença e de seus efeitos formais e materiais.

Essa imutabilidade é criada pela impossibilidade de a decisão definitiva ser atingida por eventual recurso da parte, isto é, a imutabilidade é constituída pelo “trânsito em julgado” da sentença.

Art. 7º A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família.

Uma das primeiras questões a serem enfrentadas em Direito Internacional Privado diz respeito à personalidade. Vários sistemas existem para fixar o momento de seu início, bem como de seu fim.

Segue-se a regra geral: aplicar o ordenamento do país do domicílio, inclusive para determinar a capacidade.

Com relação ao início da personalidade, aplica-se a lei do domicílio dos pais no momento do nascimento, como ensina Maria Helena Diniz, não importando o país onde a criança nasça. No caso de os pais terem domicílios internacionais diferentes, a LICC determina que se aplique a lei do domicílio do pai, porém, em face da isonomia determinada pela Constituição Federal, essa norma é discutível. Observe-se que, em se tratando de verificação do início da personalidade para fins de sucessão, aplica-se a lei de regência desta (último domicílio do sucedido). Outra ressalva a ser realizada refere-se à ordem pública: o direito brasileiro não admite penas como a de morte civil, de modo que a extinção da personalidade derivada deste tipo de sanção não será levada em consideração no Brasil.

Com relação às pessoas jurídicas, professa, demais disso, Maria Helena Diniz que o início e o fim de sua personalidade são regidos pela lei do local de constituição. O direito brasileiro, portanto, reconhece a existência de qualquer pessoa jurídica constituída regularmente segundo as leis do seu país de origem. Contudo, uma coisa é reconhecer sua personalidade, outra coisa é permitir o exercício de suas atividades no Brasil. Para este fim, exige-se que o governo brasileiro tenha aprovado os seus atos constitutivos, ficando sujeitas as pessoas jurídicas à legislação brasileira.

Embora a doutrina defenda que cada ato deve ficar sujeito a apenas uma legislação, em diversas hipóteses mais de um ordenamento irá reger determinado ato. No caso do casamento, por exemplo, há a possibilidade de sujeição a diversos ordenamentos jurídicos, cada qual regendo alguns aspectos do instituto. A capacidade para casar segue a regra geral: o domicílio de cada um dos nubentes.

Assim, “realizando-se o casamento no Brasil, será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração” (art. 7º, § 1º, da LICC). A autoridade celebrante também deve ter capacidade, a

qual é aferida pela lei de seu domicílio. Como essa capacidade também é um requisito formal para a celebração, concomitantemente deve ser reconhecida pela lei do local da celebração.

O art. 7º, § 3º, da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece a necessidade de se aferir a validade do casamento em função da lei do primeiro domicílio conjugal, se os nubentes tiverem domicílios diferentes.

Quanto ao regime de bens, legal ou convencional, aplica-se o vigente no local em que os nubentes tenham domicílio, ou, caso sejam domiciliados em países diferentes, o ordenamento vigente no primeiro domicílio conjugal (art. 7º, § 4º, da LICC. O regime de bens, legal ou convencional, obedece à lei do país em que tiverem os nubentes domicílio, e, se este for diverso, à do primeiro domicílio conjugal).

Se ambos os nubentes forem da mesma nacionalidade, o direito brasileiro permite que se casem no Brasil perante as autoridades diplomáticas ou consulares, utilizando-se o procedimento e os demais requisitos formais do seu país de origem. É uma exceção à regra pela qual as formalidades se regem pela lei do local de celebração (art. 7º, § 2º, da LICC. O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes).

O casamento no exterior de brasileiros, mesmo que domiciliados fora do Brasil, poderá ser celebrado perante a autoridade consular brasileira, desde que ambos os nubentes sejam brasileiros. Logo, impossível será o casamento diplomático entre uma brasileira e um estrangeiro ou apátrida (Maria Helena Diniz).

Por derradeiro, a Lei de Introdução ao Código Civil excepciona o princípio da imutabilidade do regime de bens previsto no Código Civil de 1916, princípio este dicotomizado pelo Código Civil atual, permitindo que o estrangeiro casado, ao se naturalizar brasileiro, opte pelo regime da comunhão parcial de bens, respeitados os direitos de terceiros (§ 5º do art. 7º da LICC).

Aplica-se à filiação a lei vigente no domicílio conjugal à época do nascimento. Em defesa da ordem pública, porém, o direito brasileiro não reconhecerá distinções entre a filiação legítima e a ilegítima, uma vez que a Constituição atribui valor fundamental à igualdade da filiação.

No caso de ações de reconhecimento de paternidade ou maternidade, Amílcar de Castro indica como lei aplicável a vigente, à época do nascimento, no domicílio do pai ou da mãe, respectivamente. O Código de Bustamante, porém, determina a aplicação da lei do domicílio do filho, considerando que

ainda não se sabe se, de fato, a pessoa indicada é o pai ou a mãe. É necessário também verificar se a lei do local onde vai ser ajuizado o processo admite o remédio jurídico.

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

A LICC é clara ao asseverar que, para qualificar os bens e para discipliná-los, aplica-se a lei do local onde estão situados (*lex rei sitae*).

Destarte, os conflitos de leis no espaço relativos aos direitos reais regem-se pelo princípio da territorialidade. O critério jurídico para regular coisas móveis de situação permanente, inclusive de uso pessoal, ou imóveis (*ius in re*), é o da *lex rei sitae*, que importa na determinação do território, espaço limitado no qual o Estado exerce competência (Maria Helena Diniz). Há, porém, algumas exceções, a seguir explicitadas:

1. no caso de bens móveis em deslocamento (remetidos para determinado local ou acompanhando o seu dono em viagens, p. ex.), aplica-se a lei do domicílio do proprietário;
2. no tocante aos navios e aeronaves, a doutrina predominante afirma que se aplica a lei do local da matrícula;
3. em se tratando de apólices da dívida pública, aplica-se a lei do emissor;
4. caso a discussão sobre determinado bem se fundamente em direito sucessório (*mortis causa*), aplica-se a lei que rege a sucessão (lei do último domicílio do *de cuius*);
5. segundo Oscar Tenório, “na matéria da capacidade para adquirir, vender e doar bens, observamos a lei que rege a capacidade em geral (domicílio)”.

Art. 9º Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

No caso de obrigações legais, devem-se observar as normas geralmente aplicáveis àquele ramo jurídico (ex.: obrigações alimentares regem-se pela lei domiciliar da família) ou pelas leis do local do dano, caso sejam *ex delicto*.

No caso de obrigações voluntárias, sobretudo as de índole contratual, fica difícil aplicar a lei domiciliar, uma vez que os contratantes podem ter domicílios diferentes. Também não vale a pena utilizar a lei do local de execução, uma vez que se podem pactuar execuções em vários países diferentes (ex.: exibição mundial de determinado filme).

A solução dada pela legislação brasileira é a aplicação do direito vigente no local de constituição da obrigação (art. 9º, *caput*, da LICC). Em caso de contratos celebrados a distância, a Lei da Introdução ao Código Civil acolhe a lei do local onde esteja o proponente (observe-se que a lei fala em local onde “residir o proponente” (art. 9º, § 2º, da LICC), mas a doutrina e a jurisprudência entendem que se trata do local onde ele esteja, para compatibilizar aquele dispositivo com o Código Civil).

O art. 9º, § 2º, alude à obrigação convencional contratada entre ausentes, que se regerá pela lei do país onde residir o proponente, pouco importando o momento e o local da celebração contratual. A lei a aplicar será a do lugar da residência do proponente, ou melhor, a do local onde foi feita a proposta, não adotando, portanto, a norma de Direito Internacional Privado a *lex domicilii* do proponente. Afastou ela o critério domiciliar por entender que o elemento de conexão “residência” seria mais adequado à mobilidade negocial, uma vez que os negócios efetivam-se, não raro, fora do domicílio dos contratantes. A residência indicaria tão somente a lei do lugar da proposta (Maria Helena Diniz).

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Cumpra obtemperar que o art. 10 da Lei da Introdução ao Código Civil assevera que a sucessão por morte ou por ausência obedecerá à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

Vale sobressair que o § 1º do art. 10 deste mesmo diploma normativo disciplina que a sucessão de bens de estrangeiros, situados no país, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

Nesta mesma seara o § 2º aduz que a lei do domicílio do herdeiro ou legatário regulará a capacidade para suceder.

Teoria da unidade sucessória

Caso haja conflito de leis quando da sucessão do *de cuius*, existem três sistemas para sua solução, a saber:

- 1º) sistema da unidade sucessória: só uma lei deve reger a transmissão *causa mortis*. Lei essa que pode ser tanto a da nacionalidade quanto a do domicílio do *de cuius*;
- 2º) sistema da pluralidade sucessória: aplica-se a lei da situação da coisa. Assim, se os bens do *de cuius* encontrarem-se em mais de um país, haverá juízos sucessórios diversos;
- 3º) sistema misto: aos imóveis aplica-se a lei da situação da coisa, e aos demais bens aplica-se a lei do domicílio ou da nacionalidade do autor da herança.

Conforme se verifica, o artigo supra adotou a teoria da unidade sucessória, uma vez que, enquanto não ocorrer a partilha, os bens do *de cuius* ou do ausente constituirão uma universalidade (unidade de patrimônio), que deve ser regida por um só direito – o do domicílio.

Portanto, a sucessão ocorre no local do último domicílio do *de cuius* vigente ao tempo de sua morte, pouco importando a sua nacionalidade ou a de seu sucessor, bem como o local da situação dos seus bens.

Lei do domicílio do *de cuius* na sucessão *causa mortis*

Aberta a sucessão, no último domicílio do autor da herança, estará determinada também a competência do foro para os processos relacionados à herança, sendo a mesma absoluta.

Caso o *de cuius* tivesse várias residências, será competente o foro onde o inventário foi requerido em primeiro lugar.

A lei do domicílio do autor da herança vigente ao tempo de sua morte determinará:

- a) a instituição e a substituição da pessoa sucessível;
- b) a ordem de vocação hereditária, quando se tratar de sucessão legítima;
- c) a medida dos direitos sucessórios dos herdeiros ou legatários, sejam eles nacionais sejam estrangeiros;

- d) os limites da liberdade de testar;
- e) a existência e a proporção da legítima do herdeiro necessário;
- f) a causa da deserdação;
- g) a colação;
- h) a redução das disposições testamentárias;
- i) a partilha dos bens do acervo hereditário;
- j) o pagamento das dívidas do espólio.

Podem, todavia, existir ao mesmo tempo várias ordens legislativas de Direito Internacional Privado para um mesmo fato – *conflitos duplos positivos*. Caso isso ocorra, deve o juiz aplicar a norma de Direito Internacional Privado de seu país e não a do Estado estrangeiro.

Assim, falecendo no Brasil estrangeiro aqui domiciliado, o juízo competente será o brasileiro, mesmo havendo herdeiro estrangeiro, pois o domicílio é a sede jurídica do *de cuius*, bem como de seu patrimônio.

Comoriência

Não tendo o referido artigo tratado da comoriência, se ela ocorrer, deve ser observada a lei do domicílio de cada um dos *de cuius* quanto à sucessão, conforme dispõe o art. 29 do Código de Bustamante: “As presunções de sobrevivência ou de morte simultânea, na falta de prova, serão reguladas pela lei pessoal de cada um dos falecidos em relação à sua respectiva sucessão.”

Portanto, tendo os comorientes domicílio distinto, a lei pessoal de cada um regerá a sucessão, o que, todavia, pode gerar conflitos.

Morte presumida e sucessão

A ausência ocorre quando alguém desaparece de seu domicílio sem deixar notícias, representante ou procurador, ou se, existindo mandatário, este não quiser ou não puder exercer o mandato.

Em caso de ausência, aplicar-se-á a lei do domicílio do ausente no que se refere às condições da declaração da ausência, aos efeitos dela decorrentes e aos eventuais direitos do ausente, seja qual for a natureza e a localização dos bens que compõem seu patrimônio.

Se o ausente, todavia, não tiver tido domicílio no Brasil, o juiz brasileiro não poderá declarar sua ausência, proceder à sua sucessão provisória, processar

inventário e partilha, bem como declarar a presunção de morte em caso de sucessão definitiva.

Lei disciplinadora da capacidade para suceder do herdeiro e do legatário

A regra do § 2º do art. 10 da Lei de Introdução ao Código Civil deve ser interpretada restritivamente. Assim, a expressão *capacidade para suceder* deve ser entendida como a aptidão para herdar os bens deixados pelo *de cuius* ou a qualidade de suceder na herança (à luz do art. 1.787 do CC).

Nesse particular, a capacidade para ter direito à sucessão, regida pela lei do domicílio do autor da herança (art. 10, *caput*), é diferente da capacidade de agir, relativa aos direitos sucessórios (aptidão para suceder ou para aceitar ou exercer direitos do sucessor), que é regida pela lei pessoal do herdeiro ou sucessível (art. 10, § 2º).

Com efeito, o § 2º trata da aptidão para exercer o direito de suceder e é regulado pela lei pessoal do herdeiro. Cuida, portanto, apenas da qualidade para herdar do sucessível, não tratando das condições de que depende a situação de herdeiro relativamente à herança do *de cuius*, muito menos da extensão dos direitos sucessórios.

Entretanto, tanto a capacidade para suceder quanto a sucessão legítima ou testamentária reger-se-ão pela lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, seja ela a do domicílio do herdeiro seja do *de cuius*, pois não há que se falar em direito acerca de herança de pessoa viva.

Execução de testamento feito no exterior

Tendo o testamento sido realizado no estrangeiro, observados todos os requisitos formais exigidos pela lei, aplicar-se-á a *lex loci actus* vigente ao tempo em que o *de cuius* manifestou sua vontade.

Quanto à forma extrínseca, o testamento reger-se-á pelo princípio *locus regit actum* (local que rege o ato). Já quanto à sua forma intrínseca (conteúdo), regular-se-á pela lei do domicílio do testador, que rege a sucessão vigente ao tempo do falecimento.

Ex.: Estrangeiro domiciliado no Brasil que celebra testamento conforme sua lei nacional. Se esse testamento não se adequar às normas brasileiras, não será considerado válido, pois a sucessão sujeitar-se-á ao direito brasileiro, uma vez que deve ser aplicada a *lex domicilii* do *de cuius*.

Varição da ordem de vocação hereditária em benefício de cônjuge ou filhos brasileiros

A regra é a de que a sucessão legítima deve se dar segundo a ordem do art. 1.829, do Código Civil, que estabelece que uma classe só será chamada a suceder na falta de herdeiros da classe precedente.

Como vimos, há uma relação de preferencialidade, de hierarquia entre as classes, ou seja, a existência de uma classe impede o chamamento à sucessão dos herdeiros da classe subsequente.

Entretanto, há exceções a essa regra, a saber:

- a) art. 5º, XXXI, da CF, e art. 10, § 1º, da LICC: tratando-se de bens existentes no Brasil, pertencentes a estrangeiro falecido, casado com brasileira e com filhos brasileiros, aplicar-se-á a lei nacional do *de cuius*, caso esta seja mais benéfica que a lei brasileira àquelas pessoas. Assim, em sendo a lei estrangeira mais benéfica, é ela que será aplicada, podendo com isso haver alteração na ordem de vocação hereditária do art. 1.829 do Código Civil;
- b) o art. 17 do Decreto-lei nº 3.200/41, com alteração do Decreto-lei nº 5.187/43, estabelecia: “A brasileira, casada com estrangeiro sob regime que exclua a comunhão universal, caberá, por morte do marido, o usufruto vitalício de quarta parte dos bens deste, se houver filhos brasileiros do casal ou do marido, e de metade se não os houver.”

Era o chamado usufruto vidual, que não mais existe no Brasil. O que se admite, todavia, é a sucessão no direito real de habitação (art. 1.831 do CC) do imóvel destinado a residência, se este for o único do gênero a inventariar, qualquer que seja o regime de bens e sem prejuízo da parte que lhe caiba na herança.

Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem.

§ 1º Não poderão, entretanto, ter no Brasil filiais, agências ou estabelecimentos antes de serem os atos constitutivos aprovados pelo governo brasileiro, ficando sujeitas à lei brasileira.

§ 2º Os governos estrangeiros, bem como as organizações de qualquer natureza, que eles tenham constituído, dirijam ou hajam investido de funções públicas, não poderão adquirir no Brasil bens imóveis ou suscetíveis de desapropriação.

§ 3º Os governos estrangeiros podem adquirir a propriedade dos prédios necessários à sede dos representantes diplomáticos ou dos agentes consulares.

Lei do lugar da constituição da sociedade ou fundação

Primeiramente, é preciso ressaltar que o art. 11 trata da sociedade e da fundação particular.

Assim, no campo do Direito Internacional Privado, quanto à constituição, ao funcionamento e à dissolução da sociedade e fundação, deve-se aplicar o direito vigente no local da constituição da sociedade ou da fundação, pouco importando a lei do lugar onde se dá o exercício da sua atividade. Tal princípio também foi adotado pelo Código Bustamante em seu art. 33.

O critério dominante é aquele segundo o qual o local de sua constituição determinará o nascimento da pessoa jurídica e sua nacionalidade (*ius soli*).

A pessoa jurídica será brasileira quando se constituir no Brasil, onde tem sede, mesmo que todos os seus sócios sejam estrangeiros, pois a nacionalidade da pessoa jurídica não se confunde com a das pessoas físicas que a compõem – critério da sede social.

Portanto, o país de origem é que determinará as condições de existência e constituição das pessoas jurídicas de Direito Privado, podendo suas leis, inclusive, ter valor extraterritorial, encontrando limite apenas na ordem pública.

Condição para abertura de filiais, agências ou estabelecimentos de pessoa jurídica estrangeira no Brasil

A pessoa jurídica estrangeira de Direito Privado, mesmo sem agência no Brasil, poderá relacionar-se com pessoas aqui domiciliadas, bem como ser amparada por nossa legislação.

Isso ocorrerá independentemente de qualquer autorização governamental se a pessoa jurídica estrangeira não pretender fixar aqui agência ou filial; contudo, se seu intento for o deslocamento de sua sede para o Brasil, passando a exercer aqui suas atividades, carecerá de autorização governamental para tanto.

O requerimento de autorização é dirigido ao Ministro da Justiça, por delegação do Presidente da República, e deve conter:

- a) prova de que a sociedade encontra-se legal e regularmente constituída de acordo com a lei de seu país;
- b) cópia integral de seu estatuto social e da ata da Assembleia Geral que autorizou seu funcionamento no Brasil e fixou o capital destinado às operações no território brasileiro;
- c) rol dos sócios, devidamente qualificados, da diretoria e dos Conselhos, com especificação de cargos e endereço para contato;
- d) comprovante de nomeação do representante no Brasil, devidamente munido de poderes para aceitar as condições em que for dada a autorização;
- e) apresentação do último balanço da firma;
- f) procuração para representante no Brasil, ao qual devem ser concedidos poderes para aceitar as condições em que a autorização será concedida;
- g) autenticação de todos os documentos pelo Consulado, traduzidos em vernáculo por tradutor juramentado.

Essa última exigência, entretanto, é política, reconhecendo-se a pessoa jurídica estrangeira e sua filial apenas para efeito de exercício de atividade empresarial em território brasileiro, sendo dispensada quando da prática de negócios ou para que se admita em juízo, ativa ou passivamente, se tiver que pleitear direitos decorrentes de seu funcionamento regular fora do Brasil. Isso porque o direito de estar em juízo refere-se ao reconhecimento de sua personalidade jurídica e não do ato de exercício de sua capacidade funcional.

Restrições à aquisição, ao gozo e exercício de direito real no território nacional pelas pessoas jurídicas de direito público

As pessoas jurídicas de direito público externo são absolutamente incapazes para adquirir a posse ou a propriedade de imóvel situado no Brasil ou de bens suscetíveis de desapropriação, como direitos autorais, patentes de invenção, direitos reais sobre coisa alheia etc. Isso ocorre porque esses bens sujeitam-se à *lex rei sitae*, o que confere legitimidade àquelas limitações.

O art. 11, § 2º, portanto, restringe o exercício de direitos reais pela pessoa jurídica de direito público estrangeiro, que tem direitos e deveres internacio-

nais, como o Estado, a confederação de Estado, os organismos internacionais (ONU, OEA etc.), a colônia, o domínio, a Santa Sé, a corte internacional etc. Entretanto, esse artigo não alcança a pessoa jurídica de direito privado.

Exceção à incapacidade aquisitiva de imóveis por governo estrangeiro

Excepcionando a regra, o § 3º do art. 11 permite que as pessoas jurídicas de direito público estrangeiro adquiram prédios para sede de representantes diplomáticos ou agentes consulares.

O direito de propriedade imobiliária de um Estado estrangeiro limitar-se-á, no território de outro país, ao edifício de suas embaixadas, consulados ou legações, necessário à prestação de serviços diplomáticos e aos prédios residenciais dos agentes consulares e diplomáticos.

Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação.

§ 1º Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil.

§ 2º A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências.

Critério de determinação da competência internacional e a questão do conflito de jurisdição

A competência internacional determinará o poder do tribunal de um Estado para conhecer o litígio que lhe é submetido e para prolatar sentença em condições de receber o *exequatur* em outro país.

Primeiramente, deve-se verificar se o juiz tem poder para julgar o litígio. Resolvida a questão da jurisdição, passa-se imediatamente à escolha da norma que deverá ser aplicada: a nacional ou a estrangeira.

Segundo o princípio da soberania dos Estados, nenhum Estado soberano e independente exercerá jurisdição sobre outro país igualmente soberano e independente, pois a competência nacional é de ordem pública, não podendo

ser considerada de interesse privado a determinação da esfera do poder de jurisdição de um Estado em face de outros.

Assim, sejam as normas que definem a competência internacional de Direito Internacional (decorrente de convenção ou tratado) como de direito interno, sua função será sempre a de delimitar o exercício do poder jurisdicional do Estado, e, em razão disso, a observância dessas normas não poderá depender da vontade das partes.

Ademais, compete à justiça do Estado, que se considera internacionalmente competente, opor-se quando do cumprimento e execução, em seu território, da sentença prolatada em outro, negando-lhe o *exequatur*.

Territorialidade das leis de organização e competência dos tribunais

Cada país estabelecerá suas normas de Direito Internacional Privado, mediante lei interna ou convenção e tratado, organizando sua justiça, fixando a competência de seus tribunais e juízes para processar e julgar as questões de Direito Internacional Privado.

A competência do juiz ou do tribunal que deverá resolver a questão de Direito Internacional, portanto, é determinada pelo sistema de organização judiciária de cada país.

Direito do estrangeiro ao acesso aos tribunais e a cautio judicatum solvi

Tanto o nacional quanto o estrangeiro, no que se refere aos seus direitos, podem invocar ou submeter-se à jurisdição brasileira, pouco importando sua nacionalidade ou domicílio, ou que a demanda tenha causa verificada em outro país ou com este relacionada.

A lei protege nacionais e estrangeiros, exigindo, além de tratamento idêntico, que as formas processuais e os princípios jurídicos aplicáveis a favor ou contra eles sejam iguais.

Competência estrangeira eventual e forum prerrogatae jurisdictionis

Segundo regra do artigo supratranscrito, o réu domiciliado no Brasil, seja brasileiro seja estrangeiro, sujeitar-se-á à competência da autoridade judiciária brasileira.

Entretanto, se existirem dois réus e apenas um deles tiver domicílio no Brasil, aplicar-se-á o princípio da prevenção.

Quanto ao réu domiciliado no Brasil, e tendo a obrigação de ser aqui executada, as partes poderão, contudo, pactuar de outro modo, de forma a excluir a competência da justiça brasileira.

Como se observa, trata-se de norma supletiva, pois, não havendo convenção entre as partes quanto ao foro de eleição, a competência será da justiça brasileira se o réu for domiciliado no Brasil e se a obrigação tiver que ser cumprida em nosso país.

Assim, conclui-se que é admitida a competência estrangeira eventual, uma vez que, se o réu não for domiciliado no Brasil, se a obrigação não tiver de ser aqui executada e não versar a ação sobre imóvel situado em nosso território, a justiça brasileira não será competente para apreciar a demanda.

Competência geral brasileira necessária e forum rei sitae

É necessária a competência da justiça brasileira para conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil (art. 12, § 1º).

Essa competência não se refere apenas às ações reais imobiliárias, mas também a todas as ações relativas a imóveis situados no Brasil. Aliás, essa é a única hipótese de competência geral brasileira necessária.

Caso o imóvel encontre-se localizado em mais de um país, a justiça de cada Estado será competente para resolver pendência relativa à parcela do bem que se situar em seu território.

Assim, atendendo ao princípio de que *mobilia personam sequuntur* (art. 94 do CC), as ações que versarem sobre imóveis devem ser propostas no foro do domicílio do réu.

Exequatur de litterae requisitoriales e cumprimento de diligência deprecadas por autoridade competente

Litterae requisitoriales são as chamadas Cartas Rogatórias, que consistem em pedidos feitos pelo juiz de um país ao de outro, objetivando a solicitação da prática de atos processuais.

A rogatória é uma forma de cooperação, pois através dela pretende-se que um país estrangeiro providencie o cumprimento de medidas científicas, atos ou diligências sem caráter executório (ex.: intimação, notificação, inquirições etc.) para outro.

Quanto ao seu conteúdo, ela se subordina à lei do país rogante e, quanto ao procedimento (forma do *exequatur*, a competência para concedê-lo e o modo de execução das diligências), regular-se-á conforme a lei do país rogado, sendo que suas formalidades obedeceram ao princípio *locus regit actum*.

A lei local, contudo, poderá impedir o cumprimento de rogatória que ofenda à ordem pública e aos bons costumes (art. 17 da LICC).

Por fim, vale dizer que o “cumpra-se” ou a denegação não produz coisa julgada formal, podendo os pedidos ser renovados, bem como as concessões revogadas.

Art. 13. A prova dos fatos ocorridos em país estrangeiro rege-se pela lei que nele vigorar quanto ao ônus e aos meios de produzir-se, não admitindo os tribunais brasileiros provas que a lei brasileira desconheça.

Princípio da territorialidade e prova dos fatos ocorridos no exterior

O Direito Internacional Privado atribui à lei estrangeira, que é considerada um fato, tratamento de norma jurídica, quanto aos fatos que se efetivaram no território estrangeiro.

Esses fatos jurídicos, por sua vez, são provados através dos meios apontados pela lei do lugar onde ocorreram (*lex loci*); todavia, quanto ao modo de sua produção, regular-se-á pela *lex fori*.

Onus probandi, meios de prova e modos de produção da prova

O *onus probandi* é regido de acordo com a lei do lugar onde ocorreu o fato que se pretende demonstrar.

Quanto aos meios de prova, estes serão disciplinados pela lei do local onde se deu o fato ou onde o ato foi celebrado (*lex loci actus*), excetuando-se os meios não autorizados pela lei do lugar em que corre a ação (*lex fori*).

Assim, pode-se concluir que os meios probatórios regular-se-ão pela norma vigente no Estado onde ocorreu o fato; entretanto, o modo de produção de tais provas indicadas pela *lex loci*, na jurisdição brasileira, será regulado pelo nosso direito (*lex fori*), pois o caso encontra-se aqui sendo julgado.

Lex loci e lex fori

A *lex loci*, em razão de ter presidido a formação do ato, prevalecerá para dizer quais provas são admissíveis.

A *lex fori* estabelecerá qual será o modo de produção das provas em juízo, pois se trata de assunto referente ao processo. Isso porque a apreciação da prova, por se tratar de um ato subjetivo, dependerá da lei do julgador.

Apreciação das provas e inadmissibilidade de prova desconhecida pelo direito pátrio

É necessário que a prova do fato ocorrido no estrangeiro seja produzida por meio conhecido do direito pátrio; caso contrário, será inaplicável pelo juiz local, pois fere o princípio da territorialidade da disciplina do processo.

A não aplicação pelo nosso juiz ou tribunal de prova desconhecida pelo nosso direito justifica-se não apenas pela proteção à ordem pública, mas também em razão da impossibilidade de produzir tal prova diante da inexistência de preceito legal dizendo como produzi-la adequadamente.

Art. 14. Não conhecendo a lei estrangeira, poderá o juiz exigir de quem a invoca prova do texto e da vigência.

Princípio da iura novit curia e ius communis

O princípio *iura novit curia* estabelece que o órgão judicante deve, em razão de sua função de aplicar a lei, ter conhecimento escorreito do direito pátrio, bem como sabedoria para encontrar a norma aplicável ao caso *sub iudice*, pois não poderá deixar de sentenciar em nenhuma hipótese.

Entretanto, tal princípio não terá aplicação no que se refere à lei estrangeira, que deverá ser aplicada por força da norma de Direito Internacional Privado brasileiro, uma vez que o órgão judicante, embora não tenha obrigação, por conta da *lex fori*, de aplicá-la, poderá requerer prova do direito estrangeiro.

Contudo, embora não seja obrigado a conhecer e nem mesmo ter o dever de prová-lo, pode o magistrado, de ofício, aplicar o direito estrangeiro.

Portanto, quanto à norma vigente no *ius communis*, tendo o juiz o dever de conhecer o direito, sofrerá esta uma aparente limitação no que tange ao direito alienígena, pois nesse caso poderá o juiz invocar em seu auxílio a cooperação das partes, atribuindo-lhes o *onus probandi*.

Meios de prova do direito estrangeiro aplicável

Verificando-se que determinado fato subordina-se ao Direito estrangeiro, terá o juiz a obrigação de aplicá-lo; não poderá recusar-se, alegando ignorância.

Assim, chamado a observar o Direito estrangeiro, deverá o juiz exigir prova do *ius specialis*, que lhe é desconhecido.

Os meios de prova do direito estrangeiro regem-se pelo *ius fori*. Ex.: apresentação de jornal oficial em que venha publicada a lei; certidão autenticada por autoridade diplomática ou consular, contendo relatório sobre o texto legal; vigência e sentido do direito aplicável (Código Bustamante, art. 410); pareceres de juristas etc.

Por fim, ressalte-se que a expressão *lei estrangeira* é empregada em sentido amplo, abrangendo o decreto, o regulamento, o costume etc.

Teoria da remissão receptícia e teoria das normas sobre produção jurídica

A teoria da remissão receptícia ou material transforma o direito estrangeiro em direito interno, desvinculando-se dos laços de origem quanto à interpretação de seu conteúdo, modo de aplicação etc. Isso ocorre porque se confere eficácia ao direito estrangeiro ao se determinar ao órgão judicante a aplicação da lei estrangeira à questão que deverá decidir.

Em sentido oposto, a teoria das normas sobre produção jurídica ensina que a lei, oriunda da fonte a que a norma de Direito Internacional Privado se reporta, deve ser interpretada de acordo com o que ocorre no Estado em que foi produzida, aplicando-se de forma idêntica como é entendida e aplicada no país a que pertence.

Soluções doutrinárias ante a impossibilidade de se conhecer o direito alienígena

Se, mesmo após todos os esforços, não se tiver conhecimento do direito estrangeiro, há algumas soluções apresentadas pelos juristas, a saber:

- a) conversão do julgamento em diligência, a fim de que se produza prova;
- b) julgamento do litígio contra a parte que alegou o direito estrangeiro e não o demonstrou;
- c) aplicação, excepcionalmente, do *ius fori*, como se fosse a lei estrangeira, presumindo esta igual àquela, em razão da proibição do *non liquet*;

- d) rejeição da demanda fundada em tal lei, julgando-se improcedente a ação;
- e) decisão de acordo com a norma provavelmente em vigor no país em que se cogita;
- f) julgamento conforme os princípios gerais de direito.

Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:

- a) haver sido proferida por juiz competente;
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.

Eficácia da decisão judicial limitada à jurisdição de sua prolação

As sentenças prolatadas em um país só terão valor onde tal fato se deu – independência das jurisdições.

Entretanto, pode ocorrer que um estrangeiro tenha aqui alguma pretensão baseada em sentença estrangeira. Nesse caso, essa sentença deverá submeter-se a uma apreciação (*exequatur*) pela jurisdição local, antes de produzir efeitos no Brasil.

A finalidade da homologação é dar força à sentença estrangeira, determinando sua execução, declarando o direito pelo tribunal de outro Estado.

Diferentes critérios sobre o problema da eficácia jurídica e da força executiva de sentença estrangeira

O primeiro critério é o da exigência de nova ação, novo processo e nova decisão. Critério esse que não é aceito pela nossa doutrina, pois, se o fosse, a justiça local estaria desrespeitando a justiça estrangeira.

O segundo critério é o da consideração da sentença estrangeira como elemento ou documento probatório, atribuindo-lhe mero valor de prova. Também não é adotado pelo Brasil.

Há também o critério da reciprocidade, em que a sentença estrangeira é reconhecida, mediante exame da competência interna do juiz prolator, desde que ela tenha origem em país onde a sentença local seja lá também aceita e reconhecida.

Por fim, temos o critério do juízo da deliberação, adotado pelo Brasil, em que é reconhecida a eficácia da sentença estrangeira para ser executada no território do Estado ou para atender aos direitos adquiridos dela decorrentes, verificando-se apenas seus requisitos extrínsecos e se foi prolatada pela autoridade competente. Não há qualquer exame de mérito.

Essa deliberação é a modalidade mais aceitável de *exequatur*.

Actio judicati e exequatur

A execução de sentença estrangeira em outro país requer certas cautelas. Nenhum Estado permitirá sua execução direta, exigindo, portanto, nova ação ou homologação para considerá-la válida, verificando-se se existem questões que possam atentar contra a soberania nacional e a ordem pública.

As sentenças estrangeiras recebem eficácia para serem aqui executadas por meio da *actio judicati* (ação de conhecimento, em que a sentença estrangeira apenas servirá como base para a nova ação de conhecimento destinada a averiguar e declarar aquele direito) ou do *exequatur* (que é o processo homologatório para que a sentença estrangeira possa aqui ser executada). Esse processo limita-se a um exame formal da decisão.

Requisitos para a execução de sentença estrangeira no Brasil

Há requisitos externos e internos. Os externos são:

- a) obediência às formalidades extrínsecas reclamadas para sua execução conforme a lei do Estado em que for proferida, por darem garantia de sua autenticidade;
- b) tradução, em língua portuguesa, por intérprete autorizado ou juramentado, para se tornar inteligível;

- c) estar autenticada pelo cônsul brasileiro (Súmula 259 do STF), pois para sua deliberação exige-se documento público, certidão probatória do caso julgado ou carta de sentença em que a apreciação jurisdicional está declarada.

Os requisitos internos são:

- a) ter a sentença sido prolatada por juiz competente, segundo regras de competência internacional – *forum executionis*;
- b) que as partes tenham sido citadas ou que tenha ocorrido sua revelia de acordo com a lei onde foi prolatada a decisão;
- c) haver trânsito em julgado (Súmula 420 do STF). Enquanto não existir coisa julgada formal não se poderá ordenar a execução de sentença estrangeira;
- d) que a sentença estrangeira não contrarie a ordem pública, a soberania nacional e os bons costumes;
- e) prévia homologação pelo Supremo Tribunal Federal, com oitiva das partes e do Procurador Geral da República.

A sentença estrangeira só será homologada e reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal se atender a todos esses requisitos, não havendo espaço para qualquer apreciação relativa ao seu conteúdo ou à sua conveniência e oportunidade.

Juízo de deliberação

De acordo com esse juízo, o processo de homologação, que é sumário, limita-se ao exame formal do cumprimento daqueles requisitos supracitados e da não ocorrência de ofensa à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional (art. 17 da LICC).

É também uma modalidade de *exequatur*, atribuindo valor formal de ato de soberania estatal ao conteúdo do ato jurisdicional estrangeiro.

Fases do processo homologatório:

- 1ª) inicia-se mediante petição, devidamente instruída com a sentença estrangeira autenticada por cônsul brasileiro e traduzida por tradutor oficial;

- 2ª) distribuição do pedido;
- 3ª) citação do Executado;
- 4ª) contestação do pedido limitada a oposições referentes à autenticidade dos documentos, à observância àqueles requisitos e à questão da ofensa ao art. 17 da Lei de Introdução ao Código Civil;
- 5ª) réplica e Parecer do Procurador Geral da República;
- 6ª) julgamento;
- 7ª) carta de sentença para a execução no juízo competente, em caso de homologação da sentença estrangeira operando sua nacionalização.

A sentença estrangeira condenatória homologada pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *h*, da CF) constitui título executivo judicial, e o juízo competente para sua execução será o da capital do Estado do domicílio do executado perante a Justiça Federal Comum (art. 109, X, da CF).

Do deferimento ou indeferimento da homologação cabe agravo regimental para o plenário do tribunal.

É importante dizer, ainda, que esse pedido de homologação não pode ser reiterado, pois a decisão faz coisa julgada, cabendo ação rescisória, que, ressalte-se, ataca a sentença homologatória.

Questão da dispensa da homologação de sentença estrangeira meramente declaratória de estado de pessoa

As sentenças meramente declaratórias, em razão de sua única finalidade: efeito direto e imediato de tornar certo o estado ou a capacidade da pessoa, serão insuscetíveis de homologação, em face da desnecessidade de se lhes conferir no *forum* força executória, pois terão mera eficácia documental.

Essa dispensa do juízo de deliberação não ocorre se, todavia, tiver de produzir efeito patrimonial ou for passível de execução no Brasil.

Há quem sustente a inconstitucionalidade dessa dispensa ou homologação para as sentenças estrangeiras meramente declaratórias de estado de pessoas, sob o argumento de que o art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução ao Código Civil foi derogado pelo art. 483 do CPC, que dispõe: “A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.”

Entretanto, não é esse o entendimento seguido pela jurisprudência.

Desnecessidade do juízo de deliberação para o cumprimento de carta rogatória estrangeira e de título executivo extrajudicial

A carta rogatória não passa pelo juízo de deliberação, dependendo apenas do *exequatur* ou “cumpra-se” do Presidente do Supremo Tribunal Federal, que marcará prazo para cumprimento da diligência, segundo a forma processual brasileira, pois ela visa apenas ordenar o processo de conhecimento, que corre no estrangeiro, e depende de providência processual no Brasil.

Por fim, não dependerá de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para ser executado, o título executivo extrajudicial oriundo de Estado estrangeiro que satisfaça aos requisitos exigidos pela lei do local de sua celebração e indique o Brasil como o lugar em que se deverá cumprir a obrigação (art. 585, § 2º, do CPC).

Art. 16. 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.

Resolução dos conflitos de qualificação de relações jurídicas

Em razão de as normas de Direito Internacional Privado vigentes nos diferentes Estados não apresentarem uniformidade quanto ao critério de sua aplicação, surgem os conflitos, que podem ser:

- a) positivos: quando as normas de Direito Internacional Privado de dois ou mais Estados atribuírem competência ao seu respectivo direito material quando da regulamentação de determinada relação jurídica. Esse conflito, que é apenas aparente, deve ser resolvido segundo a *lex fori*, submetendo-se o órgão judicante à sua norma de Direito Internacional Privado;
- b) negativos: ocorrem quando a norma de Direito Internacional Privado de um Estado estabelecer a competência do direito de outro país, e a norma de Direito Internacional Privado deste determinar a aplicação do direito do primeiro Estado ou de terceiro.

Nesse caso, deverá ser levada em consideração a *lex fori* para qualificar a relação jurídica que encontra qualificação diferente nas duas normas conflitantes. Assim, o órgão judicante, nos moldes da *lex fori*, optará por uma das qualificações.

Teoria do reenvio (*Gesamtverweisung*)

Trata-se de outra teoria acerca da solução desses conflitos, em que o juiz ou tribunal de um país busca meios para facilitar a aplicação de sua própria lei ou para atender a certos interesses, retornando ao seu próprio direito ou indo a um terceiro direito, segundo indicação da norma de Direito Internacional Privado consultada, por ordem do Direito Internacional Privado de seu país.

Para essa teoria, é necessário que as duas leis se choquem para que possa ocorrer o conflito, que é apenas aparente, para a aplicação do direito que a lei estrangeira ordena, diante da recusa em fornecer a norma, remetendo a questão ao direito local ou a um terceiro direito.

Teoria da referência do direito material estrangeiro (*Sachnormverweisung*) e proibição do retorno

O artigo em análise proíbe expressamente o retorno para a solução dos conflitos negativos entre duas normas de Direito Internacional Privado, admitindo apenas a aplicação das normas de Direito Internacional Privado do país a que pertencer, aplicando-se, nesse caso, o direito substancial estrangeiro, independentemente de as normas de Direito Internacional Privado, idênticas ou não, serem adotadas em outro Estado.

Ademais, seria contraditório que um Estado estrangeiro pudesse estipular os limites de tempo e espaço das leis de outro Estado, estando, portanto, proibido o retorno.

Art. 17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Limites à extraterritorialidade da lei

Não se aplicará no Brasil lei estrangeira que seja incompatível com a soberania nacional, a ordem pública ou os bons costumes.

Entretanto, saber se há motivo ou não para se deixar de aplicar a lei estrangeira por ofensa a esses preceitos dependerá do momento em que o órgão judicante analisará o caso, baseando-se em norma constitucional, leis e decisões do país, levando-se em conta também o meio social.

Soberania nacional

Soberania indica a autoridade do Estado, significando que as normas que edita alcançarão a todos que estiverem em seu território.

Para se manterem politicamente como entidades, as nações precisam ser independentes. Nessa autonomia é que consiste a soberania nacional, não se admitindo aplicação de norma que altere a organização política brasileira.

Ordem pública

A ordem pública diz respeito à vida, à incolumidade da comunidade e à organização da vida social.

Ordem pública é sinônimo de ordem social e abrange todas as manifestações sociais relevantes, inclusive a soberania nacional e os bons costumes. É o conjunto de normas indispensáveis à convivência nacional e, em razão disso, não admite classificação.

Compete ao juiz do foro a árdua tarefa de qualificar o conceito de ordem pública, visando salvaguardar o interesse público, afastando a norma estrangeira indicada como aplicável pelo Direito Internacional Privado nacional caso contrarie a ordem pública.

Assim, caberá ao órgão judicante, diante do caso concreto, averiguar se a ordem pública está ou não em jogo, pois a noção da mesma mostra-se ambígua, imprecisa e variável no tempo e no espaço. É preciso que haja entre a lei nacional e a estrangeira a ser aplicada certa equivalência para que possa ser aplicada.

Por fim, vale dizer que a expressão *ordem pública* também abrange fraude à lei, pois esta visa excluir uma norma sob cujo império se colocou a pessoa, com a finalidade de fugir das normas imperativas a que deveria sujeitar-se.

Bons costumes

Pode-se dizer que os bons costumes são aqueles que se extraem dos preceitos de ordem moral, ligados à honestidade familiar, ao recato do indivíduo e à sua dignidade social, resultantes da aplicação da moral segundo entendem os povos cultos. Eles podem variar conforme a pessoa que os interpreta e os aplica, o lugar e a época.

O critério para se considerar algo ofensivo aos bons costumes deve fundar-se em fatos, isto é, devem-se avaliar o grau de moralidade do homem médio e o desenvolvimento da civilização.

Instituição jurídica desconhecida

Caso a instituição estrangeira seja desconhecida pela *lex fori*, mas não seja contrária à ordem pública, poderá, em casos especialíssimos, ser admitida,

desde que condições técnicas o permitam. Entretanto, isso não pode ocorrer se vier a ser reconhecido a estrangeiro mais direitos que aos nacionais.

Tem-se, portanto, uma dupla qualificação, sendo a primeira de ordem prejudicial, em que o ordenamento jurídico estrangeiro e o nacional são confrontados para verificar se a instituição é, realmente, desconhecida. A segunda qualificação consiste em averiguar se a instituição desconhecida pode ou não ser adaptada às instituições nacionais.

Art. 18. Tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o Casamento e os mais atos de Registro Civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento e de óbito dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do Consulado.

Competência do cônsul e lei reguladora dos atos por ele praticados

Os brasileiros domiciliados ou não no Brasil que estejam no exterior poderão dirigir-se às autoridades consulares brasileiras a fim de requerer a lavratura de atos de competência normal de juiz de casamento ou qualquer outro ato de registro civil e de tabelionato, segundo as formalidades estabelecidas pela lei brasileira, sendo-lhes permitido, inclusive, fazer testamento público ou cerrado.

Celebração de casamento de brasileiros perante autoridade consular e sua prova

Nubentes brasileiros que se encontram no estrangeiro podem optar em contrair matrimônio perante a autoridade estrangeira (art. 1.544, 1ª parte, do CC) ou perante a autoridade consular brasileira, segundo as regras legais brasileiras.

Esta última hipótese é uma exceção à *lex loci celebrationis*.

Ocorrendo a celebração perante a autoridade consular brasileira, tal como faria a autoridade celebrante no Brasil, para que possa produzir efeitos iguais aos casamentos aqui celebrados, deve-se efetuar o seu registro no livro competente, no prazo de 180 dias, a contar da volta de um ou de ambos os cônjuges ao Brasil, no Cartório do respectivo domicílio ou, na sua falta, no 1º Ofício da Capital do Estado em que passarem a residir, expedindo-se certidão de assento.

Por fim, ressalte-se que esse matrimônio terá validade no Brasil mesmo que a lei do país onde se realizou o ato não reconheça o casamento consular.

Art. 19. Reputam-se válidos todos os atos indicados no artigo anterior e celebrados pelos cônsules brasileiros na vigência do Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, desde que satisfaçam todos os requisitos legais.

Parágrafo único. No caso em que a celebração desses atos tiver sido recusada pelas autoridades consulares, com fundamento no art. 18 do mesmo Decreto-lei, ao interessado é facultado renovar o pedido dentro em 90 (noventa) dias contados da data de publicação desta Lei.

Validade de casamento consular de brasileiros não domiciliados no Brasil

Esse artigo também admite a validade do casamento celebrado por autoridade consular brasileira no exterior de brasileiros aí domiciliados.

Renovação de pedido para celebração de casamento consular de nacionais domiciliados no exterior

O parágrafo único do art. 19, ao estabelecer a possibilidade de renovação do pedido por brasileiros domiciliados no estrangeiro, acabou por obrigar a autoridade consular brasileira a celebrar tal matrimônio, deixando, portanto, de lado a exigência do domicílio no Brasil. Destarte, conclui-se que brasileiros domiciliados ou não no Brasil poderão contrair matrimônio no exterior perante autoridade consular brasileira.