

DO MESMO AUTOR

ALGUMAS OBRAS DE DIREITO E POLITICA INTERNACIONAL

Divisão e demarcação de terras particulares — 1.^a edição, 1893, 2.^a edição, 1898 — 3.^a edição, 1913.

Domínio da União e dos Estados — 1.^a edição, 1897 — 2.^a edição, 1924.

O Direito do Estrangeiro no Brasil — 1909.

A Codificação do Direito Internacional Privado — 1910.

Do cheque — 1911.

Abstração e Assistência marítima (Relatório) 1911.

Letra de Câmbio e nota promissória — (Relatório) 1911

Elementos de Direito Público e Constitucional Brasileiro — 1.^a edição, em colaboração com o Sr. Paulo Viana 1913 — 2.^a edição, 1919 — 3.^a edição 1917 — 4.^a edição 1930 — 5.^a ed. 1935.

Le droit international privé dans la législation brésilienne — 1915.

Pareceres do Consultor Geral da República — 6 volumes publicados de 1916 a 1924 — oito volumes a publicar.

O Direito positivo e a sociedade internacional — 1917.

Evolução do Direito Internacional Privado no Brasil e Bibliografia Brasileira do Direito Internacional Privado até 1927 — 1928.

A Renovação do Direito Internacional — 1928.

O Problema Legislativo do Direito Internacional — 1931.

Alexandre de Gurnão et le sentiment américain dans la politique internationale — 1930.

Ruy Barbosa et la defense des droits individuels contre l'Etat — 1930.

Les sauvages américains devant le droit — 1930.

Direito Internacional Privado — Parte Especial — (Manual do Código Civil, 1.^o vol., tomo 2.^o), 1932.

Dicionário de Direito Internacional Privado — 1933.

A PUBLICAR

Salvo melhor juízo — Pareceres jurídicos.

Vistos e relatados... — Votos, acordãos e laudos arbitrais.

RODRIGO OCTAVIO

Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal — Antigo Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro

DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

(Parte Geral)

1942

Livraria Editora Freitas Bastos

Ruas { Bethencourt da Silva, 21-A | Rio de Janeiro
13 de Maio 74 e 76
Rua 15 de Novembro, 62-66 — S. Paulo

CAPÍTULO I.º

CONDIÇÃO DOS ESTRANGEIROS NO TEMPO

* O estrangeiro na remota antiguidade

12. — Tendo o Direito Internacional Privado por objeto, de certo modo, a regulamentação da vida jurídica do estrangeiro, ou seja, do indivíduo fóra de sua pátria, é evidente que só depois que ao estrangeiro se reconheçam direitos pode ter existência tal disciplina jurídica (22).

(22) Este primeiro período (trazido de meu livro — *O Direito Positivo e a Sociedade Internacional*, pág. 12), não pareceu inteiramente exato ao preclaro EHUARDO ESPINOLA, como se manifesta a pág. 75 de seu *Tratado de Direito Internacional Privado* (Edit. Jacinto Ribeiro dos Santos, 1925). Objeta o ilustre tratadista que "não se confunde a questão do reconhecimento de direitos aos estrangeiros com a lei competente para lhes reger as relações jurídicas, por isso que, essa lei pode determinar a rigorosa aplicação da lei territorial e tal regulamentação da vida jurídica do estrangeiro não pode ser considerada como o *Direito Internacional Privado*"; além de que a afirmação de que o objeto do Direito Internacional Privado é a regulamentação da vida jurídica do estrangeiro pode levar a crer que essa disciplina cogite de estabelecer *regras sobre os direitos que possa exercer o estrangeiro*, o que compete exclusivamente ao direito pátrio e privado interno".

Não me parece que a objeção seja procedente. Em meu — conceito (ou melhor, de acordo com o conceito que adoto, porque ele não é meu), o Direito Internacional Privado tem por objeto a regu-

Assim, é no estudo do desenvolvimento da condição jurídica do estrangeiro através dos tempos, até que se lhe encontre reconhecida a capacidade civil, que se deve ir buscar os elementos de formação daquela disciplina e consequentemente a norma reguladora da coexistência dos estrangeiros no espaço.

Na antiguidade, ao estrangeiro não se reconhecia direito próprio; não havia lei pessoal que elle pudesse fazer valer. Os atos de benevolência, as leis da hospitalidade, os tratados, mesmo, observa CONTUZZI (23), não constituam ainda o *Direito Internacional Privado*. De tal geito, considerado o estrangeiro fóra da lei, sua odíssea através dos tempos é uma longa enumeração de vicissitudes e desgraças.

Na antiguidade remota os livros santos, êsses que, pela fortuna de terem sobrenadado ao cataclismo das religiões e lamentação da vida jurídica do estrangeiro. Há uma escola, como é bem sabido, que visa sujeitar o estrangeiro absolutamente à lei territorial. É claro que sob tal regimen não se podem dar conflitos de lei, cuja solução constitue o objeto mais vasto e mais característico de nossa disciplina. Mas é indubitavel que esse regimen define a condição do estrangeiro e essa definição constitue tambem objeto do *Direito Internacional Privado*. Assim o considera aliaés o próprio ESPINOLA, e nesse mesmo *Tratado*, cujo Capítulo I, do Tit. I, do Livro I, se inscreve — *Da condição do estrangeiro*, de acordo com a doutrina sobre a comprehensão da disciplina adotada pelo Autor no § 4 da *Introdução*, pág. 20. E é claro tambem que dizer *condição do estrangeiro* é dizer conjunto de *regras sobre os direitos que possa exercer o estrangeiro*.

É quanto ao ponto em controversia invoco em meu auxilio as palavras grandemente autorizadas de LAURENT: "*Pour qu'il y ait droit international privé, il faut que l'homme jouisse partout des mêmes droits quelque soit sa nationalité*" (Vol. 1.º, pág. 22).

Sobre outra divergência do mesmo preclaro juriconsulto pátrio com opiniões do A. deste livro, veja-se a nota 41. (23) *Diritto Intern. Privato*, 1890, pág. 3).

Impérios, chegaram a nossos dias e assumiram aos olhos da humanidade predicados de cousa divina, nos dizem a distância em que as velhas nações mantinham o estrangeiro do nacional.

A tendência dos povos primitivos era para os conservar dos seus territórios. Motivos de ordem religiosa, etnográfica e econômica impuzeram essa tendência e de terminaram a sua manutenção (24).

Foi no Egipto, onde entretanto ao estrangeiro só se permitia o emprego do esforço físico, do trabalho manual que as necessidades do comércio começaram a recomendar a conveniência de um certo abrandamento nas relações com os estrangeiros.

(24) Na Índia, as leis de Manou, remoto reflexo da mais remota civilização da humanidade, collocavam, na hierarquia das castas para a transmigração das almas, o estrangeiro abaixo dos elefantes, dos cavalos e dos *sudras*. E os *sudras* eram casta de gente inferior e desprezível, a quem um brahmane não podia por expressa proibição dar um simples conselho, e mesmo, os restos de sua comida. Mas os *sudras*, por inferiores que fossem considerados, constituíam uma casta, ao passo que os estrangeiros viviam tidos como *Tondada*, fóra das castas, isto é, fóra da sociedade civil (CARTILANI, *Il Diritto Intern. Privato e i suoi recenti progressi*, 2.^a ed., 1.^o vol., pág. 15).

Abaixo do estrangeiro, na hierarquia da criação, apenas se achava lugar para os tigres, os leões, os javalis, as bestas feras, enfim. O mesmo espírito dominava na Média e na Pérsia. Aí o estrangeiro era votado à morte e os livros de Zoroastro contém palavras de maldição para eles.

E essa mesma desconsideração existia no Egipto, onde para o estrangeiro se reservava a animalidade do trabalho braçal, do simples esforço físico. Como um padrão de orgulho transmitido aos séculos vindouros, os egípcios fizeram inscrever na mais alta das pirâmides esse dístico altivo: *Nenhum homem do país trabalhava neste monumento*.

Na China, graças à generosidade do espírito que CONFUCIO simbolizou, elles gosavam de certa tolerância (25).

Entre os hebreus esse espirito de benevolência começou a se accentuar melhor. Entretanto, apesar do desprezo que volavam pelos outros povos, filho da presumida consciência da sua superioridade, foi entre os hebreus que se deram as primeiras manifestações do sentimento de hospitalidade. Aí já se encontrava mesmo, na instituição do proselitismo, que era de dous graus, o de justiça e o de domicilio, a célula do principio da naturalização (26).

13. — É, porém, na civilização da Grécia e de Roma, povos que, como diz FOUSTEL DE COULANGE (27) são ramos da mesma raça, falando dous idiomas saídos da mesma lingua, possuindo igualmente um fundo de instituições comuns, estabelecidas por uma série de revolu-

(25) De fato, nos livros do grande filósofo oriental se encontram versículos como estes, que não podiam deixar de ter influído benéficamente no tratamento ao estrangeiro:

— "E" preciso tratar bem e humanamente as pessoas que vêm de longe;

— "Quando um rei é iluminado e ama verdadeiramente a virgindade, todos os estrangeiros, vizinhos ou remotos, vêm submeter-se a ele e oferecer-lhe os productos de seu país".

(26) O caracter religioso da nação hebraica fazia com que não se pudesse separar a naturalização, (aquisição da nacionalidade), da conversão ás crenças do povo. Assim ao estrangeiro, que adoptava plenamente a religião e se sujeitava à circuncisão, se concedia o proselitismo da justiça que o equiparava aos hebreus. Os demais que apenas desejavam aderir à nacionalidade sem a inteira communhão nos sentimentos religiosos, se consideravam como *prosélitos de domicilio*; e eram apenas admitidos à residência no país (CARTILANI, cit., volume 1.^o, pág. 39).

(27) *La cité antique*, pág. 1.

ções semelhantes", é na Grécia e em Roma, que se vai observar a modificação desse espírito tradicional. Ainda aí, a princípio, na Grécia como em Roma, o estrangeiro era o inimigo. Em relação à primeira, disse TITO LIVIO: *Cum alienigenis, cum barbaris aeternum Graecis bellum est.*

Em Roma, durante séculos, subsistiu o mesmo espírito de hostilidade. No estrangeiro via o romano uma nação a subjugar; e *hostis*, inimigo, era o nome que se lhe dava. Sem a vigência de um tratado, *pactum* (28), qualquer estrangeiro que vivesse no território romano era considerado *ex-leges*, fora da lei, absolutamente incapaz de direitos, quer políticos, quer civis.

Não podiam contrair núpcias, e, assim, constituir família, pois, por direito romano *conubium habent cives romani cum civibus romanis* (29), nem se lhes reconhecia o direito de suceder; não podiam comerciar, nem adquirir bens e propriedades; não se lhes concedia o *ius provocatoris*, pelo qual se podia apelar das sentenças do juiz. Para o julgamento soberano do povo. E para os romanos eram *strangeros*, tidos e submetidos a essas tão fundas restrições no exercício de sua livre atividade, todas as pessoas não nascidas no limitado perímetro de Roma e da Campanha Romana, *qui Romae aut in agro romano domicilium non habebant*.

Entretanto, ao sentimento jurídico dos Romanos como ao dos Gregos se impôs a noção da hospitalidade que

(28) Deles nos restam apenas fragmentos, mas fragmentos preciosos que, no dizer de LACHI (*Theoria dei Trattati Internazionali*, Introd., pág. 33), bastam todavia para dar idéa da arte diplomática de um povo que teve uma tão grande parte na razão jurídica e que durante tantos séculos concentrou a história do mundo no círculo de sua imensa metrópole.

(29) Ulpiano, *Regula juris*, tit. V, parágrafo 4.

não era sino, no dizer de TORRES CAMPOS (30), um meio de corrigir o que o estado social possuía de bárbaro e de hostil para com o estrangeiro; verdadeira reação do sentimento humano para com o tratamento bárbaro que até então se lhe infligia (31). Foi assim que em algumas cidades da Grécia se outorgou ao estrangeiro o direito de cidade, embora restritamente. Em outras se lhe permitia o domicílio limitado a um bairro, a um quarteirão da cidade, de onde não podia sair (32).

E, de tal jeito, o rigor dos antigos tempos se foi atenuando.

Creado esse direito rudimentar, magistrados foram instituídos para proteção dos estrangeiros. Atenas, onde predominava o espírito democrático, recebia mais livremente os estrangeiros e, para defesa deles e amparo de seus direitos, creou a autoridade dos Sicofantas.

Esses magistrados, porém, renovaram a fábula que, talvez já imitada de outros. ESOPPO transmitiu a seus imitadores futuros, das rãs a quem se deu um rei. Os Sicofantas, tais atos de opressão, de malversação, de roubo, praticaram para com aqueles, cuja defesa e bens lhes foram concedidos, que essa magistratura foi eliminada sob a execração pública, sendo dado ao seu nome o sentido pejorativo em que entrou na linguagem moderna.

Vieram depois os *Meticophiles*; mas somente com a criação do *Polenarcha* e com o caráter sagrado que se

(30) *Principios de Derecho Internacional Privado*, pág. 56.

(31) Sobre hospitalidade, veja-se VON IHERING, *A Hospitabilidade no passado*, tradução de CLOVIS BEVILAQUA, Recife, 1891.

(32) Sócrates pôs nos lábios de *Electra* a exclamação que se tornou célebre — *Desgraçada que sou! Confinada em minha cidade com um estrangeiro domiciliado!*

atribuiu à *hospitalidade*, é que começaram os estrangeiros na Grécia a gozar de efetiva e real proteção. E esse estado de cousas ainda se reafirmou com a instituição dos *Proxenas*, que tinham a mais, o direito de representar os estrangeiros perante os tribunais. Nesses funcionários se pode encontrar o germen da instituição dos *consules* que posteriormente se creou (33).

Convem, entretanto, observar que, por esse tempo, só nas leis locais podia o estrangeiro basear qualquer espécie de proteção; as leis de sua terra haviam ficado no país natal. Só mais tarde é que se ponde conceber a possibilidade de levar o indivíduo consigo, *na sola de seus pés*; alguma cousa de seu direito próprio. O estrangeiro não podia pretender invocar a aplicação de suas próprias leis, porque não se concebia, então, que as leis pudessem ter qualquer efeito além de suas fronteiras territoriais.

14. — Movimento semelhante de benevolência e generosidade se manifestou em Roma. Àquele que a princípio se qualifica de *hostis*, se passou a dar a denominação branda e humana de *peregrinus*. *Hostis* ficaram sendo apenas os nacionais dos Estados com quem Roma estava em guerra.

E fixados esses conceitos, ainda, aos *peregrini* concessões foram sendo feitas sob a influência do sentimento do respeito à natureza humana e cujas normas constituíam o *jus gentium*, imposto pela necessidade de transigir com

(33) Vide *Origines de la Institution Consular (La ambigüidad Proxenia Griega — El Patronato Romano)*, — por ALBERTO M. CANDROTTI, na *Rev. Argentina de Derecho Internacional*, do saudoso Prof. J. LEON SUAREZ, Tomo II, pág. 294.

os rigores da lei civil pelas contingências inelutáveis da vida conjunta dos indivíduos. Várias atenuações e branduras foram admitidas; entretanto, se várias categorias foram sendo estabelecidas, conforme o estrangeiro pertencia a povos subjugados, ou aliados, ou era habitante do *Latio* (34), tudo isso não correspondia ainda, mesmo quanto aos mais favorecidos, à plena fruição dos direitos de *cidadão romano*. Tal qualidade só se adquiria pela outorga da cidadania e esse título de naturalização era de difícil e complicado custo.

Só com a Constituição do Imperador Caracalla, por força da qual se proclamou o princípio egualitário de que *in orbe romano qui sunt cives sunt romani*, se concedeu o direito de cidadão romano a todos os habitantes do Império que gozavam, em qualquer parte, de direito de cidadãe.

Pretendem os historiadores do direito que não um espírito de justiça e liberalidade houvesse inspirado essa proclamação imperial, mas simplesmente o desejo de ver aumentados os proventos do erário do Estado com a percepção da *vigesima hereditaria*, que foi elevada a 10%, ao mesmo tempo que se a estendeu à sucessão dos estrangeiros, admitidos na comunhão jurídica do Império. Como quer que seja, qualquer que houvesse sido o sentimento que inspirou Caracalla, a verdade é que, de então em diante, só se consideravam estrangeiros no território do Império os povos germânicos, citas e do Oriente, hordas de

(34) *Latio* era uma antiga região na península italiana confinava à campânia romana, habitada pelos primitivos povos que se chamavam Latinos; e não foi sem disputas e lutas que a esses povos se concedeu o privilégio de cidadãos romanos.

gente quasi fabulosa, mergulhada ainda nas sombras misteriosas da *barbaria*.

Ao lado desse movimento de emancipação que trouxe ao estrangeiro o pleno gózo das prerrogativas e direitos de *cives romanus*, facilitando, promovendo, mesmo, a possibilidade do seu advento, deve ser registrada a ação dos magistrados na formação da jurisprudência que é a célula renovadora das leis.

O *jus hospitii* foi a primeira manifestação legal do abrandamento que os costumes trouxeram ao rigor com que as leis tratavam os estrangeiros (35).

A proteção dos direitos dos estrangeiros foi a princípio entregue em Roma à jurisdição dos *judices recuperatores* ou *recuperatores*. Isso mostra, entretanto, que ainda a noção do estrangeiro estava intimamente ligada à de guerra, pois que tais juizes tinham principalmente por missão remediar males consequentes às guerras e restituir a cada um o que nelas ou por elas havia perdido.

O *jus civile* e o *jus gentium*

15. — Na solução de tais casos, êsses juizes não estavam adstritos à aplicação do *direito romano*, nem apli-

(35) Dele, diz PAPAVERA (*Des Vicissitudes du Droit Int. Privé dans l'Histoire de l'Humanité*, 1884, pág. 17) que é a instituição mais característica dos tempos primitivos de Roma, que os poetas cantavam, pintando o *hospede* como um irmão, como um amigo, como um representante dos deuses. Mas, mesmo então a mera *hospitalidade* não era ainda havida como um direito exigível, senão simplesmente "como um refúgio, um asilo solicitado à piedade e ao amor do próximo". Só mais tarde ela se tornou "uma relação estável, jurídica mesmo, pois que estabelecia, entre indivíduos de religião e costumes diferentes, um laço que assegurava o respeito ao direito de cada um".

cavam o *direito estrangeiro*, mas um *direito comum* às varias partes litigantes, declarado nas províncias pelo *edicto do Pro-consul*, uma espécie rudimentar do *jus gentium*, cuja aplicação foi mais tarde confiada diretamente à jurisdição do *Proetor Peregrinus*. E foi com a constituição desse magistrado, creado segundo velho testemunho de GIOVANNI LIDO, pelo ano de 507, que efficaz se tornou a proteção jurídica do estrangeiro em Roma.

Ao *Proetor Peregrinus* cabia dirimir as contendas dos estrangeiros entre si, e as suscitadas entre êles e os cidadãos romanos (*inter-peregrinus jus dicebat; inter-cives et peregrinus jus dicebat*), applicando o *jus gentium*, que era um direito comum a todos os povos. A expressão *gentium, das gentes*, é aí empregada como se referindo genericamente às creaturas humanas, das *gentes* (*quasi que omnes gentes utuntur*), em opposição ao *jus civile*, o direito privativo do cidadão romano (*quod quisque sibi populos constituit*) e cuja applicação era privativa do *Proetor Urbanus*.

O *jus civile* é o *jus propriam ipsis civitatis* (36); havia sido instituido pelos cidadãos romanos que nele compendiararam as normas reguladoras de sua vida jurídica. A subordinação a essas normas era um attributo da qualidade de cidadão, assim que entre os predicados da cidadania, contava-se como um privilégio, o da honrosa sujeição ao *jus civile*.

(36) Expressões a que o nosso preclaro CORLEHO RODRIGUES, em sua notavel tradução das *Institutas do Imperador Justiniano* (Re-cife, 1879) deu como correspondendo a: — direito civil, isto é, direito exclusivo de uma mesma cidade.

O *jus gentium* era de uma diversa feição do direito privado (37): era o direito aplicável a todos aqueles que não gozavam do privilégio de se reger pelo *jus civile*; era, no dizer de WEISS (38), "uma parte do Direito Privado, menos particular, mais larga, mais humana, e que podia ser aplicada aos que não eram cidadãos porque era constituída pelo fundo comum de todas as legislações, ou melhor, pelos princípios naturais em que se inspiraram essas legislações".

(37) Se bem nessa expressão se possa discernir uma aceção larga e um sentido restrito, compreendendo-se naquela um direito comum a todos os povos civilizados, envolvendo o direito público e o direito privado, conceito em que se podem ver pontos de contato com o *direito internacional* (ERNEST NYS, *Le Droit Romain, Le Droit des Gens et le Collège des Docteurs en Droit Civil*, 1910, pág. 73) é no seu sentido restrito que é êle geralmente referido e assim não correpondendo por fôrma alguma ao que modernamente se denomina *direito das gentes*. Este, antes de tomar êsse nome, hoje geralmente substituído pelo de *Direito Internacional*, foi *jus inter gentes*.

Geralmente se atribue a RICHARD ZOUCH, juristaconsulto inglês, nascido em 1590, o emprego inicial da expressão — *jus inter gentes*, de onde decorreu a moderna denominação — *Direito Internacional*.

De fato ZOUCH publicou em Oxford, em 1650 uma obra cujo título era — *Juris et iudicij fecialis, sive JURIS INTER GENTES, et questionum de eodem explicatio qua ad pacem et ad bellum inter diversos principes aut populos spectant, exprocepibus historico jure poritis exhibentur*.

A verdade, porém, é que FRANCISCO DE VICTORIA um século antes (1480-1546), já empregara essas mesmas expressões e justamente definindo o *jus gentium* nestes precisos termos: — *quod naturalis ratio inter omnes gentes constituit vocatur jus gentium* — em que se modificou um pouco o *texto das Institutas*. As teorias defendidas e desenvolvidas por VICTORIA são consideradas hoje como encerrando princípios fundamentais do direito internacional e seu nome adquiriu grande prestígio dos centros universitários modernos. Em Salamanca creou-se na Universidade uma cadeira especial para o estudo dessas teorias.

(38) *Traité de Droit International Privé*, vol. 2, pág. 27.

O *jus gentium* encerrava os princípios essenciais da vida de relação do homem, correspondia ao que posteriormente se chamou — *Direito Natural*, teoria de noção inconsistente, hoje dado como sinônimo de *filosofia do direito*, mas cujo fundamento se deve buscar na idéia geralmente admitida de que existem regras naturais obrigatórias, anteriores e superiores ao direito positivo, isto é, às regras jurídicas impostas pelo costume ou pela lei (39). O *jus civile* era um direito especial, composto de normas peculiares, elaboradas em vista das tradições, das tendências, das aspirações do povo romano e só aplicável aos *civis romani*. Um e outro, porém, constituíam o direito nacional de Roma; eram ambos produto da consciência jurídica romana, sendo que o *jus gentium* continha normas aplicáveis, de modo geral, a todos aqueles que se achassem no território romano e que não estivessem subordinados a uma lei especial. Era, assim, um verdadeiro direito territorial para aqueles que, em Roma, não tivessem o direito de invocar a aplicação do *jus civile* (40).

(39) MARTIN FURNER, *Essai sur l'Histoire du Droit Naturel*,

Londres, 1757, pág. 5, apud NYS, *Le Droit Romain*, etc. cit., nota 98.

(40) Para integral compreensão aqui transcrevo, em sua clareza o texto das *Institutas*, do L. I, tit. II, Parágrafo I, aproveitando-me da magnífica tradução do erudito SPENCER VAMPRÉ (São Paulo, 1915): "O *direito civil* e o *das gentes* distinguem-se deste modo: todos os povos que se regem por leis e costumes, usam em parte de seu próprio direito e em parte de um direito comum a todos os homens. O direito que um povo tomou para si, é o direito da própria cidade ou nação, e chama-se *direito civil*, isto é, *direito próprio da cidade* (CORLEO RODRIGUES traduziu: — o *direito exclusivo de uma mesma cidade*, vide nota v6). Porém, aquele direito que a razão natural constitui entre todos os homens, é o direito de que usam todas as gentes. E, assim, o povo romano usa em parte do seu próprio direito, e em parte de um direito comum a todos os homens".

Não é o *ius gentium*, pois, nem o *direito das gentes*, no moderno sentido dessa expressão, como *direito internacional*; nem também o hoje chamado *direito internacional privado*, se bem que sua função e objetivo, visando as situações e as relações jurídicas não regidas pelas leis formuladas para os cidadãos, se aproxima da função e objetivo do direito internacional privado (41).

Entretanto, o que sucedeu foi que, com o correr dos tempos, a ação separada, mas contemporânea, dos dois pretores, aplicando às mesmas hipóteses duas leis diferentes, ressentiu-se necessariamente de uma influência recíproca.

O *ius gentium* ampliou beneficentemente a esfera do *ius civile*, que foi renunciando à intransigência de suas regras egoístas. Igualmente, as fórmulas mais brandas do processo do *Proetor peregrinus* influenciaram sobre a rigidez do direito quiritário e afinal o edito dos dois pretores se confundiu no *ius honorarium*.

(41) Discorda desse conceito o eminente ESPINOLA, a pág. 81, de seu *Tratado*, cit. (V. nota 22). Não vejo, porém, como negar a similitude da função e objetivo do *ius gentium* e do *Direito Internacional Privado*, desde que ambos os corpos de regras visavam regular as mesmas relações jurídicas. Certamente, como no texto se observa, em substância os dois direitos são fundamentalmente distintos; um, o *ius gentium*, era constituído por princípios positivos que se aplicavam diretamente aos casos; o outro se compõe do regras para determinar qual sistema de princípios positivos (leis) deve ser aplicado aos casos ocorrentes. Mas o seu objetivo, a sua finalidade era a mesma; e disso se encontra uma demonstração eloquente na jurisprudência francesa decorrente da aplicação aos estrangeiros dos princípios do Código Civil. Na deficiência dos textos e na perplexidade das interpretações divergentes, foi na distinção dos direitos baseados no *direito natural* e no *direito positivo francês* que se encontrou o critério. Esse *direito natural* que se applicava ao estrangeiro e esse *direito positivo* que se applicava só aos franceses, não são outra cousa que o *ius gentium* e o *ius civile* dos romanos.

Estrava por essa fórmula quasi praticamente operada a obra da nivelção de nacionais e estrangeiros quanto ao direito privado, quando a já mencionada *Constituição de Caracalla*, a cujo texto só JUSTINIANO, entretanto, deu o verdadeiro e completo alcance, proclama a igualdade civil e concede aos estrangeiros livres o direito de cidade na Roma eterna.

Desde então, nos vastos domínios do Império Romano, que havia estendido sua soberania sobre quasi toda a parte politicamente organizada do continente europeu, a *civitas* não foi mais do que um dos elementos do *status* (42). Desse princípio só se exceptuavam os *barbaros* que se sabia vivendo em enormes e temerosas legiões no sombrio matiz do centro, do norte e do oriente da Europa. Esses, quando isoladamente penetravam no território do Império, não gozavam mesmo do benefício do *ius gentium*. Suas pessoas não mereciam proteção legal de especie alguma; podiam ser mortos ou escravizados; seus bens eram *res nullius*; sua sepultura não era *res religiosa*. Uma cons-tituição do Imperador Valentiniano proibiu, sob pena de morte, o casamento de um bárbaro com um Romano. Emfim, segundo a pitoresca expressão de ORTOLAN, eles viviam "fora da civilização e da geografia".

A invasão dos bárbaros e o principio da personalidade das leis

16. — Mas a esses, que de tal modo deshumano e indefensavel eram tratados, chegou o momento de tirar a colossal desforra.

(42) DEMANGET, *Droit Romain*, pág. 165.

Abriu-se na história esse famoso período de convulsões e de guerras, que se chamou a *invasão dos bárbaros* e que determinou o esfacelamento do Império do Ocidente.

O grande todo, sujeito à dominação dos Césares, fragmentou-se em inúmeras partículas povoadas por gentes de várias nacionalidades e sob a autoridade de povos diversos.

Por esse tempo enchia o espírito do invasor a preocupação da posse material da terra. Depois da conquista comum do Império Romano, vieram as lutas dos povos bárbaros entre si, pela ocupação das zonas mais apetecíveis. E, dessa fôrma, uma grande diversidade de povos, sujeitos a leis várias, se viu habitando as mesmas circunscções, sem que nenhum esforço se tentasse para a fusão das legislações diversas ou o estabelecimento da supremacia de uma delas. "Invadindo e conquistando a Gália, os bárbaros não tiveram tempo de se fazer legisladores (43). E amando sobretudo a liberdade, tendo trazido das bordas tranquilas dos seus lagos e das sombras sussurrantes de suas florestas o espírito de independência e de tolerância que lhes mereceu os louvores de Tácito, os Germânicos não abriam mão de suas leis nem pensaram em impedir que os povos conquistados continuassem a se reger pelas suas leis (44).

(43) Weiss, cit. vol. II, pág. 49.

(44) Assim se exprime БЛУНТСКИЙ, *Droit Intern. Codifié, Introduction*, pág. 15: "Les germains divisés en nombreuses tribus ou peuplades furent toujours disposés à reconnaître aux autres nations le droit auquel ils prétendaient eux mêmes. Derrière l'étranger ils voyaient toujours l'homme, et trouvaient équitable que chacun fût jugé d'après le droit de sa tribu d'origine ou de la tribu qu'il s'était choisie. Ils reconnaissaient la coexistence des différents droits nationaux".

Assim as nacionalidades e as legislações coexistiam, estabelecendo-se por força das circunstâncias, o princípio da *personalidade das leis*. Manifestou-se, então, um estado de cousas que tem toda analogia nos tempos modernos com a situação, modificada grandemente depois da grande guerra, da Turquia em relação aos cristãos, e da Índia Inglesa em relação aos maometanos e indígenas (45). Em cada um dos novos Estados que se foram formando, além dos dominadores, encontravam-se povos de várias outras origens todos vivendo sobre suas leis próprias e conservando suas próprias nacionalidades: *quorum unusque vivit secundum jus diversum* (46).

Concorria para tal situação não só a já assinalada preocupação dos conquistadores como também a incer-

(45) Para o desenvolvimento deste conceito veja-se WESTRAKE, *Droit International Privé* (Trad. de PAUL GOURÉ, Paris, 1914); Cap. 14, pág. 396 e segs. Em relação ao oriente o Tratado de Lausanne de 8 de Maio de 1931, modificou a situação quanto aos residentes europeus abolindo o regimen das capitulações. Sobre a matéria, de um modo geral, veja-se o estado de ARMINGTON, publicado em CLUNNEY, 1912, 1913, sob o título — *Le Droit Int. Privé en Droit Interne*, principalmente dans *Le pays de l'Islam*.

(46) Como illustração desse fato da coexistência de indivíduos sujeitos no mesmo sítio a leis diversas, cita-se comumente o caso recolhido por SAVIGNY de uma carta do Bispo АСОВЕРТУС: *Credo fit ut, in eodem loco, quinque hominis una eant aut sedent, quorum unusquisque vivit secundum jus diversum*. Como excepção a esse regimen de personalidade das leis pode se apontar o do legislador visigodo que na promulgação do seu Código na península ibérica, procreveu o uso de todas as leis estrangeiras, sem mesmo exceptuar as romanas, que constituíam a lei comum. Foi assim ao Código Visigótico (dos anos 687 e 701), dado desde o principio o caracter, não de lei pessoal dos vencedores e conquistadores, mas de lei territorial do país conquistado. BERESON, *Aperçu historique*, em *Introduction*, página C, de *Concordance des Codes de ANTHOINE DE ST. JOSEPH*, 2.^a Edição, 1856, ARMINGTON, cit., pág. 45 e nota no mesmo sentido.

teza e imprecisão dos limites de cada Estado. Não era possível observar-se a territorialidade das leis, desde que a extensão dos territórios, sobre os quais as leis deviam imperar, não era certa e conhecida. A ocupação havia sido apreendida; as modificações haviam sido várias e contínuas, de sorte que a confusão territorial era considerável. Reconhecia-se, pois, no mesmo território o império de várias leis e tal situação, creada e mantida pela superstição da própria lei por parte dos bárbaros e outras circunstâncias de fato, gerou o principio do *individualismo* em face da lei, idéia típica da concepção jurídica desses tempos. E, por isso mesmo, não se preocupando com a lei que deveria regular a atividade civil dos estrangeiros, os dominadores não se julgavam obrigados para com êles por nenhuma relação de ordem jurídica. Voltou assim para o estrangeiro um estado de inferioridade civil de que a cultura romana já o havia libertado nos últimos tempos do Império. Sob a dominação dos *bárbaros* para que o estrangeiro pudesse ter seus direitos respeitadas era mister que se submetesse à autoridade de um *patrono*. De outro modo poderia ser expulso ou escravizado.

Creou-se, então, a instituição do *patronato*. O estrangeiro recolhido chamou-se — *advena, wargangus, peregrinus*, o protetor ou patrono dizia-se — *recomendatus, affidatus, oblatas* (47).

(47) É essa relação de *advena* para com o *oblatas* se fazia de um modo puramente material. Bastava que se permitisse que o estrangeiro pousasse por três noites na casa do protetor. Operava-se, então, em todo o seu rigor, o efeito da máxima: *Duobus noctibus hospes, tertia nocte familiaris habendus est*: por duas noites hóspede; por três noites é havido como da família — máxima que também se encontra em alemão bárbaro ou *pladentsch*: *twoe nachten gast, derde*

Com a persistência desse regime, porém, as relações com as diversas populações cresceram e se reconhecem que a simples *hospitalidade* e mesmo o *patronato* não eram bastante para assegurar ao estrangeiro a proteção que lhe era devida.

Chamou então o Rei a si essa proteção que tomou o nome bárbaro de *mundiburdium*. Como compensação, porém, do benefício outorgado, foram se criando certos direitos senhoriais sobre os estrangeiros, como o de *destracção*, o de *albinagio* e de *gabella* (48), direitos que mais tarde mereceriam de MONTESQUIEU a qualificação de insensatos e que, com o correr dos tempos e com a proporção a que a sujeição inicial e a depravação dos costumes lhes foi permitindo, tornaram a vida do estrangeiro intolerável e incompatível com a dignidade humana. Entretanto, sujeitos a essas graves restrições, e sob sucessivas e radicais reformas, esse regime em que predominava o principio da *personalidade das leis*, existiu por cinco séculos.

O feudalismo e o principio da territorialidade das leis

17. — Operou-se então na sociedade a profunda transformação imposta pelo advento do *feudalismo*. Como uma natural reação, consequente ao aferto do homem à terra, ao regime da *personalidade da lei*, sucedeu o

nacht eigen, e que representa a generalização de uma velha tradição britânica: — *two night gast, third night agen*, o que é muito interessante registrar porque, assim, como a Grã-Bretanha, pela sua posição de isolamento geográfico, foi muito pouco sensível às instituições que se iam firmando no continente e que se generalizavam pela imitação que a contiguidade das fronteiras facilitava, do mesmo modo muito pequena influência teve ela nas instituições continentais.

(48) Vide adiante, nota 50.

da absoluta territorialidade dela; depois do individualismo pessoal, dominante sob os bárbaros, veio o individualismo real, filho da concentração territorial. Não é mais a origem do indivíduo que determina a lei que o rege; mas o território, em que o indivíduo se encontra, que lhe impõe a aplicação de sua lei (49).

Tudo isso foi a consequência da concentração territorial; cada feudo tinha as suas divisas certas, assinaladas, fortificadas. Sem licença, nele não se entrava, nem dele se saía; quem nele estava, estava diretamente submetido à autoridade incontrastável do senhor; não era possível, sob tal regimen, admitir-se o reconhecimento de outra lei senão a que no território imperasse.

Como vimos, uma das causas da admissão do princípio da personalidade, que dominou no período das invasões bárbaras, foi um certo respeito que tinham os germânicos pelo direito dos estrangeiros, em harmonia com as necessidades de uma sociedade ainda não perfeitamente sedentária em território ainda não perfeitamente delimitado. Desde que essa sociedade se fixou, e esses limites territoriais se determinaram, e com o espírito de arraigamento que caracterizou o feudalismo, era natural que, uma vez restabelecida a relação absoluta entre o habitante e o solo, o princípio da personalidade da lei desaparecesse.

(49) BURGUNDUS, transcripto em BOUILLONIS, o disse na linguagem jurídica do tempo: *Persona naturae ad conditioni rei se ac-commodat. Bona personam non sequuntur. Sed personas ipsas ad se trahunt*. O solo tomou uma importância tão preponderante na vida social que, como disse MIGNER (*De la féodalité*, parte I, cap. 3), o homem era de algum modo possuído pela terra; e a condição humana, no conceito de LA FERRIÈRE, tornou-se um acessório do solo (*Histoire du Droit*, vol. 4, pág. 42).

Com a preocupação do domínio exclusivo desenvolvido em espírito legislativo dos senhores feudais; cada feudo editou suas leis, e desde então, os estrangeiros que habitavam um feudo não puderam mais invocar suas leis pessoais. Esses indivíduos deixaram de ser francos, burgueiros ou lombardos para serem simplesmente habitantes da terra que constituía o feudo, sujeitos obrigatoriamente à lei territorial, absoluta, dentro de seus limites, lei, que, assim como perde toda a sua eficácia além das fronteiras, não tolera a autoridade de outra na extensão de seus domínios. O homem que deixa um feudo fica liberto da ação de suas leis, para ficar automaticamente submetido às do outro território para o qual se passou. Tal regimen de absoluta territorialidade da lei, era a negação do direito internacional privado; não havendo possibilidade de aplicação de outra lei que não a territorial, estava de todo eliminada a possibilidade de conflitos ou colisões de lei.

Entretanto, apesar dessa sujeição absoluta do estrangeiro à lei local, não se lhe reconhecia a igualdade civil, que devia ser a natural consequência do regimen. Ao estrangeiro era então dada a denominação genérica de *aubain*. A todo aquele que se vinha estabelecer em outro lugar, que não o de seu nascimento, se exigia que prestasse um juramento de sujeição à autoridade do senhor feudal. Na falta desse juramento a pessoa e bens do estrangeiro ficavam sujeitos à livre disposição do senhor. Para atenuar esse rigor crearam-se o *droit d'aubaine*, e instituições semelhantes que, como aqui já foi assinalado, impuseram injustificadas restrições à livre propriedade dos bens.

Aquele direito que no português se traduziu em *albirnágio*, consistia na prerrogativa do senhor feudal de succeder aos estrangeiros mortos em seus domínios, sem filhos.

legítimos neles nascidos; à instituição correspondiam, entretanto, várias outras modalidades e aspectos, que alargavam suas aplicações.

Prerrogativa senhorial, disputavam-na a coroa e os barões, tendo sido atribuída ora a um, ora a outros, conforme as regiões em que a supremacia da autoridade residia no soberano ou nos senhores feudais. Mesmo dentro de um país, como na França, onde o regimen se implantou, não era uniforme a solução do caso, e, em algumas províncias, era o *droit d'aubaine* apanágio real, como em Orleans, no Poitou, na Normandia e, em outras, prerrogativa feudal, como na Touraine, no Anjou, no Maine (50). Em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil, êsses

(50) PAUL CAUVES, *Aubain* — In *La Grande Encyclopedie*. Essa instituição deprimente e insustentável à face dos princípios da razão e da justiça, persistiu quasi até nossos dias. Na França, durante a grande Revolução, a Constituinte, pelos decretos de 6 e 8 de Agosto de 1790, num impulso de entusiasmo a abolir "considerando que êsse direito era contrário aos princípios de fraternidade", que devem ligar todos os homens". E o Código Napoleão respeitou a generosa iniciativa.

Em outros Estados da Europa ela perdurou ainda, e causa assombro o recordar-se que alguns atributos de tal prerrogativa estiveram ainda ligadas à coroa da Bélgica, até meados do século passado, e só pelo ato de 12 de Maio de 1870 delas se despojou inteiramente a coroa inglesa.

Devo aqui registrar que em Portugal e, conseqüentemente, no Brasil, tais direitos sobre os estrangeiros jamais existiram (MIRÓ FREIRE, l. 2, tit. 2, Parágrafos 11 a 13; COELHO DA ROCHA, *Inst. de Direito Civil*, parágrafo 203; GUIMARÃES PEDROSA, *Introd. ao Estudo do Direito Internacional Privado*, n. 44, nota 36; ALVARO VIRELLA, *Direito Internacional Privado*, 1.º vol., n. 48, nota 1, página 175; PEREIRA DE BARROS, *Heranças Jacentes*, Rio, 1858; TERXEIRA DE FREITAS, *Consolidação das Leis Civis*, nota 231, a introdução, pág. CXXXII, da 3.ª edição; meu *Direito do Estrangeiro no Brasil*, notas 6 a 18.

direitos sobre os estrangeiros jamais existiram. Pouco foi, entretanto, para o abrandamento geral dos costumes, em relação aos estrangeiros, essa rebeldia do pequeno Portugal, que apenas testemunha o liberalismo humanitário dos seus remotos governantes.

Êsse regime, fruto do acanhado espírito desses tempos, imperou no continente europeu, em que consistia quasi todo o mundo civilizado de então, sendo a situação agravada pela circunstância de que o aferro ao solo e o rígôr

Disposições relativas ao direito de *aubainagem* e *detração*, ou a prerrogativas equivalentes da coroa, não se encontram nas Ordenações em que se recomplaram as leis do Reino. A circunstância de se haver consignado em velhos tratados a cláusula de abolição recíproca do *aubainage*, não induz que a instituição existisse em Portugal, como alguém pretende concluir, mas apenas faz certo que o Governo lusitano quis libertar seus súditos da prerrogativa vexatória nos Estados com quem negociou tratados e onde a instituição prevalecia. A verdade, porém, é que nem a expressão entrou para a lingua portuguesa, não a tendo registrado os dicionários, nem mesmo o Jurístico, de PEREIRA E SOUZA, apesar de a empregarem os civilistas.

Entre nós, se não nos veio pela sua introdução no direito regaliano da Metrópole, tal instituição não podia ter sido adotada, depois que a nós mesmos coube fazer nossas leis. E que o *aubainage* aqui nunca existiu, o declarou expressamente o Aviso de 30 de Setembro de 1846. De fato, desde os primeiros Tratados de 1826, 1827 e 1828, que o nascente Império celebrou com a França, Inglaterra e Estados Unidos, foram reconhecidos aos estrangeiros direitos incompatíveis com aquelles deploráveis restrições.

Isso mesmo ainda foi reconhecido pelo Aviso do Ministério de Estrangeiros de 8 de Agosto de 1873, onde se consideram as concessões feitas aos americanos do norte por aquele Tratado de 1828 como contrárias ao direito de *aubainage* (*Código das Relações Exteriores do Brasil*, n. 259, nota ao art. XI, do Tratado, pág. 28 da 2.ª parte; PEREIRA FORTO, *Tratados Internacionais*, vol. 2, pág. 397).

O Brasil, nascendo para o mundo político, incorporou-se desde o primeiro momento na comunhão internacional sob a inspiração dos seus princípios da liberdade e da igualdade moral e civil dos homens.

das leis senhoriais não facilitavam migrações de gente e relações de comércio.

Dominava, assim, o princípio da absoluta territorialidade das leis locais, e de leis múltiplas, correspondentes às circunscrições feudais (condados, baronias, castelanas, bispados) em que se fragmentaram as diversas nações sob a suzerania, essa mesma, em muita parte apenas nominal, dos Reis.

É evidente que, sob tal regimen, não se podia permitir ao estrangeiro a pretensão de invocar suas próprias leis. O magistrado, reflexo e órgão do poder senhorial, não conhecia senão a própria lei, elemento de prestígio da autoridade feudal.

Tudo isso se traduzia, como bem se compreende, em a negação do direito internacional privado. Entretanto, foi da fusão desses regimens, do precipitado desses elementos contraditórios, da diversidade das raças e da subordinação absoluta à lei territorial, que, do fundo da Idade Média, desse meio social fraccionado e tão cheio de intransigência e de egoismo, surgiu a intuição do princípio fundamental dessa disciplina jurídica que BROCHER, com referência mesmo a essa época da história da civilização, chamou a mais humanitária das doutrinas (51).

(51) BROCHER, *Cours de Droit International Privé*, vol. I, n. 25. Esses mesmos conceitos e a frase de BROCHER se encontram em FERNANDÉS PRADA, *Estudios de Derecho Internacional Privado*, pág. 216.

Evidentemente, como com tanto brilho expõe CAVELLIANI (*Op. cit.*, vol. I.º, pág. 263, n. 91), o sistema medieval da personalidade das leis, posto que seja em parte arálogo, é fundamentalmente diverso do da personalidade do *Direito Internacional Privado*, como o sistema da territorialidade, que o substituiu com o feudalismo, é intimamente diverso do sistema do mesmo Direito, que posterior-

O municipalismo e o reconhecimento do efeito extraterritorial das leis

18. — Como uma reação ao rigorismo territorial do regimen feudal, appareceu a instituição do *municipalismo*. Cidades e distritos se foram libertando do jugo feudo, e foi principalmente na península itálica, florescente pelo desenvolvimento econômico que lhe proporcionava a privilegiada posição geográfica, alongando-se entre os mares por onde então se fazia todo o comércio do mundo,

mente se estabeleceu, baseado na territorialidade das leis. A personalidade das leis, segundo a prática medieval, corresponde à aplicação de leis diversas aos habitantes do mesmo Estado que tenham origens diversas. A personalidade das leis do direito internacional privado corresponde, ao em vez disso, a uma ação extraterritorial das respectivas leis nacionais que em certa medida possam acompanhar os indivíduos além do território a que politicamente pertenciam. A territorialidade das leis de um certo Estado (concebida em opposição à personalidade no sentido medieval), é do mesmo modo intimamente diversa do sistema da territorialidade da lei, do Direito Internacional Privado, porque enquanto com a primeira expressão se pretende significar a aplicação de uma só lei de direito privado, a todos os indivíduos nos limites do território, com a segunda se pretende indicar a aplicação exclusiva, em cada território, da lei nacional, mesmo aos estrangeiros e a seus atos e relações jurídicas, mas limitadas àquelas relações que por sua natureza devam subordinar-se à lei local. Por isso e para evitar confusões, pensa o eminente internacionalista italiano que a personalidade medieval do direito dever-se-ia chamar, como a chamou GAUPP: — "sistema dos direitos particulares de raça" e a territorialidade do direito, que a substituiu, se deveria indicar pelas expressões: — unificação do direito privado, nos diversos países.

Correspondendo embora a conceitos diversos a aplicação daquelas princípios não concorreu menos para que se impuzesse em relação à applicabilidade das leis nacionais e estrangeiras um critério diverso que sofrendo, através dos tempos, a necessária influencia do espirito dominante, e assim apresentando sucessivas modificações, constituiu-se no fundamento dessa disciplina sob cuja proteção hoje se exerce a livre actividade dos homens em qualquer parte do globo.

foi na Itália, aglomerado de pequenos e irrequietos Estados, que esse sentimento de libertação se manifestou e se expandiu.

O desenvolvimento da liberdade individual no *regimen municipal* foi uma verdadeira reação contra a absorção do *feudalismo*. Ai, toda a autoridade residia no Senhor. No município, o povo começou a reviver as práticas dos tempos áureos de Grécia e de Roma, pressentindo, no fundo de sua secular submissão, a adormecida consciência de sua força. Chamando a si os predicados da soberania, o povo dos municípios se fez legislador, e nasceram os *Estatutos*, a regulamentação das leis especiais de cada cidade ou pequeno Estado (52).

Como havia uma lei comum vigente, que, em certos lugares, era o *direito romano*, em outros, o *direito germânico*, os *Estatutos* coexistiam com ela, provendo sobre os casos de que não tratava a lei geral ou sobre aqueles para que se arrogara competência privativa. De tal forma os *estatutos* eram lei puramente local e só eficazes no território respectivo; sob este ponto de vista o *município* e o *feudo* tinham o mesmo carater, com a profunda diferença, porém, de que no *município* não estavam sujeitas à lei territorial as relações de ordem pessoal dos indivíduos subordinados a *estatutos* de outra cidade. E a consequência de tal distinção foi que, mantido embora, o princípio da obrigatoriedade da lei local, se operou todavia, uma transforma-

(52) Os mais remotos *Estatutos* foram, nos séculos XII e XIII, o de Gênova, decretado em 1145; o de Pisa, em 1161; o de Ferrara em 1208; e o de Milão, em 1216. E nos *Municípios* a faculdade legislativa era tanto mais extensa e a lei tanto mais original, divergente das outras, quanto mais profundo e arraigado era o sentimento da autonomia da cidade.

ção na relação entre a lei e o indivíduo, atuando aquela sobre éste, diretamente, pela sua qualidade própria e não, indiretamente, como um reflexo do solo.

Por outro lado, a vida municipal, estimulando a expansão comercial, favorecida por várias circunstâncias próprias, promovia o desenvolvimento da atividade política. E, assim, ao mesmo tempo que a atividade comercial estebelecia o entrelaçamento recíproco dos povos vizinhos, das lutas políticas, que se sucediam para a conquista do mando supremo, decorriam numerosas deportações e exílios voluntários. Individualidades poderosas que, no dia seguinte, voltariam a ter opinião preponderante nos destinos da cidade, viam-se obrigadas a passar largos lapsos de tempo sob a proteção de cidades vizinhas. A tais pessoas respeitavam-se, naturalmente, os direitos próprios, e, de tal jeito, foi nascendo o *princípio do reconhecimento territorial das leis locais*. Eram, pois, o *comércio* e a *política* que mantinham e entretinham essa verdadeira situação de fluxo e refluxo de gentes de diversas cidades, vivendo, agindo, contratando, morrendo em cidades outras que não as suas próprias.

De baixo da influência de tais circunstâncias, fácil foi generalizar o princípio de que algumas leis se applicavam às pessoas mesmo fóra do território sobre que tais leis imperavam. Para isso concorreu grandemente a ação dos magistrados. Os juizes desse tempo, sob essa atmosfera, não podiam traduzir na jurisprudência o mesmo espírito do juiz feudal. Êles são agora delegados da soberania popular para administrar justiça; são um fruto dessa mesma liberdade ambiente; estão envolvidos nessas mesmas lutas que geram o comércio e a política; não podem

dementir a natureza das correntes sociais que lhes crearam a fôrça e lhes impulsionam a atividade.

O estrangeiro é um elemento indispensavel para a persistência e o progresso do movimento comercial da cidade. Não se pode, pois, deixar de lhe proclamar os direitos; e, à *lei pessoal* a que estava subordinada a atividade civil do indivíduo, se reconheceu *eficácia exterritorial*.

Nascimento e desenvolvimento do Direito Internacional Privado

19. — Assim, da fusão de todos êsses elementos, da concorrência de todas essas circunstâncias, da lenta elaboração destas transformações do espírito público, desprende-se do fundo da Idade Média o principio fundamental do *Direito Internacional Privado*.

Do fato de se reconhecer que certos estatutos tinham aplicação exterritorial, nasceu a necessidade de se pesquisar e declarar quais as leis que participavam de tal natureza e quais as que deviam ser necessariamente observadas em seus respectivos territórios; ou, em outros termos, proceder à discriminação das leis que deveriam atuar continuamente sobre o indivíduo, onde quer que êle estivesse, como se as trouxesse consigo *sicut lepra curi*, daquelas a que êle estaria necessariamente subordinado pelo fato de se encontrar no território de seu império.

Desse inquerito, que as circunstâncias impuzeram aos juriconsultos, originou-se a classificação dos estatutos em *personais e reais*, de que, depois, se destacou a classe dos *mixtos*, classificação baseada na doutrina que se chamou a *Teoria dos Estatutos*, e que, durante muitos séculos, orientada pelos critérios vários com que o espírito dos tem-

pos se refletia nas civilizações, constituiu mesmo o que se denominou depois — *Direito Internacional Privado*.

Essas mesmas idéias, dominantes nos lugares onde prevalecia o regimen municipal, impuzeram-se igualmente, com todas as suas consequências, nos domínios do feudalismo. Êste, enfraquecido seu prestígio territorial pela consolidação da autoridade dos reis, legou à Idade Moderna, como sobrevivência de seu regimen, a fragmentação das leis de cada Nação nos diversos estatutos, *costumes* (*coutumes*) e *fóros locais*. Só em França, ao tempo de se unificar o Direito para redação desse monumento que é o Código Napoleão, se apurou que existiam mais de 300 *coutumes* diversos.

A aplicação da *teoria dos estatutos*, não subtraindo os indivíduos ao império de suas leis naturais, abrandou sensivelmente o rigor da situação que o territorialismo creava para os estrangeiros. À autoridade daquelas leis a que se reconhecia carater rigorosamente obrigatório, estavam os estrangeiros sujeitos, como ocorre ainda hoje, apesar do caminho que tem feito nas sociedades modernas, o respeito à liberdade humana e aos direitos adquiridos.

Quanto às outras leis, porém, às *personais*, a que deviam naturalmente estar sujeitas certas relações jurídicas, o indivíduo tinha o direito de invocar sua applicabilidade, onde quer que se encontrasse; tais leis iam com êle em suas peregrinações terrenas, como termos dito, incorporadas à sua personalidade.

Isso não era ainda, certamente, a realização do ideal; já era, porém, um grande elemento de segurança para a efetividade do direito na órbita civil. Veiu depois o movimento para a unificação dos direitos nacionais, despertada pela realização da unidade nacional, que não se compade-

cia com êsse complicado e dificultoso sistema de fragmentação do direito, gerando confusões, criando injustiças e desigualdades.

20. — Como consequência dessa grande transformação na ordem moral, que foi a substituição de um regime por outro, deu-se também uma transformação no regime de propriedade. Um dos traços característicos do feudalismo foi uma singular confusão do direito público com o direito privado, da soberania com a propriedade. Assim como, em relação àquele, se veio formar uma hierarquia de poderes assentados uns sobre os outros, e apoiando-se em uma nova repartição do solo, do mesmo modo a propriedade teve de se dividir em diversas camadas, a cada uma das quais se ligaram algumas das funções governamentais ou sociais. E assim como ali se manifestavam diversos graus de autoridade e de sujeição para cima e para baixo, na ordem da suzerania, como na da vassalagem, de um lado até o rei, de outro até o servo da gleba, do mesmo modo a propriedade privada sofreu graduações, desmembrações no domínio, de onde nasceram as subtilidades e complicações do feudozim, dos vínculos e dos censos.

O feudo tinha por base a *propriedade do solo*. O município, assentava na actividade política, industrial e comercial da população. A vida municipal redimiu a personalidade humana da tirania do feudo. O burguês substituiu o servo da gleba. O espírito de liberdade, da expansão comercial gerou a criação do burgo livre e industrial, onde se desenvolveu a propriedade movei, oposto ao rigor imobiliário do feudo (53). E, para servir de instrumento a

(53) CONTUZZI, cit., n. 15.

toda essa vitalidade de expansão econômica, inventou-se a *letra de câmbio*, com a qual se operava comodamente a transmissão de fundos, de uma terra a outra.

Estava travada a luta. O feudo resistia à invasão do liberalismo cosmopolita, e por muitos séculos coexistiu com a vida municipal. E dessa luta surge, como o mais belo produto da alquimia medieval, o renascimento das instituições sociais, políticas e jurídicas da humanidade.

A igualdade civil dos estrangeiros e nacionais

21. — A França deu nessa época, o exemplo e tornou a dianteira desse movimento unificador, promulgando, em 1804, o Código Civil a que deu o nome do grande guerreiro que lhe guiava os destinos (54).

(54) Portugal foi o primeiro Estado moderno que promoveu a unificação e Consolidação sistemática de suas leis locais, com a promulgação das *Ordenações do Reino*, iniciada em 1211, sob Alfonso II.

Essas Ordenações, três vezes revistas e reformadas, foram, na parte relativa ao direito civil, lei no Brasil, até a vigência do Código Civil, em 10 de Janeiro de 1917.

Nesse dia, o Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros realizou uma sessão solene para comemorar o magno acontecimento, e nela o A. deste livro, como Presidente do Instituto, no discurso que pronunciou, disse sobre as velhas *Ordenações*, o seguinte: "Seria certamente injusto e condenável que assistissemos à desautorização do velho monumento legislativo que nos legaram nossos maiores, e sob cujas regras se organizou e viveu até hoje a sociedade brasileira, impassíveis, sem as palavras de gratidão e louvor que evidentemente merece.

"As *Ordenações Filipinas*, promulgadas em 1603, sob Filipe III, em plena dominação espanhola, e por isso, para as limpar da natural suspeição, revalidadas e confirmadas em 1643, depois da restauração de Portugal, por um decreto de D. João IV, as *Ordenações Filipinas* são uma revisão, profundamente modificada pelas inspirações do tempo e novas necessidades da realza, das anteriores compilações, a

O Código Napoleão, reunindo num só corpo a in-forme multiplicidade de leis locais (*coutumes*) que, con-

Afonso, promulgada sob Afonso VI, em 1146 (remate já de uma longa elaboração iniciada em 1211, e precipitada pelo não dos juristas patriotas, tendo João das Reças à frente, de se libertarem da obrigatoriedade do Código Castelhana das Sete Partidas, mandado publicar em Portugal, por D. Diniz) e a *Magna Carta*, cuja edição definitiva foi promulgada em 1215.

As Ordenações, são, pois, em sua unidade, o mais velho monumento integral da legislação, depois da *Codificação Justiniana*, e mesmo em seu último estado, sob o aspecto de *Código Filippino*, são anteriores ao *Código Dromarquês* que, aliás, BENTHAM apresenta como o mais antigo da Europa. Frito de grande sabedoria aliado ao perfeito sentimento dos interesses da sociedade, na parte relativa ao direito civil, puderam resistir aos séculos e enfrentar sobranceiramente as legislações contemporâneas.

Sob sua autoridade (que mesmo em Portugal já desaparecera em 1807, com a decretação do Código Civil), vivemos nós até ontem, e essa autoridade permitiu e estimulou, entre nós, o sentimento da solidariedade da família, a garantia da atividade individual, o respeito aos direitos de propriedade e as estipulações dos contratos.

Nesta hora extrema de sua vida multiseular, saudamos, com todo o respeito de que se fizeram credoras, as velhas *Ordenações de Torre de Cabeda*, cuja sabedoria, mesmo depois da perda de sua eficácia legal, continuará por certo a presidir o desenvolvimento de nossa vida privada, porque, em essência e fundamentalmente é ainda o seu espírito que domina, sob muitos aspectos, no Código Civil" (*Revisão Jurídica*, vol. 5, pág. 7).

Em Espanha também cedo se manifestou movimento de concentração legislativa. Ao *Código Visigótico*, redigido sob o Rei Egiza (687-701) e que tomou o nome castelhana de *Fuero Juzgo*, sucede com a invasão árabe o regimento dos estatutos provinciais e costumes locais, regimem a que se seguiram os esforços no sentido de se chegar àquela concentração, esforços, que datam já da publicação do *Fuero Viejo* também conhecido pelo nome de *Estatuto de Burgos* ou de *Castella*. Logo lhe sucederam as *Compilações do Rei Afonso*, o *Sábio*, a saber o *Fuero Real* ou *de las leyes* e as célebres *Sete Partidas*. O reino de Trabela e de Fernando não é menos fecundo; são nele publicados as *84 Leyes de Toro* (7 de Março de 1505). Emfim Filipe II promulga a vasta *Recopilación de las Leyes* de que, sob seus sucessores, onze revisões foram publicadas (BARCSON, *Albergu His-tórico*, cit. pág. C).

juntamente com o fundo comum do direito, regiam a vida jurídica da Nação, não desprezou o devido respeito ao direito do estrangeiro. Todavia, a admissão do estrangeiro ao gôzo dos direitos civis concedidos aos nacionais ficou ainda subordinada, em relação aos que não eram autorizados a fixar domicílio no país, ao princípio da *reciprocidade legislativa* (55).

(55) Esse Código que surgiu no início de um período novo na vida social e jurídica dos povos, foi promulgado no ano de 1804, e a ele, pela influência que teve o então Imperador dos Franceses, na área de sua contecção, como na sua própria elaboração, foi dado o nome de *Código Napoleão*.

A esse monumento de sabedoria, Napoleão, exilado, considerava como o mais duradouro padrão de sua glória; conta-se que ele exclamara em Santa Helena: — "Minha glória não está em haver ganhado quarenta batalhas; Waterloo apagará a lembrança de tantas vitórias... mas o que nunca se extinguirá, o que viverá eternamente, é o meu Código Civil".

Já esse caracter de perenidade havia sido assinalado por BROCOTRE PREAMENY, um dos redatores do Código, quando em 1807 proferiu ao Corpo Legislativo dar-se ao Código o nome de Napoleão. Dele disse então: "é uma obra definitiva; é, se eu me posso assim exprimir, uma espécie de arca santa, pela qual nós daremos aos povos vizinhos o exemplo de um respeito religioso" (LORCÉ, *La Législation Civile, Commerciale et Criminelle de la France*, vol. I, pág. 112).

Essa obra atravessou o século e nela foi, de modo tão superior, aproveitado o que a história havia ensinado ser a conveniência da humanidade na esfera de sua vida civil, que não se converteu no que os códigos estão naturalmente destinados a ser, pela rígida consistência com que revestem as idéias do momento, um obstáculo ao desenvolvimento natural do direito, sempre em marcha.

Tal foi, entretanto, a sabedoria posta na contecção do Código Napoleão que ele teve a necessária maleabilidade para resistir aos embates das teorias diversas e contraditórias que agitaram o pensamento humano até nossos dias, por anos de permanente agitação.

É tudo isso decorreu naturalmente do fato de que o texto, sendo talho, foi entendido à luz do espírito de cada tempo. No discurso de BARRIS-Beaupré, Presidente da *Cour de Cassation de Paris*, na sessão de 1820, com que o foro francês celebrou o centenário do Código, lê-

A matéria, nesse Código foi regulada pelo dispositivo do artigo 3, que consagra os princípios fundamentais da *teoria dos estatutos*, ressalvada, em primeiro lugar, a territorialidade das disposições consideradas de ordem pública e ali definidas como *leis de polícia e de segurança*. E assim que sancionou a divisão das leis em *reais e pessoais*, dispondo que "*os imóveis, mesmo possuídos por estrangeiros, fossem regidos pela lei francesa*" (estatuto real) e *que as leis concernentes ao estado e capacidade das pessoas (estatuto pessoal) regessem os franceses mesmo residindo em país estrangeiro*.

Na última parte do artigo, como se vê, foi consagrado o princípio da *personalidade da lei*, assegurando ao indivíduo a continuidade dos direitos pessoais; o texto francês, porém, apenas regulou a matéria por metade, referindo-se tão somente aos *franceses residindo em país estrangeiro* e deixando de fazer aplicação do princípio aos *estrangeiros residentes em França*, como teria sido lógico.

Quanto a estes, os estrangeiros residentes em França, o Código fez a distinção entre os que em seu território se encontravam transitóriamente e os que aí estabelecem o seu domicílio, para conceder, aos primeiros, apenas o *gôzo dos mesmos direitos que aos franceses concedessem*

se esta frase memorável: "O juiz não deve se deter obstinadamente em procurar qual foi, há cem anos, o pensamento dos autores do Código; ele deve perguntar a si próprio qual seria esse pensamento dos autores do Código se o mesmo artigo tivesse sido redigido por esses mesmos autores".

Em esse simples modo de entender o texto está o segredo da consiliação dos princípios do Código com a transformação das idéias; os textos permanecem, mas o sentido se vai modificando à feição do espírito do tempo.

regulados com sua própria nação, (reciprocidade diplomática) (56) e aos segundos (aqueles a que se tenha permitido estabelecer domicílio em França), outorgar o gôzo de todos os direitos civis emquanto continuarem a ali residir (57).

Como quer que seja, porém, o princípio liberal, conquistado através de tão dolorosas vicissitudes, havia sido consagrado num texto de lei (58) que se expandiu, não só porque o Código Napoleão se tornou lei em diversas partes da Europa, como porque seus princípios tiveram assinalada influência na elaboração de outros Códigos (59).

(56) Vide Cap. 3, Sec. 1.^a, n. 52.

(57) É o dispositivo do art. 13 que foi modificado pela lei de 221 de Junho de 1889, assim concebido: "O estrangeiro que houver sido autorizado por decreto a fixar seu domicílio em França adquirará de todos os direitos civis".

(58) É o dispositivo do art. 11.

(59) É notória a influência que o Código Napoleão exerceu na remodelação da legislação civil no mundo, nessa época, do primeiro quartel do século passado em que, após a determinação dos Estados europeus pelo Tratado de Viena e a emancipação das colônias sul-americanas, a oficina legislativa universal entrou na sua fase de maior atividade.

Acrece que, além da influência reflexa que da codificação francesa se manifestou na reforma legislativa de quase todo o mundo, a lei, pode-se dizer, apenas ficou estranho o direito anglo-saxão, o próprio texto francês foi lei em grande parte da Europa. Na Bélgica, Luxemburgo, no Palatinato, na Prússia Renana, no Hesse Darmstadt, em Genebra, na Saboia, no Piemonte e nos Ducados de Parma e Plaisance, o Código entrou em vigor desde sua promulgação em França porque esses países lhe estavam anexados pelo Tratado de Viena, de 1802.

Posteriormente, as conquistas de Napoleão foram estendendo os limites de seu Império e foi o Código Napoleão imposto à Itália, pelo Decreto de 30 de Março de 1806; à Holanda pelo de 18 de Outubro de 1810; aos Departamentos Hanseáticos pelo Senatus-Consulto de 2 de Dezembro de 1810; e ao Grão Ducado de Berg, pelo Decreto

Dessa fórmula o principio da igualdade civil do estrangeiro se foi impondo aos legisladores futuros, perdendo injustificadas restrições e veiu a incorporar-se, enfim, como um dogma civilizador, ao patrimônio das liberdades communes. E assim, a difusão dos principios do Código Napoleão contribuiu para pôr termo a essa longa evolução, que, pela continuada successão de horrores e tristezas que a constituiram, evidenciam a justeza do conceito de TARDÉ (60), de como é enganador o sentido dessa palavra *evolução*. "Essa palavra é tão doce de pronunciar, diz elle, que se lhe dá naturalmente a idéia de um escoamento sobre areia, sem obstáculos nem paradas. Mas, se lhe entrarmos nos detalhes, percebemos que é puramente imaginária essa fluidez, essa continuidade aparente assim emprestada às séries successivas de mutações."

A conquistista, porém, como já disse, não havia sido integral, uma vez que o Código Napoleão, sujeitava a vida civil do estrangeiro à *reciprocidade diplomática*.

Diga-se, desde logo, entretanto, que em tal situação, mesmo independentemente da *reciprocidade diplomática*,

de 17 de Dezembro de 1811. Outros países ainda o adotaram voluntariamente; tais o Reino de Westphalia, em 1.º de Janeiro de 1808; o Hannover, pela sua anexação à Westphalia, em 1810, os Grãos-Ducados de Baden, de Frantfort e de Nassau, vários cantões suíços, a cidade livre de Dantzig, o Grão Ducado de Varsóvia, as Províncias Ilírias, constituidas depois de 1816, em Reino da Ilíria, o Reino de Nápoles, em 1808.

O Código Napoleão exerceu no mundo influencia que só poder ser comparada à da codificação romana que perpetuou o nome de Justiniano; e foi talvez pensando em Justiniano, de cujos atos como Imperador na guerra e na paz, já ninguém se occupa, que Napoleão confiava mais, para a glória de seu nome, na obra pacifica da codificação das leis, do que no brilho e na estrondosa repercussão das victórias e conquistas.

(60) *Les Transformations du Droit*, Paris, 1893, pág. 163.

estava o estrangeiro a coberto de vexames e dependências que haviam acentuado, marcadamente, em tempos anteriores, a diversidade entre nacionais e estrangeiros. A livre estadia, a faculdade de adquirir direitos, de fixar domicilio, a livre actividade em país estrangeiro, subordinando-se, estas respectivas disposições regulamentares, e, tudo, ao principio superior do respeito à ordem pública e aos bons costumes, foram permitidas, como já o haviam sido desde a célebre *Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen*, votada pela Assembléa Nacional em 1789. A condição de *reciprocidade* foi apenas estabelecida quanto à admissão ao gozo dos direitos civis concedidos pelas leis aos nacionais. E essa condição restritiva se generalizou, como foi visto e, pode-se dizer que, de um modo geral, prevaleceu até que o Código Civil Italiano, promulgado em 1865, quando se operou o movimento de unificação politica da península itálica, proclamou de modo inequívoco e completo o principio da igualdade civil de nacionais e estrangeiros. De fato o artigo 3.º desse Código estatuiu formalmente: *o estrangeiro é admitido ao gozo dos direitos civis attribuidos aos italianos*, estabelecendo ainda esse Código, em sua parte preliminar, todo um sistema de regras de *direito internacional privado* (61). E' preciso assinalar, entretanto,

(61) Fazendo resultar "o sentimento de humanidade e de fraternidade que cada dia mais se difunde entre os povos civilizados" e em nome do qual a Itália, primeiro que outra qualquer nação "convidou a todos os homens pertencentes às nações civilizadas a participarem dos direitos dados a seus nacionais", o eminente GABBA, em notavel *Memoria*, denominada — *Introdução ao Direito Civil Internacional Italiano* e cuja primeira parte appareceu nos annos da *Real Accademia dei Lincei*, em 1906, tricesimo terceiro anno de sua existencia, disse que tal principio, canon geral que a legislação italiana

e com pesar, que o novo Código Civil da Itália, cujo Livro Primeiro foi aprovado pela lei de 12 de Dezembro de 1938 para entrar em vigor em 1.º de Julho de 1939, subordinou, por disposição de seu art. 4.º, a igualdade civil de italianos e estrangeiros à condição de reciprocidade e a outras restrições que as leis estabeleçam.

A restrição do Código Francês, todavia, mesmo em França, onde primeiro se concretizou em lei, nunca foi entendida ao pé da letra. Nem o poderia ter sido porque êsses tratados, base da *reciprocidade diplomática*, foram ali

fôra a primeira a proclamar, não o havia sido ainda por outra qual-quer legislação.

Com tal afirmativa esqueceu, injustamente, o preclaro civilista, os velhos Códigos Civis do Cantão de Berna (1820) e o de Holanda (1839), que já continham dispositivos correspondentes.

Registre-se que êste mesmo princípio havia sido defendido desde cedo e muito anteriormente à promulgação do Código Italiano, por notáveis juristas consultos franceses como, entre outros, DEMANGEAT, *Histoire de la Condition Civile des Etrangers en France*, n. 56, págs. 248 e segs.; VALÉRY, *Explication Sommaire du Livre Premier, du Code Napoléon*, págs. 407 e segs. e GAY que, em um estudo sobre — *La Législation Civile en o novo Reino da Itália* (*Revue Historique de Droit Français et Etranger*, vol. XXVI, pág. 72), faz votos para, que “ce principe si longtemps méconnu, formera bientôt le droit commun des nations civilisées”, observando êle que se estende cada vez mais pelas legislações europeias sendo que ao tempo em que estava escrevendo havia sido inserido no projeto de Código Civil da República Argentina.

A êsses votos aderiu de boa vontade, DEMOROMBY, de onde tomo a referência (*Code Napoléon*, vol. 1.º, n. 240, pág. 366).

Feitas essas observações, é necessário, entretanto acentuar com pesar, como já foi dito no texto, as modificações fundamentais por que vêm passando os princípios básicos do direito sob a ação dos problemas políticos que tem agitado o mundo, provocando as maiores guerras da história, levaram a própria Itália a mudar de orientação em relação ao princípio da igualdade civil de cidadãos italianos e estrangeiros que ficou subordinada à reciprocidade.

celebrados em pequeno número e não o foram justamente com os países vizinhos da França e cujos nacionais estavam em relações mais frequentes com os franceses. Desse modo, a aplicação rigorosa do princípio teria praticamente excluído, de modo completo, o estrangeiro do gôzo dos direitos civis e, consequentemente, de seu exercício, de onde podem decorrer os conflitos de lei, e, entretanto, assim não foi, como se vai vêr.

Para resolver o caso, na falta de tratado, a opinião autorizada dos juristas se dividiu a princípio em duas correntes opostas: — a que nega aos estrangeiros o gôzo daqueles direitos que lhe não houvessem sido expressamente reconhecidos pela lei, e a que entendia que os estrangeiros realmente não eram excluídos senão do gôzo daqueles direitos que a lei expressamente lhes negasse (62).

A jurisprudência, porém, não adotou nenhuma dessas soluções extremas. É certo que a princípio se inclinou a recusar aos estrangeiros o gôzo de certos direitos pela simples razão de não lhes haver a lei concedido. Esse ponto de vista modificou-se, porém, orientando-se ela então por uma terceira opinião baseada na distinção, muito pouco precisa, aliás, de *direitos naturais* e *direitos civis*, por força da qual se permitia ao estrangeiro o gôzo daqueles direitos geralmente reconhecidos por todos os povos civilizados (e assim devendo caber a todos os indivíduos sem distinção de nacionalidade), e se lhe negava aqueles direitos que podiam ser tidos como criação da lei positiva

(62) A exposição dessas correntes de opinião e a indicação dos autores que se filiaram a cada uma delas se encontram sinteticamente feitas em AUBRY & RAU, *Cours de Droit Français*, 5.ª edição, vol. 1.º, parágrafo 78, págs. 493 e segs.

(e assim, só applicaveis aos franceses, diretamente subordinados à autoridade dessas leis). Era, como se vê, um rejuvenescimento do *jus gentium* dos romanos opôsto ao direito positivo recolhido no Código, *jus civile*.

E tal teoria prevaleceu e nela, pode-se dizer, quasi casuisticamente, se fundou a jurisprudência francesa, que influenciada nos últimos tempos pelos progressos do direito internacional privado, no ponto de vista de certas regras, convertidas em lei ou apoiadas pelo voto de associações internacionais ou pelo prestígio de autorizadas opiniões individuais, se tem firmado no sentido mais liberal (63).

O problema no Brasil

22. — No Brasil, é bem sabido até que ponto o espírito liberal do legislador constituinte de 1891 levou as consequências desse princípio de fraternidade humana. Aliás, a perfeita igualdade cível, reconhecida aos estrangeiros residentes no Brasil, pelo art. 72 da primeira Constituição republicana, é o termo lógico a que devia conduzir o mesmo espírito que fez com que a coleção das leis propriamente brasileira, isto é, decretadas no Brasil para o Brasil, se inaugurasse com a Carta Régia de 28 de Janeiro de 1808, pela qual o Príncipe Regente, chegado à Baía, franqueou os portos do país ao comércio estrangeiro, declarando "suspensas e sem vigor todas as leis, cartas régias, e outras ordens que até então proibiam no Estado-

(63) PIERRE, *Traité Pratique de Droit International Privé* (1.º vol., n. 156, págs. 315 e segs.), faz uma exposição minuciosa de jurisprudência francesa sobre a matéria.

do Brasil o comércio recíproco e navegação entre seus vassallos e os estrangeiros".

Aquele princípio constitucional deu applicação ao artigo 3 do Código Civil, nestes termos: "A lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e gôzo dos direitos civis", sendo claro que, com essas expressões — *aquisição e gôzo* — quiz o Código referir-se ao *gôzo e exercício* daqueles direitos, sendo *aquisição* a faculdade de *adquirir* direito e *gôzo* desse direito de *aquisição*, o *exercício* d'elle (64).

Entretanto, a nova Constituição de 16 de Julho de 1934, já substituída pela Carta outorgada pelo governo, de 10 de Novembro de 1937, acompanhando, aliás, o acentado movimento de nacionalismo que se impôs aos legisladores de todo o mundo, nos tempos que se seguiram à grande guerra mundial, e que mais e mais se generaliza e accentua, expressa uma revivescência do sentimento nativista, por fôrça do qual foram excluídos de muitos direitos, mesmo de ordem privada e profissional, individuos que não sejam *brasileiros natos*. E tais princípios foram mantidos pela Carta de 1937.

Desses novos textos decorreu que o princípio da igualdade civil entre brasileiro e estrangeiro que, como foi assinalado em páginas deste livro, havia em nossa legislação sido amplamente aceite, foi profundamente afetado. E, muito embora a *enumeração dos direitos e garantias individuais*, constante dos diversos números do art. 113 da Constituição de 1934, como a do art. 122 da Carta de

(64) Sobre a distinção entre *gôzo e exercício* de direitos, ver adiante o n. 26 do Capítulo 2.º

1937, começasse pela adoção do princípio de que todos são iguais perante a lei, e houvesse sido subordinada, como o fizera a primeira Constituição republicana (art. 72) à declaração de que tais direitos e garantias eram assegurados a *brasileiros e estrangeiros residentes no país*, a verdade é que a muitos respeito a desigualdade de direitos foi expressamente estabelecida.

Assim é que os estrangeiros, mesmo naturalizados, foram excluídos do exercício de direitos e faculdades a que juridicamente tinham direito, em virtude do princípio de geral admissão (e que a lei brasileira havia adotado) (65), da equiparação do estrangeiro naturalizado, ao nacional, a partir do ato da naturalização quanto ao gozo de todos os direitos civis e políticos e ao desempenho de quaisquer cargos ou funções públicas, salvo, em relação a este último ponto, algumas restrições de caráter político.

Pela Constituição de 1891, revista em 1926, o naturalizado podia ser eleito senador após 6 anos de naturalização e deputado após 4 anos. Pela Constituição de 1934 (artigos 24 e 89), só o *brasileiro nato* pôde ser eleito para qualquer dos ramos da representação nacional. E ficaram ainda os *naturalizados* excluídos da investidura de Ministro de Estado (art. 59, par. 1.º) e do exercício das funções judiciais federais (arts. 74 e 80). Nem podem, como sacerdotes, praticar assistência religiosa nas expedições militares (art. 113, n. 6).

No domínio da atividade privada a desigualdade do mesmo modo se acentuou por isso que:

a) — só *brasileiros natos* podem ser proprietários armadores e comandantes de navios nacionais, cuja tripulação deve ser, na proporção de dois terços, pelo menos, de *brasileiros natos*. Não podem ser *práticos de barras, portos e lagos* (art. 132). Esta restrição não se aplica aos *naturalizados* que, na data da Constituição, já estivessem exercendo as respectivas profissões (art. 21 das Disposições Transitórias);

b) — só *brasileiros natos* podem exercer profissões liberais, sendo esse exercício facultado ao *naturalizado* que já as exercesse legitimamente, na data da Constituição, nos casos de reciprocidade internacional, admitidos em lei, ou quando haja prestado serviço militar ao Brasil (art. 133). E, para cortar o mal pela raiz, não é permitida, quanto aos diplomatas profissionais estrangeiros, a revalidação pelos institutos brasileiros de ensino;

c) — só *brasileiros residentes no Brasil* podem constituir a maioria da administração das empresas concessionárias ou contratantes, sob qualquer título, de serviços federais, estaduais ou municipais, bem como somente a *brasileiros* podem tais empresas delegar poderes de gerência (art. 136-A);

d) — só o *brasileiro*, não sendo proprietário rural ou urbano, adquirirá o domínio do solo, mediante sentença declaratória devidamente transcrita, se ocupar por dez anos contínuos, sem oposição ou reconhecimento do domínio alheio, um trecho de terra até 10 hectares, tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo nela sua moradia (art. 125);

e) — só o *brasileiro nato* pôde exercer a responsabilidade principal e da orientação intelectual ou administrativa

(65) Art. 2.º do Regulamento aprovado pelo Dec. n. 6.948 de 14 de Maio de 1908.

tiva de imprensa política ou noticiosa, sendo que estrangeiros não podem ser proprietários ou acionistas de empresas jornalísticas, políticas ou noticiosas (art. 131);

f) — só a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil podem ser feitas autorizações ou concessões para aproveitamento industrial de minas, jazidas minerais bem como de quedas d'agua e de energia hidráulica (art. 119). Além destes princípios que entendem diretamente com o indivíduo, prescreve ainda a Constituição outros princípios sob a influência do sentimento nativista.

É assim que

I — determinou a nacionalização progressiva:

- a) — dos bancos de depósito (art. 117);
- b) — das sociedades de seguro (art. 117);
- c) — das minas, jazidas minerais e quedas d'agua ou outras fontes de energia hidráulica, julgadas básicas ou essenciais à defesa econômica ou militar do país.

II — Restringiu a imigração, dispondo que a entrada de imigrantes no território nacional sofrerá as restrições necessárias à garantia da integração étnica e capacidade física e civil do imigrante, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinco anos (art. 121, parágrafo 6.º).

Todas estas restrições foram mantidas por diversos dispositivos da Carta Constitucional de 1937.

Ainda sob esse aspecto outras restrições têm sido feitas por diversos regulamentos e decretos-leis expedidos pelo Presidente da República no regimen instituído em 1937, estabelecendo regras e exigências para a entrada de estrangeiros no país e permanência nele dos já aí existentes (66).

(66) Os principais atos são os seguintes: — Dec. n. 389 de 25 de Abril (Regula a nacionalidade brasileira). — Consolidação da matéria: — Dec.-Lei n. 406 de 4 de Maio de 1938 sobre entrada de estrangeiros no território nacional. Dec. n. 3.010 de 20 de agosto de 1938. Dá regulamento ao Dec.-Lei n. 406 de 1939.

O Ministério das Relações Exteriores, publicou um volume de Legislação sobre Estrangeiros, consolidada e atualizada pelo Dr. MAURICIO WEINISCH.