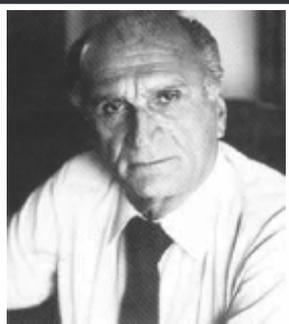


Mestres do Direito do Pará - Século XX

OTÁVIO MENDONÇA

**ASPECTOS DA
ORDEM PÚBLICA
EM DIREITO
INTERNACIONAL
PRIVADO**





Nascido em Belém do Pará, em 12 de março de 1921, **Otávio Mendonça** foi, reconhecido à unanimidade, um dos maiores juristas brasileiros, honrando as tradições culturais do Estado do Pará. Membro de uma tradicional família cametaense, onde se destacaram o Intendente Municipal de Belém, Virgílio de Mendonça e seu pai Deodoro de Mendonça, uma das mais notáveis personalidades da vida paraense na primeira metade do século passado (foi Prefeito de Cametá, Promotor Público em Belém e Deputado Federal por 7 legislaturas). Formou-se pela Faculdade de Direito do Pará no ano de 1943 e, desde então, dedicou-se integralmente à advocacia e ao magistério, notabilizando-se no exercício de ambas. Na Universidade Federal do Pará foi professor catedrático de Direito Internacional Privado. Sua tese para a titularidade da cátedra, defendida em 1955, é o objeto deste livro. Foi Mestre, também, em Direito Agrário e Direito Ambiental, como um profundo conhecedor das questões e realidades amazônicas. Ao longo de sua vida publicou diversos artigos e livros e, como orador magistral que era, proferiu incontáveis conferências e discursos sobre os mais variados temas.

Mestres do Direito do Pará - Século XX

OTÁVIO MENDONÇA

**Aspectos da
Ordem Pública em
Direito Internacional
Privado**

ISBN: 978-65-992758-5-2

Mestres do Direito do Pará - Século XX

OTÁVIO MENDONÇA

**Aspectos da
Ordem Pública em
Direito Internacional
Privado**

Belém - PA

2023

IEL



DIRETORIA DA APLJ – 2021/2023

THADEU DE JESUS E SILVA

Presidente

JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

Vice-Presidente

RAIMUNDO WILSON GAMA RAIOL

Secretário-Geral

MARTA INÊS ANTUNES LIMA

Secretária Adjunta

BENEDITO WILSON CORRÊA DE SÁ

Tesoureiro

JÚLIO VICTOR DOS SANTOS MOURA

Bibliotecário

COMISSÃO EDITORIAL DA COLEÇÃO “MESTRES DO DIREITO DO PARÁ - SÉCULO XX”

Thadeu de Jesus e Siva - APLJ

Milton Augusto de Brito Nobre – APLJ

Clóvis Cunha da Gama Malcher Filho – APLJ

Jeferson Antonio Fernandes Bacelar – APLJ

Walbert Monteiro - Academia Paraense de Letras - APL

ACADEMIA PARAENSE DE LETRAS JURÍDICAS - TITULARES

CADEIRA 01 – ACYLINO DE LEÃO RODRIGUES
TITULAR: PAULA FRASSINETTE DA SILVA MATTOS

CADEIRA 02 – ALARICO BARATA
TITULAR: JORGE ALEX NUNES ATHIAS

CADEIRA 03 – ALCINDO COIMBRA DE AMARAL CACELA
TITULAR: CLOVIS CUNHA DA GAMA MALCHER FILHO

CADEIRA 04 – ALDEBARO CAVALEIRO DE MACEDO KLAUTAU
TITULAR: RÔMULO JOSÉ FERREIRA NUNES

CADEIRA 05 – ANTONIO DE OLIVEIRA MELLO
TITULAR: BENEDITO WILSON CORRÊA DE SÁ

CADEIRA 06 – ANTONIO GONÇALVES BASTOS
TITULAR: CESAR MATTAR JR.

CADEIRA 07 – ANTONIO KOURY
TITULAR: FRANCISCO CAETANO MILÉO

CADEIRA 08 – ARNALDO VALENTE LOBATO
TITULAR: CÉLIO SIMÕES DE SOUZA

CADEIRA 09 – ARTEMIS LEITE DA SILVA
TITULAR: HAROLDO GUILHERME PINHEIRO DA SILVA

CADEIRA 10 – ÁLVARO ADOLPHO DA SILVEIRA
TITULAR: FERNANDO FACURY SCAFF

CADEIRA 11 – AUGUSTO RANGEL DE BORBOREMA
TITULAR: ANTONIO JOSÉ MATTOS NETO

CADEIRA 12 – CÁSSIO PESSOA DE VASCONCELOS
TITULAR: PEDRO BENTES PINHEIRO FILHO

CADEIRA 13 – CURSINO LOUREIRO DA SILVA
ÚLTIMO OCUPANTE: EGÍDIO MACHADO SALES FILHO
TITULAR: VAGO

CADEIRA 14 – EIDORF MOREIRA
TITULAR: FRANCISCO PEDRO JUCÁ

CADEIRA 15 - ELÁDIO DE AMORIM LIMA
TITULAR: SUSY ELIZABETH CAVALCANTE KOURY

CADEIRA 16 – ERNESTO ADOLFO DE VASCONCELOS CHAVES
TITULAR: OPHIR FILGUEIRA CAVALCANTE JÚNIOR

CADEIRA 17 – JOSÉ THOMAZ CARVALHO MAROJA
TITULAR: LEONARDO AMARAL PINHEIRO DA SILVA

CADEIRA 18 – GENUÍNO AMAZONAS FIGUEIREDO
TITULAR: OCÉLIO DE JESUS CARNEIRO MORAIS

CADEIRA 19 – JORGE HURLEY
TITULAR: JEFERSON ANTONIO FERNANDES BACELAR

CADEIRA 20 – INÁCIO DE SOUZA MOITTA
TITULAR: LUIZ ERNANE FERREIRA RIBEIRO MALATO

CADEIRA 21 – INGLÊS DE SOUZA
TITULAR: MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

CADEIRA 22 – JOAQUIM GOMES DE NORÕES DE SOUSA
TITULAR: JOSÉ CLÁUDIO MONTEIRO DE BRITO FILHO

CADEIRA 23 – JOÃO BAPTISTA FERREIRA DE SOUZA
TITULAR: JOSÉ EDÍLSIMO ELIZIÁRIO BENTES

CADEIRA 24 – JOÃO BAPTISTA DE VASCONCELOS CHAVES
TITULAR: JOÃO BAPTISTA KLAUTAU LEÃO

CADEIRA 25 – JOSÉ ACÚRCCIO CAVALEIRO DE MACEDO
TITULAR: NEY STANY MARANHÃO

CADEIRA 26 – JOSÉ AUGUSTO MEIRA DANTAS
TITULAR: ALUÍSIO AUGUSTO MARTINS MEIRA

CADEIRA 27 – JOSÉ CARNEIRO DA GAMA MALCHER
TITULAR: ANDRÉ MALCHER MEIRA

CADEIRA 28 – JOSÉ FERREIRA TEIXEIRA
TITULAR: GEORGENOR DE SOUZA FRANCO

CADEIRA 29 – LEVY HALL DE MOURA
TITULAR: JÚLIO VICTOR DOS SANTOS MOURA

CADEIRA 30 – MANOEL MAROJA NETO
TITULAR: RAIMUNDO WILSON DA GAMA RAIOL

CADEIRA 31 – MARIANO ANTUNES DE SOUZA
TITULAR: MARTA INÊS ANTUNES DE LIMA

CADEIRA 32 – NAPOLEÃO SIMÕES DE OLIVEIRA
TITULAR: MARIA IZABEL DE OLIVEIRA BENONE

CADEIRA 33 – OTÁVIO AUGUSTO DE BASTOS MEIRA
TITULAR: LEONAN GODIM DA CRUZ JÚNIOR

CADEIRA 34 – ORLANDO CHICRE MIGUEL BITAR
TITULAR: ADERBAL MEIRA MATTOS

CADEIRA 35 – RAIMUNDO NOGUEIRA DE FARIA
TITULAR: REYNALDO ANDRADE DA SILVEIRA

CADEIRA 36 – RAIMUNDO DE SOUZA MOURA
TITULAR: THADEU DE JESUS E SILVA

CADEIRA 37 – RAUL DA COSTA BRAGA
TITULAR: JOSÉ HENRIQUE MOUTA

CADEIRA 38 – SAMUEL DA GAMA E COSTA MAC-DOWELL
TITULAR: EDMUNDO ALBERTO BRANCO DE OLIVEIRA

CADEIRA 39 – SANTOS ESTANISLAU PESSOA DE VASCONCELLOS
TITULAR: ZILAH MARIA CALLADO FADUL

CADEIRA 40 – SILVIO HALL DE MOURA
TITULAR: ALBANIRA LOBATO BEMERGUI

APRESENTAÇÃO

O INSTITUTO EUVALDO LODI - IEL/PA, em parceria com a Academia Paraense de Letras Jurídicas, tem a honra de lançar o segundo Volume da coleção MESTRES DO DIREITO DO PARÁ - SÉCULO XX, com entalhe da vida e obra do advogado, professor, consultor e paraense, Otávio Mendonça.

“Mestre Otávio”, como muitos que tiveram o prazer de aprender e acompanhar sua trajetória jurídica, o chamavam. Debatedor arguto, tenaz e escritor talentoso, revelou-se como um dos maiores e mais fecundos advogados do estado do Pará, sendo detentor de um autêntico patrimônio cultural, cujo reconhecimento propagou-se nacionalmente, estando sob o manto da imortalidade.

Otávio Mendonça, era um advogado inveterado, que não se acomoda jamais, mesmo diante das adversidades naturais da vida. Participou ativamente dos mais variados debates jurídicos, desempenhando importante função participativa na sociedade. Respeitado, conhecido, difundido e repetido, de linguagem dinâmica e clara, conhecido também pela sua erudição e empenho de forma implacável em defender e deliberar sobre uma necessidade em se manifestar pela busca de um direito perene e latente.

Após advogar por mais de sessenta anos, o *“Mestre”* nos deixou em 2005, mas seu legado e exemplos permanecem inabalados e indispensáveis para a área jurídica do país, em especial para seus conterrâneos amazônicos.

Carlos Auad

Superintendente do Instituto Euvaldo Lodi - IEL
Advogado

PREFÁCIO DA ACADEMIA

O TEMPO DAS PALAVRAS EM OTAVIO MENDONÇA

ANTONIO JOSÉ DE MATTOS NETO¹

Orador de improviso nato! Eloquente nas palavras! Homem de gigantesca cultura acumulada! Estudioso, letrado, inteligente e intelectual! Colecionador de amigos!

Eis aqui o perfil de um inconfundível cultor da advocacia e do magistério, Otavio Mendonça.

Regozijo-me sobremaneira que a mim, a Academia Paraense de Letras Jurídicas tenha escolhido para descortinar esta obra em homenagem a Otavio Mendonça.

Quando adolescente e iniciei tomar consciência de mim e da vida, ouvia falar em Otavio Mendonça, principalmente porque meu pai, devido a

1 Professor Titular da Universidade Federal do Pará (UFPA). Professor Titular da Universidade da Amazônia (UNAMA). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Membro da Academia Paraense de Letras. Membro da Academia Paraense de Letras Jurídicas. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Pará. Procurador da Fazenda Nacional aposentado. Ex-Promotor de Justiça no Estado do Pará. Advogado sócio no Mattos Advocacia. Email: antoniojose@escritoriomattosadvocacia.com.br

profissão de magistrado, de vez em quando, a ele se referia não só pelas doudas lições, mas também pelos feitos otavianos.

Quando ingressei na Faculdade de Direito da Universidade do Pará, em 1976, Otavio Mendonça já não mais lecionava, porque havia aposentado em 1969. Ele se fora, mas seus ensinamentos tinham ficado na nossa escola de Direito. Otavio Mendonça continuava mestre através da fala de nossos professores dentro de sala de aula, tal qual sói acontecer até hoje: ele permanece vivo.

Meu contato direto, mais amíúde, com ele passou a ser a partir de 1982 quando fui aluno do Curso de Especialização em Direito Privado, na UFPA, curso este precursor de nosso hoje curso de pós-graduação, tendo sido ele nosso professor. A partir de então passamos a ter proximidade.

Suas aulas com sabor de palestras, ministradas com muita didática para o propósito a que se destinavam, denunciavam a grandiloquência de mestre da oratória que cunhava Otavio Mendonça.

O paraense discípulo de Cícero nasceu em 12 de março de 1921, na cidade de Belém. Ao tempo da Revolução de 30 estudou no Grupo Escolar Floriano Peixoto para, já em 1931, entrar no Ginásio Paes de Carvalho.

Era membro de família tradicional da região do Rio Tocantins, no Município de Cametá, destacando-se entre os seus antepassados, Virgílio Lopes Corrêa de Mendonça, que foi Intendente Municipal de Belém, durante o governo João Coelho, e também o seu pai - Deodoro de Mendonça - um dos mais destacados homens públicos paraenses no período republicano, tendo exercido durante meio século, entre outros, os cargos de Prefeito Municipal de Cametá, Promotor Público em Belém, Deputado Federal durante sete legislaturas consecutivas.

Morava em um casarão na então Avenida São Jeronimo, hoje Avenida Governador José Malcher, onde servia de usina de produção de seus periódicos e revistas escolares provedores de sua política estudantil.

Na época juvenil, um fato curioso contado por Jarbas Passarinho, aquando de sua saudação recipiendária a Otavio Mendonça na Academia Paraense de Letras, em 1963, merece ser retratado. É que, na casa da São Jeronimo, num intervalo de estudo entre eles, nosso homenageado se pôs a ler um trecho de "Palavras e Sangue", de Giovanni Papini. Otavio Mendonça lia em tom empolgante e eloquente, mas Jarbas Passarinho passou a desconfiar que Otavio estava improvisando e deixara de ler a obra. Então, Passarinho arrebatou o livro das mãos de Otavio e constatou que já havia um bom par

de minutos que Otavio Mendonça improvisara frases inteira, sem perda de brilho e beleza de forma. Revelava-se, aqui, o Otavio literato!

Sua versão jornalística registra que na adolescência, em Cametá, ao lado de seu amigo da vida toda Jarbas Passarinho, fundaram o jornal manuscrito “Revérbero”, que morreu na primeira e única edição; em Belém, Otavio Mendonça fundou o semanário ginasial “A Luz” que, pela vez primeira, viu publicado sua nascente literária; e, em 1940, já com 19 anos de idade, juntamente com seu amigo Machado Coelho, criaram a revista “Novidade”, tendo suas ideias, pela primeira vez, publicada em letra de forma.

A revista “Novidade” passou a ser um foro de divulgação, durante dois anos, de tudo quanto de melhor produziu sua geração, e teve como colaboradores Ernesto Cruz, Arthur Reis, Adalcinda Camarão, Bruno de Menezes, Jacques Flores e quejanda. No entanto, a revista fechou quando a II Grande Guerra teve seus reflexos no Brasil, pois, segundo publicado, em outubro de 1942, na nota explicativa de seu encerramento escrita por seu criador, Otavio Mendonça, os motivos foram primeiro porque “não é material bélico, nem gênero alimentício”, e “segundo, e principalmente, eu, Humberto Parente e outros que a fazemos, estamos na iminência constante de convocação, do que resultará termos de abandoná-la”.

Em 1936, Otavio Mendonça seguiu para a Capital Federal, o Rio de Janeiro, onde o pai, Deputado Federal, queria que o promissor filho terminasse o curso de humanidades no Colégio D. Pedro II. No ano seguinte, 1937, o famoso e tradicional colégio festejaria seu centenário e nosso homenageado terminaria o curso. A turma de Otavio festejaria a efeméride e pôs-se a escolher em votação o aluno que iria fazer o discurso de encerramento do curso no ano do centenário. Em disputa com colegas que já estudavam naquele liceu há muitos anos, o provinciano de Belém do Pará, filho do ex-deputado federal, pois seu pai perdera o cargo porque Getúlio Vargas fechara o Congresso Nacional, saiu-se vencedor do pleito com 2/3 dos votos. Otavio, à época com 16 anos, despontava como orador nato.

Voltando à capital paraense, foi aprovado no ingresso da Faculdade de Direito do Pará e concluiu o curso com 22 anos de idade, em plena guerra, em 1943, dedicando-se, desde então, à militância da advocacia, sendo reconhecido hoje ter sido um dos maiores juristas paraenses.

A era golpista que manteve Vargas no poder, cassou o sonho de Otavio Mendonça ser diplomata. Pretendia seguir carreira na diplomacia, todavia o contexto político nacional inviabilizou atingir seu alvo. Seu vaticínio no

encerramento da revista “Novidade” foi confirmado: todos que faziam o periódico e seu criador, Otavio, ainda que estivesse ultimando o curso de Direito, foram convocados para o serviço militar, e sua aspiração à diplomacia se esvaiu pelas fileiras do Exército, como aspirante à arma de Infantaria, em 1942.

Em 1945 reingressou na Faculdade de Direito do Pará, já agora na condição de professor de Direito Internacional Privado, tendo lecionado também História. Como docente, aposentou em 1969, já na Universidade Federal do Pará, nascida em 1957. Para que fosse possível sua aposentação, somou ao tempo de exercício do magistério universitário, o anterior quando lecionou no ensino secundário em trabalho no Ginásio Paes de Carvalho, na Escola Normal, no Colégio Progresso Paraense e no Colégio do Carmo.

Mas o brilho da estrela Otavio Mendonça estava singularmente na oratória cujo dom lhe incumbiu de fazer saudações dirigidas a figuras ilustres da constelação nacional, tais como Aliomar Beleeiro, Haroldo Valadão, Afonso Arinos, Fernando Sodero, Mozart Victor Russomano, Seabra Fagundes, José Frederico Marques, Celso Furtado, Bernardo Cabral. Foram saudações incredulamente de improviso e que não foram recompostas por ele e, assim, se perderam. O improviso foi a marca indelével do ora homenageado.

Conferencista de primeira linha, tanto quanto advogado das mais qualificadas e maiores bancas advocatícias paraenses, Otavio Mendonça fez de seu espaço de trabalho verdadeira escola de produção de profissionais gabaritados na defesa dos interesses da clientela e de construção de amigos, sabendo conciliar com os interesses políticos de diferentes vertentes, pois não se há de esquecer que já manifestara, desde jovem, seu espírito diplomático.

Como advogado, desempenhou importante função participativa na sociedade, sendo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Pará (1960-1963), Consultor Geral do Estado (1966-1969), membro da Comissão elaboradora do anteprojeto do Código Judiciário do Estado do Pará, entre outras importantes funções democráticas.

O professor que habitava em Otavio Mendonça era nato. Na juventude, quando inaugurou sua revista, sentenciou: “NOVIDADE nasce hoje e fará aquilo que puder”.....“queríamos fazer de NOVIDADE uma revista da Amazônia em que refletisse a silhueta geográfica da Terra pelo seu panorama, seus problemas, seu determinismo. E se emoldurasse o perfil áspero do Homem pelas suas ideias, necessidades, aspirações, destino”.

Veja-se que já esboçava seu perfil docente e enveredava para as questões da Amazônia, mestre que foi da disciplina Direito Agrário, sendo o

melhor especialista de sua época, com construção de teorias doutrinárias dos fenômenos agrários amazônicos. Seus conhecimentos agroambientais o levaram a fornecer matéria-prima para a elaboração das leis agrárias do Estado do Pará, em especial a Constituição do Estado, promulgada a 5 de outubro de 1989.

Pioneiro na matéria, era defensor incondicional da autonomia do Direito Agrário e incansável na defesa da bandeira de uma justiça agrária com jurisdição especializada, nos moldes, por exemplo, da Justiça do Trabalho e da Justiça Eleitoral. Sua autoridade de jusgarista fê-lo membro da Comissão Nacional do Ministério da Justiça, coordenadora da implantação dos juízes agrários instituídos pela Constituição Federal de 1988; foi também autor da Emenda Constitucional do Pará, introduzindo a figura do juiz agrário, ambiental e minerário, por ele idealizada.

O juiz agrário, ambiental e minerário tinha competência para processar e julgar as questões agrárias, ambientais e minerárias que a União não tivesse interesse em participar (art. 167 da Constituição do Pará), com a exigência de tal juiz especializado ser apenas juiz de direito de 2ª entrância que tivesse sido aprovado em curso de especialização promovido pela Escola Superior da Magistratura do Pará, em convênio com instituição de ensino superior. Todavia, anos depois, o dispositivo constitucional e esta exemplar exigência foram flexibilizados: alteraram-se para exigir aprovação em curso de aperfeiçoamento e da competência jurisdicional do juiz de direito extraíram-se as matérias ambiental e minerária.

De seus ensinamentos doutrinário em Direito Agrário, pinçamos um tema que por ele foi construído e inovado em face à realidade fundiária rural amazônica, no que pertine aos documentos fundiários rurais. Sua experiência jurídico-profissional no meio rural amazônico e seus conhecimentos científicos de Direito Agrário forneceram para sua inteligência e para sua sensibilidade caminho para, metodologicamente, construir uma catalogação do que chamou de patologia fundiária: títulos fundiários rurais que, sob o império da má fé, ou da fraude, ou da ilicitude ou irregularidade, aparentavam certeza jurídica do que, de fato, não era verdade nem certo no mundo do direito.

Ainda, sua autoridade na matéria agrária rendeu-lhe ser o relator da Comissão elaboradora do Anteprojeto de Lei e Regulamento de Terras do Estado do Pará – ITERPA - e legislação complementar, o que proporcionou-lhe ser representante da OAB-PA em diversos eventos nacionais sobre a discussão da situação fundiária na Amazonia e no Brasil.

O fulgor de sua palavra revelava a personalidade de alta intelectualidade que era o Acadêmico homenageado. Por ser estrela de primeira grandeza, seria natural fazer parte das mais importantes instituições culturais do Estado paraense. Assim, foi membro da Academia Paraense de Letras, ocupante da Cadeira nº4, da Academia Paraense de Letras Jurídicas, titular da Cadeira nº 20, do Conselho Estadual de Cultura, do Instituto Histórico e Geográfico do Pará, assentado à Cadeira nº 7, entre outras entidades de relevante papel na sociedade paraense.

Dentre seus estudos, palestras e conferências em eventos culturais, digno de nota é a conferência pronunciada no Conselho Estadual de Cultura do Pará, em 1983, intitulada “Presença Portuguesa na Amazônia”, aquando da Jornada Luso-Brasileira de Direito Privado, com a presença de eméritos professores portugueses, em cuja peroração, Otavio Mendonça demonstrou a dimensão cultural do trabalho português na região, no tocante à língua, à raça e aos conhecimentos científicos.

A veia jusagrarista de Otavio Mendonça rendeu ganhos para o Direito Agrário amazônico com a publicação de estudos, palestras, conferências, artigos e opúsculos científicos. O que ele produziu em termos de doutrina agrária e mais outros estudos, palestras, artigos foram congregados em seu único livro intitulado “Palavras no Tempo”, em 1984, chancelado pelo Conselho Estadual de Cultura do Estado do Pará, do qual era membro. Muitos de seus carismáticos pronunciamentos foram de improviso, feitos à queima-roupa, em momentos e lugares que, não raro, comparecia ocasionalmente, e, devido tais circunstâncias, estes restaram ausentes desta magnífica coletânea.

Fosse na oralidade, fosse na escrita, a palavra em Otavio Mendonça era pincelada com significado culto e elegância de estilo. Seus escritos na adolescência e albos da fase adulta retratam abraçar a democracia, a decisão justa e lícita, a liberdade, enfim.

Da fase inicial da vida adulta, a nosso sentir, o mais emblemático de seus feitos é o manifesto que serviu de arauto justificativo e apresentador do que foi denominado Movimento de Resistência Democrática, lido e apresentado solenemente por ele em 25 de abril de 1948, no Teatro da Paz. Este movimento proveio da classe médica mas encontrou em Otávio Mendonça o porto seguro de saber retratar impiedosamente a justiça, a democracia e a liberdade que aspiravam.

No laudatório manifesto, justifica o significado de cada palavra do nome do coletivo, a saber: Movimento, porque exprime a intenção de não parar, de

não envelhecer, de permanecer em dia com amigos e inimigos, com as necessidades e destino; Resistir, por defender o que julgam bom e justo. Opor o grito do grupo contra a maldade e a injustiça. E Otavio Mendonça prega, “resistir, como ensinaram heroicamente aqueles que o nazismo escravizou, contra os resíduos de arbítrio que teimaram em refrutificar”; e complementa: “Mas resistir e movimentar não se coadunariam sem um hífen entre o **movimento** e a **resistência**. O estático e o dinâmico não se justapõem. Aqui os irmanou a democracia”. Pontifica: “Resistir, portanto, naquilo que a mudança signifique morte para a democracia; movimentar tudo que deve evoluir para não abandonar na infelicidade os indivíduos e na inutilidade os princípios que se visa proteger. **Movimento de Resistência Democrática**, por isso tudo, é um nome honesto”. (grifos no original).

Ainda do conteúdo do manifesto, imprescindível registrar a passagem contemporânea hodiernamente – aliás, sua narrativa serve integralmente para exortar a todos nos dias que correm, tal a sua atualidade. Ei-la: “Não se malbaratem os desconfiados na investigação das ligaduras pessoais dos nossos componentes. Há homens de partidos vários e homens sem partido algum, veteranos de campanhas parecidas e batalhadores que esgrimem pela primeira vez. O movimento nada tem com isso; ele não responde pelos pecado nem pelas virtudes de cada qual. Aqui os reuniu o desejo comum de fertilizarem o terreno dos assuntos coletivos, onde as safras, se fartas e bem colhidas, a todos estenderão o bem estar. A consciência de que alguma coisa se deveria fazer andava por toda parte. Alguns a sentiam, outros a proclamavam; para muitos era apenas o seu espantinho ou o seu remorso. Mas a todos a crise envolvia e envolve como um cipó sinistro. Uma crise mais alarmante cada novo dia, porque, submergindo um por um dos aspectos econômicos, passou, pouco a pouco, aos aspectos morais. A tal ponto que hoje a maior crise já não é de produção, é de caráter. Paulatino mas inexorável aviltamento vai penetrando em tudo. Caminhamos para uma situação em que o próprio vocabulário não serve de base a nenhum acordo, desde que as pessoas não se entendem mais sequer quanto ao significado das palavras. A humanidade inteira vive essa crise; não possuem o Brasil nem o Pará o seu triste privilégio. Pelo mundo afora todos os caminhos estão cobertos de cinza. Generalização que não justificaria a nossa inércia. Mesmo porque bem sabemos que milhões de seres reagem nas cidades, vilas e campos da terra pelo entendimento e pela paz. O Pará é o nosso círculo; esforcemo-nos dentro dele. Não acusamos ninguém”.

E segue no manifesto-convocação, no ato solene no Teatro das Paz: “Por muito do que em torno de nós achamos mau, somos todos responsáveis. Sobretudo, responsáveis pelo que não fazemos, pela colaboração que não damos e pela que damos difusa ou agressivamente. Nada adianta condenar; adianta é soerguer. De preferência, principiamos com os que mantinham menores compromissos, porque esses, desde logo, poderiam conduzir as tarefas com desembaraço. Tiramos homens dos consultórios, dos escritórios, das cátedras, dos laboratórios. Já é alguma coisa que a isso se tenham disposto, porque até agora fugiam das decepções para o isolamento. Reuni-los, tê-los aqui, é um primeiro e grande passo, e se todos os demais falharem, nossa memória guardará indelével a sinceridade deste encontro. Outros se juntarão aos que hoje começam. Há de se comover o indiferente, quando notar que nos esforçamos para beneficiá-lo. Quanto ao nosso povo, homens de povo também somos nós. Homens comuns, homens quaisquer. Mas ao operário, no sentido restrito, à gente da rua, à gente que passa, aos homens e mulheres que cometem a imprudência de subsistir pelo nosso desolado interior, a esses queremos dizer, particularmente, que, em última análise, são eles o objeto deste Movimento”.

Ao que se nos parece, com a expressão deste manifesto sobre o Movimento de Resistência Democrática, seja consciente e propositadamente, seja involuntariamente, Otavio Mendonça, já desde moço era alinhado com os requisitos de ter um caráter virtuoso, segundo a escola filosófica do estoicismo: ser sábio, justo, corajoso e prudente. Essas quatro virtudes cardeais pregadas pelos grandes estoicos romanos – Sêneca, Epicteto e Marco Aurelio – e vindas desde a Grécia com Zenão, seu fundador-raiz, estão visivelmente presentes na narrativa do significado do Movimento de Resistência Democrática. Afinal, pela produção da palavra do ser humano, há de ser retratada a expressão de seu tempo e de sua personalidade. Daí a importância do tempo neste descortínio.

Enquanto cultor das letras e educador, creditava confiança e investia nas gerações que lhe seguiam. Das recordações inapagáveis que tenho de Otavio Mendonça, uma é inabalavelmente inesquecível até depois da morte. Quando me candidatei à vaga da Cadeira nº 5 da Academia Paraense de Letras, procurei pelo Mestre Otávio para angariar seu apoio. De imediato, abraçou minha candidatura e passou a ser o que chamei de presidente de meu comitê eleitoral, devido sua proatividade em favor de minha eleição. Fez junções a vários Acadêmicos, em especial a dois, na época, de difícil acesso a mim: o então Senador Jarbas Passarinho e o então Vice-Governador Clovis Moraes

Rego. Vencedor do pleito, depois, enquanto confrades, ambos me disseram que o Mestre Otávio houvera investido mais de uma vez junto a eles para que votassem em mim. Com este desprendimento generoso do Mestre, só me resta ser eternamente grato a ele, e também a todos que me guindaram ao Silogeu paraense.

Falecido em 2005, Otávio Mendonça, chamado carinhosamente como Mestre Otávio, deixou um legado de centenas de aprendizes e admiradores, que se tornaram advogados, juízes, promotores, operadores do direito, perpetuando sua obra de servir com ética, talento e competência ao mundo jurídico na Amazônia e como exemplo histórico de luta pela liberdade e democracia no País.

Ainda hoje ecoam sobre mim as lições de Otávio Mendonça e vibram no horizonte da infinitude do tempo as palavras do Mestre Otávio.

OTÁVIO MENDONÇA

Aspectos da Ordem Pública
— em —
Direito Internacional Privado

(Tese para concurso à cadeira de
Direito Internacional Privado da
Faculdade de Direito do Pará)

Belém 1951

REPRODUÇÃO

Desejo homenagear neste ensaio AMÉLIA MENDONÇA DE PINHO, mãe que eu conheci e de quem emanou meu sentimento; DEODORO MENDONÇA, pai de quem me veio o caráter e ORLANDO BITAR, amigo a quem devo o estímulo fundamental e permanente para o magistério

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO.....	7
PREFÁCIO	9
I. INTRODUÇÃO.....	25
II. ORIGENS	33
III. SAVIGNY	49
IV. MANCINI.....	63
V. A ORDEM PÚBLICA NORMAL.....	77
VI. A ORDEM PÚBLICA EXCEPCIONAL	111
VII. A ORDEM PÚBLICA INTERPRETATIVA.....	175
VIII. RESUMO DAS CONCLUSÕES.....	223
LEGISLAÇÃO	226
BIBLIOGRAFIA.....	235
NOTAS FINAIS.....	240

I

INTRODUÇÃO

1. No desenvolvimento, tantas vezes tumultuário, que há quase oitocentos anos agita o direito internacional privado, não se chegou, nestes meados do século XX, a ponto mais pacífico que a existência do princípio da ordem pública, “public policy” ou “public order” para anglo americanos, “*Vorbehaltsklausel*” (cláusula de reserva) para alemães, “ordine pubblico” para italianos, “order public” para franceses, “ordem público” para os povos da língua castelhana. Nenhuma legislação, jurisprudência ou doutrina contemporânea nega a necessidade de cada Estado assegurar no seu Território as normas de convivência indispensáveis à estrutura social que representa, com exclusão de qualquer interferência do direito exterior incompatível.

2. Tal uniformidade morre na origem, isto é, na presença da noção. Outra não há que permaneça mais instável quando se tenta fixar sua natureza, caracteres, objeto, fundamento, mecanismo, interpretação e efeitos. VAREILLE-SOMMIÈRE não podia reprimir um movimento de impaciência ante sua “obscuridade desesperadora” toda vez que lhe deparava a “noção informe de ordem pública internacional”¹. DESPAGNET chama o termo de “vago e mal definido”, WEISS de “tão obscuro e incerto que é quase impossível defini-lo” e PILLET entende que, sendo o mais evidente princípio do dir. int. priv. é o de definição e análise mais difíceis, enquanto GENY chama-lhe “*envólucro vazio*”, cuja noção se funde nas palavras que a exprimem.² Daí a ironia de um AUBRY, emprestando à ordem pública, no dir. int. priv., a mesma função dos nervos na medicina - explicar tudo o que alguém não sabe ou não quer explicar; e o temor do juiz BURROUGH de ferir sequer o tema – “potro salvaje, uma vez que uno se sienta a horcajadas, nunca sabe adonde será llevado”.³

3. A importação da norma estrangeira é o fulcro de todas as teorias sobre conflitos de leis no espaço. Elas somente existem depois que tal interferência foi admitida, e nisso exaurem a sua história e o

1 Synthèse, I, XI.

2 DESPAGNET- Précis, n.º 107; PILLET-Principes, n.º 182; WEISS-Manuel, pg. 361; GÉNY -Science et technique en droit privé positif, Paris, 1921, III, 482.

3 AUBRY - Clunet, 1902, 217, apud GOLDSCHMIDT- Sistema, 252; BURROUGH - apud NUSSBAUM, Principios, 130.

seu drama. Porque, como, quando e até que medida será inserível a regra exterior? É infinita a variedade das posições, rígidas como um dogma ou flexíveis como um debate. A regra eleita poderia ser alienígena apenas porque mais poderosa e útil (*potior et utilior*) – assim dizem glosadores e post-glosadores, por volta do século XII (ALDRICUS, BALDUINI, ACÚRCIO, JACOBUS DE RAVANIS, PETRUS DE BELLA PERTICA). Não pelo poder ou utilidade, mas pela natureza peculiar a cada estatuto – real, pessoal ou misto – afirmavam, com riquíssimas variações de detalhes, os estatutários: – italianos dos séculos XIV e XV (BÁRTOLO, BALDUS, GUIDO PAPE); franceses do século XVI (CHARLES DUMOULIN, BERTRAND D’ARGENTRÉ), do século XVIII (BOULLENOIS, BOUHIER, FROLLAND), do século XIX (FOELIX, VAREILLE-SOMMIÈRE); alemães de várias épocas (MYNSINGER, GAILL, ENRIQUE COCCEJI HERT). Pela cortezia internacional, a “*comitas gentium*” ou “*comiter dos holandeses no século XVII*” (RODENBURGO, PAULO E JOÃO VOET, ULRICH HUBER), a “*comity*” dos ingleses e norte-americanos da centúria passada (STRORY, WHARTON, WESTLAKE, WHEATON, RUTHERFORD). Pela existência de direitos já adquiridos sob as leis exteriores, o controvertido critério dos “*vested rights*” (DICEY, BEALE) prevalecente no “*Restatement*” dos Estados Unidos. Porque o direito importado se incorporou ao nacional, a “*local law theory*” de COOK, LORENZEN e CHESHIRE. Pela natureza e sede de cada relação, dentro da comunidade universal do direito, como defende a escola tedesca, preparada por HAUS, WAECHTER e SCHAEFFNER, estabelecido definitivamente por SAVIGNY, continuada, em constante progresso e desdobramento, por LAINÉ, VALERY, DESPAGNET, BARTIN, NIBOYET, SAVATIER, BATTIFFOL, LEREBOURS-PIGGEONIÈRE, WOLFF, LOMONACO, SAREDO, BRUSA, DIENA, CONTRUZZI, GABBA, BROCHER, AMÂNCIO ALCORTA, ESPÍNOLA, ROMERO DEL PRADO... Porque a soberania das leis é, antes de tudo, pessoal e vinculada a cada nacionalidade, como estabeleceram, mais política do que juridicamente, ESTANISLAO MANCINI e seus tão ilustres quanto sutis e por vezes divergente seguidores – FIORE, ESPERSON, WEISS, CATTALANI, FEDOZZI, LAURENT, SURVILLE ET ARTHUYS, AUDINET, ZITELMANN, BUSTAMANTE, BEVILAQUA.. Pela conexão primária, das pessoas

com a nacionalidade e das coisas com a situação (FRANKENSTEIN). Pelo fim social da lei, quando prevaleça o de segurança individual sobre o de garantia social, portanto a permanência extraterritorial sobre a generalidade territorial (PILLET). Pelo mero uso jurídico da lei estrangeira (GOLDSCHMIDT) ou pela simples justiça e utilidade em que inspiram as normas de conflito, como quaisquer outras (ARMINJON), o que é quase um regresso à primitiva concepção dos post-glosadores...

4. Em todas essas ideias, ostensivas ou insidiosas, digladiam-se duas diretrizes: — o nacionalismo e o universalismo, ou, na expressão de GOLDSCHMIDT, o chauvinismo e o cosmopolitismo jurídico⁴. Aquele procurando impor a tudo e a todos a lei do seu território. Este teimando em demonstrar que esse monopólio legislativo é arbitrário e insuportável para o entrelaçamento profundo e cordial dos homens sobre a terra. Antes do aparecimento do dir. int. pr., o chauvinismo campeia desenfreado. Cada juiz aplica exclusivamente a sua lei. A partir das últimas centúrias medievais começa a enfrentá-lo o cosmopolitismo, surgido no alvorecer das teorias sobre conflitos de leis no espaço. Daí em diante nenhum desses princípios conseguiu eliminar o outro. A questão não será mais de exclusividade, sim de predominância. Venceu o territorialismo até o século XIX, sustentado pelos estatutários, tão díspares em outros setores quanto homogêneos na premissa de que uma lei somente vigora até os limites da soberania do seu sistema jurídico (Estado, província, região religião, federação). Ainda hoje não alcançaram mais que abrandar esse princípio os responsáveis pelo direito anglo-norteamericano, cuja enorme diversidade interna (legislações estaduais nos Estados Unidos, dominiais e coloniais no Império Britânico), produz a mais importante fonte de choques interespaciais em nossos dias. Porém, na Europa Continental e na América Latina, ao menos doutrinariamente, o cosmopolitismo suplantou o chauvinismo, pelos meados do século XIX, graças à força de penetração das doutrinas universalistas de MANCINI e SAVIGNY. Seguindo a curva de um raciocínio magistral de WEISS⁵. a evolução

4 Sistema, 90.

5 Traité, III, 2.

do dir. int. priv. se resume, do ponto de vista da norma de direito, em investigar o caráter da sua obrigatoriedade. A soberania da lei, por sua natureza, será territorial ou pessoal? Se a lei é territorial tudo quanto se encontra, tudo vive sobre o território do estado de que emanou está submetido à sua autoridade, assim como tudo quanto está fora desse território, homens e coisas, lhe escapa inelutavelmente. Se a lei é pessoal o seu poder desconhece limites geográficos, ela se aplica não a certos lugares, mas a certas pessoas, em virtude de características que lhes são próprias e que as acompanham em todos os seus deslocamentos. Em épocas remotas acreditou-se na possibilidade de uma escolha exclusiva entre estas duas concepções e cada sistema teve a sua hora de triunfo. A personalidade rigorosa das leis bárbaras sucedeu a territorialidade não menos rigorosa dos costumes feudais. Mais tarde, entretanto, reconheceu-se que a lei não é, por si mesma, nem sempre e exclusivamente territorial, nem sempre e exclusivamente pessoal. A teoria dos conflitos no espaço nasceu aí, como ciência de sacrifícios, reclamando de cada legislação o abandono de um dos elementos da sua soberania para resguardo o restante, conforme este ou aquele parecesse, em cada caso, menos preterível. Deslocaram-se as divergências para a medida dessa conciliação. Uns fazem da territorialidade a regra, mitigando o seu rigor com permissões ao princípio oposto (estatuários). Outros, creem, ao contrário, que toda lei, em princípio, é pessoal e a territorialidade apenas prevalece a título de exceção (personalistas). Outros, enfim, não atribuem preeminência a qualquer dos critérios, dando efeito ora a um ora a outro, segundo as circunstâncias da situação concreta (savignianos e modernistas). Os rumos contemporâneos surgem desencontrados. De um lado certo empirismo pragmático na eleição das regras de conflito. Cada legislador buscando as soluções de maior interesse para seu país, cada juiz interpretando tais soluções pela maneira de melhor conveniência e oportunidade. Um certo desprezo por qualquer construção “a priori”, por qualquer dedução, em favor de uma sabedoria utilitária, imediatista e eventual. Mas por outro lado o intercâmbio continental e universal se desenvolve, sob o estímulo da Sociedade das Nações, da Organização das Nações Unidas, da União Panamericana, freando o arbítrio de legisladores e juizes e revivendo o desfalecido sonho de

um mundo harmonioso enquanto não houver um mundo só. Indisfarçável, todavia, é o instinto exclusivista e residual, conduzindo cada Parlamento e cada julgador, por mil fórmulas, a estender a própria competência e a aplicar sua própria lei. Não existe boa-vontade, nem jamais existiu, na entrega à norma ou ao juiz estrangeiro dos casos que um elemento, ainda o mais remoto, vincule ao solo do fôro. O chauvinismo se disfarça, não se rende. Ora ele se chama reenvio, ora qualificação *fori*, ora “questão preliminar”, ora repulsa à fraude, ora instituição desconhecida, ora ausência de conexão, teoria do interesse nacional e até precariedade de prova da lei exterior, que se resolve na substituição mais ou menos despótica da regra competente pela similar do país. Caminhos todos conducentes ao mesmo objetivo. Nenhum mais perlustrado, porque mais fácil, embora erroneamente acessível, que o da ordem pública. Ainda é GOLDSCHMIDT quem observa: -

“El chauvinismo jurídico se esconde detrás del concepto de orden público que es preciso enjaularla cual una fiera salvaje”.⁶

5. Daí, qualquer seja a estrutura de uma doutrina de *dip*, ela surgir sempre dialética. Pressupõe uma tese – a justificativa da importação do direito exterior. E uma antítese – o abandono de qualquer escolha em benefício da lei do fôro. Esta antítese, já vimos, é complexa, porém o seu elemento mais importante está, sem dúvida, no conceito de ordem pública. Neste sentido é que BATIFFOL o chama de “elemento perturbador” e AGO de “princípio contrastante”: -

“Se può affermare che appunto per via di questa posizione che gli viene data, il concetto d’ordine pubblico deve necessariamente mutare, a seconda che muti l’opinione adottata circa la natura delle norme di diritto Internazionale privato e il foro fondamento”.⁷

6 Sistema, 90.

7 157.

6. Um estudo que se destinasse a esgotar todas as nuances conceituais da ordem pública ver-se-ia, então, na contingência de expor, uma a uma, todas as teorias gerais já propostas para o dir. int. priv.. A cada princípio orgânico sugerido, corresponderia noção paralela de ordem pública. O intuito desta tese é mais humilde. Apenas agrupar diretrizes cujas discrepâncias não comprometam um lastro mínimo de unidade no entendimento do problema. Empreender, depois, uma interpretação de um esquema à base dos termos atuais e das convicções do autor. A primeira parte é expositiva, a segunda conclusiva. Será injusto esperar do trabalho fins a que se não propôs, algo além de um esboço doutrinário sobre o instituto da ordem pública. É uma tese, não um tratado. A Lei e a Jurisprudência são indicadas exemplificativa e acessoriamente, nunca exaustiva nem sistematicamente. Também não visei uma noção ou aplicação *brasileira* da ordem pública, se tal é possível, do que duvido. Não me proponho a *resolver* o tema, se essa ideia implica num sortilégio capaz de retirá-lo de toda indecisão. Ao contrário, uma das conclusões adiante defendidas é a impossibilidade, na etapa do assunto a que chegamos, de moldá-lo em linhas sequer aparentemente totais e definitivas. Nem há, em verdade, um só, porém múltiplos e multiplicáveis problemas de ordem pública. A esperança das minhas observações não vai além de contribuir – ora pelo resumo, desenvolvimento, interpretação e combinação de opiniões alheias, ora por algum raciocínio pessoal – para iluminar um dos mais tormentosos impasses deste maravilhoso e desconcertante ramo do direito que é o internacional privado.

II

ORIGENS

7. Reduzido o objeto peculiar do direito internacional privado à solução dos conflitos de leis no espaço¹, suas origens não remontam além do século XIII, no máximo do século XII². Nas primitivas civilizações orientais e mediterrâneas não se tem notícia segura que algum juiz aplicasse a lei de outro soberano. Inclusive na Grécia e Roma, embora GUTZWILLER aluda a certas regras interespaciais na Antiguidade, que estariam comprovadas pela moderna papirologia³. O “jus gentium”, formado por leis internas e territoriais, apesar de dirigidas aos estrangeiros, no sentido romano do termo, não tem parentesco real com um sistema de conflitos. É certo que os glosadores da Alta Idade Média iriam fundamentar as mais vetustas normas de dip em trechos do Código Justiniano. Isso, entretanto, era o seu processo especial de fazer doutrina, a título de comentário, afirmando muitas vezes - sempre, quanto ao dip - que se não continha no texto comentado.⁴

1 Essa concepção restritiva não é pacífica. A maioria da doutrina contemporânea francesa (NIBOYET, BATIFFOL, SAVATIER, LEBEBOURS PIGEONNIÈRE), desdobra o objeto do dir. int. priv. em três assuntos: - nacionalidade, condição do estrangeiro e conflitos de leis. Os alemães geralmente excluem os dois primeiros (WOLFF, GOLDSCHMIDT, ZITELMAN, FRANKENSTEIN). E os anglo norte-americanos, à maneira de BARTIN, dividem o objeto do dir. int. priv. em conflitos de leis e conflitos de jurisdições. Daí falar GOLDSCHMIDT em teoria unitária alemã, bipartida anglo-saxônica e tripartida latina. Porém, o problema da ordem pública surge sempre na matéria de conflitos de leis, quer ela seja exclusiva, quer apenas uma parte no objeto do dir. int. priv.. Basta, portanto, a êste ensaio, estudar as origens das regras de conflito.

2 MAX GUTZWILLER atribui a ALDRICUS (1170 a 1200), a primeira doutrina científica do dir. int. priv.. KRZMAR reclama êsse mérito para JACOBUS BALDUINI (1213) e MEIJERS para JACQUES DE REVIGNY, comentador do Código Justiniano por volta de 1280. Para a história do dir. int. priv. vide LAINÉ (Armand) *Introduction au droit international privé*, I e II, Paris, 1889/92; MAX GUTZWILLER *Le développement historique du droit international privé*, *Récueil des Cours*, Haia, 1929; MEIJERS (Eduard Mauritis) *L'histoire des principes fondamentaux du droit international privé à partir du Moyen Age*, *Récueil des Cours*, Hala, 1934; QUINTIN ALFONSIN - *Introducción histórica al estudio del Derecho Internacional Privado*, Montevideu, 1946; além dos livros clássicos de SAVIGNY (*Histoire du droit domain au Moyen Age*) e CATALLANI (*Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, 1895).

3 296.

4 Sobre a diferença entre o “jus gentium” e o dir. int. priv. ESPINOLA e ESPINOLA FILHO, - *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, VII, 116.

8. A invasão dos bárbaros conduziu à chamada *personalidade das leis*. Opiniões com o prestígio de um MEIJERS⁵ e de um TRIAS DE BES⁶, vêm aí o ponto de partida do dip. Realmente, sem fixar fronteiras, desdobrando-se e fundindo-se em Estados mais ou menos elásticos e efêmeros, compreende-se que os povos germânicos, derramados do Danúbio para baixo e do Reno para a esquerda, conservassem os seus costumes aonde quer os levasse a ocupação das antigas províncias romanas. O poder público não se exercia sobre uma extensão de terra, porém sobre certa massa de indivíduos. O próprio soberano se intitulava Rei dos Francos, dos Lombardos ou dos Borgonheses, ao invés de Rei da França, da Lombardia ou da Borgonha. Geralmente não havia um território, pelo menos um território estável como apoio de referência à soberania. Havia povos, e povos *em trânsito*. Dêles é que provinham os nomes das regiões e não destas os dêles. Além de que a terra era a vencida e o povo o vencedor. No primeiro momento nenhum vencedor se submete às instituições do vencido, sempre nutre a esperança de impor-lhe as suas. Só o inflexível cadinho do tempo acaba por estabelecer o predomínio da civilização superior. Assim aconteceu entre gregos e romanos, assim novamente aconteceu entre romanos e bárbaros. Explica-se, portanto, que os invasores se considerassem capazes ou incapazes, contratassem, transmitissem entre vivos ou “causa mortis”, possuísem e aceitassem a prescrição extintiva ou aquisitiva segundo a sua lei originária - visigoda, sália, ripuária, lombarda, bávara, borgonhesa... deixando a lei romana em vigor apenas sobre as populações que já encontraram nas Gâlias, na Itália ou na Península Ibérica. Essa vinculação pessoal resistiu mesmo à perda da autonomia de cada povo. No século IX ainda se fala de lei romana, quando, desde o V, o Império Romano estava destruído no Ocidente; os burgondos obedecem sua lei nacional se bem que há três séculos o seu Reino haja desaparecido e ainda subsistem uma nação e uma lei lombardas, embora Carlos Magno cem anos antes houvesse anexado o Reino dos Lombardos. Diz ARMINJON:

5 552

6 Règles générales des conflits des lois. Récueil des Cours, Hale, 1937, IV, 8.

“Chacun vit alors suivant la loi de sa nation. Cette loi, qu’elle soit romaine, wisigothe, bur gonde, salique, ripuaire, lombarde, bavaroise, hébraïque, n’a rien de territorial mais est personnelle à ceux auxquels elle s’applique... Ainsi s’explique le passage suivant d’une lettre d’Ago bardus, évêque de Lyon, à Louis le Débonnaire: -La diversité des lois se manifeste non seulement dans chaque ville, mais dans bien des maisons. Et souvent il arrive que cinq personnes se trouvent ensemble dont aucune n’obéit à la même loi”.⁷

O progressivo desaparecimento das diferenças e lembranças de origem, a constante e crescente necessidade de leis gerais, a comunidade e preeminência da religião, a renascença do direito romano e o advento do feudalismo - amorteceram primeiro, e destruíram afinal, o personalismo legislativo medieval. Não parece, entretanto, exata a conclusão de que estejam nessa fase os albores do dip. Se a tarefa deste é dirimir conflitos de leis, êle não existe antes que haja *dúvida* entre várias leis, grosso modo relacionadas com a mesma pessoa, a mesma coisa ou o mesmo fato. Quer se distribua a competência legal ortodoxamente entre territórios, quer entre pessoas, o seu aparecimento é incompatível com ambas essas fórmulas absolutas. De uma como de outra advém certeza prévia, pelo lugar ou pelo indivíduo, da norma a empregar.

“Somente quando se compreendeu a necessidade de harmonizar as divergências das leis diversas, combinando-as de modo a receber aplicação, ora uma ora outra, segundo um princípio de orientação e um sistema de regras positivas, surgiu verdadeiramente o dir. int. priv., com o seu objetivo de solucionar o conflito de leis concorrentes para regerem determinada relação”.⁸

7 Précis, I, 72.

8 ESPINOLA, Tratado, VII, 120.

Tal iria acontecer no último terço da Idade Média, sobretudo ao Norte da Itália, graças a duas circunstâncias fundamentais: a) o aparecimento de legislações autónomas nas cidades livres da Lombardia; b) o renascimento dos estudos de direito romano.

9. Sobretudo depois do Tratado de Constança, em 1183,⁹ floresceram na Itália Setentrional numerosas cidades que vinham afirmando sua importância desde que, restabelecido pelas Cruzadas o contacto entre Oriente e Ocidente, o privilégio da posição geográfica lhes assegurava as vantagens de intermediárias comerciais dos dois Continentes. Elaboraram as novas Comunas - Módena, Bolonha, Florença, Pádua, Gênova, Veneza, Pisa, Milão, Pistoia, Parma, Placencia, Siena, Amalfi - ao lado do direito comum (romano e lombardo), costumes municipais, diferentes entre si, os *estatutos*, nome dado em oposição à *lex* geral¹⁰. Nesse mesmo século XII abrem-se as primeiras Universidades, em Paris e Bolonha, esta logo centro máximo da cultura jurídica pelo admirável trabalho de exegese empreendido nas fontes do direito romano. Embora na Itália esse direito nunca houvesse deixado de estar vigente, verdadeiro estudo científico não existiu antes da chamada Escola de Glosadores, juristas principalmente italianos que, dos fins do século XI aos meados do XIII, comentaram, ou melhor, *glosaram* o Código Justiniano. Sem qualquer preocupação histórica, tentavam precisar o conteúdo dos textos. O trabalho de conjunto vem sumariado por ACÚRSIO na chamada “glosa ordinária” (sec. XIII). A geração seguinte vai até o século XVI, com o nome de post-glosadores. O método é idêntico, porém a hermenêutica indireta, sobre a glosa ordinária, não sobre o Código Justiniano, do qual

9 Em 1183, FREDERICO BARBARROXA, Imperador alemão, derrotado na Itália, reconheceu a independência das cidades lombardas, permitilhes tropas, fortificações e tribunais próprios.

10 Essa legislação local toma nomes diferentes: - estatutos na Inglaterra, Itália e Alemanha; coutumes na França; fueros na Espanha. Na Biblioteca do Senado da Itália conservam-se mais de 2.000 volumes somente de estatutos observados nas jurisdições italianas. GUTZWILLER informa que as igrejas, como as cidades, também desenvolviam estatutos próprios, considerados em pé de igualdade com o daquelas. Daí incluir como fonte fecunda para o conhecimento do dir. int. priv. primitivo os escritos dos canonistas (op. cit., 306, apud ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 396).

muitas vezes se afastam até ao antagonismo. BARTOLO (1315-1357) e BALDO (1327-1400) simbolizam o período.¹¹

10. Tal situação política, social e jurídica era única na Europa. Os pequenos Estados, numerosos, independentes, povoados, vizinhos e comerciantes, entretinham relações frequentes. Os súditos de cada qual adquiriam, alienavam, testavam e se casavam por toda parte, provocando atritos assíduos, quer dos estatutos com o direito romano e lombardo, quer dos estatutos entre si. O primeiro tipo era de fácil solução: prevalecia a lei especial sobre a geral, salvo um dispositivo absoluto desta. Porém quanto aos conflitos entre estatutos a solução tradicional consistia em lhes dar absoluta territorialidade, impondo cada cidade o seu estatuto, na esfera de sua jurisdição, a todas as pessoas e a todas as coisas, mas a nenhuma além de tais limites. Era a rigidez feudal, aliás vigorante no resto da Europa. Aventou-se, entretanto, outra solução - admitir, em cada caso, a preponderância do estatuto indicado pela razão como o mais justa mente aplicável. Eram as necessidades do comércio e o espírito de equidade do direito romano fazendo-se sentir. Como a influência pertencia ao comércio e ao direito romano foi por este último caminho que se entrou. Entendia-se que o conflito de estatutos deveria ser resolvido do modo mais conforme ao interesse geral e que para isso, em certas hipóteses, os juízes tinham *obrigação* de aplicar tal ou qual lei estrangeira. Nascia o direito internacional privado, sob a forma de uma doutrina, que se chamou mais tarde, precisamente pela sua origem, *teoria dos estatutos*.¹²

11. Essa maneira clássica de colocar a Teoria dos Estatutos no frontespício do dir. int. priv. vulgarizou-se, ainda hoje é usual e encontra seu maior expositor moderno em LAINE¹³. Depois, entretanto, dos estudos de MEIJERS e GUTZWILLER¹⁴ certos autores atuais distinguem entre o período propriamente dos estatutários e o dos

11 VON MAYR (Robert), I, 9.

12 LAINE-op. cit., apud ROMERO DEL PRADO,I, 398.

13 op. cit.

14 op. cit.

fundadores da disciplina. Ora fazendo aquele começar somente nos fins do século XIII e dando anterioridade às decisões intercostumeiras dos juizes da França Setentrional, da Inglaterra e dos Países Baixos¹⁵. Ora diferenciando o método dos glosadores e post-glosadores, nos séculos XII a XV, que resolviam cada problema pela análise concreta de seus dados, sem recorrerem a qualquer princípio geral e abstrato do método estatutário, surgido a partir do século XVI, segundo o qual todas as regras interespaciais se deduziam, a título excepcional e facultativo, do onipotente pressuposto territorialista¹⁶. O que parece irretorquível é a incoerência e fragmentação dos exemplos apontados na etapa primitiva, particularmente italiana. Uma teoria, um sistema de dir. Int. priv. é algo diverso. Não se configurou, diz PILLET, antes dos estatutários franceses do século XVI, sobretudo D'ARGENTRE:

La doctrine des status fut essentiellement systématique, l'école italienne ne le fut nullement. Autant l'école italienne fut variée et incertaine, autant la doctrine des statuts revêt un aspect uniforme, symétrique et imposant”.

12. Os que procuram localizar entre gregos e romanos as embrionárias aplicações da lei estrangeira, também citam exemplos, por assim dizer pré-históricos, da presença de uma ideia avoenga da atual ordem pública. PHILLIPSON encontra um desses casos nas primeiras extensões ao alienígena da legislação local.¹⁷ Possivelmente confunde o problema da condição jurídica do estrangeiro com o do conflito de leis. São coisas distintas. Ainda que todos os indivíduos sejam equiparados em certo país, independente das suas nacionalidades, os juizes desse país podem jamais aplicar outra lei além da sua. Segundo uma nomenclatura hoje corrente trata-se ali apenas do *gôzo* e aqui também do *exercício* de direitos. A história da condição do estrangeiro não se confunde com a dos conflitos de leis. Mais adequada parece a referência de NUSSBAUM a um papiro egípcio do século II, pelo

15 ESPINOLA e ESPINOLA FILHO- Tratado, VII,125.

16 ARMINJON, Précis, I, 74.

17 The international law and Custom of Ancient Greece and Rome, 1911, I, 299, apud NUSS BAUM, Principios, 127.

qual certo juiz romano teria declinado de aplicar a lei do Egito sobre o dote, por ser “*inumana*”.¹⁸

13. Com BARTOLO DE SAXOFERRATO, professor em Pisa e Perúgia, líder dos post-glosadores italianos do século XIV, surge a distinção entre estatutos *odiosos e favoráveis*, na qual vulgarmente se aponta a gênese do conceito de ordem pública.¹⁹ Comentando a glosa de ACÚRSIO sobre a lei “*Cunctos populos...*” da compilação justiniana²⁰, diz BARTOLO que o estatuto proibitivo referente às pessoas é extraterritorial quando *favorável*, como o que priva aos menores de 25 anos a faculdade de testar, porque visa protegê-los contra a má disposição da herança, enquanto os reputa sem plena capacidade; e é territorial quando *odioso*, como o que nega às filhas o direito sucessório. MACHADO VILELA encara essa distinção, durante muito tempo repetida e criticada pelos estatutários, como um processo de BARTOLO na procura da solução mais justa e nisso estaria todo seu valor.²¹ Mas LEBEBOURS - PIGEON-NIERE assina-lhe caráter empírico e fugidio, exemplificando com o estatuto que interditava a mulher de fazer um legado ao marido, favorável segundo BARTOLO, odioso conforme BALDO.²² GARDE CASTILLO destaca divergência semelhante, entre os mesmos juristas quanto ao estatuto excludente das filhas da sucessão, odioso para o primeiro, favorável para o segundo.²³ Conclui CAVAGLIERI:

“Ma il criterio per distinguere gli statuti favorevoli dagli odiosi si rivelò sempre incerto e mal sicuro. Su acuno

18 128, cf. SEGRE, Note sul Editto di Caracalla.

19 ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 405.

20 *Cunctos populos quos clementiae nostrae regit imperium, in tali volumus religione versari, quam divum Petrum apostolum tradidisse Romanis, religio usque adhuc ab ipso declarat.* (Código de Justiniano, Livro I, Título I, Lei I, in “*Corpus Juris Civilis academicum parisiense*, Paris, 1881). Dirigindo-se a prescrição religiosa apenas aos povos “sob o império da clemência imperial”, os post-glosadores extraíram do preceito a consequência de que os outros povos, em certos assuntos, escapavam, ao vigor da lei romana. Esse raciocínio foi a mais remota fonte da distinção dos estatutos em reais e pessoais.

21 Apud. ROMERO DEL PRADO, I, 406.

22 338.

23 18

statuti vi era un certi accordo tra gli scrittori (ad esempio, nel considerare come statuto favorevole, e quindi estraterritoriale, quelle relativo all'incapacità delle donne maritate, dei minori, dei prodighi, avendo la sua ragione in uno scopo di protezione delle leggi). Invece sulla natura di altri istituti vi erano incertezze e dissensi (ad esempio, sullo statuto che vieta alle donne maritate di fare donazioni al marito; sullo statuto que prolongava la minore età oltre i limiti fissati dal diritto comune). Statuto favorevoli od odiosi? Più efficace protezione o invece restrizione di libertà?²⁴

Não encontro mais que um liame histórico entre essa classificação e o problema da ordem pública. Esta se revela sempre como um *princípio* e, por mais rebelde este se apresente à definição, sua ausência total com- promete a existência, como sistema, de qualquer noção do assunto. No fundo aquela classificação estatutária não derivava de princípio algum. Quando e porque, em tese, o estatuto seria favorável ou odioso? Ignora se. Além disso, há outra circunstância que afasta os dois temas. A ordem pública se ergue entre duas leis hierarquicamente idênticas, e pelo menos na maioria dos casos (ou sempre, como querem outros) substitui a norma exterior pela *lex fori*. Ao passo que a recusa de um estatuto odioso jamais importava no deslocamento da matéria para o estatuto do fôro, sim para a lei geral e superior, isto é, o direito romano ou lombardo. Porque tanto os favoráveis como os odiosos eram estatutos pessoais, além da esfera real dos costumes de cada cidade, única em que se impunha a sua competência especial. É o que exprime GOLDSCHMIDT:

“Las llamados privilegios odiosos no tienen parentesco con el orden público, puesto que la aplicación de los primeros derogaba derecho particular en si inaplicable, el de las ciudades - a favor de derecho común en si aplicable, el romano; mientras que el segundo deroga

24 24.

derecho particular en si aplicable a favor de un derecho particular en si inaplicable”.²⁵

14. No século XVII o centro de estudos do dir. int. pr. se desloca para os Países Baixos, onde uma brilhante equipe de juristas, iniciada com BURGUNDUS, RODEN BURGO e STOCKMANN, prosseguida com PAULO e JOÃO VOET e, sobretudo, com ULRICH HUBER - retoma as idéias do quinhentista francês D'ARGENTRE, para construir a mais fecunda das teorias estatutárias. Estimulava-os a paixão pela independência recentemente conquistada na Paz de Vestfália.²⁶ Não se tratava mais de resolver conflitos entre costumes apenas locais, de cidade a cidade, mas entre conjuntos de legislações pertencentes a povos inteiramente autônomos, a começar pelos que formavam as Províncias Unidas, tão ciosos de conservarem, o máximo possível, as suas independências.²⁷ HUBER resumia em três axiomas toda a tese de sua escola;

- 1.º) As leis de cada Estado reinam nos limites de seu território e regem todos os seus súditos; além dele, nenhuma força têm.
- 2.º) Devem ser considerados como súditos de um Estado todos aqueles que se acham nos limites do seu território, quer aí estejam fixados de modo definitivo, quer se encontrem temporariamente.
- 3.º) Os Chefes de Estado, por *cortezia* (comi ter ou comitas) permitem que as leis de cada Estado, depois de terem sido aplicadas nos limites de seu território, conservem o seu efeito em

25 Sistema, I, 274.

26 Em 1648, depois de uma guerra que durou 27 anos, desenvolvida paralelamente à dos Trinta Anos, a Espanha reconheceu, em Munster, a independência das Províncias Unidas, das quais a mais importante desde logo se afirmou a Holanda.

27 A organização política das Províncias Unidas, análoga à do vizinho Império Alemão, deixava quase completa independência aos Estados componentes, cada qual com os seus “États” (parlamentos), os seus “Pensionnaire” (espécie de primeiro ministro) e os seus “Stathouder” (espécie de rei constitucional). O laço entre as províncias era constituído pelos Estados Gerais de Haia, semelhantes à Dieta germânica, não exatamente um Parlamento mas uma Alta Assembléia Confederativa, como se encaminha a surgir da União Panamericana.

qualquer outro lugar, *contanto que os outros Estados e seus súditos não sejam com isso prejudicados em seu poder ou em seu direito.*²⁸

Depois das categorias de BÁRTOLO, este terceiro princípio de HUBER é a etapa seguinte na preparação de uma estrutura nítida do problema da ordem pública.²⁹ MEIJERS cita um caso de sua aplicação, pela Alta Corte dos Países Baixos, rejeitando testamento de holandês feito em Veneza, conforme a *lex loci*, e apesar da competência usual desta, porque “as regras de forma e fundo do direito veneziano se prestavam ao abuso”.³⁰

15. Uma terceira contribuição estatutária pode ser referida em BOUHIER, magistrado e clássico francês do dir. int. priv. no século XVIII, que, após recomendar obediência às leis estrangeiras em certas hipóteses, sempre abre a exceção de irem elas contra um costume proibitivo, ou melhor, de serem “manifestamente injustas” ou “exorbitantes do direito comum”.³¹

16. Em todo este período, entretanto, um verdadeiro conceito de ordem pública não existiu, nem poderia existir, senão de maneira latente. Porque ele deriva de dois pressupostos, um ou outro ausentes nestas primeiras construções do internacional privado:

- A) Obrigatoriedade de aplicação da norma estrangeira importada pela de conflito do foro;
- B) Heterogeneidade substancial entre os sistemas jurídicos interpenetráveis.

28 Apud. GOLDSCHMIDT, Sistema, I, 87.

29 A influência de HUBER é particularmente importante porque foi, sem dúvida, o autor continental de que mais se abeberou a doutrina anglo americana.

30 GOLDSCHMIDT, Sistema, I, 276.

31 BATIFFOL, 375. Dizia BOUHIER: - “Il n’y a guère de maxime de jurisprudence plus universellement reçue que celle de la réalité des coutumes qui sont contraires au droit commun et que les jurisconsultes appellent exorbitantes...” (apud ARMINJON, Précis, I, 217).

Sem o *dever* de cumprir o direito externo, torna-se inútil a noção de ordem pública. O resguardo aos fundamentos e diretrizes de cada legislação, que é o seu mister precípua, pode ser feito instintiva e quase arbitrariamente pela faculdade outorgada ao julgador de repelir a regra alienígena, quando lhe pareça chocante. Por outro lado, apesar de obrigatória a aceitação da norma adventícia, se todos os conflitos possíveis nascem entre sistemas jurídicos semelhantes, nunca essencialmente desiguais, nada quanto a um dêles haverá de tão antagônico que requeira a presença limitadora da ordem pública no outro. Tais pressupostos não se reuniram no desenvolvimento do dir. int. priv. antes do século XIX. Daí as opiniões e exemplos citados serem fatalmente vacilantes e fragmentários. Podem conter uma recusa eventual ao dispositivo insuportável e hoje isso se enquadraria no âmbito da ordem pública. Jamais articulam, todavia, um lineamento do qual se depreenda, com lógica e regularidade, o conteúdo, caracteres, extensão e efeitos daquele princípio. Faltavam aos glosadores, post-glosadores e estatutários até o século XVIII, inclusive, aqueles pressupostos, condicionadores do tema na doutrina oitocentista. É certo que o primeiro, o *dever* de aceitar a regra estranha, embora em germe, existia nas idéias dos italianos e franceses da Escola de Bolonha (sec. XII, XIII, XIV e XV). Faltava-lhes, porém, o segundo, a diversidade visceral de instituições. Quase todos os conflitos ocorriam entre cidades ou províncias ligadas à mesma soberania, pelo menos vinculadas ao mesmo direito superior e geral. Rarissimamente havia choque internacional; sim choques interurbanos, interprovinciais, inter-regionais, Inter paroquiais... E quando, por acaso, eram normas nacionais que se defrontavam (inglesas versus italianas ou francesas), vinham todas elas embebidas no lastro comum da inspiração cristã, quando não do direito romano. Apenas os turcos mantinham-se estranhos a ambas as comunidades, porém esses viviam isolados e refratários a qualquer contacto. Não há notícia de juiz medieval aplicando ou recusando lei otomana.

17. Modificou-se a paisagem europeia em ambos os aspectos, a partir do século XVI. Constituíram-se os primeiros Estados modernos, com poderes e leis diferentes, ao mesmo tempo que a Reforma

fraccionava a unidade de crença, último laço do *povo cristão*, daí em diante dividido, material e espiritualmente, talvez para sempre. O direito romano, embora conservasse, sob múltiplos aspectos, o prestígio de outrora, perdia cada vez maior terreno para os costumes, e depois para as leis locais. A Espanha tem o seu “fuero real” desde o século XIII. Portugal, no XV, XVI e XVII, as suas Ordenações. A Suécia possui um Código no século XIV, a Dinamarca e a Noruega no século XVII. A Baviera e a Prússia nos fins do século XVIII (1756 e 1794). O século XIX completa a transformação com as grandes codificações de direito privado. Diz GUTZWILLER:

“Le XIXe. siècle introduit l’individualisme national en droit civil. Ce fait exerce évidemment des répercussions directes sur la matière qui seule nous intéresse ici: le conflit des lois. Evidemment le poids d’une tradition séculaire se fait fortement sentir: on conserve non seulement un grand nombre de solutions pratiques, mais aussi toute une série de notions fondamentales. Mais l’individualisme national a eu dans le domaine du conflit des lois ces trois conséquences importantes: il a premièrement e généralement émietté le droit international privé commun a presque tous les États de l’Europe continentale en un grand nombre de droits internationaux privés nationaux. Il a eu pour deuxième condition de transformer dans beaucoup de pays le conflit des lois coutumier ou scientifique ou purement jurisprudentiel en droit international privé légal formulé... Enfin, la création d’un grand nombre de codes civils nationaux souligna, d’une façon marquante, toutes les différences morales, matérielles et même techniques, qui existent dans les institutions civiles des différents ordres nationaux”.³²

18. Estava, assim, atuante o segundo requisito para uma ordenação do problema da ordem pública. Havia disparidades evidentes

32 Apud ESPINOLA e ESPINOLA FILHO, Tratado. VII, 171.

e intransponíveis entre as leis invocáveis. Desaparecera, em compensação, desde o século XVI, e sobretudo depois do XVII, o pressuposto inicial, isto é, a *obligatoriedade* de aplicação do direito exterior. Porque os holandeses, logo seguidos dos anglo-saxões, passaram a negar qualquer *dever* nessa importação jurídica, sustentando a famosa “*comitas gentium*” como derradeira, discricionária e facultativa razão para as estreitas exceções abertas em seu agudo territorialismo. De forma que se aos seiscentistas e setecentistas os conflitos interestaciais surgiam com a gravidade decorrente de uma progressiva desigualdade e dispersão legislativas, dispensavam-se êles de formular as condições exatas de rejeição da norma adventícia porque em nenhum caso se resignavam ao dever de aplicá-la para necessitarem motivos de não o cumprir. Tal ainda foi a atitude dominante no Código Civil Francês, de tão larga influência em toda a história do direito escrito³³. Nenhuma das suas poucas normas de vinculação (*rattachement* dos franceses, *collegamento* dos italianos), impõe ao juiz obediência a uma lei estranha, embora várias determinem a submissão a elas dos franceses ainda quando distantes da pátria³⁴. O Código austríaco de 1811 e a Lei Holandesa de 1829, compilações imediatamente seguintes na Europa, seguem orientação análoga.³⁵

19. Finalmente, no sistema de SAVIGNY coexistem, plenamente, pela primeira vez, ambos os pressupostos da noção de ordem pública. Porque, precisando e ultrapassando o pensamento de seus predecessores (HAUS, WAECHTER, SCHAEFFNER), o autor do “Sistema de Direito Romano Atual”, partiu exatamente desses pressupostos para delimitar o império das leis no espaço. Por um lado não reduzia

33 Sobre a extensão dessa influência vide excelente nota in RODRIGO OTAVIO, *Dir. Int. Priv.*, 62.

34 As regras de *dir. int. priv.* no Código Francês são os artigos 47, 48, 170, 171, 999, 1.000, 2.128. Não há entre eles uma só norma de importação; quase todas são de exportação e as restantes impõem a lei francesa sobre o território francês com exclusividade. Sempre regras unilaterais.

35 Os Códigos americanos e europeus da primeira metade do século XIX não incluem um sistema de *dir. int. priv.*. Quando muito, seguem o modelo francês. Somente depois de SAVIGNY e MANCINI e, sobretudo, após o Código Italiano de 1865, tornou-se corrente a parte chamada das “Disposições Preliminares” ou “Leis de Introdução”, em que surgem articuladas as normas de direito intertemporal, interestacial e regras hermenêutica (*superdireitos*, na linguagem de ZI TELMANNY).

a pura gentileza (comitas) a intervenção do direito de fora, para ele fundada na justiça e na necessidade de garantir as relações cada vez mais ativas entre os povos. Por outro lado, suas regras já se destinavam a disciplinar atritos entre normas completamente diversas. Permaneciam os antagonismos religiosos. Acresciam as lutas políticas entre o liberalismo e as velhas autocracias. O ano anterior ao seu livro, 1848, com o “Manifesto Comunista”, é o ano da divisória¹, para as modernas hostilidades de preocupação eminentemente econômica e de amplitude progressivamente universal. Além disso, em particular na Alemanha, dentro do mesmo país e até da mesma cidade, coexistia verdadeiro mosaico legislativo². Era, então, indispensável e inadiável munir o juiz de uma fórmula que o libertasse da contingência de aplicar o direito alienígena, quando perturbador da ordem social ou incompatível com as finalidades jurídicas vigentes em seu país. Embora ainda sem tal nome iria ser esquematizada a primeira doutrina orgânica sobre a ordem pública.

1 “No inverno e primavera desse ano - dizem BARNES e BECKER- rebelaram-se as massas da Europa Central, Ocidental e Meridional, com a esperança de conseguir a liberdade política. Nos reinos governados pelos Habsburgos e na Itália, nem só se aspirava à liberdade política, mas também a libertar-se o povo das cargas sociais do feudalismo; na França a meta era a participação na vida política e a derrocada da opressão burguesa; e na Inglaterra os cartistas esperavam conseguir a melhoria econômica e maior participação na vida pública... O fracasso destas rebeldias políticas das massas, desviou as energias de muitos para os canais econômicos de ataque ao que consideravam como forças defensivas dos privilégios”. (História del pensamiento social, trad. Vicente Herrero, México, 1945, I, 622). Tem especial importância, para o desenvolvimento da teoria da ordem pública, esse ano de 1848, porque daí em diante, conforme a inclinação revolucionária, reacionária ou socialista, as leis privadas tomaram rumos muito diversos, sobretudo quanto à propriedade, e tais tendências surgem sempre com um rígido caráter de ordem pública.

2 Assim, por exemplo, em 1840, havia na cidade de Brasília, Silésia, Alemanha, Oriental, cinco leis diferentes sobre o direito de sucesso, o regime matrimonial de bens, etc... Frequentemente, o direito variava de uma casa a outra; algumas vezes mesmo uma só casa, colocada sobre os confins de duas jurisdições, era regida em parte por uma lei e em parte por outra (SAVIGNY, XII, 23)

III

SAVIGNY

20. Destinou SAVIGNY¹ o oitavo e último volume do “Sistema de Direito Romano Atual” ao estudo do império das regras sobre as relações de direito, dividindo-o em dois capítulos, o primeiro sobre os limites locais e o segundo sobre os limites temporais. Mostrou, desde logo, que os problemas se cruzam, porque a colisão temporal pode sobrevir de duas maneiras: - do ponto de vista das regras, quando o legislador as modifica; e do ponto de vista das relações, quando, permanecendo a regra idêntica, deslocam-se as condições de fato de um lugar a outro e assim recaem sob normas diferentes. Desenvolve a seguir uma estrutura completa de dir. int. priv., marcando, sem dúvida, e no mais alto nível, a abertura da doutrina contemporânea.

21. Quanto aos limites locais, parte SAVIGNY de que todo direito aparece inicialmente como atributo de uma pessoa. Poderia, assim, a questão fundamental para as fronteiras no espaço ser posta nêstes termos: a que pessoas se estende o império de uma regra, ou a que regras está submetida uma pessoa? Qualquer resposta não esgotaria, contudo, as dificuldades. Porque determinadas relações jurídicas envolvem várias pessoas, ligadas muitas vezes a regras diferentes. E até mesmo uma única pessoa tem as suas extensões artificiais. Ela quer dominar as coisas, e abordando o espaço ocupado por essas coisas se expõe a entrar no âmbito de um direito estrangeiro. Ela quer, por meio de obrigações, submeter os atos de outras pessoas à sua vontade ou os seus atos à vontade de outras pessoas, podendo estas como aquelas não pertencerem ao seu direito. Pela família, ela reveste e dela se originam diferentes formas da vida, através das quais, voluntária ou involuntariamente, abandona o círculo do seu direito primitivo e puramente pessoal. De tudo resulta que, para cada caso, a regra a aplicar é designada, principalmente, pela submissão da pessoa de que se trata a um direito determinado. Porém modificações, as mais importantes e variadas, podem provir das relações que as coisas, os atos ou os laços de família estabelecem com outros direitos positivos. Porque não se trata de visar a pessoa na sua existência abstrata, mas

1 FREDERICO CARLOS DE SAVIGNY (1779/ 1861), professor das Universidades de Landshut e Berlim, um dos fundadores da Escola Histórica, é o vulto fundamental do direito internacional privado alemão. Sua ascendência, no século XIX, somente pode ser comparada à de STORY e à de MANCINI.

de um novo ponto de vista, como centro de um vasto conjunto de direitos adquiridos, e podendo, em consequência, cair sob os domínios jurídicos mais diversos.

22. Nos assuntos de natureza puramente pessoal, indica SAVIGNY dois vínculos genéricos de uma pessoa a um certo sistema jurídico: - a *origem* (nacionalidade) e o *território* (domicílio). Acha que a nacionalidade desempenha essa tarefa sobretudo entre os povos nômades, como foram os germanos ao tempo de suas migrações, e ainda eram os turcos e judeus à época em que escrevia. Possui a *origo* um caráter individual, invisível e pouco modificável pela vontade humana. O território, como fronteira jurídica, é menos pessoal, mais exterior e perceptível, sobre êle a influência da vontade é mais extensa e direta. Para limite e motivo da comunhão de direito, suplantou a nacionalidade, graças ao desenvolvimento das comunicações e à predominância do cristianismo, suavizando as diversidades de origem. Daí chamar SAVIGNY limites *locaís*, não limites *nacionais*, aos problemas de conflitos no espaço.

23. Os direitos territoriais ontraditórios podem reger diferentes partes do mesmo Estado ou Estados independentes. O Império Alemão (antes de 1870) e a União dos Países Baixos no século XIX exemplificam a primeira hipótese. A segunda é a normal. Quando se trate de numerosos direitos subordinados uns aos outros (norma particular em conflito com a norma comum) a regra é simples: - aplica-se de preferência o direito cujos limites sejam mais restritos, a menos que exista no direito superior uma disposição tendo o caráter de lei absoluta. O direito da cidade prevalece sobre o do país, o do país sobre o direito geral. Tal ocorreu nos atritos entre os estatutos especiais das cidades italianas e o direito lombardo; entre aquêles ou êste e o direito romano, na Alta Idade Média, Mas a colisão entre direitos particulares autônomos (estatutos versus estatutos), sem qualquer laço de hierarquia, não se resolve com tal simplicidade. Os estatutários pretenderam solucioná-los pela soberania dos Estados, partindo de dois princípios: - 1.0 Cada Estado pode exigir que se não reconheça em todo seu território outras leis além das suas; 2.0 Nenhum Estado pode

estender além de seus limites a aplicação de suas leis. Mas é necessário buscar outra saída para o impasse. Porque a independência dos Estados, vis-a-vis dos estrangeiros, levada à máxima extensão, conduziria a lhes recusar absolutamente a capacidade de direito, como, em boa parte, aconteceu entre os romanos. Porém a tendência constante do direito moderno é estabelecer uma perfeita assimilação entre nacionais e estrangeiros, igualdade reclamada pelo interesse dos povos e dos indivíduos, à medida que as relações entre eles são mais numerosas e ativas. Para que essa igualdade seja completa, entretanto, é preciso não só que em cada Estado os tribunais sejam acessíveis aos estrangeiros como aos nacionais, mas também, no caso de colisão de leis, que a decisão tomada sobre a relação de direito seja sempre a mesma em qualquer país onde o julgamento haja sido pronunciado.²

24. Sobre essas premissas ergue SAVIGNY as linhas fundamentais da sua teoria para o dir. int. priv.:

“Le point de vue où nous placent ces considerations est celui d’une COMMUNAUTÉ DE DROIT entre les différents peuples; et par la suite des temps ce point de vue a été de plus en plus généralement adopté sous l’influence des idées chrétiennes et des avantages réels qu’il procure a tous les parties. Cela nous mène a adopter, pour la colision des droits territoriaux des États indépendants, les principes fondamentaux qui régissent la colision des droits particuliers de chaque État et cette assimilation doit servir de point de départ à la présente recherche. Le problème à resoudre pour les deux espèces de collision peut donc se poser en ces termes: Déterminer pour chaque rapport de droit le domine droit le plus conforme à la nature propre et essentielle de ce rapport”.³

2 Sistema, VIII

3 VIII, 31.

Afasta, assim, o mestre alemão o exclusivismo das soberanias, substituindo-o por um acordo tácito entre Estados, do qual resulta o dever de admitir leis originariamente estrangeiras entre as fontes onde busquem os tribunais de cada qual decisões para os variados casos envolventes de um conflito espacial. Acôrdo, porém, que não resulta de pura benevolência (a comitas dos holandeses), *não* é ato revogável de uma vontade arbitrária, mas um desenvolvimento próprio do direito, seguindo no seu curso igual caminho que as regras sobre colisões de direitos particulares do mesmo Estado, quando não expressamente resolvidas por lei geral e superior.

25. Depois das idéias fundamentais da comunidade de direito e natureza própria da relação, SAVIGNY completa o arcabouço da normalidade em d. int. pr. com a noção de sede:

“Voici l’ordre que nous avons suivi dans nôtre recherche. Nous avons cherché quel est le principe de droit qui soumet un individu à un droit local déterminé. En droit romain nous avons trouvé que ce principe était le droit de cité dans une ville (origo), et subsidiairement le domicile dans le territoire d’une ville déterminée. En droit actuel nous avons trouvé que le domicile est le principe qui soumet un individu à l’empire d’un droit déterminé. Mais en même temp nous avons reconnu que, tout en nous donnant une base pour la solution de notre problème, ce principe ne suffisait pas à le résoudre... Ainsi jusqu’à présent nous avons cherché le lien qui rattache la personne à un lieu déterminé, au domaine d’un droit espécial; maintenant nous allons entreprendre un travail semblable pous les rapports de droit, et montrer le lien qui les rattache à un lieu déterminé, au domaine d’un droit espécial. Mais afin de rapprocher, par la similitude des termes, les deux parties de cette recherche nous pouvons dire que nous allons assigner à chaque classe de rapports de droit un siège déterminé. Continuant la même idée je vais reproduire

ici la formule déjà posée plus haut sous un point de vue différent et que résume ainsi le problème à résoudre: rechercher, pour chaque rapport de droit le domaine du droit auquel ce rapport appartient de sa nature (où ce rapport de droit a son siège)”⁴.

26. Estava completo o arcabouço. Mas como situou SAVIGNY o problema da ordem pública? Essa expressão não aparece na sua obra. MANCINI é que iria emprestá-la, pouco depois, ao artigo 6.0 do Código Francês para designar a maior dificuldade do d. int. pr. contemporâneo. Porém SAVIGNY, não se utilizando do nome, deu tal vigor e fecundidade ao conceito que, após um século, o seu esquema continua impregnando a maior parte da doutrina. O pensamento exposto acima era revolucionário. Rompia, a fundo, com quinhentos anos de tradição estatutária. Compare-se os axiomas de HUBER aos alicerces de SAVIGNY. Ali um nacionalismo desconfiado e hostil. Uma ânsia de soberania que apenas na gentileza, escusável e oportunista, encontrava uma saída para os flagrantes absurdos a que conduziria, em certos casos, a ferrenha territorialidade de suas leis. Aqui, uma estrutura no plano mundial, um internacional privado como super-direito (assim o chamaria mais tarde ZITELMANN), uma superior despreocupação pela vigência da lei do fôro, equiparada à estrangeira como fonte de direito ao dispor de cada juiz. Mas exatamente essa obrigação, pela primeira vez defendida, de invocar o julgador a lei da *sede*, fosse qual fosse, não poderia ficar ilimitada sem arriscar o pensamento savigniano à inexecuibilidade concreta em numerosas hipóteses. SAVIGNY percebeu claramente que era indispensável limitá-la:

“car il y a plusieurs espèces de lois dont la nature spéciale n’admet pas cette indépendence de la communauté de droit entre différents États. En presence de ces lois le juge doit appliquer exclusivement le droit national, lors même que notre principe demanderait l’application du droit étranger. De là resulte une série d’exceptions très importantes, dont la détermination rigoureuse est

peut-être la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre... Je vais essayer de ramener toutes ces exceptions à deux classes principales:

- A) *Lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites des divers Etats.*
- B) *Institutions d'un État étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans le nôtre, et qui par conséquence n'y peuvent prétendre à la protection des tribunaux*".⁵

A primeira dessas exceções corresponde indiscutivelmente ao que hoje chamamos de ordem pública. Se a segunda, em tese, está absorvida por esse conceito ou constitui motivo autônomo de inaplicabilidade da norma exterior é um debate sutil, agora denominado da *instituição desconhecida*, sobre o qual haverá capítulo próprio nestas considerações.

27. Para SAVIGNY, então, a ordem pública estaria nas leis de natureza positiva rigorosamente obrigatória. Ele não as faz coincidir com as absolutas. Pensa, é certo, que jamais uma regra de direito puramente supletiva figurará entre os casos de que se ocupa, exemplificando com os dispositivos sobre as sucessões "ab intestato", apenas atuantes à falta de um ato de última vontade. Mas considera grave erro atribuir a todas as leis absolutas caráter tão positivo e obrigatório que as torne excepcionais em dir. int. priv., citando as relativas ao início da prescrição como da classe daquelas sem pertencerem a estas. E conclui que para saber se uma lei entra na categoria excepcional é necessário, antes de tudo, *investigar a intenção do legislador*. Se ele a exprimiu formalmente, basta essa declaração. Mas, como isso acontece raramente, deve-se recorrer às diferenças que apresentam em sua natureza, as leis absolutas. De onde parte para a seguinte distinção: a) há uma classe de leis absolutas cujo único motivo e único fim é

5 VIII, 35.

garantir, através de regras certas, o exercício dos direitos. São feitas exclusivamente no interesse dos titulares de tais direitos. Assim as que restringem a capacidade de agir por causa da idade ou do sexo. Não existe qualquer razão para colocar estas leis entre os casos excepcionais e as colisões a que elas derem lugar podem ser resolvidas livremente pelo princípio da comunidade de direito. Jamais um Estado hesitará em permitir no seu território a inserção de uma norma exterior deste tipo; b) - uma outra classe de leis absolutas, ao contrário, tem o seu motivo e o seu fim fora do domínio do direito concebido abstratamente, de sorte que elas não surgem unicamente no interesse dos titulares. As leis desta classe podem ter por base um motivo moral; tal é a que proíbe a poligamia. Podem ser ditadas por uma razão de interesse geral (publica utilitas), revestindo um caráter político, de polícia ou de economia; tais são muitas leis que restringem a aquisição da propriedade imobiliária pelos judeus.

“Toutes les lois de cette espèce rentrent dans les cas exceptionnels mentionnés plus haut, de sorte que par rapport à leur application chaque État doit être considéré comme absolument isolé. Ainsi dans un pays où la polygamie est défendue les tribunaux doivent refuser leur protection au mariage de l'étranger fait selon les lois de son pays qui autorisent la polygamie. Si nos lois interdisent aux juifs la acquisition de la propriété foncière, nos juges doivent interdire cette acquisition, non seulement aux juifs de notre pays mais encore aux juifs des États étrangers où cette interdiction n'existe pas, bien que, d'après les principes généraux sur la collision, la capacité personnelle de droit et la capacité d'agir soient déterminées par la loi du domicile de la personne. Mais, réciproquement, l'État étranger dont les lois permettent aux juifs l'acquisition de la propriété foncière, permettra cette acquisition aux juifs de notre pays, sans égard à la loi prohibitive de leur domicile personnel... On peut espérer que, par suite du développement naturel du droit chez les différents peuples, le

nombre de ces cas exceptionnels tendra constamment à diminuer”.⁶

28. Não seria adequado à finalidade e aos limites dêste ensaio esmiuçar a profunda e pertinaz influência do mestre alemão em toda doutrina posterior do d. int. pr.. Nem empreender uma triagem nas críticas sofridas, nas modificações e acréscimos propostos. Apenas, como vista panorâmica dessa irradiação, vale referir que o Código Civil do Reino da Saxônia (1863), o do Uruguai (1868), o da Argentina (1869), também em vigor no Paraguai desde 1889, e os de vários cantões suíços estão estreitamente vinculados à estrutura savigniana. No campo das grandes convenções, os Tratados de Montevidéu, de 1888/9⁷, vigentes até hoje para o direito internacional privado do Rio da Prata (Argentina, Uruguai, Paraguai, Bolívia e Peru). E, quanto às suas exceções à aceitabilidade da regra adventícia (ordem pública e instituição desconhecida), pelo menos duas legislações transcreveram-nas quase literalmente: a Lei Grega de 1856 e o Código Montegrino de 1888 (textos no final). Mas a influência transbordante de SAVIGNY se manifesta, sobretudo, por via indireta, através as teorias sucessivas que, embora tantas vezes e em pontos vários discordantes, guardam, em comum o laço da derivação preliminar. Na Alemanha SAVIGNY foi uma espécie de direito escrito, pelo menos antes do Código Civil (1896/1900). Certas leis que o antecederam, como o Código Prussiano de 1794, (Allgemeine Landrecht), naquilo em que pareciam incompatíveis com os seus postulados, sofreram uma violenta

6 VIII, 40.

7 CONTUZZI reputa os Tratados de Montevidéu o acontecimento mais memorável, no campo do dir. int. priv., da segunda metade do século XIX. Depois de 35 sessões, 8 tratados foram concluídos: I-Direito Civil Internacional; II - Direito Comercial Internacional; III - Direito Penal Internacional; IV - Leis do processo; V - Propriedade literária e artística; VI - Marcas de comércio e fábrica; VII - Patentes de invenção; VIII - Exercício das profissões liberais. O princípio da ordem pública apenas aparece expresso no artigo 5.º do Tratado sobre leis do processo. Entre os requisitos para que as sentenças estrangeiras possam ter vigor inclui o de que “não contrariem as leis de ordem pública do país em que tiverem de ser executadas” (letra d). O Brasil, representado pelo Conselheiro ANDRA DE FIGUEIRA, não adotou o Tratado de Direito Civil porque estabelecia o princípio domiciliar como critério da lei pessoal e a nossa legislação, àquele tempo, era rigorosamente nacionalista; e o Tratado de Direito Penal, por entender que a matéria era de exclusiva competência das legis laturas locais. (Vide ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado, VII, 370 e RODRIGO OTÁVIO, A Codificação do Dir. Int. Priv., 89).

interpretação adaptativa⁸. Com maior ou menor fidelidade êle permanece o líder do d. int. pr. alemão na segunda metade do século XIX e na primeira do XX. (L. VON BAR, TH. NIEMEYER, OTTO GIERKE NEUBECKER, HANS LEWALD, MAX GUTZWILLER, ARTHUR NUSBAUM, K. NEUMEYER, GEORGE MELCHIOR, LEO RAAPE, FRANZ KAHN, ERNEST RABEL). Fora da Alemanha, sòmente ao prestígio de MANCINI na Europa Ocidental e na América Latina e ao de JOSEPH STORY na Inglaterra e Estados Unidos, pode ser comparado o de SAVIGNY. Aliás, se STORY não poderia sentir o seu influxo, porquanto lhe é anterior, já em PHILIMORE, WESTLAKE e DICEY na Grã-Bretanha, e em BEALE nos Estados Unidos, a *presença* do chefe da Escola Histórica é tão indubitável quanto benéfica⁹. A teoria dos direitos adquiridos (*vested rights*) combina o territorialismo estatutário de STORY ao cosmopolitismo savigniano da sede da relação. E na jurisprudência anglo-saxônica o lugar de SAVIGNY é quase tão alto como o de STORY. Quanto a MANCINI, êle próprio confessa abertamente que não chegaria ao *nacionalismo personalista* das leis sem partir da comunidade universal do direito. Independente, porém, de anglo-americanos e mancinianos, a autoridade de SAVIGNY se revela firme e direta sobre alguns representantes da mais alta doutrina internacional néo-latina. Estão-lhe vinculados na França: LAINE, VALERY, DESPAGNET, BARTIN...; na Itália: LOMONACO, SAREDO, BRUSA, PERTILE, DIENA, CONTUZZI, GABBA... Na Argentina VELEZ SARFIELD, AMANCIO ALCORTA, A. CALANDRELLI, ROMERO DEL PRADO... No Brasil TEIXEIRA DE FREITAS, EDUARDO ESPINOLA, RODRIGO OTÁVIO...¹⁰

29. Todo jôgo fundamental do problema da ordem pública se contem na concepção de SAVIGNY. Sentiu êle, antes de qualquer outro, o dilema crucial do assunto: de um lado a lei competente, razoável, conforme à natureza e sede da relação jurídica; de outro, as

8 WOLFF, 45

9 BATIFFOL, 265.

10 WOLFF se queixa de que em França chegaram a ser registados o que êle chama "conatos de apropiación": - "basta ver con que satisfacción se subraya que SAVIGNY descien de de una antigua familia francesa, y hasta un sabio llega a opinar - qu'il doit peut être à cette origine le don de la clarté qui distingue ses ouvrages" (pg. 45).

exigências intransponíveis de cada sistema legislativo. Sentiu que jamais se venceria o demônio territorial antes daquela rigorosa determinação dos casos excepcionais a que chama “la partie la plus difficile du problème que nous avons à résoudre...”¹¹ Quando distingue duas categorias entre as leis absolutas, conforme a intenção do legislador, uma de finalidades coletivas, outra de finalidades individuais, está propondo, pela primeira vez, a separação do que se iria chamar mais tarde, sob veemente discórdia, ordem pública interna e ordem pública internacional. No exemplo dos judeus, podendo ou não adquirir propriedades imobiliárias, conforme a lei local, e a despeito da domiciliar - apesar de certo emaranhamento da matéria de conflitos com a de condição do estrangeiro sem dúvida está o germe da atual dicotomia dos efeitos da ordem pública em positivos e negativos.

Dizendo que ao aplicar uma de suas leis rigorosamente proibitivas cada Estado deve ser visto como se estivesse Isolado, SAVIGNY mostra o que depois se chamaria a localização da ordem pública, negando-lhe, conseqüentemente, valor extraterritorial, salvo nos países de ordem pública semelhante quanto ao ponto em debate (efeito reflexo). Finalmente, formulando sua esperança de que o número de casos excepcionais tenda a diminuir, êle parecia prever a extraordinária amplitude, digamos o gigantismo que, dentro em pouco, iria envolver o princípio que acabava de suscitar, hipertrofiando em normal, o que sugerira como esporádico.

30. E' inegável, entretanto, que o setor da doutrina savigniana de dir. int. priv. mais rapidamente abandonado foi o da inaplicabilidade da lei estrangeira. Talvez porque MANCINI empregaria, um ano e meio depois, para as mesmas hipóteses, um nome mais sonoro -- o de ordem pública internacional, fundindo o dualismo do sábio alemão com o desaparecimento da substantividade da instituição desconhecida. Cerca de cinquenta anos iria durar, no assunto, a preponderância indisfarçável das idéias italianas. Apenas em pleno século XX esse entusiasmo esmoreceria, para dar lugar, no problema da ordem pública, como que a uma volta a SAVIGNY, sem desprezo às imensas

11 VIII, 35.

contribuições ulteriores, porém restituindo ao tema o seu originário caráter excepcional. A própria autonomia da instituição desconhecida também reapareceria, diminuída, é certo, aos casos de impraticabilidade técnica. O eixo deste trabalho é a história desse duelo e de suas conseqüências.¹²

12 A ordenação e seqüência das idéias, tão variadas, às vezes tão antagônicas, que se aventaram sobre a ordem pública, obrigou a escolher um fulcro para este ensaio. Como as discrepâncias mais importantes provinham da concepção preliminar - normalista ou excepcionalista - e, sobretudo, como daí derivavam as conseqüências mais práticas desse debate, isto é, os efeitos locais ou universais das decisões proferidas em obediência à ordem pública - pareceu-me conveniente elegê-lo para eixo. Isso, porém, não implica numa fronteira rigorosa, se é que no domínio das idéias alguma vez podem ser rigorosas as fronteiras. Bastaria escolher outra referência para ser possível encontrar mais aproximados um autor excepcionalista de outro normalista, do que dois autores excepcionalistas ou dois autores normalistas, entre si.

IV

MANCINI

31. Dezoito meses após a publicação do último volume de Savigny, PASCOALE ESTANISLAO MANCINI¹ pronunciou na Universidade de Turim seu famoso discurso de plataforma doutrinária “Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti” (22/1/1851), abrindo as perspectivas da chamada Escola Italiana, no d. int. pr. também conhecida como da personalidade do direito², cujos princípios passou a desenvolver nas cátedras de Roma e Turim e aparece consolidada na “Relazione Preliminare” que apresentou, com ASSER, ao Instituto de Direito Internacional, sessão de Genebra, 1874³.

32. Articulam-se as ideias de MANCINI sobre três princípios fundamentais: - a liberdade individual, a nacionalidade e a soberania.

- 1 MANCINI (1817/1888), foi professor e deputado em Nápoles. Condenado a 24 anos de trabalhos forçados pelo governo Bourbon, refugiou-se no Piemonte, onde lhe foi entregue a cátedra de Direito Internacional na Universidade de Turim. Um dos chefes do partido liberal italiano (daí a condenação), foi ministro da Justiça e do Exterior no agitado período da unificação. A campanha por esta, sob o comando de CAVOUR, recebeu das ideias de MANCINI um grande e duradouro estímulo jurídico. A sua Teoria das Nacionalidades foi, assim, uma espécie de filosofia da independência. E esse caráter, se lhe proporcionou um apoio entusiástico, enquanto perdurava a luta, também lhe valeu severa crítica, quando, vencida aquela etapa, pôde ser encarado de um ponto de vista estritamente jurídico.
- 2 Sua originalidade tem sido contestada. GARCÍA AMADOR Y RODRIGUES diz imerecidos tanto os nomes de doutrina italiana, como da personalidade. Aquele porque o princípio básico da nacionalidade já aparecera, desde 1804, no artigo 3.º do Código Francês; e este, porque a predo minância da lei pessoal nem sempre se resolve na da lei nacional, dado que numerosos países e autores, mantendo aproximadamente o mesmo âmbito, preferem o critério domiciliar. (ROMERO DEL PRADO, I, 301). Quanto à primeira objeção, porém, HAROLDO VALADÃO mostra que aquele dispositivo do Código Francês, referindo-se a residentes no estrangeiro e, portanto, do micilios em França, não consagrava o princípio nacionalista que, de fato, somente adquiriu prestígio depois de MANCINI e do Código Italia no de 1865 (Estudos, 5). Já, em nota ao Manual de WEISS, diz ZEBALLOS que a doutrina de MANCINI deriva diretamente da de SAVIGNY, quando, como esta, admite que todo direito aparece desde logo como um poder pertencente à pessoa apenas diferindo na maneira de radicar determinada pessoa a determinada soberania, pelo domicílio em SAVIGNY, pela nacionalidade em MANCINI. E conclui que o sistema savigniano é jurídico, o manciniano político; o primeiro constante e o segundo contingente (ROMERO DEL PRADO, I, 301).
- 3 “Relazione Preliminare in torno la utilità de rendere obligatorie per tutti gli stati, sotto la forma de uno o più trattati internazionali alcune regole generali del diritto internazionale privato, per assicurare la decisione uniforme del confliti tra le differenti legislazioni civili e criminali”. Publicada no “Journal”, CLUNET, 1874, CLOVIS chama essa relação “catecismo da escola italiana” (Princípios, 51) e ASSER a considera “a introdução aos modernos trabalhos de dir. int. priv.”. (La Codification du droit int. privé, 1901, 6, apud RODRIGO OTAVIO - A Codificação, 61).

A) *Liberdade* - Os homens são livres, responsáveis e dotados de direitos, que nascem da natureza e não de concessões políticas. O Estado, expressão da vontade e do interesse comuns, faltaria ao seu fim e à sua razão de ser se, em lugar de reconhecer e garantir os direitos e as liberdades inofensivas dos indivíduos, os desconhecesse ou limitasse. Pode cada indivíduo usar de sua liberdade em tudo quanto não prejudique a liberdade dos outros e isso deve ser assegurado nem só aos cidadãos do mesmo Estado como ao restante do gênero humano. A conservação e garantia das liberdades de cada homem não há de ter outro limite racional além dessa mesma proteção e garantia das liberdades jurídicas outorgadas aos demais. As leis e códigos, obras falíveis e expressão relativa da verdade, segundo a concebem os legisladores dos Estados, não criam os direitos e liberdades do homem, mas apenas têm o dever de reconhecê-lo em sua justa medida, mesmo aos estrangeiros. Quando não o fazem, violam a justiça e o direito das gentes, de vez reitos todos os Estados têm interesse em assegurar os direitos e liberdades legítimas dos seus membros e fazê-los respeitar pelos demais povos. Consiste exatamente a ordem jurídica no acordo da vontade privada com o exercício do poder social, isto é, nas relações entre a lei do Estado e as prerrogativas do indivíduo, entre a ordem política e a ordem civil. A ação do poder social se detem onde encontra a liberdade inofensiva, e portanto, legítima, dos particulares, cuja esfera, inacessível, não pode ser invadida, sem que a autoridade cometa um injusto excesso. Esta liberdade não cessa de exercer-se quando desborda o círculo da sociedade nacional e se estende a outras nações, porque os direitos de tal categoria pertencem aos homens como homens, e não como membros de determinada sociedade política. Todos os indivíduos são iguais por direito e por natureza, sem distinção de países, de limites territoriais nem de fórmulas de governo. A esse princípio da liberdade individual corresponde a parte voluntária do direito privado, na qual o homem, internamente, pode afastar a lei, e, internacionalmente, pode escolher a lei. Daí resulta o critério que WEISS denominou da autonomia da vontade para os conflitos interespaciais sobre matéria obrigacional.⁴

4 *Traité*, III.

- B) *Nacionalidade* - Há outra parte do direito privado, a necessária, que independe da vontade humana, São as leis que regem o estado pessoal a ordem e as relações de família atributos que não são próprios e diferentes em cada pessoa humana, porém comuns entre os indivíduos ligados à mesma nacionalidade. O homem pode mudar de nacionalidade, mas não pode conservá-la repudiando as suas condições peculiares, porque essas condições são como um espelho a refletir aquela nacionalidade. E se o indivíduo não pode renunciar ao seu estado, da mesma forma os governos que o acolhem devem optar entre aceitá-lo nesse estado ou recusá-lo. E' a nacionalidade um vínculo natural e até geográfico, antes de se externar como laço político e jurídico. As regras que dela emanam, na parte imperativa do direito privado, são as únicas aplicáveis a cada pessoa, porque as únicas compatíveis com o ambiente físico e social que envolve e condiciona a existência dessa pessoa. O clima, a temperatura, a situação montanhosa ou marítima, a natureza e a fertilidade do solo, a raça, a diversidade dos costumes e do desenvolvimento histórico determinam, em cada povo, as instituições jurídicas desta classe, que não podem, sem grave injustiça, ser ampliadas a homens formados sob outras circunstâncias, nem elididas de sobre aqueles cujas relações visaram disciplinar. Não é, assim, por uma concessão arbitrária e benévola do legislador, ou pela utilidade e interesse de certa nação, que o estrangeiro conserva, em um novo território, o estado e capacidade originários. Invocando, como indubitável, desde SAVIGNY, SCHAEFFNER e WESTLAKE, a existência da comunidade jurídica, MANCINI reputa esse trato aos alienígenas uma obrigação de rigorosa justiça internacional. Dêle não se pode subtrair nenhuma nação sem violar o direito das gentes, “sem romper o vínculo que enlaça a espécie humana em uma grande comunidade de direito, fundada na sociabilidade da natureza do homem, e sem se converter em membro rebelde e refratário da sociedade universal, a que WOLFF chamava “República máxima gentium”.⁵
- C) *Soberania* - Nesta última idéia básica de MANCINI é que assenta o seu conceito de ordem pública. Em cada território a vontade nacional organiza os poderes públicos e traça os limites da sua

extensão e do seu exercício nas relações com os indivíduos que o habitam, quaisquer sejam as suas nacionalidades. O conjunto dessas leis forma o direito público, destinado a proteger o Estado contra inimigos interiores e exteriores, garantindo a todos o gozo tranquilo de seus direitos. É uma legítima expropriação que o Estado faz de parte da liberdade pessoal. E como a garantia e proteção do Estado concerne a todos quantos habitam dentro de suas fronteiras, justo é que todos quedem submetidos a tais sacrifícios. Donde resulta que, se de um lado o indivíduo fora de sua pátria pode reclamar de toda soberania estrangeira, em sua qualidade de homem e em nome do princípio da nacionalidade, o reconhecimento e respeito do seu direito privado internacional, o poder soberano de cada Estado estrangeiro pode, por outra parte, em nome do princípio da independência política do Estado, impedir, nos limites de seu território, toda infração ao seu direito público ou à ordem pública do país, tal como há sido constituída pela vontade nacional. É com justo direito que o Estado recusa reconhecer ao estrangeiro toda qualidade ou toda faculdade que seja uma lesão do direito público do país onde recebe hospitalidade e o obriga a observar todos os regulamentos e disposições das leis de ordem pública e de polícia, meios de manter a segurança e a paz coletivas. Reciprocamente, o poder soberano do país do estrangeiro pode, nas mesmas matérias, recusar todo efeito aos atos lesivos passados em outros países, embora ali onde se hajam concluído sejam reputados legítimos. Em uma palavra, cada Estado, em virtude do direito geral de igualdade e independência nacional, deve considerar-se com o poder absoluto de resguardar o seu direito público, tal como o concebeu e estabeleceu, sem que se possam opor-lhe influências estrangeiras, sejam coletivas, privadas ou oriundas dos próprios governos extranhos. Para compreender a extensão do campo deixado à independência de cada Estado, MANCINI observa que a ordem pública, em todos os países, engloba também o respeito aos princípios superiores da moral, tais como são entendidos e professados no lugar, os bons costumes, os direitos privados inerentes à natureza humana e as liberdades essenciais, a que nem as instituições positivas, nem qualquer governo, nem os atos de vontade poderiam impor derrogações válidas e obrigatórias para êsses Estados. Se as

leis, sentenças ou atos ocorridos no estrangeiro violam êsses princípios, cada soberania, ao invés de aceitar tais ultrajes à natureza e à moralidade, deve recusar-lhes todo efeito e execução. Assim seriam, a escravatura ou a poligamia. O mesmo raciocínio é aplicável às instituições incompatíveis com a ordem econômica, porque a ordem econômica está compreendida na ampla aceção da ordem pública. Os Estados onde são proibidas as instituições feudais, a mão-morta, os fideicomissos, não atribuirá valor a tais disposições, embora vindas de país onde são autorizadas. Em conclusão, o direito civil privado é pessoal e nacional, devendo, portanto, acompanhar a pessoa fora de sua pátria; o direito público, ao contrário, é territorial e aí rege todos que o habitam, indígenas ou adventícios. Conforme esquema famoso, na tradução de ROMERO DEL PRADO:

“El legislador rinde homenaje al principio de nacionalidad, cumple um deber estricto, quando reconoce en su territorio la eficacia de los leyes que reglan la persona, la familia, la sucesión, siempre que no vaya hasta tocar la constitución política y el orden público del país.

El legislador respecta el principio de la libertad quando no traba con sus leyes el ejercicio de la libertad inofensiva del extranjero y cuando le concede la facultad de elegir la legislación y las reglas jurídicas a las cuales él quiere someter todos los actos en las otras materias del derecho internacional privado.

El legislador, por último, salvaguarda el derecho de *soberanía* y de independencia políticas, cuando somete indistintamente al extranjero como a sus ciudadanos a las leyes penales del territorio e a las leyes del orden público del país, es decir, al respecto más escrupuloso de su derecho político”.⁶

33. Um entendimento completo da doutrina italiana não se exaure, porém, neste resumo das idéias de MANCINI, cuja obra, como

6 I, 315.

assinala RODRIGO OTÁVIO, não é muito abundante nem perfeitamente sistemática, estando em desproporção com a enorme influência que exerceu⁷. A maravilhosa inteligência de MANCINI, observam GUIDO FUSINATO e ERNESTO LEHR, adaptava-se antes às vastas intuições, desbravando caminhos novos, e transferindo aos discípulos o trabalho de alargá-los⁸. O que obriga a recorrer a êstes, se é mister, como aqui, penetrar em alguns detalhes. FIORE e WEISS, pela fidelidade à concepção manciniana, e aperfeiçoamento técnico do seu arcabouço na esfera do d. int. pr., podem completar êste capítulo.

34. FIORE⁹ propõe cinco princípios fundamentais:

- 1)- Os Estados, enquanto se consideram como pessoas que coexistem na Magna Civitas, estão sujeitos à suprema lei do direito e da justiça;
- 2) Todo Estado é autônomo e independente nos limites fixados pelo direito;
- 3) A competência de cada soberania, como poder legislativo, deve ser determinada segundo os princípios do direito, tendo em conta a natureza da relação jurídica, os interesses sociais e o interesse geral;
- 4) Toda soberania pode regular com as suas próprias leis os direitos privados das pessoas e as relações das famílias sujeitas à sua autoridade, e os negócios ou atos jurídicos que tenham sua origem ou hajam de realizar-se no território em que impere, ainda quando as relações jurídicas que dêles derivam se desenrolem em território estrangeiro, contanto que não se prejudiquem os interesses nem os direitos legítimos da soberania territorial nem da ordem pública;

7 Codificação, 62.

8 “Notice sur P. S. MANCINI”, Anuaire de l’Institut, apud R. OTAVIO, Codificação, 62.

9 FIORE lecionou em Pisa, Turim e finalmente em Nápoles, onde VALADÃO encontrou, em 1935, a sua grande tradição. O seu “Diritto Internazionale Privato” foi, a princípio, apanhado das lições dadas na primeira daquelas Universidades. A edição de Florença. 1869, tornou logo FIORE um, dos mestres inconfundíveis da Escola Italiana. Sua influência na Península apenas pode ser comparada, na época, à do próprio MANCINI e, fora dela, à de WEISS. (O Ensino e o Estudo..., 9).

- 5) Os princípios gerais relativos à autoridade territorial e extraterritorial só podem ser obrigatórios para os Estados mediante os correspondentes tratados.¹⁰

35. O problema da ordem pública está evidente na quarta regra. Chama-o FIORE “la cuestión más grave de la ciencia del derecho”¹¹. Em termos gerais é fácil distinguir as leis em duas grandes categorias: - as que regem diretamente os interesses gerais e provêm à tutela do direito social e da ordem pública e as que se referem aos interesses particulares e provêm à tutela do direito privado e da utilidade dos particulares. Mas quando se quer resolver se uma lei pertence a esta ou àquela categoria é muito difícil evitar toda dúvida. O critério geral estaria na velha distinção romana entre direito público - *quod ad statum rei publicae spectat* -e privado- *ad singulorum utilitatem pertinent*. Logo percebe FIORE a precariedade da demarcação. As leis sôbre o pátrio poder e o poder marital, as concernentes aos atos do estado civil, e tantas outras, formam parte do direito privado, interessando, todavia, em alto grau, à constituição do Estado e à ordem pública. Tanto colocá-las sempre na primeira classe, com efeitos extraterritoriais, como pô-las sempre na segunda, com efeitos territoriais, redundaria em visível injustiça. A dificuldade se origina do entrosamento dos interesses sociais com os dos particulares associados. Confessa FIORE a ausência de uma fronteira concreta. E se utiliza de termos gerais para enumerar as leis de ordem pública: as constitucionais, administrativas, penais, de polícia e segurança, de proteção às pessoas e à propriedade as que velam pelos bons costumes e visam a organização social. Reconhece que as exigências da ordem pública variam no espaço e no tempo; sômente estudando o espírito da própria legislação e as necessidades da vida jurídica do seu Estado podem, jurisconsulto ou magistrado, fixar os dispositivos de vigência absoluta. Conclui pelo caráter distintivo da imperatividade:

“El carácter distintivo de dichos leyes es el de que, dirigiéndose á proteger ciertas exigencias sociales, se

10 I, 105.

11 I, 109.

imponen absolutamente a todos y no es licito en ningun caso á los particulares derogar los preceptos imperativos de dichas leyes”.¹²

FIORE representa uma especialização de MANCINI para o d. int. pr. e, apesar dos graves defeitos que seriam apontados em suas idéias sobre a ordem pública, elas simbolizam uma atitude corrente na doutrina italiana dos fins do século XIX.

36. Com ANDRÉ WEISS¹³, a escola personalista alcança sua formulação mais clara e definitiva, aquela sob a qual seduziria durante quase meio século os internacionalistas e legisladores de grande parte do mundo ocidental. Dêle é esta síntese:

“La loi, lorsqu’elle statue sur un intérêt privé, a toujours pour objet l’utilité de la personne; elle ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite (nacionalidade); mais ceux là elle doit en principe les régir en tous lieux et dans tous leur rapports juridiques (personalidade), sauf les exceptions ou atténuations qui résultent de l’ordre public international, de la règle locus regit actum et de l’autonomie de la volonté”.¹⁴

Desenvolvendo seu pensamento, quanto ao assunto da tese, o professor parisiense apresenta a ordem pública internacional como a grande concessão do sistema à soberania territorial, face à regra

12 1, 110.

13 WEISS foi o segundo catedrático de dir. int. priv. da Universidade de Paris, cabendo antes dêle a cadeira a LAINÉ (1881/1908). Lecionou WEISS de 1909 a 1924, substituído por PILLET 1925/1926), êste por BARTIN (1927/1931), LEVY ULLMANN e NIBOYET (O Ensino.... 27). E’ curioso observar como se poderia fazer uma história completa das modernas correntes de dir. int. priv., tomando por base apenas os catedráticos de Paris. Do ponto de vista da ordem pública o esboço seria quase completo, à exceção de algumas idéias alemãs e italianas. LAINE foi savigniano convicto; WEISS o maior manciniano fora da Itália; PILLET, manciniano moderado, porém o líder da ordem pública normal; BARTIN, savigniano independente. líder da ordem pública excepcional; NIBOYET, savigniano e bartiniano, encampando algumas observações de PILLET, é o paradigma da atual posição francesa...

14 Traité, III, 63.

preponderante da nacionalidade, informadora da soberania pessoal. Se o Estado deve em geral admitir a lei estrangeira da nação a que pertença cada indivíduo, ninguém lhe contesta o direito de se conservar e defender, repelindo essa lei quando contradiga as bases fundamentais de sua organização. Dois interesses se opondo, de um lado o da sociedade local, isto é, o interesse de todos; do outro o de um indivíduo estrangeiro, isto é, o interesse de um só, é este que deve ceder. Daí distinguir as leis entre aquelas de interesse exclusivamente particular, invocáveis pelo adventício longe de seu país e as de interesse geral, que a todos se impõem no território onde foram editadas. A estas chama leis de ordem pública internacional, expressão tomada a BROCHER¹⁵, bem assim a sua distinção da ordem pública interna. Esta apenas imperativa aos nacionais, conforme o art. 6.º do Código Francês; aquela também aos estrangeiros, conforme art. 3.0. As leis reguladoras da capacidade são inafastáveis por acôrdo entre as partes, mas não extensivas aos vinculados a outras leis pessoais. Portanto, de ordem pública interna. A proibição da poligamia, da escravatura ou do divórcio estende-se a todos. Portanto, de ordem pública internacional. Todos os dispositivos do segundo tipo, com maioria de razão, se incluem entre os do primeiro. A recíproca, entretanto, não é verdadeira, porque embora ambos procedam do interesse geral, as exigências dêste são menores em um caso do que no outro. Analogia na causa, diferença nos efeitos. Limitando a ordem pública internacional, WEISS afirma que não basta ser uma lei conforme a ela; é necessário que lhe seja indispensável, que sua desobediência destrua o princípio que a informa, para se tornar inflexível no seu vigor. Faz uma classificação parcial dessa leis, incluindo o direito público, particularmente o penal e o processual, e todo regime da propriedade imobiliária. Exclui as normas facultativas ou permissivas, de vez que, abandonada sua vigência à discricção individual, não se poderia pretender que elas garantissem um interesse coletivo. Acentua, todavia e nisso retifica FIORE - que nem todas as proibitivas ou imperativas

15 BROCHER (Ch.), da Universidade de Genebra, nome clássico do dir. int. priv., discípulo de SAVIGNY, autor do "Cours de droit international privé, suivant les principes consacrés par le droit positif français, Paris e Genebra, 1882/1885, 3 volumes. Tornou-se famosa a distinção entre ordem pública interna e internacional. Apesar da evidente utilidade didática, tem sido àsperamente criticada (Vide Cap. VII).

têm necessariamente caráter de ordem pública internacional. A diferenciação entre as que o possuem e as de mera ordem pública interna incumbe ao julgador. Penetrando o espírito da lei, investigando o fim a que se propõe. Missão tanto mais delicada quanto há casos nos quais uma regra estrangeira, em si mesma reprovada pela legislação do país de referência, conduz a consequências aceitáveis, de vez que em nada perigosas à ordem social. E justifica a largura dessa atribuição judicial com a impraticabilidade de enumeração legislativa:

“L'intérêt général, qui est la base de l'ordre public international, est chose essentiellement actuel et mouvante; il n'était pas hier, ce qu'il est aujourd'hui, ce qu'il sera demain, et il est utile de laisser aux juges la faculté de modeler leurs décisions sur les circonstances, sur la marche des idées, sur le progrès ou l'alteration des mœurs... La notion de l'ordre public international est donc contingente; elle subit la loi du temps et du milieu, et il serait fâcheux qu'elle fût condamnée à l'immobilité par une définition législative, qui serait nécessairement imparfaite”.¹⁶

37. O lineamento de WEISS irá ser ultrapassado nas perspectivas e detalhes, ao mesmo tempo que reduzido no conteúdo. Mas é de uma coerência exemplar, sem dúvida a mais alta expressão da escola manciniana. No terreno movediço da ordem pública consegue lançar alguns dados estáveis. A dicotomia da ordem pública em interna e internacional, depois de um longo prestígio, será desprezada. Porém a libertação do caráter de imperatividade permanecerá. WEISS também percebeu um dos aspectos que os desenvolvimentos posteriores tornarão substancial os chamados efeitos diretos ou indiretos, ordem pública quando se adquire um direito e ordem pública quando se pede respeito a um direito já adquirido. Finalmente a natureza fluante da noção está palpável no texto transcrito. Mais tarde se dirá plasticidade ou atualidade da ordem pública.

38. O prestígio da escola italiana no conjunto do dir. int. pr. foi decerto preponderante sobre o de qualquer outra nas últimas décadas do século passado e nas primeiras do corrente. Coincidindo essa supremacia por um lado com a criação de cadeira nas faculdades francesas (1880) e por outro com a feitura de várias codificações, penetrou duradouramente no ensino e na lei. Continuadores, mais ou menos próximos, de MANCINI, FIORE e WEISS foram ESPERSON, CATALLANI e FEDOZZI, na Itália; LAURENT, na Bélgica; ZITELMANN, na Alemanha; BUSTAMANTE, em Cuba; SURVILLE et ARTHUYS, AUDINET, DURAND, em França; BEVILAQUA, PONTES DE MIRANDA, HAROLDO VALADÃO, no Brasil.¹⁷ Influíu em quase todas as codificações posteriores, o que se pode, até certo ponto, diagnosticar pela inserção do princípio da nacionalidade. Assim o Código Civil da Itália de 1865, o de Portugal de 1867, o da Espanha de 1888, o da Alemanha de 1896, o japonês do mesmo ano, e a Lei Especial de Introdução de 1898, o Código Brasileiro de 1916, as Leis Polonesas de 1926, o novo Código Italiano de 1938... E quanto a Convenções internacionais o espírito manciniano impregnou as Conferências de Hala (1893/1928), com resultados positivos apreciáveis no campo do direito de família e a Sexta Conferência Panamericana (Havana, 1928), cujo Código (Bustamante), mal disfarça, deixando em aberto o critério da lei pessoal, as preferências italianas de seu autor, flagrantes na amplitude da ordem pública, como adiante se verá.¹⁸

17 Como critério desta vinculação a MANCINI foi tomada apenas a preferência pela lei nacional para o estatuto pessoal. Alguns dos citados, FIORE e WEISS, por exemplo, contemporâneos do mestre italiano, seguiram suas idéias quase integralmente e, em alguns pontos, até as desenvolveram e completaram. Outros, entretanto, como os brasileiros BEVILAQUA, PONTES DE MIRANDA e HAROLDO VALADÃO, muito mais distantes de MANCINI no espaço e no tempo, em numerosos aspectos dêle se afastam, bastando, quanto aos dois últimos, observar que, no problema da ordem pública, são excepcionistas como se verá no Cap. VI.

18 Já em seus livros BUSTAMANTE é um declarado manciniano e no próprio Código Panamericano essa tendência é flagrante como se verá no Cap. V. A atitude dos signatários, deixando em aberto o critério da lei pessoal, foi apenas um esforço para obter que pudessem ratificar a Convenção tanto os países cujas leis internas adotavam a nacionalidade como aqueles que permaneciam domiciliários. Tentavam, assim, desbordar as dificuldades em que se chocaram as Conferências anteriores, a de Lima (1877/78), ortodoxamente nacionalista, repelida pelos países domiciliários e a de Montevidéu, ortodoxamente domiciliar, repelida pelos países nacionalistas. Tentativa inútil porque o Código BUSTAMANTE não foi aprovado pelo chamado bloco do Rio da Prata, entre o

qual vigoram os Tratados de Montevideu, exceto pela Bolívia, signatária dos dois.

V

**A ORDEM PÚBLICA
NORMAL**

39. As concepções manciniana e savigniana corriam paralelas em muitos pontos. Ambas universalistas, isto é, partindo de um entrelaçamento mundial e propondo um dir. int. priv. acima dos Estados, que lhes repartisse as competências legislativas e judiciárias, visando, para cada conflito no espaço, uma decisão homogênea, qualquer fosse o lugar onde surgisse. Ambas sistemáticas, isto é, substituindo o casuísmo facultativo e arbitrário com que os estatutários enumeravam as hipóteses de importação da norma exterior por um conjunto de critérios, vinculadores “a priori” de grandes grupos de relações a determinadas leis, que tanto poderiam coincidir com a do fôro como dela se afastar. Ambas, portanto, pelo menos aparentemente, neutralizadas face à instintiva vocação de justapor o poder legislativo ao judiciário, no jôgo dos atritos internacionais. Ambas sustentando que um dever de justiça e não mero interesse, cortezia ou reciprocidade-preside a inserção da norma adventícia, cujo repúdio, quando seja a indicada, resulta em violência e desprezo pela colaboração e harmonia universais.¹

40. Afastavam-se, entretanto, sob outros aspectos igualmente básicos. Sobretudo na conexão escolhida para o chamado estatuto pessoal²: em SAVIGNY o domicílio, conforme a tradição multissecular; em MANCINI a nacionalidade, já suscitada pelo Código Francês

1 É muito usual as teorias de SAVIGNY e MANCINI, com os seus respectivos continuadores, aparecerem sob o rótulo de escolas universalistas. por oposição ao de escolas territorialistas ou nacionalistas, dado às doutrinas estatutárias e anglo-americanas. Assim ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado, VII; LEREBOURS-PIGEONNIERE; ARMINJON, Précis, I; NUSSBAUM. Princípios.

2 A disputa entre os dois critérios conectivos é, sem dúvida, a que envolve maior número de consequências práticas, por vezes insolúveis ante a irreduzível disparidade dos sistemas jurídicos. Copiosa é a argumentação nos dois sentidos, porém os legisladores talvez se decidam menos por ela que pelos interesses concretos de seu país. Há uma preocupação instintiva de manter o predomínio da própria lei. Daí os países de emigração preferirem o critério nacional, como preferem o “jus sanguinis” para determinar a nacionalidade; enquanto os países de imigração preferem o critério domiciliar, como preferem o “jus soli”, em matéria de nacionalidade. Exemplo disso é a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, baixada pelo dec.-lei 4.657, de 4/IX/1942(cuja exposição de motivos declara que as razões principais de abandonarem os elaboradores a nacionalidade em troca do domicílio foram os assíduos obstáculos com que se deparava o juiz brasileiro para aplicar leis nacionais tão dispares como as invocadas em nosso país, de larga imigração estrangeira.

de 1804³, mas somente defendida e divulgada, sob contagiante entusiasmo, depois do aparecimento da escola italiana. Também diferiam, a fundo, no conteúdo desse estatuto pessoal, restrito, para SAVIGNY, ao estado e capacidade das pessoas e aos puros direitos de família, alargado, por MANCINI, às sucessões, aos regimes matrimoniais, aos bens móveis e até ao direito obrigacional, como critério subsidiário da autonomia da vontade.

41. Quanto à ordem pública, algo tinham eles em comum: a necessidade de incluir nas suas estruturas um obstáculo paralisante do mecanismo interespacial. Porque nas duas escolas coexistiam plenamente aqueles pressupostos, cuja ausência jamais condicionou necessidade semelhante entre os estatutários: diversidade profunda dos direitos invocáveis; obrigatoriedade jurídica de aceitá-los, salvo exceções. FEDOZZI acrescenta um terceiro pressuposto, de certo modo compreendido no segundo: - a presença de um complexo de princípios gerais no sistema do dir. int. priv:

“Altro necessario presuposto di una teoria dell’ordine pubblico è chè il sistema di diritto internazionale privato si basi su un complesso di principii generali, in virtù dei quali l’applicazione delle legge straniera sia determinata per istituti o gruppi di rapporti giudidici. Si questi principii mancano e l’applicazione di una data legge a un dato rapporto giuridico ha luogo ca suisticamente o almeno in modo dettagliato e specifico, l’impe-rio della legge locale per motive d’ordine pubblico non ha una ragione de essere distinta da tutti gli altri casi in cui per un motivo qualsiasi si vuol dare efficacia alla legge locale stessa. In altri termini il principio d’ordine pubblico si confonde col normale principio della territorialità. Ed à questa appunto altra causa per cui una

3 Diz HAROLDO VALADÃO que até meados do século passado a jurisprudência e doutrina (MERLIN, VALETTE sur PRODHONX, CHASSAT, FOELIX, DEMANGEAT), encontravam no artigo 3.0 o princípio do domicílio. A regra da lei nacional para o estado e capacidade, então oscilante, só adquiriu prestígio com o aparecimento da escola de MANCINI e do Código Italiano de 1865, seguidos da escola belgo-francesa, de LAURENT e WEISS, influenciadores do Código Civil Espanhol de 1888.

teoria dell'ordine pubblico manca nella dottrina statutaria, che si distingue dalle dottrine moderne per una grande specificazione di norme, che investino singoli rapporti giuridici piuttosto che gruppi di essi".⁴

42. Ainda é assinalável, de um ponto de vista negativo, em SAVIGNY como em MANCINI, e seguidores imediatos, a precariedade de qualquer processo individualizador das regras a que emprestavam o caráter de ordem pública. Dizem todos que elas são destinadas à garantia inflexível de um interesse coletivo político, moral, religioso ou econômico. Mas nenhuma fixação dessa generalidade. Ambos limitavam-se a propô-la como antítese de suas teses. E como as teses não coincidiam provieram conceitos estruturalmente desiguais para as antíteses. Na doutrina de SAVIGNY não há uma lei-regra. Devem as relações ser submetidas à lei mais conforme a sua natureza, à lei da sua sede, que pode ser a mais diversa: domicílio para os institutos pessoais e de família, situação para os bens, lei escolhida ou lei da execução para os contratos, lei do fóro para o processo. Ante todas essas leis, chamadas a regerem um caso concreto, surge sempre o mesmo obstáculo da ordem pública, impedindo a importação que resulte em grave alarme ou prejuízo à esfera jurídica do julgador. A natureza da intervenção é, assim, arrítmica, esporádica, excepcional. O direito público não será sequer cogitado na obra de SAVIGNY, provavelmente porque reputada tão evidente e exclusiva a sua sede que nenhum conflito interespacial seria possível nos seus domínios. Nenhum juiz aplica jamais outro direito público além do seu. A competência legislativa se funde na competência judiciária. Apenas a jurisdição internacional para conhecer de matéria em que intervenha elemento estrangeiro é repartida por SAVIGNY a propósito dos seus temas. Seria o que hoje se denomina conflito de jurisdições, diverso do conflito de leis e formando para um respeitável setor doutrinário ramo autônomo do objeto do dir. int. priv. (BARTIN, NIBOYET). Outra será a linha do raciocínio personalista. Mudando a tese, mudará sua antítese. Não se trata mais de qualquer lei, conforme a sede. Mas sempre da mesma lei, a nacional, que, em princípio, deverá reger a vida dos vinculados

4 Il Diritto..., 286.

onde quer que estejam, respeitando apenas o campo da autonomia da vontade para os contratos e a regra prática da *locus regit actum* para os assuntos de forma. Os defensores dessa idéia, afim de torná-la aceitável, necessitavam elaborar uma regra, em nome da qual restringissem tanta amplitude, desde que êles próprios nunca desejaram impor o direito de cada nação sobre o *jus publicum* das demais ou sobre os numerosos e divertidíssimos regimes da propriedade imobiliária. Simplificaram a solução, englobando sob o rótulo da ordem pública tudo quanto excedesse dos critérios da personalidade do direito, da autonomia da vontade e da matéria formal. O conceito perde, então, aquele cunho excepcional e se transforma em regra, passando a coincidir com a territorialidade. Esta, por sua vez, não é mais um vínculo independente no mecanismo do *dir. int. priv.*, mas sim um contrapeso ao avassalante princípio pessoal, aceito, como todo freio, de má vontade e tão somente naquilo em que sua falta comprometeria irremediavelmente o arcabouço de qualquer sistema. Voltava-se, de certo modo, ao antigo dualismo do estatuto real frente ao estatuto pessoal. Pouco importa que os estatutários chamassem àquele de regra e a êste de exceção, enquanto os *mancinianos*, invertendo a nomenclatura, chamam ao segundo de regra e ao primeiro de exceção. Porque, em verdade, o âmbito da exceção era maior que o da regra. Pouco depois, aliás, com PILLET, até essa diferença de terminologia desaparecerá por completo. E a ordem pública, linearmente identificada com a territorialidade, erguer-se-á ao mesmo plano da lei pessoal, como regras paralelas e excludentes entre si. Assim o exprime AGO:

“L’ordine pubblico non è più un limite all’applicazione del diritto straniero voluto dalle norme di diritto internazionale privato, ma invece esso stesso il principio ispiratore di numerose norme di diritto internazionale privato, norme che stabiliscono l’applicazione, a certe categorie dirapporti, di leggi diverse, ma comunemente designate come leggi territoriali, per il solo fatto che il criterio per la individuazione di tali leggi è diverso da quello della cittadinanza delle persone”.⁵

5 Lezioni, 140.

43. Abre-se a questão medular sobre a ordem pública. Regra ou exceção? Identidade ou diferença quanto ao territorialismo? Inclusão ou exclusão do direito Similar ou não da *lex fori*? A dúvida não é bizantina, nem estéril. De cada qual dessas atitudes derivam caracteres e consequências práticas tão diversas quanto importantes. Basta exemplificar com este *punctum dolens*:-se a ordem pública é um processo normal de vinculação os julgamentos proferidos na sua conformidade, os atos praticados de acordo com ela, valem, não apenas no país do julgador ou do autor, porém em toda parte, como qualquer outro direito adquirido, devidamente adquirido, dizem os ingleses (*duly acquired*). Pela mesma razão aquilo que em seu nome foi repellido, *devidamente* repellido, deverá sê-lo em todos os lugares. Se, ao contrário, a ordem pública é uma exceção imposta pelo espírito peculiar dêste ou daquele ordenamento jurídico, não há como invocar ou rejeitar direitos que ela condicionou ou impediu fora do âmbito inampliável de sua existência. Na primeira hipótese a ordem pública tem efeitos internacionais; na segunda, estritamente territoriais. Não haverá dúvida mais grave para a tranquilidade do patrimônio jurídico de uma pessoa.

44. Essa divergência, no século XX, foi elevada aos seus termos de maior nitidez e técnica por dois eminentes professores da Faculdade de Direito de Paris, ANTOINE PILLET e ETIENNE BARTIN, PILLET está para MANCINI como BARTIN para SAVIGNY, Um e outro, partindo de certas bases da escola tedesca ou italiana, respectivamente, trouxeram ao dir. int. priv. contribuições demasiado originais e minuciosas para caberem como simples derivados na história do progresso dêste ramo jurídico. LEREBOURS-PIGEONNIERE chama BARTIN “disciple très indépendant de l’école de Savigny” e PILLET “dissident de l’école italienne”⁶. Durante longos anos a cada qual dêesses nomes fol oposto o outro, PILLET representando a concepção uni versalista ou internacionalista e BARTIN a particularista ou nacionalista⁷. Diríamos, na linguagem dêste ensaio, o chauvinismo e o cosmopolitismo jurídicos. Do ponto de vista da ordem pública,

6 Précis, 340.

7 BATIFFOL, 47.

PILLET é o grande defensor da regra; BARTIN, o da exceção. Aquêlé será o fulcro dêste capítulo; o outro, do seguinte.

45. PILLET, como MANCINI, parte do direito internacinal público para o direito internacional privado. Os conflitos de leis são conflitos de soberanias, trata-se de saber em que medida a de um Estado se deve inclinar ante a de outro para concluir quando o primeiro há de afastar a sua lei e aceitar a estrangeira. Ora, a soberania de um Estado se exprime, quanto ao império de sua legislação, por dois caracteres inerentes a esta - permanência e generalidade. Para não ser frustrada, uma lei deve se aplicar sempre àqueles a que se destina e a todos os casos do seu objeto. A conservação simultânea e ilimitada dêstes dois caracteres, entretanto, conduziria à impossibilidade de qualquer harmonia interespacial pela sistemática rejeição das normas exteriores, cada Estado pretendendo impor suas leis aos nacionais, ainda quando estivessem fora do país, para lhes assegurar permanência, e dentro do território, ainda quando se tratasse de estrangeiros, para lhes manter a generalidade. O estabelecimento de um sistema nos conflitos de leis exige o sacrifício, ora de um ora de outro, daqueles caracteres, Graças a isso, em certas normas prevalecerá a permanência sobre os nacionais no exterior, sacrificada a generalidade sobre os estrangeiros no interior, enquanto em outras prevalecerá a generalidade interna, sacrificada a permanência internacional. Qual o critério distintivo? O fim social, diz PILLET, classificando as leis em duas categorias, do ponto de vista do dir. int. priv. - as de segurança individual e as de garantia social, aquelas protegendo o indivíduo contra a sociedade e estas a sociedade contra o indivíduo, por isso também chamadas leis de ordem pública. No primeiro caso o caráter que mais importa à realização do seu fim é a permanência, porque são feitas considerando a situação particular de uma pessoa, que tendem sempre e necessariamente a proteger, devendo acompanhá-la enquanto não cesse o perigo a que servem de contra partida:

“On peut user ici d’une comparaison bien vulgaire mais bien frappante. Quand il pleut, on ouvre son parapluie et l’on prend bien soin de ne pas le refermer avant que

l'averse ait cessé. Si on l'ouvre et si on le ferme tour à tour, on se mouille et c'est exactement comme si l'on n'avait pas de parapluie de tout. Il en est des lois de protection individuelle comme de ce modeste et utile compagnon. Il faut qu'elles agissent sans cesse, du moment où la protection est devenue nécessaire jusqu'à celui où elle cesse d'être utile. Ce sont des lois essentiellement permanentes et qui manqueront inévitablement leur but si elles n'accompagnent pas la personne en tout temps et en tout lieu".⁸

Exemplifica-se com a lei que protege os menores de 21 anos, declarando-os incapazes; se bastasse ao menor ultrapassar uma fronteira para empreender os atos reputados perigosos, o objeto da lei estaria elidido. Dever se-á, na hipótese, abandonar a generalidade em favor da permanência, consentindo que os estrangeiros continuem subordinados à lei de seu país, para obter que os nacionais no exterior conservem a proteção da lei de sua pátria. Outro tanto não ocorre com as leis de garantia social ou de ordem pública. Cada qual delas representa um princípio julgado indispensável à existência pacífica de certa sociedade e à satisfação das necessidades comuns dos seus componentes. Qualquer infração refletirá sobre o conjunto e, por isso mesmo, não pode ser tolerada, quer em nacionais, quer em estrangeiros. O direito penal fornece justificação elementar destas idéias, bem assim as obrigações oriundas dos delitos e quase delitos. Tais normas foram estipuladas menos em favor das vítimas ou contra os acusados do que com o fim de proverem à segurança das relações sociais, pela ameaça de uma responsabilidade futura e indefinida. Outro exemplo está na lei sobre as inscrições hipotecárias, à qual, se os estrangeiros não estivessem submetidos, nenhum adquirente poderia pedir o conhecimento exato dos gravames sobre a coisa, que foi o intuito social e evidente daqueles dispositivos. Aqui a generalidade é irreduzível; deve-se sacrificar a permanência. Em uma palavra, torna-se indeclinável no mecanismo dos conflitos, escolher, para consentir, o menor sacrifício: - se a generalidade é abandonada ter-se-á

uma lei extraterritorial; se é a permanência que cede, ter-se-á uma lei territorial:

“Retenons donc cette première constatation. les lois sont naturellement permanentes dans leur effet et générales dans leur application; elles sont à la fois territoriales et extraterritoriales, mais l’harmonie à établir entre elles au point de vue international exige que l’on sacrifie dans chaque cas l’un de ces deux caractères pour s’attacher exclusivement à l’autre”.⁹

46. Para distinguir suas categorias legais, PILLET indica dois processos, um direto, outro indireto. O direto será indagar a quem aproveita a lei, se ao indivíduo ou à comunidade. Aproveita ao indivíduo quando o benefício por ela visado se destina exatamente àquele sobre o qual recai a restrição à liberdade inerente a toda regra legal. O proveito é coletivo quando não se concretiza sobre a pessoa do prego de cuja liberdade a norma foi estatuída. Pouco importa que essa vantagem se estabeleça visivelmente para a sociedade inteira, como quando um criminoso expia o seu crime, ou, em aparência, para um só membro da comunidade, como o privilégio do segundo adquirente de imóvel que transcreve seu título antes do primeiro. Porque nesta hipótese o indivíduo não frui de tal regalia por qualquer título particular, porém como simples representante do conjunto social. Em ambas as hipóteses as leis são de garantia, de ordem pública, portanto territoriais. Se insuficiente o raciocínio direto, tal caráter pode ser encontrado num processo inverso. Ao invés de inquirir quem recolhe o benefício da aplicação legal, indagar quem suporta o prejuízo de sua falta, resulta perigo que ameace a todos ou o inconveniente se localiza sobre um sujeito determinado. A inobservância da proibição de inflamáveis junto a lugares habitados ameaça a todos. Mas a lei que proíbe doação de bens futuros, desobedecida, afeta somente aos doadores. Pensa PILLET que, geralmente, a distinção é fácil. Não pela dicotomia do direito em público e privado, como queria LAURENT (9).

9 Principes, 257.

Não pelo defeito da comunidade jurídica, como propôs BARTIN¹⁰. Não também pela importância social da lei, o que reduziria o campo da ordem pública apenas aos institutos viscerais e pacíficos do mundo civilizado, tais a abolição da escravatura ou o repúdio à poligamia, quando, em verdade, ela se estende, e com muito maior frequência, a casos menos alarmantes e remotos entre dois povos do mesmo nível cultural. Mas simplesmente pela investigação do destinatário da regra:

“Cette application profite-t-elle, dans chaque cas, à certaines personnes déterminées, à l’exclusion de toutes autres, la loi est d’ordre privé; si l’on peut, au contraire, la considérer comme profitant à tout le monde ou à des personnes quelconques, la loi est d’ordre public”.¹¹

E daí retira esta definição clássica:

“Les lois d’ordre public sont celles qui concernent surtout la communauté, qui profitent également à tous, qui sont écrites dans l’intérêt de tous et non pas seulement dans l’intérêt de chacun. Que l’on observe la différence existant entre ces deux formules en apparence synonymes. Toutes les lois sont faites dans l’intérêt de chacun, et il suffit qu’un sujet quelconque du pays se trouve dans les conditions de fait prévues par le texte d’une certaine loi, pour qu’il puisse invoquer ses dispositions et pour qu’il doive suivre ses prescriptions. C’est ce que l’on appelle le principe de l’égalité devant la loi. Mais toutes les lois ne sont pas faites dans l’intérêt de tous. Celles-là seules méritent d’être qualifiées ainsi, dont l’application profite à la communauté tout entière et

10 LAURENT foi um dos primeiros, mais entusiastas e fecundos discípulos de MANCINI. Professor durante cinquenta anos na Universidade de Gand, deixou um “Direito Civil Internacional”, Paris-Bruxelas, 1880/98, 8 volumes, que permanece obra clássica da escola personalista. PILLET reconhece que essa distinção de LAURENT entre direitos que pertencem à sociedade e direitos privados é sedutora, mas impraticável. As leis que organizam a família a que tipo pertencem? (Princípios, 370).

11 Vide Cap. VI., Princípes

non pas à certains individus dans cette communauté. Le particulier n'est ici que l'occasion de l'application de la loi, le véritable objet de cette application étant le bien de la communauté".¹²

47. Definida a ordem pública, PILLET caracteriza e enumera suas leis. Elas são absolutas, porque é da essência de toda ordem exprimir um princípio aplicável indistintamente a quantos visou disciplinar, quer se trate de ordem material, como dispositivos militares sobre um campo de batalha, quer se trate de ordem legal, como a que se deve obter no seio de qualquer sociedade policiada. Da mesma idéia deriva o caráter *territorial*, por que não se explicaria que o estrangeiro pudesse, com a incoerência dos seus movimentos, perturbar a ordem estabelecida pelo legislador. Geralmente, ainda, as leis de ordem pública são *proibitivas*, colimando uma prevenvenção, embora haja leis proibitivas que não interessam à ordem pública e leis de ordem pública sem a forma proibitiva. Em todo caso jamais serão dessa classe as normas meramente facultativas. Acentuando, afinal, a mobilidade ou atualidade da ordem pública, PILLET recomenda ao legislador (e não ao juiz como fez WEISS). estreitá-la ou alargá-la na proporção das necessidades do lugar ou do momento. E propõe esta classificação:

- A) Leis *políticas*, como as que conferem as liberdades fundamentais do homem, exceto aquelas em que não há o característico interesse geral, por exemplo a igualdade sucessória em oposição aos privilégios, ainda de cunho monárquico ou aristocrático, da primogenitura e da masculinidade;
- B) Leis *morais*, prevenindo porém contra o exagêro de nelas incluir certas regras que, embora éticas, não têm, no próprio pensamento do legislador, valor absoluto. Assim, há impedimentos matrimoniais de ordem pública e outros inextensíveis aos estrangeiros e apesar de que a indissolubilidade do casamento ou as causas do divórcio têm sempre um fundo de moralidade

12 Principes

não se visou submeter a tais preceitos pessoas de lei nacional diversa;

- C) Leis concernentes à segurança dos indivíduos e dos bens, como as penais e as de responsabilidade por delitos civis;
- D) Os *direitos reais*, exclusive quando tomados em conjunto (*ut universitas*, a herança, por exemplo) ou nos aspectos derivados de uma relação de natureza inteiramente diversa. (hipoteca legal da mulher casada, usufruto do pátrio poder, ambos oriundos do direito de família, cujo personalismo domina a sua realidade);
- E) Leis de crédito público, como as reguladoras da circulação monetária, da usura e da publicidade dos atos jurídicos;
- F) Leis sobre a *execução forçada*, como as falimentares;
- G) Leis *fiscais*;
- H) Leis de *ordem*, compreendendo todas as incomportáveis nas categorias anteriores mas que também visem uma ordenação julgada necessária à vida pacífica dos que habitam certo Estado, como os regulamentos de polícia e as leis processuais.¹³

48. Voltava, assim, PILLET, à simplificação da territorialidade frente à extraterritorialidade, familiar aos velhos autores embora sob outra nomenclatura estatuto real e estatuto pessoal e, sem dúvida, agora sob uma técnica original e uma estrutura incomparavelmente mais lógica e profunda. O que se evidencia quando desenvolve sua teoria da ordem pública, iluminando aspectos até aí sombrios e enfrentando as graves objeções suscitadas contra coincidência da noção a com o territorialismo. Na segunda parte deste trabalho o isolamento das duas noções será empreendido. Mas parece oportuno adiantar os pontos fundamentais da crítica para compreender, a contrario sensu, os estímulos impulsionadores da construção de PILLET. Ao tempo deste, podem aqueles pontos ser resumidos:

13 Principes, 379 e segs.

- 1.º) Dizer que as leis de ordem pública são territoriais, ou vice-versa, apenas indica o efeito internacional de uma categoria de normas. Porém os dispositivos reguladores das relações em debate não ficam determinados por essa identificação. “*De quelle loi territoriale s’agit-il?*” pergunta AUERY. Território do ato, da coisa, do fôro, do crime?
- 2.º) Enquanto a territorialidade é dispersa a ordem pública é *una*, porque o julgador não considera como tal senão a ordem pública do seu país. E pode acontecer que, em virtude desta, tenha de rejeitar a vigência de outra lei igualmente dita territorial, o que destrói qualquer possibilidade de fusão entre conceitos que eventualmente se repelem.
- 3.º) A territorialidade *normal* tem efeitos universais, salvo onde ofensivos à ordem pública. Mas a territorialidade da ordem pública é excepcional e não gera direitos adquiridos invocáveis em lugar diferente daquele onde se manifestou.

PILLET ora desborda, ora contesta as bases dessas críticas.

49. A primeira delas opõe uma hábil e fértil diferença entre o efeito e a competência das leis de ordem pública. O efeito é sempre absoluto, no sentido de que não há, para este tipo de normas, nacionais ou estrangeiros, todos igualmente lhes estão submetidos sobre o território em que imperam. A competência, porém, é relativa, não se deduz direta e exclusivamente da territorialidade, não dispensa a indagação para determinar que pessoas, coisas ou atos estão num dado território. O problema não era equacionado pelos estatutários porque a sua idéia era antes de realidade que de territorialidade, isto é, diziam uma lei territorial quando a relacionavam aos bens imóveis. E estes não provocam dúvidas de competência, de vez que a situação indica o território, do qual decorrem tanto a competência legislativa como a judiciária. Praticamente, resolver-se-iam vários problemas na qualificação inicial. Sendo o estatuto real, daí se concluiria pela incidência da *lex rei sitae*, pelo efeito territorial, pela competência do Judiciário local e pelo caráter de ordem pública. Em PILLET, porém, as noções de territorialidade e ordem pública não se compadecem com tanta

estreiteza, porque se não exaurem no direito imobiliário. Englobam o direito público, as obrigações não contratuais, grande parte do direito de família, do direito sucessório e do direito comercial. Assim, todos os países (e podem ser numerosos) em cujos territórios uma dessas relações tocar no curso de sua existência pretenderá, com justo título, aplicar-lhe as suas leis de ordem pública: lugares do nascimento do direito, da situação da coisa que for seu objeto, domicílio das partes interessadas, lugar da execução ou da transformação, sede do tribunal chamado a conhecer do assunto. O que não significa a submissão de um caso jurídico, in distinta e simultâneamente, às leis de ordem pública de todos os países com que entre em contacto. Em cada momento e em cada aspecto de sua existência a relação estará jungida às regras de ordem pública de certo lugar que, em outros momentos e de outros pontos de vista, não mais a atingem. Há leis de ordem pública que apenas consideram o nascimento de uma relação, por exemplo as fiscais. Quanto a elas a competência pertence ao país onde se verificou tal nascimento. Outras visam os efeitos, e a competência caberá ao lugar desses efeitos...

50. Qual o critério distributivo da competência das leis de ordem pública? Ainda o fim social. Há que estender a ação de cada lei dessa natureza de forma que nada lhe escape susceptível de comprometer a necessidade em vista da qual ela foi feita. Aí, entretanto, se paralizará, porque seria absurdo fazê-la compreender os desenvolvimentos que não mais possam influir na obtenção do fim que é sua razão de ser. Problema fácil quanto às leis penais ou às de organização da propriedade imobiliária. O fim é nítido, a competência é precisa. Território do crime, porque aí pretendeu a lei penal exercer sua tarefa de garantia. Território da coisa, porque al pretendeu a lei imobiliária disciplinar o grupo fixo das porque sendo limitar poder do haver-se-á de considerar lei de ordem pública do onde exercer esse poder, sempre coincidente com a situação, esta mesma por difícil de fixar, como quanto propriedade literária in (marcas). As leis de ordem pública sobre a publicidade devem ser as do lugar onde o conhecimento de terceiros precisa ser garantido - situação para imóveis, do devedor para os créditos, domicílio para as alterações do estado civil... É que

chama teoria da determinação da competente matéria leis de ordem pública¹⁴, ressaltando primeiro tentá-la, não reputar esgotada com nada diminuir a identificação da territorialidade ordem pública, antes dar sentido às duas noções, forma vagas e misturadas à *lex fori*, com a qual confundem. A lei do fôro decerto que é territorial ordem pública quanto aos aspectos e às fases em que relação debatida cai sua vigência, interfere com fim. Nada tem, entretanto, com territorialidade ordem pública de outros aspectos de outras fases.

51. Vencido óbice da competência, PILLET encara efeitos, contraste flagrante, na prática, ordem normal excepcional. Assim expõe: -

“On peut, ce différentes et considérer le principe soit comme élément la communauté droit entre nations, comme une infraction cette com Hâtons-nous d’éclairer cette question en montrant pratique. Si de territorialité lois pu peut être considerée comme une règle du international, applications jouirons effet universel, Etat devra considerer comme nul un acte juridique accompli au mépris de la loi d’ordre public compétente, alors même que son propre ordre public serait désintéressé dans l’affaire. Si c’est, au contraire, une pure exception commandée par les exigences de la législation intérieur, le juge de chaque État ne tiendra compte de la non-conformité des rapports qui lui sont soumis avec l’ordre public qu’autant qu’il s’agira de son propre ordre public. En aucun cas il n’accordera la sanction de ses décisions aux prescriptions d’un ordre public étranger”.¹⁵

E exempilfica com o artigo 1.780 do Código Civil Francês, que proibe as locações de serviço pela vida inteira, dispositivo típico de ordem pública. Feito no exterior um contrato dessa espécie, ainda quando aí lícito, seria recusado pelo juiz francês. Mas feito em França, como decidirá o juiz estrangeiro onde não existe tal proibição?

14 Principes, 419

15 Principes, 421.

Pela nulidade, porque é corolário do normalismo de PILLET defender um respeito universal para a regra da territorialidade das leis de ordem pública, como para qualquer outra regra do dir. int. priv.. Se não se nega efeito universal à incidência das leis extraterritoriais, não há porque negá-lo à das leis territoriais, de vez que é completa a paridade entre a razão de ser das competências diversas dessas duas categorias legais. A isso chama efeito reflexo da ordem pública e desdobra-o em duas conclusões:

- A) Toda relação de direito estabelecida com violação das regras de ordem pública da lei competente deve ser considerada por toda parte como irregular e de nenhum efeito. Idéia fecunda, pela qual o juro usurário contratado onde proibido fica sem efeito mesmo onde facultado e a sentença de tribunal incompetente pela *lex fori* não receberá exequatur mesmo em país onde o tribunal correspondente seria adequado;
- B) Toda relação de direito estabelecida na conformidade das regras de ordem pública da lei competente deve ser válida, sob esse aspecto, onde quer seja invocada. Apenas com a ressalva de não contrariar a ordem pública do lugar em que pretender efeitos, observação que PILLET desenvolverá na sua teoria dos direitos adquiridos.

52. O mestre da Faculdade de Paris não consegue evitar a fratura do seu esquema quando reconhece a possibilidade, e muitas vezes a insolubilidade, de conflitos entre duas ordens públicas. Identificando esta noção com a territorialidade, que se pode vincular a leis diversas da do juiz e diversas entre si, PILLET confessa que duas leis igualmente territoriais podem entrar em choque quando ambas disputem o controle da ordem pública sobre a mesma relação. É o que acontece quando se pede a uma Justiça homologar sentença em caso que a sua lei, e com exclusividade, inclui na própria competência. Ou quando duas leis disputam a nacionalidade do mesmo indivíduo. Ou quando um tribunal é solicitado a optar entre julgamentos divergentes de outros tribunais (validade ou invalidade matrimonial, ambas já resolvidas no estrangeiro). Se uma das ordens públicas interessadas é

a do julgador, nada mais legítimo que a preferência pela sua, embora com isso se perca a esperança de uma decisão aceita em toda parte. Porém, se ambas as ordens públicas lhe são estranhas o impasse geralmente é insolúvel, salvo alguns casos de incidência sucessiva, não simultânea, em que o problema resvala para a hipótese de direitos adquiridos. Nada resta nos demais além de recorrer à equidade, aos princípios gerais de direito, ao precedente judicial...

53. Os direitos adquiridos, na doutrina de PILLET, formam o terceiro ramo do dir. int. priv., sendo os outros dois a condição dos estrangeiros e o conflito de leis. A diferença entre eles é principalmente cronológica. São três momentos da existência de um direito: o primeiro corresponde à aptidão geral para exercê-lo, o segundo às condições dêsse exercício e o terceiro aos seus efeitos. Em relação à aquisição de direitos, momento fundamental e que se traduz pelos conflitos de leis, a condição dos estrangeiros desempenha o papel de uma preliminar e os direitos adquiridos o de uma consequência. A noção dêstes é a mesma do direito interno, Como na ordem interna a irretroatividade resguarda as situações anteriores à nova lei no tempo - a noção dos direitos adquiridos, no campo internacional, protege as situações anteriores à nova lei no espaço. Aliás, de certa forma, estes são também anteriores no tempo. Apenas ali a lei é que muda, enquanto a relação permanece fixa e aqui o deslocamento é da relação, a lei não se altera. No âmbito do dir. int. priv. a idéia não era inédita nem ficaria circunscrita a PILLET. Fôra destacada por SAVIGNY¹⁶, sobre ela VAREILLE-SOMMIERE erguera toda a sua “Synthèse du droit international privé”¹⁷ e na doutrina anglo-saxónica representa

16 No vol. VIII do “Sistema de Direito Romano Atual” pode ser encontrada a gênese da Teoria dos Direitos Adquiridos para o Dir. Int. Priv. SAVIGNY considerava fenômenos da mesma natureza os conflitos entre leis simultâneas, com mudança de fatos (conflitos no espaço) e os conflitos entre leis sucessivas, com permanência dos fatos (conflitos no tempo). Em um e outro caso a indagação fundamental é a de saber a medida em que interfere na situação anterior a nova lei. Todas as nuances da teoria dos direitos adquiridos, expressamente ou não, derivam daí. (Sistema, VIII, 364).

17 Ao tempo em que o domínio doutrinário da Escola Italiana na Europa Ocidental era verdadeiramente entusiástico, o Conde de VAREILLE-SOMMIERE, VALERY e BARTIN foram as únicas vozes a se erguerem contra aqueles rumos. VALERY e BARTIN, porém, sempre se revelaram savignianos, universalistas, portanto, apesar da preocupação de se aterem ao direito francês. Dentro do universalismo das idéias, um certo

uma diretriz contemporânea dominante através DICEY na Inglaterra e BEALE nos Estados Unidos¹⁸. Aqui, porém, cumpre referir as consequências decisivas que PILLET retirou dos direitos adquiridos para a noção de ordem pública. E neste aspecto sua originalidade e desenvoltura são incontestáveis. É fácil mesmo perceber que esse terceiro momento salva de certas incoerências com a realidade a noção de ordem pública tal como aparece na etapa da aquisição dos direitos. Estava, então, identificada com a territorialidade e forçosamente se desdobrava em tantos territórios quantos fossem os vinculáveis a determinadas relações. Na fase dos efeitos finda essa pluralidade. O lugar é um só, a lei não pode ser outra além da do fôro, que repelirá indiferentemente qualquer efeito, provenha da aplicação de lei territorial ou extra territorial, desde que contrário à sua ordem pública. E' o que se conclui das duas exceções abertas por PILLET ao reconhecimento internacional dos direitos adquiridos. A primeira será a impraticabilidade, oriunda da inexistência do instituto, assunto a debater no capítulo deste ensaio sobre a instituição desconhecida. O segundo será precisamente o obstáculo da ordem pública, que todavia não interfere nesta altura da mesma forma que o faria se se tratasse de aquisição. E a diferença medular está no efeito reflexo. Quando um ato jurídico é contrário a dispositivo de ordem pública da legislação que o rege originariamente, não possui qualquer valor e é nulo em toda parte. Mas se o direito nasceu regularmente e apenas não é invocável em determinado país porque nele ofenda a uma lei de ordem pública, mesmo aí o ato não pode ser tido como nulo; somente é rejeitável naqueles efeitos que concretamente magoem a ordem pública local. Manobrando com O mesmo exemplo da nulidade da locação de serviços

particularismo da construção - poder-se ia definir assim a diretriz de BARTIN, Não, porém, a de VAREILLE-SOMMIERES. Este é o chefe da escola denominada néo-estatutária e isso já indica as suas ligações com os princípios tradicionais anteriores a SAVIGNY, entre os quais o dominante foi e continua o territorialismo. O tom polêmico em que redigiu esse admirável livro que é a "Synthèse", demonstra bem o calor do debate ao tempo de sua primeira edição (1897). VAREILLE-SOMMIERE tornou-se, passado o predomínio da escola italiana, um dos pioneiros das atuais correntes dominantes em França e nos países anglo-soxônivos (ARMINJON, I, 122).

18 Sobre a teoria dos direitos adquiridos de DICEY e BEALE, vide resumo no Cap. VI, conforme o excelente trabalho de PIERRE WIGNY - "Essai sur le droit international privé amécaïn", do qual é uma tradução adaptada o livro de EMIL DOVE - "Los grandes problemas del derecho internacional".

pela vida inteira, infligida em França pelo artigo 1.780 do Código Civil, PILLET esclarece a distinção: - realizado o contrato infrator sob a lei francesa é inteira e universalmente nulo, até mesmo em país onde não exista a proibição. Porém, se neste concluído, é válido; apenas em França, e tão só aquela cláusula especial (ou outras inseparáveis) não poderá receber vigor. As demais estipulações serão respeitadas. Mais ainda. Quando se invoca um direito que tem sua fonte em ato concluído no exterior o juiz não se deve preocupar com a investigação do choque que, em si mesmo, possa haver entre êle e a ordem pública do fôro. O seu mister nesta oportunidade é mais restrito, não avança além de perquirir a compatibilidade do efeito particular solicitado. Indo além, atentará contra a soberania de outro país. Assim, os tribunais de um povo monogâmico recusarão casar com várias mulheres o muçulmano que isso pleiteie fundado em seu estatuto pessoal. E ainda quando a pluralidade de matrimônio já se tenha efetivado, recusarão prestigiar as reivindicações do poder marital sobre o grupo de esposas. Na primeira hipótese a ordem pública intervem paralisando a aquisição. Na segunda, negando reconhecimento a um direito adquirido. Mas se o postulante é um filho e a questão, por exemplo, é a legitimidade para fins sucessórios, ela será mantida, porque até aí não vai o interesse da ordem pública representada pelo juiz no terceiro momento jurídico internacional.¹⁹

54. Está completo o esboço do pensamento de PILLET. Neste particular, como no seu conjunto, talvez nenhum autor tenha sido mais contestado dentro do dir int. priv.. A posição contrária estará simbolizada no capítulo seguinte pelo seu mais lúcido e duradouro representante, que foi BARTIN. Mas, exceto êste, o certo é que ninguém desenvolveu a teoria da ordem pública tão seriamente quanto PILLET nas primeiras décadas do século XX. Se esse esforço foi ultrapassado em várias conclusões, isso não lhe diminui o valor de etapa necessária. Até mesmo as controvérsias que suscitou foram fecundas; do bojo delas emergiu a perspectiva atual do problema. Embora sob outros nomes, sob outra técnica, às vezes parcialmente modificados outras vezes concluídos em detalhes a princípio imperceptíveis,

19 Principes, cap. XVII, 495 e segs.

alguns ramos palmilhados por PILLET continuam informando os mais eficazes raciocínios de nossos dias. A preocupação do fim da lei jamais será abandonada pelos esquemas posteriores sobre ordem pública. Mas o efeito reflexo, sem dúvida, é a observação mais brilhante e fértil de PILLET, aceito, com variantes, pela quase totalidade dos continuadores. Dela provem a distinção de NIBOYET entre nulidade e inoponibilidade²⁰. Também a distribuição do assunto em dois momentos, o aquisitivo e o do res peito, foi consagrada, mesmo por aqueles, como LERE BOURS-PIGEONNIÈRE, que recusam autonomia aos direitos adquiridos no objeto do dir. int. priv., mas o menos que podem dizer dela é encerrar um excelente método de trabalho para equacionar matéria da complexidade da ordem pública²¹. Quanto ao isolamento da resultante particular, destacada do ato em si, é irrecusável sua influência sobre a noção dos efeitos diretos e indiretos, hoje correntia. O caráter, entretanto, patognomônico do lineamento de PILLET foi a normalidade da ordem pública. Em suas páginas nenhuma convicção transparece mais firme, de nenhuma o autor faz questão mais cerrada. Dá-lhe mesmo certo tom polêmico, quando rebate os primeiros argumentos de BARTIN nos “Études” de 1899²²:

“Une autre distinction présentée récemment par M. Bardin tend à separer les lois concernant l’ordre public des lois pénales et de celles qui concernent les immeubles. Cette distinction s’appuie sur ce que la territorialité des lois d’ordre public serait une exception aux principes, tandis que la territorialité des deux autres catégories de lois en serait l’application. Cette doctrine nouvelle tend à faire des lois d’ordre public une part seulement dans l’ensemble des lois territoriales, part qui se caractériserait par la substitution de la lex fori à la loi normalement compétente... nous considérons en autre comme une pure superfétation... Pourquoi ne pas dire

20 Cours, 504.

21 Précis, 348.

22 Quando ainda professor de direito civil em Lyon, BARTIN publicou os seus “Études de droit international privé” (1899), que BATIFFOL diz haverem verdadeiramente fundado em França a teoria dos princípios gerais de dir. int. priv. (Traité, 47)

qu'en ces matières la loi directement et exclusivement compétente est la loi territoriale? Pourquoi maintenir théoriquement la compétence d'une loi différente fatalement destinée par les nécessités de l'ordre public à perdre tout effet? On ne voit guère à quoi peut servir cette nouvelle complication".²³

É certo que PILLET recomenda ao legislador sobriedade no emitir leis de ordem pública, desde que elas sempre cerceiam a liberdade individual e travam o intercâmbio jurídico universal. Neste sentido, deverão ser excepcionais para quem legisla, jamais, porém, para quem julga:

“En ce sens ces lois peuvent être dites exceptionnelles. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'en matière internationale l'extraterritorialité est la règle et la territorialité l'exception. Au regard du législateur qui les écrit ces lois ont quelque chose d'exceptionnel, mais pour le jurisconsulte qui en cherche la portée elles sont très régulièrement territoriales, elles le sont pour la même raison qui rend extraterritoriales les lois de protection individuelle. Nous n'avons donc pas une règle et une exception... mais deux règles, fondées sur le même principe, douées de la même valeur”.²⁴

* * *

55. Na América Latina, exceto nos países do Rio da Prata, onde desde cedo prevaleceram os rumos savignia nos²⁵, os fundamentos da Escola de Mancini tiveram e conservam profunda repercussão. Daí o caráter normal da ordem pública aparecer defendido por alguns dos mais autênticos líderes doutrinários. Nenhum de influência tão

23 Principes, 374

24 Principes, 294.

25 A influência de SAVIGNY no Código Civil Argentino e, através dêste, no restante dos países do Rio da Prata, deve-se, em grande parte a TEIXEIRA DE FREITAS, de cujo esboço muito se valeram VELEZ SANSFIELD para o Código Argentino e TRISTAN NARVAJA para o Código Uruguaio (H. VALLADÃO, Estudos, 56 e segs.).

penetrante e tenaz quanto a de BUSTAMANTE²⁶, para quem três são os problemas fundamentais do internacional privado:-

- 1.º) Porque se aplicam as leis estrangeiras?
- 2.º) Classes de leis que têm ou não eficácia extraterritorial e diferenciação.
- 3.º) Instituições jurídicas pertencentes a cada qual dessas categorias.

Resolve o primeiro pela noção da comunidade jurídica internacional integrada por dois elementos de força idêntica: a natureza cosmopolita do homem e a coexistência harmoniosa dos Estados. Sómente abrindo margem no território de cada país para a inserção de um certo número de regras exteriores a personalidade das pessoas pode alcançar pleno desenvolvimento no espaço, sem ficar esmagada e circunscrita no âmbito de cada fronteira. Por outro lado o exclusivismo das soberanias legislativas é incompatível com o respeito e colaboração mútuos na sociedade universal das nações. Dentro destas, o indivíduo desfruta sempre duas classes de direitos: - os sociais e os políticos. Aqueles se referem à sociedade civil, às necessidades e aos contactos da mesma índole com as demais pessoas. Os segundos pressupõem a existência do Estado como organização legal e surgem no seio dêle para a consecução de fins coletivos. A seu respeito o Estado tem um interesse primordial, que se não pode subordinar às pretensões particulares. Subdividem-se os direitos sociais em voluntários e necessários, conforme apenas afetem às pessoas entre as quais se exercitam, como os contratos, ou transcendam o seu influxo a toda ordem civil, em qualquer de suas múltiplas esferas, como o pátrio

26 Diz GUTZWILLER "Les pères du droit international privé sont bien ALDRICUS, BARTOLUS DE SAXOFERRATTO, CHARLES DU MOULIN, BERTRAND D'ARGENTRE, ULRICH HUBER, STORY, SAVIGNY, MANCINI et on me permettra peut-être d'ajouter Mr. BUSTAMANTE". Professor da matéria na Universidade de Havana desde 1891, começou a publicação de um "Tratado de Derecho Internacional Privado", em 1896, mas tornou-se célebre por duas monografias "El orden publico" (1893) e "Autarquia Personal" (1914). A organização do projeto de Código para as Repúblicas Americanas, em 1925, os debates preparatórios no Rio, em 1927, e os definitivos na Sexta Conferência Panamericana, Havana, 1928, justificaram a denominação dada por aquela Assembléia à obra CÓDIGO BUSTAMANTE (Vide H. VALLADÃO, O Ensino..., 211).

poder. Ali são entregues à vontade das partes; aqui requerem certa uniformidade na origem e consequências e, por isso, certa proteção obrigatória e indeclinável da sociedade a que correspondem. Subdividem-se os direitos políticos em públicos e cívicos. Uns conferem a todos os homens as faculdades e a proteção necessárias à vida livre, ao passo que os outros lhes outorgam a possibilidade de contribuir para a estrutura estatal, quando se cria, quando se modifica e quando funciona. Exemplo daqueles é a inviolabilidade do domicílio; destes, o direito de sufrágio. Fácil compreender que se não pode negar aos estrangeiros, como membros de comunidade jurídica internacional e como seres cosmopolitas, o gozo e o exercício dos direitos sociais-voluntários nem o desfrute dos políticos-públicos. Seria absurdo proibí-los de contratar ou negar-lhes as liberdades fundamentais. Nenhum Estado deve fazê-lo porque disso não necessita para qualquer dos seus fins lícitos. Já os direitos necessários, elemento orgânico da sociedade civil, não devem ser impostos aos estrangeiros, que vivem em outras sociedades civis, das quais haverão de recebê-los como inafastáveis de sua existência e desenvoltura. Finalmente, quando não pertencem ao grupo social em cujo meio residem, não é possível outorgar-lhes a faculdade, reservada aos nacionais, de interferir na vida política. Assim resume BUSTAMANTE essa fórmula inicial:

“Reconstruyendo la clasificación desde nuestro punto de vista, podríamos decir que la comunidad jurídica de los Estados agrupa los derechos del individuo em nacionales e internacionales. Con los primeros se mantiene la homogeneidad del grupo social y la identidad e integridad del grupo político. Con los segundos se ensancha el grupo social para que quepan dentro de el todos los hombres e todos los fines humanos, y se ensancha el grupo político para que vivan holgadamente a su amparo y en su esfera todos los elementos componentes de las demás agrupaciones análogas. Con éstos rinde tributo la comunidad jurídica internacional a la

naturaleza cosmopolita del hombre y con aquellos se inclina ante la coexistencia jurídica de los Estados".²⁷

56. Quanto à classificação das leis do ponto de vista da sua eficácia, diz o professor da Universidade de Havana, uma observação rudimentar logo descobre em qualquer Estado os dois elementos para os quais legisla: - as pessoas e o território, e daí resulta a divisão das leis em territoriais e pessoais, atribuindo às primeiras um poder absoluto, sem distinção de pessoas, e às segundas uma eficácia exclusiva, sem distinção de lugares. Mas essa é uma verdade incompleta porque há regras cujo vigor não se enlaça, exclusivamente, com o poder sobre as pessoas ou com o poder sobre o território; nelas se acentua a ingerência de um novo elemento, a vontade pessoal, forte bastante para criar ou modificar o direito aplicável. Assim, quando um homem reside na sua pátria, as leis desta se bipartem para êle em duas grandes categorias:- imperativas e voluntárias, segundo sejam inflexíveis ou dependentes do seu capricho. Porém o estrangeiro que resida nesse país formará idéia diversa dos agrupamentos do direito local. Observará que não pode transgredir os preceitos de certas leis, nas quais encontra uma sanção ou garantia tão eficaz quanto a nacional. Se delinquir, por exemplo, a pena cairá sobre êle com rigor e necessidade idênticos. Se constituir a seu favor uma hipoteca, ela somente produzirá efeitos quanto a terceiros depois de inscrevê-la, tal como se se tratasse de um nacional. Notará que outras regras cedem ao seu arbítrio. Participando de sociedade mercantil, determinará livremente o tipo, o prazo e as condições que lhe convenham. Pactuando um arrendamento, pode afastá-lo em muitos pontos da sujeição ao Código Civil. Afinal, um terceiro grupo de leis do país a êle não se aplicam, nem o obrigam nem lhe outorgam a faculdade de abandoná-las, tão somente lhe são estranhas, como o direito eleitoral e o exercício das funções públicas. Mas qual será a situação desse estrangeiro face ao direito do seu próprio país? De algumas normas é impossível que se desprenda e de outras pode continuar a fazer uso. Entre aquelas as de capacidade, entre estas as de disponibilidade sucessória. Excluindo,

27 Derecho, I, 144.

portanto, as leis a êle inaplicáveis, fica esse estrangeiro submetido a três grupos de regras:

- “A) Unas potestativas, en que el Estado cede su lugar a la voluntad privada, expresa, tácita o presunta, y determina por ella y para ella las normas a que han de ajustarse ciertas relaciones jurídicas. Dependem esas leyes de la autarquía personal y las denominamos, en virtud del origen de su aplicación, de orden privado.
- B) Otras de orden público, y por ende fuera de la acción de la voluntad; pero de orden público interno, inspiradas en la necesidad en que el Estado se encuentra de proteger a los nacionales o a los domiciliados, que forman su sociedad civil, a virtud de consideraciones del todo inaplicables a los simples residentes e a los extranjeros que no se encuentran en el país.
- C) Y otras de orden público internacional, absolutas e imperativas dentro del territorio, con fuerza ineludible por igual para los ciudadanos y para todos los extranjeros que se encuentren con él, aunque sea momentáneamente”.²⁸

57. Não basta, entretanto, para identificar as leis de ordem pública internacional, observá-las do ponto de vista de sua ação puramente externa e mecânica sobre quantos residam no território. É preciso analisar sua natureza. Nenhuma legislação contemporânea dedica ao estrangeiro dispositivos privados especiais. Quando determinado preceito é indispensável à existência da sociedade todo homem, toda coisa e todo ato a êle se subordinam. A aplicação de tais regras aos estrangeiros não se efetiva, assim, porque tenham esta ou aquela nacionalidade, mas por ser imprescindível à realização dos fins sociais que as inspiraram. Quando um Estado abre o seu território a todos os homens e oferece apoio a todas as relações jurídicas é sob a condicional de que não lesem nem destruam os fundamentos cardinais de sua existência. Eis o mínimo que pode exigir. Como pessoa jurídica, o Estado tem direito próprio e lhe é vital que em toda eventualidade o deixe a salvo. Ao estrangeiro não pode ser facultado

28 Derecho, I, 154.

sobrepujá-lo, nem a título de homem, porque em tal caráter é impossível lutar contra o Estado, nem a título de cidadão de outro país, porque a competência legislativa dêste não alcança o extremo de danificar os demais. A própria comunidade jurídica dos povos garante a cada qual a conservação de sua vida e a integridade de seu direito e limita o poder jurígeno à esfera em que possa mover-se sem ofensa aos outros. Por isso, quando se trata de leis de ordem pública internacional não há colisão entre soberanias, não se defrontam legislações, mas sim um Estado que afirma a sua existência e põe em jogo os meios necessários para conservá-la e um indivíduo que está em imediato contacto com êsse Estado e poderia fazê-la periclitar.

58. Convém distinguir o direito da sociedade do direito do Estado. A sociedade de todos os homens dividiu-se em múltiplos Estados. As sociedades de alguns homens, como a família, o Município ou a associação contratual, decorrem do poder do Estado. Nem a uma nem a outra destas espécies se alude ao tratar do direito da sociedade em relação à ordem pública, mas apenas à sociedade nacional, que tècnicamente se chama Estado. Daí o diagnóstico da ordem pública dever ser feito pelas necessidades do Estado, não pelas da sociedade. Seguindo a trilha de PILLET, sugere BUSTAMANTE o processo do prejuízo. Quando o preceito pode ser substituído sem que nada padeçam a sociedade civil em suas exigências e a sociedade política em suas necessidades, pode-se afirmar que a regra é de direito supletório, pertence à ordem privada. Mas se ao trocá-la ou suprimi-la se produz um dano ou perigo à coexistência da sociedade civil trata-se de norma de ordem pública interna. Ao passo que se os preceitos de ordem pública internacional fossem violados o Estado não subsistiria. Definindo e enumerando:

“Son, pues, leyes de orden público internacional todas que tienen por objeto el Estado y forman su derecho, hasta el punto de que infringirlas o dejar de aplicarlas equivale a lesionar la soberanía y a destruir sus fundamentos cardinales... No entendemos por ellos (direitos do Estado) ni toda la legislación positiva de una nación,

ni meramente el derecho orgánico de sus poderes fundamentales. Los preceptos que se inspiran en la necesidad de que el Estado exista y se mantenga; los que señalan las condiciones de su vida; los que regulan el ejercicio de sus facultades; los que prescriben el campo de acción en el espacio de su derecho positivo; los que protegen la observancia de éste, imponiendo sanciones penales al infractor; los que determinan las formas que han de seguirse para el restablecimiento del orden perturbado en la esfera privada y en la esfera pública; los que establecen principios morales, jurídicos, políticos, religiosos y económicos de tal transcendencia que el legislador no se cree facultado para dispensar de su cumplimiento, entran todos en lo que venimos assñalando con el nombre de recho del Estado y son todos de orden público internacional”.²⁹

59. Caracteriza BUSTAMANTE as leis de ordem pública internacional como imperativas, logo inafastáveis pela vontade de qualquer pessoa; territoriais, logo aplicáveis indistintamente dentro das fronteiras do país, ressaltando que algumas delas, além disso, ainda submetem atos e pessoas além desses limites, como as punitivas de crimes cujos malefícios repercutem no Estado, embora longe cometidos; finalmente atuais, no sentido que variam espacial e temporalmente, reconhecendo inclusive que o caráter de ordem pública internacional provem as vezes dos tribunais e da opinião pública, não do poder legislativo. Quanto à dicotomia de interna e internacional confessa que um exame sério não permite dar guarida a esse duplo conceito, semelhante na origem e desigual na extensão, às vezes apenas limitando a vontade dos indivíduos e às vezes se opondo à força expansiva do direito alienígena, ora aplicável somente aos membros de uma nação, ora a todos os homens, seja qual for a sua pátria, a ordem pública interna ultrapassando as fronteiras e a internacional nelas se contendo. Logo, um último caráter da ordem pública é a sua unidade, o que não implica confundir a interna com a internacional, à maneira

29 Derecho, I, 191.

de PILLET, mas, referindo-se os dois títulos a grupos bem diversos e autônomos, nada têm eles em comum além da nomenclatura. Dentro dessa unidade, há variedade interior nas leis de ordem pública internacional, absolutas quando descansam em idéias comuns a todos. os povos civilizados (proibição do incesto), relativas quando se fundam em particularidades variáveis de uma a outro país (divórcio).

60. BUSTAMANTE desdobra os efeitos da ordem pública internacional em proibitivos e preceptivos, quanto às relações jurídicas sobre que atuam; restringentes e expansivos quanto à competência legislativa. O efeito proibitivo se manifesta contra a vontade ou a lei que pudessem afastar a norma de ordem pública. Assim, o perdão da vítima não extingue o crime, um contrato de ônus perpétuo sobre imóvel é nulo e a lei externa que permita investigar a paternidade adúlterina queda sem eficácia no país onde isso for vedado. O efeito preceptivo encerra mandamentos que o legislador faz observar por todas as pessoas. Geralmente se manifesta depois de excluído o direito adventício ou a autonomia da vontade. Um tribunal italiano não aplica o Código Penal Francês em homicídio ocorrido na Itália ainda quando sejam franceses autor e vítima; mas punirá sempre o delito conforme as leis do seu país. No lugar da lei estrangeira excluída aparece a lei nacional imposta. O efeito restringente cinge a observância da lei de ordem pública à esfera do Estado que a edita. Não lhe dá, portanto, valor extraterritorial. E, a *contrario sensu*, admite dentro de sua órbita certas consequências de relações que aí não teriam podido nascer. O efeito expansivo vence a fronteira e desconhece limites. Toda consequência a êle contrária tem a mesma sorte da relação original, porque ambas ofendem, no seu mais dilatado alcance, a ordem pública que representa.

61. Não obstante as nuances, é flagrante o parentesco de BUSTAMANTE com PILLET e, talvez ainda mais próximo, com o próprio MANCINI, cujos três princípios fundamentais liberdade, nacionalidade e soberania podem ser identificados nas três categorias legais do professor cubano. Quanto à ordem pública, se não há em BUSTAMANTE um traço inédito de relevância, parece inegável que

aperfeiçoou o esquema da normalidade, sobretudo no aspecto dos efeitos e a começar pela terminologia. Nêste ponto a sua orientação é perfeitamente atual. Bastará substituir os rótulos para reconhecer nos efeitos proibitivos e preceptivos o que agora se chama de negativos e positivos; nos restringentes e expansivos os diretos e indiretos da nomenclatura contemporânea. Dentro em pouco o excepcionalismo irá predominar na alta doutrina sobre o tema. Mas em BUSTAMANTE o *normalismo* ainda é indubitável:-

“Son excepcionales las leyes de orden público internacional? No lo entendemos así. El derecho del Estado e el derecho de los individuos, nacionales o extranjero, tienen igual carácter dentro de sus respectivas esferas. La naturaleza de las relaciones jurídicas exige unas veces y permite otras que se aplique el derecho nacional, como en ocasiones permite o exige que las regule el derecho extranjero. Y no se deben concebir las leyes de orden público internacional como algo que contraría las imposiciones del cosmopolitismo humano y de la vida propia del Estado”.

62. A singular importância das idéias de BUSTAMANTE está na incorporação ao Código a que deu nome, aprovado, em 1928, pela Sexta Conferência Pan americana de Havana, vigente até hoje em quinze Repúblicas do Continente e sem dúvida a mais notável obra de uniformização das regras de conflito de que se orgulhece o direito internacional privado.³⁰ O artigo 3.0 reproduz a tripartição estuda-

30 O Código BUSTAMANTE é um dos maiores repositórios de normas escritas de dir. int. priv. que existe no mundo atual e, ao mesmo tempo, a mais importante obra de uniformização das regras de conflito entre vários Estados. Compreende 437 artigos, divididos, além do título preliminar, em 4 livros: 1) Direito Civil Internacional; II) Direito Mercantil Internacional; III) - Direito Penal Internacional; IV) Direito Processual Internacional. Está em vigor nas 15 seguintes Repúblicas americanas: Brasil (Lei de 3/VIII/929); Cuba, Panamá, República Dominicana, Perú, Guatemala, Haiti, Costa Rica, Nicarágua, Honduras, Chile, El Salvador, Venezuela, Bolívia, Equador. Dêsses países, um, a Bolívia, também ratificou as Convenções de Montevidéu. Três outros - Argentina, Paraguai, Uruguai- não o assinaram exatamente por ser incompatível com aquelas Convenções, entre êles em vigor. O México os Estados Unidos não ratificaram qualquer dêsses instrumentos.

da. O 4.º e o 5.º definem como de ordem pública internacional os preceitos constitucionais, penais, políticos e administrativos. Completam-nos dezenas de dispositivos esparsos. Nenhuma outra fonte é mais abundante na enumeração do que pertença a essa categoria.³¹ A noção de ordem pública atinge sua máxima distensibilidade. Excetuado o direito meramente dispositivo e, em parte, as relações pessoais de estado, capacidade, família e sucessões- tudo o mais penetra sob o jugo avassalante daquela idéia: o direito público integral, particularmente o penal e o processual, os direitos reais, a matéria de forma e obrigações quando não facultativa, o próprio direito internacional privado de cada país, grande parte do direito de família e sucessório. Alguns seculares critérios de conflitos no espaço a *lex rei sitae*, a *lex loci contractus*, a *locus regit actum*, a *lex loci delicti commissi* perdem a substantividade, amalgamados no todo poderoso conceito da ordem pública internacional, assim estendido a nove décimos de qualquer legislação.

63. No Brasil a normalidade da ordem pública tem dois eméritos defensores: CLOVIS BEVILAQUA e SERPA LOPES. Filia-se CLOVIS, no assunto, nitidamente, a PILLET. A mesma distinção pelo fim social, a mesma classificação, a mesma amplitude, o mesmo efeito reflexo extraterritorial. Quase a mesma definição:-

“Leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos do direito, ou, segundo uma decisão célebre

31 O artigo 3.º, III, equipara as denominações territoriais, locais ou (leis) de ordem pública internacional. Os artigos 4.0 e 5.0 incluem, genericamente, entre os dispositivos de ordem pública internacional os preceitos constitucionais, penais, políticos e administrativos. Daí em diante, no corpo dos quatro livros em que se desdobra, o Código especifica dezenas de regras que, no direito interno de cada signatário, devem ser consideradas de ordem pública internacional, territoriais ou locais (expressões sinônimas em sua terminologia). Exemplos: art. 32: - “O conceito e o reconhecimento das pessoas jurídicas se regerão pela lei territorial”; art. 51: “São de ordem pública internacional as regras que assinalam os efeitos judiciais da demanda de nulidade” (do matrimônio); 59 “E’ de ordem pública internacional a regra que dá ao filho direito a alimentos”; 60:- Se aplicará a lei territorial ao erro, à violência, à intimidação e ao dolo em relação com o consentimento”; 257:- “A taxa ou liberdade do lucro mercantil são de ordem pública internacional”, etc.

da Côrte de Veneza, são as que concernem, diretamente, à proteção da organização do Estado, considerado sob o ponto de vista político, económico e moral”.³²

Difere CLOVIS do ilustre francês quando admite o desdobramento da ordem pública em interna e internacional. Nisso se articula com WEISS, BROCHER, LAURENT e DESPAGNET:

“Num caso o Estado acautela-se contra os seus próprios súditos, dos quais exige obediência rigorosa aos preceitos que, no seu entender, são imediatamente garantidores da conservação de sua existência como unidade coletiva. Noutro, êsses preceitos se dirigem, indistintamente, a todos os habitantes do país sem preocupação de nacionalidade. A razão dessa diferença é que, no primeiro caso, o Estado afirma e defende a sua existência social diante das forças individuais, que êle mesmo organizou em nação; e, no segundo, é em face da sociedade internacional, que êle se acha nessa atitude de defesa”.³³

Finalmente, da escola tedesca retira o abrandamento dos efeitos indiretos ou mediatos, citando BAR quando distingue o efeito imoral da lei realizado no território do tribunal das consequências que apenas aí refletem um ato anterior e legalmente consumado.

64. SERPA LOPES, comentando o artigo 17 da Lei de Introdução³⁴, pelo distribuir do assunto pareceria um simpatizante da moderna escola italiana, particularmente de ROBERTO AGO, com quem está de acordo a sua maneira de grupar as teorias sobre a ordem pública (36). Impressão que ainda se alenta, quanto à excepcionalidade, em alguns trechos iniciais do capítulo que dedica à matéria:

32 Príncípios, 108.

33 Príncípios, 109.

34 Tanto o ilustre comentador da lei brasileira como o professor de Milão grupam as teorias sobre a ordem pública em torno de Savigny, da Escola Italiana, de Pillet, Martin, Niboyet e da moderna concepção alemã. Aliás, sob outros rótulos, é o mesmo esquema seguido nesta tese.

“No momento em que a lei estrangeira, a norma material, é atraída pela norma territorial de conflito, uma segunda operação surge aos olhos do juiz... coaduna-se a norma material do direito estrangeiro com o sistema jurídico do país onde é chamada a atuar? Eis o momento em que intervem a ação restritiva, paralisante da ordem pública, se da norma atraída a aplicação colide com êsse mesmo sistema, no ponto considerado como obliterante daquela noção”.³⁵

Adiante, porém, SERPA LOPES se define expressamente pelo caráter normal, aproximando-se, assim, de PILLET, aliás a quem invoca nessa altura:

“Nós nos colocamos entre os que reconhecem na ordem pública uma competência normal. Nenhuma incompatibilidade surge entre essa idéia e a da comunidade do direito. Se esta impõe a eficácia extraterritorial da norma estrangeira, não o faz senão pelo impulso de um espírito superior de justiça, o mesmo fator que indica não poder ter uma eficácia absoluta, deslimitada, mas sim coordenada pelos princípios básicos, pelos revelantes interesses sociais do país onde é chamada a ser aplicada. Assim, a competência de uma tem o seu âmbito traçado do mesmo modo que a competência da ordem pública. Como bem acentua LOMBARD, pensar que a ordem pública constitui uma exceção, implicaria em entender-se que o estrangeiro tem sempre direito à aplicação de sua lei e que, em certos casos, se lhe opõe um meio que, de acordo com a própria noção de exceção, aparece como um direito esporádico e excepcional”.³⁶

35 Comentário, III, 393.

36 Comentário, III, 405.

VI

**A ORDEM PÚBLICA
EXCEPCIONAL**

65. Estava a escola italiana no apogeu quando ETIENNE BARTIN, então professor na Faculdade de Lyon, publicou, em 1899, os seus admiráveis “Études de Droit International Privé”¹. Retomando a diretriz savigniana, palmilhou terreno virgem na exploração dos defeitos da comunidade jurídica e suas consequências. Surgem, complexas e fecundas, três questões fundamentais examinadas por um novo prisma: – as qualificações, o reenvio e a ordem pública. Originam-se, para BARTIN, as duas primeiras da desigualdade entre as normas de conflito de cada país, vinculando o mesmo assunto a leis diversas, ou definindo (qualificando) o mesmo assunto de maneira diferente. A ordem pública interfere quando o defeito de comunidade se verifica, não entre regras de dir. int. priv., mas entre as próprias regras internas dos vários sistemas jurídicos. Enriquecia-se extraordinariamente a parte geral da disciplina, até aí quase insignificante comparada à parte especial. Do ponto de vista da ordem pública, os “Études” marcam o início da reação à elasticidade da escola personalista. Esta ainda continuaria em plena desenvoltura: – os “Principes” de PILLET são de 1903, o seu “Traité” de 1923/4, o Código Bustamante de 1928... BARTIN, entretanto, vai liderar a posição oposta, com comentários e acréscimos à quinta edição do “Cours de Droit Civil Français”, de AUBRY et RAU (1911/1922) e, sobretudo, com os “Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence française” (I-1930; II-1932; III-1935). Dêles provem a atitude hoje preponderante na doutrina francesa, na Europa Continental e em boa parte dos autores latino-americanos.

1 Poucos livros provocaram movimento de idéias tão intenso, profundo e duradouro quanto os “Études” de BARTIN. Até então a parte geral do dir. int. priv. ocupava lugar insignificante nos livros da especialidade. Abrindo um largo debate sobre as qualificações, o reenvio e a ordem pública, BARTIN tornou obrigatório à doutrina posterior dedicar capítulos detalhados a êsses assuntos, de vez que se tornou inegável dependerem quaisquer soluções concretas da atitude tomada quanto a êles. Basta comparar os índices de um livro do século XIX (FOELIX, CHASSAT, WESTLAKE, WHARTON, STORY, FIORE), com os de outro do século XX (BATIFFOL, AGO, WOLFF, CHESHIRE, BEALE), para perceber o enorme enriquecimento nos temas da parte geral. Além das três grandes questões levantadas por BARTIN foram aparecendo, entre elas, outros problemas, não menos complexos, e que de certo modo operam como limítrofes (ação “finium regundorum”, diz GARDE CASTILLO). Assim a “questão preliminar” (Vorfrage, dos alemães, question préalable dos franceses, preliminary question dos ingleses), apareceu na confluência das qualificação com o reenvio e a “instituição desconhecida”, na das qualificações com a ordem pública. (La Institución Desconocida.... 18).

66. O método de BARTIN é indutivo e nacionalista Indutivo porque não formula princípios gerais, a priori, para deles deduzir as fórmulas solucionadoras dos conflitos no espaço. Nisso difere estruturalmente dos estatutários, dos mancinianos e até de SAVIGNY, a quem se liga por tantos outros laços. Os estatutários partiam da territorialidade, os mancinianos da personalidade, os savignianos da natureza e sede da relação. BARTIN chegará aproximadamente a esta última idéia, porém não parte dela, sim de exemplos concretos, tomados à lei e jurisprudência francesas, que coordena e interpreta para atingi-la. Isso acarreta uma dificuldade especial à síntese do seu pensamento sobre a ordem pública. Seria infiel dar como exemplos deduzidos de um princípio os casos, às vezes numerosos e aparentemente desarmônicos, dos quais êsse princípio foi induzido. Por outro lado, partir sempre do particular para o geral, como faz BAR TIN, acarretaria uma extensão exagerada ante os objetivos dêste ensaio. Há que tentar uma conciliação expositiva, bem mais difícil que as anteriores.

67. As bases de BARTIN estão no objeto do dir. int. priv.. Um francês, sócio de firma comercial estrangeira, é demandado em França por um credor da sociedade e alega prescrição conforme a lei do lugar do crédito. Embora o litígio surja entre nacionais, êle encerra duas questões extranhas aos litígios ordinários: 1.a) a prescrição será regida pela lei da sede social ou pela do domicílio do réu? É o conflito de leis ou de competência legislativa; 2.a) - O julgamento deverá emanar da justiça francesa, em decorrência da nacionalidade das partes, ou, ao contrário, deverá provir da jurisdição estrangeira sobre cujo território funciona a sociedade? É o conflito de jurisdições ou de competência judiciária, diverso do primeiro tanto quanto o poder de legislar difere do poder de julgar. Ainda que se complique o exemplo pela transposição do caso para defronte de outro tribunal e pela interferência de partes com domicílios e nacionalidades diferentes dos do juiz ou diferentes entre si. todas as dúvidas, aumentadas ao infinito, resolvem-se sempre em uma ou outra daquelas questões:

“Il n’y a pas, en effet, une troisième. La juridiction compétente et la loi applicable, tout est là: - *forum et*

jus: - il est logiquement impossible d'y ajouter un terme nouveau".²

68. Defendendo a propriedade dos adjetivos entituladores, exclui BARTIN do dir. int. priv. os conflitos *não internacionais e os não privados*. No primeiro grupo afasta os choques entre direitos locais, coloniais ou entre uma lei geral e direitos regionais. No segundo, as matérias da nacionalidade, condição jurídica do estrangeiro, de puro direito penal, administrativo ou internacional público. E define o dir. int. priv. como o ramo do direito que tem por objeto, independente do estudo preliminar da nacionalidade e da condição jurídica do estrangeiro, resolver os conflitos de legislações ou de jurisdições, no espaço e no tempo, entre Estados independentes, apenas em matérias de direito privado e sob a condição de que os dispositivos legais suscitadores de tais conflitos pertençam a *países civilizados*.

69. Esta última frase merece desenvoltura especial. Diz BARTIN que as relações jurídicas entre os Estados supõem a existência de um certo número de aspectos comuns, uma comunidade de *direitos*, consequência do seu grau de civilização. Entre países de civilização adiantada e outros de civilização rudimentar não pode haver qualquer comunidade e aí está o ponto de partida de todo o direito internacional. Porque de tal comunidade é que brotam os seus dois ramos: o direito das gentes e o direito internacional privado. Por terem certos países o mesmo grau de cultura e civilização é que observam entre si as regras do direito das gentes e pelo mesmo motivo cada qual consente na aplicação das leis do outro, dentro de seu território, a situações determinadas. A presunção de comunidade internacional descansa na *igualdade de civilização*. Quando esta desaparece, aquela fica sem apoio e, com ambas, também desaparecem as suas consequências. Não haverá mais direito das gentes nem regras de conflitos no espaço.³

2 Principes, I, 5.

3 Nos "Études", BARTIN apresenta a ordem pública em termos de um defeito total da comunidade jurídica. Embora o princípio teórico estivesse correto, foi fácil demonstrar que geralmente o instituto é solicitado para intervir entre legislações do mesmo grau. BARTIN aceitou o desenvolvimento e nos "Principes" adotou fórmula muito

70. No capítulo das fontes revela-se a intransigência de BARTIN pelo caráter nacional do dir. int. priv... Admite fontes didáticas além da soberania dos Estados. Porém, nunca fontes imperativas. Outras não existem fora da lei, do costume e dos tratados, todas internas, de vez que mesmo os últimos retiram sua obrigatoriedade da lei aprovadora e seu entendimento da jurisprudência que os aplica. Afirma ceticismo ante a opinião de que tal particularismo corresponda a uma etapa provisória, através da qual se avance para um direito super-nacional. Daí o seu título - “Principes de droit international privé *selon la loi et la jurisprudence française*”. Daí também o seu método. Mínimo de abstrações. Toma os textos do Código Francês. Mostra antecedentes e lacunas “le texte n’est pas seulement incomplet, il est systématiquement incomplet”⁴. Identifica, a seguir, nas duas grandes correntes doutrinárias do século XIX, a de SAVIGNY e a de MANCINI, o grau das contribuições trazidas ao sistema de seu país e articula, à base de julgados, uma estrutura vigente do direito internacional privado francês. O fenômeno da importação da lei estrangeira não possui outro motivo além da vontade do legislador, inspirada, como para qualquer outra hipótese, na idéia de justiça e utilidade. Decorrem: -1.º) - absoluta subordinação do sistema de conflitos à soberania francesa; 2.º) - aplicação da norma exterior como se se tratasse de norma interna, com as mesmas garantias e reservas. Esse mecanismo se desdobra em quatro fases ou aspectos: - a qualificação, o reenvio, a ordem pública e, finalmente, a aplicação da lei estranha.

71. A teoria da ordem pública internacional, em BARTIN, é erigida sobre raciocínios indutivos. Maneja, de preferência, o exemplo do divórcio, complicado progressivamente à medida que dele necessita para iluminar os ângulos mais sutis do problema. O primeiro caso é simples: divórcio que se pedisse em França antes de 1884, quando ali foi restabelecido. A rutura do laço conjugal inclui-se entre os efeitos civis do casamento, estes tão atinentes ao estado das pessoas;

aproximada da de NIBOYET, reconhecendo que o defeito de comunidade pode ser total ou parcial e ainda, portanto, que se defrontem leis do mesmo nível cultural elas podem encerrar dispositivos particulares tão antagônicos que impossibilitem qualquer penetração recíproca.

4 Principes, I, 121.

dependem, portanto, em princípio, da lei nacional. Pura extensão aos estrangeiros, por analogia, da solução expressamente dada aos nacionais pelo art. 3.º do Código Francês. Tratando-se de esposos cuja lei nacional comum, contemporânea do matrimônio e do pedido de divórcio, facultasse a dissolução, teoricamente esta deveria ser concedida. Na prática não o seria, os tribunais recusariam o divórcio, isto é, recusariam aplicar a lei exterior competente de acordo com as suas próprias normas de conflito. Mais ainda: Restabelecido o divórcio (27/VII/1884), ficou adstrito a certas causas: adultério, condenação penal, injúria grave. O espírito que o informa é o de sanção pelo abandono consciente dos deveres familiares fundamentais. Noutras partes é mais amplo o instituto. Engloba, entre os motivos, faltas menores, ou mesmo o autoriza independente de qualquer falta, quando a vida em comum se tornou impraticável, como na loucura e na ausência. Pleiteada a quebra do vínculo, conforme uma destas causas da lei pessoal dos interessados extranhas à lei francesa, haveria igual disparidade entre a solução teórica permissiva e a solução prática negativa, apesar de que aqui a diferença entre os dois sistemas era apenas de amplitude. Por outro lado, a legitimação é um efeito do casamento estipulado pelo Código Francês e desconhecido na lei inglesa. Depende, normalmente, da lei nacional, como o divórcio. Mas, invocando razões semelhantes àquelas com que recusou este, o juiz francês reputaria legitimados os filhos naturais anteriores ao casamento de dois ingleses. Diferença entre as duas hipóteses: o divórcio foi recusado, se bem a lei normal o autorizasse; a legitimação foi concedida, se bem a lei normal a desconhecesse. Ali proibitiva e aqui imperativa a interferência da lei francesa. Mas em ambos os casos a divergência entre a solução concreta e a solução teórica do dir. int. priv. francês encontra explicação na teoria da ordem pública internacional, cujo entendimento clássico BARTIN resume para depois criticar: - há em toda lei regras tão essenciais que se impõem a todos, mesmo aos estrangeiros ou domiciliados além do território em que imperam. A denominação de ordem pública é insuficiente porque designa, em geral, aquilo que as partes não podem elidir nem modificar, isto é, as disposições imperativas, mas imperativas para os seus nacionais. Ao passo que aqui se trata de disposições ainda mais imperativas, também atingindo os

alienígenas, de onde a expressão ordem pública internacional ou ordem pública absoluta, título sob que devem ser incluídas todas as regras que têm a mesma força, as regulamentadoras da propriedade, da responsabilidade pelos delitos civis, da repressão penal, do processo judiciário.

72. Há um primeiro mal entendido quanto ao direito penal. Trata-se de direito público e a ordem pública internacional é uma noção de direito internacional privado. Ora, quando, para os litígios privados, cada país consente em restringir sobre o seu território e para as suas jurisdições o vigor da própria lei, os impulsos determinantes não podem ser ampliados até incluírem casos estranhos àquele presuposto, isto é, casos em que se não trate de direito privado. Porque então, tratando-se de direito público, as exigências da soberania territorial já se engajariam de outra maneira, com profundidade incomparavelmente maior. Assim no que se refere ao direito penal, cujos dispositivos devem ser excluídos, de plano, do sistema dos conflitos. Cada Estado se defende da maneira e pela forma que reputa conveniente, à revelia do que possam determinar as demais legislações.

Nenhum juiz aplica pena cominada em lei de outro país e os únicos efeitos indiretos que as sentenças criminais podem esperar no exterior correspondem ao princípio *non bis in idem* e à integração da reincidência. Não se cogita de direito internacional privado, sim de direito penal internacional, disciplinas completamente autônomas.

73. Sem dúvida os preceitos penais, os referentes à responsabilidade civil e ao regime de bens se aplicam aos estrangeiros da mesma forma que os caracterizados pela ordem pública internacional. Neste ponto, realmente, todos se aproximam. Porém, a similitude é superficial. Porque a natureza e os efeitos da territorialidade dessas várias categorias mostram a distância que as separa. Uma observação rudimentar arruina toda tentativa feita pela escola italiana de confundir ordem pública e territorialidade. Se as leis de um e outro tipo fossem idênticas não poderia surgir conflitos entre elas. Isso, entretanto, ocorre assiduamente. Muitas vezes o efeito territorial do regime de bens e da responsabilidade civil surge modificado pelo efeito territorial da

ordem pública, essa diferença nos efeitos correspondendo à diferença no objeto. Exemplo: - a aquisição dos bens móveis *uti singuli* está submetida à *lex rei sitae*, critério tipicamente territorial. Conforme a legislação francesa o proprietário de um título ao portador, perdido ou furtado, pode se garantir fazendo dois protestos: - um à negociação, na Bolsa de Paris, depois do qual toda transferência será reputada de má fé; outro ao pagamento, perante o estabelecimento emissor, obrigado desde aí a reter o título, quando apresentado para qualquer fim, abrindo ensejo ao processo entre o proprietário e o adquirente. Tais cominações, normalmente, apenas se deveriam aplicar sendo o título emitido, perdido, furtado ou transferido a terceiros em França, de vez que somente nessas hipóteses seria invocável a territorialidade da lei da situação. A jurisprudência, entretanto, sempre assegurou os mesmos direitos ainda quando a emissão, a perda, o furto ou a transferência ocorram no exterior, bastando, face ao emitente estrangeiro, protestar contra o pagamento junto aos seus representantes locais.

“Voilà l'exemple où je voulais arriver. Les dispositions d'ordre public international se confondent si peu avec les dispositions relatives au régime des biens, que celles-ci, dans cette hypothèse, s'effacent devant celles-là”.⁵

74. Exemplo similar apresenta BARTIN para os delitos civis. Também estes estão sujeitos, na definição e consequências obrigacionais, à lei territorial, isto é, do lugar onde ocorrer o delito. Não poderia, pois, um comerciante francês cobrar perdas e danos do estrangeiro que lhe fizesse concorrência desleal, vendendo outro vinho sob a sua marca, em país onde tal não fosse proibido. Mas também aqui a solução prática seria diversa da teórica e a lei usualmente aplicável cederia lugar à francesa, intervindo o artigo 1.382 do Código Civil como mandamento de ordem pública internacional⁶. A territorialidade do delito, como a da coisa, pode, assim, ser substituída pela territorialidade do fôro. E isso evidencia que nestas três hipóteses não se trata da mesma territorialidade. Em matéria de regime de bens, lei

5 Principes, I, 250.

6 Código Francês, art. 1382: “Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer”.

territorial significa lei da situação; em matéria de delitos civis, significa lei da perpetração do delito. Podem estas duas leis- a *lex situs* e a *lex loci* - coincidir com a lei do juiz - *lex fori*. Porém a coincidência não é necessária. Ao passo que em matéria de ordem pública internacional é invariavelmente à sua própria lei que o juiz empresta as normas, por este título, prevaletentes.

75. “No terreno do conflito de jurisdições, segundo objeto do dir. int. priv., para BARTIN, há outro setor legislativo que depende exclusivamente da *lex fori*:- o direito processual. A competência da mesma lei, toda via, ainda aqui não mistura os dois conceitos. A matéria judiciária se liga à *lex fori* porque esta, dando poder ao juiz, é a única bem qualificada para definir as suas funções e regular o exercício das mesmas. Mas essa parte do objeto do internacional privado é estranha ao conceito da ordem pública internacional, que toca o fundo das instituições, obstrui o jogo regular dos conflitos de leis e não tem oportunidade de intervir enquanto se trata apenas dos conflitos de jurisdição, preliminares daqueles. Há, portanto, uma espécie de distribuição cronológica. O momento em que age a *lex fori* no campo da distribuição das competências judiciárias é anterior àquele em que se deve invocar o princípio da ordem pública. Não há relação lógica entre seus objetos. A noção da *lex fori* é nítida e normal; a da ordem pública, fugidia e feita de exceções:

“Nous sommes en présence d’une théorie faite d’exceptions. Le système de conflit des lois en vigueur dans l’État sur lequel on raisonne, en vigueur en France, par exemple, conduirait à appliquer à telle difficulté donnée, demande en divorce, possibilité de la légitimation, négociabilité du titre au porteur, réparation du préjudice causé, une loi étrangère déterminée. Pour des raisons dites d’ordre public international, cette loi étrangère est systématiquement écartée, et systématiquement remplacée par la disposition correspondante de droit interne de la loi de l’État dont relève le juge saisi”⁷.

7 Principes, I, 253.

76. Passando aos efeitos, BARTIN retoma o exemplo do divórcio. Casal francês que o obtém na Alemanha, conforme sua lei nacional, tê-lo-á respeitado por toda parte. Porque o traço característico da solução dos conflitos, segundo a lei normalmente competente é a universalidade. Mas se o divórcio foi pronunciado na Alemanha, entre cônjuges cuja lei pessoal o interditava, e apenas porque a faculdade de divorciar seja na lei germânica de ordem pública internacional se a lei alemã substituiu excepcionalmente a lei normal - esse julgamento não terá qualquer valor fora da Alemanha, pois o caráter excepcional se traduz na localização dos efeitos. E nisto também difere a ordem pública internacional da territorialidade regular e racionalmente atribuída a certas categorias legais, como os direitos reais ou os relativos às reparações oriundas de delitos civis, cuja vinculação local será reconhecida mesmo fora do Estado onde a coisa estiver situada ou o delito se houver verificado.

“Universalité possible des effets de la loi territoriale, en matière de régime des biens et en matière de délits civils, territorialité nécessaire des effets de la loi territoriale en matière de dispositions d’ordre public international, c’est la différence irréductible des effets de la loi normalement applicable à un rapport de droit donné, et de la loi arbitrairement substituée à la loi normalement applicable, dans un rapport de droit donné”⁸.

77. A par da territorialidade dos efeitos o caráter de exceção da ordem pública internacional se traduz pela sua atualidade. Ainda aqui serve o exemplo do divórcio restabelecido em França, desde 1884. Alemães consorciados antes dessa data poderiam depois dela obter a rutura matrimonial, embora a lei regeadora do assunto seja normalmente a nacional contemporânea do casamento. Mas a lei que excepcionalmente a substituiu, por força da ordem pública internacional, é sempre a do momento do processo. Haverá, pois, prejuízo ou vantagem aos interessados, conforme as alterações sofridas pelos preceitos dêsse tipo no intervalo entre o nascimento da relação e a

8 Principes, I, 256.

oportunidade do processo. Não há sincronismo entre a determinação da lei usualmente aplicável e a ordem pública informadora da lei do juiz. Territorialidade nos efeitos, atualidade na determinação os dois sinais que acusam o excepcionalismo do funcionamento dêste princípio.

78. Como se pode reconhecer e definir, então, a ordem pública internacional? Nenhuma enumeração precisa, completa, limitada, é possível, em qualquer momento, para dado sistema jurídico. O arbitrário domina o instituto. A mesma lei, sem que sofra modificação, pode assumir ou perder aquela qualidade, como se um foco luminoso, de vez em quando, a perpassasse. Poderão, por exemplo, as partes se prevalecer do divórcio onde não o poderiam obter? Se a ordem pública se caracteriza pelo objeto, pelo interesse social ligado à observação das suas normas, é claro que estas não mudam de natureza conforme a regra contrária seja invocada para atingir o resultado interdito- isto é, o divórcio ou para alcançar as consequências dêsse resultado- isto é, um segundo casamento,- de vez que exatamente para evitar tais consequências é que se proibiu aquêle resultado. E assim, de fato, decidiu a primitiva jurisprudência francesa. Porém, mais tarde, adotou atitude inversa e admitiu numerosas consequências de resultados proibidos. Nem se peça a justificativa disso à sutileza de afirmar que o juiz francês estava tão somente impedido de colaborar na aplicação direta da lei ofensiva, porém não de reconhecer as decorrências do seu vigor já manifestado no país estrangeiro. Essa explicação é contraditória, porque as consequências não podem lógicamente ser isoladas do ato original. Elas são o seu complemento necessário, a sua razão de ser, e se estivesse correta a premissa de individualizar as leis de ordem pública pelo conteúdo vital, êste resultaria frustrado sempre que se viesse a reconhecer como legítimas precisamente as situações que visou impedir. É, pois, de concordar que uma dessas leis ditas de ordem pública perdeu, como por encanto, tal privilégio e reentrou no grosso dos dispositivos afastáveis pelo mecanismo dos conflitos. Também, em sentido inverso, cominações usualmente estranhas à ordem pública internacional podem funcionar por um momento com esse timbre. Tal sucede quando alguém se coloca artificialmente sob

o império de uma lei externa para burlar a obrigatoriedade do preceito francês, que lhe deveria ser aplicado. São os casos de fraude à lei. Por exemplo, quando os nubentes buscam, além da fronteira, evitar a publicidade ou os impedimentos do casamento civil. Dispositivos em tese abandonáveis pela lei estrangeira tornam-se, de repente, intransponíveis, enrijecem-se, inteiriçam-se, incorporam-se à ordem pública internacional. Tudo mostra, nêstes dois grupos de hipóteses, a noção de ordem pública visivelmente distinta do objeto da norma sôbre a qual se fixa e do interesse social que, em princípio, a informa. O divórcio, matéria em geral da sua alçada, nem sempre nela se mantem. A celebração do casamento, em geral fora de sua alçada, nela pode penetrar. Torna-se flagrante a precariedade do diagnóstico pelo objeto.

79. A derradeira tentativa de fixação da ordem pública internacional nas doutrinas da normalidade foi abandonar dessa categoria as leis permissivas para limitá-la às imperativas ou proibitivas, embora entre estas nem todas possuíssem aquele caráter. BARTIN opõe o seguinte duplo raciocínio: A) - quando a idéia fosse verdadeira, seria insuficiente, porque não conseguiria mais que circunscrever a uma certa classe de regras a pesquisa dos preceitos de ordem pública internacional, cuja descoberta e definição permaneceria, no interior dêsse grupo, tão misteriosa quanto antes, desde que ele não a esgota. B) - além disso, a idéia comporta exceções. O exemplo clássico de seus defensores é o divórcio em França, do qual a *proibição* fôra de ordem pública internacional, não atribuindo a jurisprudência o mesmo rigor à sua faculdade, depois de reincluído na legislação. Mas essa atitude jurisprudencial pode mudar e nem é a mesma em outros países, como na Alemanha, onde a possibilidade do divórcio é tão de ordem pública como foi em França o seu impedimento. E mesmo em França há leis permissivas, como as de investigação da paternidade, irrecusáveis aos estrangeiros, a despeito do que disponham as suas leis pessoais. Assim, desaparece toda esperança de conter a ordem pública sequer no âmbito de um bloco predeterminado de combinações; a variabilidade e mobilidade assinalam toda sua estrutura.

80. Sobre tais premissas ergue, afinal, BARTIN, êste esquema: -

“Tout en elle est exceptionnel, depuis la territorialité spéciale de ses effets et l’actualité de son intervention, jusqu’à la mobilité de ses applications et à l’impossibilité de sa définition. Tout cela se traduit d’un mot décisif, d’où sortira tout à l’heure l’explication finale. La notion d’ordre public international est contraire au principe de la communauté du droit; elle n’est pas seulement contraire à ce principe, l’expression n’est pas assez forte: elle est le contraire de ce principe, et ce principe, on se le rappelle, c’est le principe même sur lequel repose, dans tout pays et notamment en France, le système du conflit des lois”⁹.

Uma associação de idéias se produz naturalmente entre as soluções fundadas na ordem pública internacional e as soluções, aliás mais raras, em que as regras de conflito conduziriam um Estado a aplicar leis cuja origem e caráter não permitem sejam beneficiárias desse fenômeno regular. Limitação geográfica do dir. int. priv. aos povos civilizados similar da restrição ao seu funcionamento, mesmo entre povos de igual nível, por motivos de ordem pública internacional. Mesmo fato, mesmas causas, mesmos caracteres, mesmos efeitos. Em um caso totalmente, em outros parcialmente, substitui o juiz pela regra correspondente do seu país aquela que, em tese, seria aplicável, desde que nela sinta uma diferença excessiva e chocante, face ao espírito da lei que representa¹⁰. Inviável enlistar os preceitos de ordem pública internacional, como inviável enlistar os países cujo grau de civilização paraliza o desembaraço do dir. int. priv.. *Tudo depende das circunstâncias*, das condições em que se apresente o dispositivo suspenso. Ele será mais ou menos chocante, conforme se trate para o juiz da iniciativa de cumpri-lo- pronunciar o divórcio, por exemplo ou de retirar consequências de ato já realizado no exterior por exemplo, o cancelamento da hipoteca legal da mulher divorciada. O julgador, portanto, é o supremo árbitro da ordem pública internacional: -

9 Principes, I, 267.

10 Vide a nota 3 deste capítulo.

“Et il n’est pas moins claire que si tout, dans cette doctrine, repose sur l’opinion du juge, c’est à la date à laquelle le juge statue que son opinion compte... Et il n’est pas moins claire non plus que si la solution dite d’ordre public international ne repose que sur l’opinion du juge, son autorité est nécessairement limitée aux frontières de l’Etat dans lequel elle a été donnée. L’actualité des dispositions d’ordre public international, aussi bien que la territorialité stricte de leurs effets, tout cela dépend de la même idée fondamentale”¹¹.

81. Quanto ao nome empregado para o instituto, BARTIN observa que é quase contrário ao que quer dizer. A disposição de ordem pública internacional é sempre uma regra de direito interno, que o juiz empresta à sua própria lei. Dêsse ponto de vista o termo correto seria ordem pública nacional, maximè quando os seus princípios diferem tão profundamente de um para outro país. Aqui é a indissolubilidade matrimonial que se apresenta com tal caráter; ali é exatamente a possibilidade de dissolver o casamento que o possui. Há, então, uma ordem pública francesa, que se não identifica à italiana, nem à espanhola, nem à suíça e o que se chama de ordem pública internacional não é mais do que a ordem pública nacional, elevada à máxima potência. O nome, porém, se acreditou pelas necessidades de abreviatura verbal. E não encerra, por si, maiores inconvenientes, desde que se haja fixado o seu sentido.

82. BARTIN significa, no âmago da teoria da ordem pública, como aliás em toda sua estrutura do direito internacional privado, uma volta a Savigny. Não que haja sido imune ao largo e penetrante fascínio da escola italiana, nem que esse regresso ao famoso alemão se faça de maneira retrógrada e servil. No primeiro volume dos “Principes”, há mesmo um capítulo sobre as contribuições retiradas aos rumos de MANCINI, para erguer um esquema geral de normas de conflito sobre os raros preceitos do Código Francês de 1804. Porém, no que se refere à ordem pública, tanto o excepcionalismo, como sua

11 Principes, I, 269.

explicação pelo desequilíbrio da comunidade de direito são caracteres iniludivelmente derivados da concepção savigniana. Ambos vitoriosos na doutrina. Vitoriosos, não estagnados. Toda parte final deste capítulo é justamente reservada ao panorama contemporâneo do assunto. Sua submissão ao título da ordem pública excepcional deixa logo evidente o nexos comum às várias nuances suscitadas. Pareceu-me inútil a mera citação de autores convergentes. Preferi destacar, entre os que pude obter, aqueles que se me afiguram mais férteis, por iluminarem um ângulo novo ou até aqui sombrio, por estabelecerem para os velhos ângulos uma hermenêutica rejuvenescida.

83. Depois de BARTIN a maior influência contemporânea sobre a teoria da ordem pública, em França, pertence a NIBOYET¹². Professor da Universidade de Paris, como WEISS, PILLET e BARTIN, de certa forma aproxima os dois últimos no profundo debate quanto ao assunto. Pelo excepcionalismo, pelo fundamento no defeito de comunidade jurídica, pelos caracteres de variabilidade, atualidade e particularismo nacional êle é, sem dúvida, um bartiniano. Mas no estudo dos efeitos se acerca de PILLET. E enriquece o tema com observações próprias, da maior valia, sobretudo as do “mínimo de equivalência” e “máximo de diferença”, hoje usuais nos livros de seu país, para os quais o resumo do pensamento de NIBOYET pode servir de paradigma nestes meados do século XX. Não há comunidade jurídica, e, portanto, não funciona o dir. int. priv. entre povos cujos sistemas legais afastam-se além de um máximo de diferença. O impedimento à interpenetração aí é total e o remédio da ordem pública chamado a exercer um papel de excludência absoluta. Isso, porém, sucede raramente. Quase sempre a ordem pública funciona entre países que têm a mesma civilização, mas disciplinam em termos diferentes determinadas instituições. O defeito de comunidade é parcial, atingindo,

12 NIBOYET foi, a princípio, estreitamente ligado a PILLET, em colaboração com o qual publicou o “Manual” de 1923. Porém nas obras posteriores - o “Cours” e o “Traité”, de 1947 e 1949, adotou posição independente, ligando-se, quanto à concepção geral, à moderna tendência territorialista francesa (LUCAS, ARMINJON) e, quanto à ordem pública, inclinando-se decididamente para o excepcionalismo de BARTIN, embora guarde sintomas evidentes de sua antiga ligação.

entretanto, em certos pontos, tal gravidade que se resolve pela mesma obstrução das regras de conflito. Para que se aplique uma lei estrangeira, então, é necessário existir entre ela e a do foro, não somente de maneira geral, mas também sobre cada relação concreta (divórcio, reclamação de alimentos, investigação da paternidade), um mínimo de equivalência. Abaixo desse mínimo sucederá o que ocorre quando torcemos a chave de um comutador elétrico para apagar a luz - cessa a corrente, porque foi ultrapassado o máximo de diferença e a instituição estrangeira se tornou intolerável.

84. Desdobra NIBOYET a interferência da ordem pública em duas ordens de razões: - as de técnica jurídica, presentes quando o instituto é desconhecido no país de importação, como a hipoteca mobiliária, o penhor sem posse do credor e a inalienabilidade convencional, do ponto de vista da lei francesa; as de oportunidade social, numerosas, ilimitadas, decorrentes do estado dos costumes nos diversos países, como o reconhecimento dos filhos adulterinos. Em ambas as hipóteses manifesta-se a exceção da ordem pública, porque a regra de conflito é sempre estabelecida sob a reserva de se conter a lei exterior dentro de uma certa medida de tolerância:

“Mais comment définir cette exception? C’est le remède en vertu duquell il est fait échec à la competence normale étrangère, toutes les fois qu’il y a incompatibilité juridique entre les deux législations. Il y a dérogation à ce qui devrait se faire; c’est donc quelque chose d’anormal. On constatera que même si tous les pays du monde avaient le même droit international privé, ce mal subsisterait encore puisqu’il ne provient pas des règles de droit international privé, mais du contenu de toutes les législations du monde sur l’ensemble des questions juridiques; c’est donc un mal qui ne pourra guère disparaître”.¹³

85. A intervenção da ordem pública, assim, tem dois pressupostos: que o caso seja da competência normal da lei estrangeira e que se diagnostique um sério desequilíbrio de equivalência em relação à do juiz. A primeira condição decorre do caráter excepcional, como o remédio decorre do mal. Não havendo perigo a temer medida é inútil, como acontece quando a *lex fori* é desde logo aplicável - nas leis políticas, processuais, reais, policiais e penais. Quanto à segunda, NIBOYET rejeita qualquer diagnóstico “a priori”, reconhecendo embora que, se viável, esse prévio ordenamento evitaria os abusos com que tantas vezes os tribunais exageram ou desconhecem os reclamos da ordem pública. Mas toda esperança em tal sentido se desvanece ante a incontrolável variabilidade da noção no tempo e no espaço. O artigo 340 do Código Francês, por exemplo, proibia a investigação da paternidade, salvo havendo raptos, e a jurisprudência sempre lhe outorgou caráter de ordem pública até ser destruído por uma lei de 1912. O mesmo caráter era dado ao artigo 331, proibitivo da legitimação de adúlteros; caráter que seguiu a sorte do dispositivo, várias vezes modificado na diretriz liberal, abolidas em 1941 quaisquer restrições e algumas delas postas novamente em vigor a partir de 1945¹⁴. Um terceiro exemplo de variabilidade temporal da ordem pública se encontra no curso forçado do papel moeda: absoluta franquia para as transações monetárias até 1914; curso forçado até 1928; outra vez franquia até 1936; outra vez curso forçado até os nossos dias. O caráter de ordem pública se manteve nessas várias fases, mas evidentemente incidindo sobre dispositivos contraditórios. Um acórdão da Corte de Cassação, em 1944, diz, por isso, e com justeza, que a definição da ordem pública depende, em larga medida, - “de l’opinion qui prévaut à chaque moment en France”¹⁵. Não é menor a variabilidade espacial. Há países que permitem ou exigem a celebração civil do casamento, outros o reconhecem, indiferentemente, civil ou religiosos; outros ainda somente o admitem com o cunho confessional. E em todos êles a forma do matrimônio é de ordem pública. Já em França se permite o

14 Texto primitivo do art. 331: - “Les enfants nés hors mariage, autres que ceux nés d’un commerce incestueux ou adultérin, pourront être légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, lorsque ceux-ci les auront légalement reconnus avant leur mariage, ou qu’ils les reconnaîtront dans l’acte même de célébration”.

15 Acórdão de 22/III/1944, in “Cours”, 493.

divórcio, enquanto na Itália e na Espanha êle é proibido. E na Alemanha a sucessão contratual é corrente, enquanto na França interdita. A ordem pública, portanto, é peculiar a cada país e a cada momento; impossível qualquer diagnóstico “a priori”. Não existe mesmo uma ordem pública internacional; ao contrário, um dos seus caracteres mais flagrantes é o nacionalismo, a particularidade. Daí a determinação somente realizável, ponto a ponto, instante a instante, pelo juiz, apenas restando lamentar quando êle abusa dessa autoridade:

“Sera donc d’ordre public ce que le juge estimera être dans chaque procès. Voilà le seul critère que l’on puisse dégager, critère purement empirique et a posteriori. Le juge peut changer d’avis parce que les idées sociales changent et que les législations se modifient, parce qu’il estime qu’il y a lieu de les changer, etc. Il faut s’en remettre à lui de ce soin”.¹⁶

86. O funcionamento da exceção de ordem pública é, para NIBOYET, uma questão de dosagem, de limite na quantidade do direito estrangeiro que as exigências do sistema nacional forçam a neutralizar. Impõe-se, assim, uma diferença entre o papel do instituto na criação dos direitos e a propósito de sua eficácia. Tratando-se de criação, a *lex fori* ora proíbe o que a lei competente permitiria, ora faculta ou impõe o que a lei competente proibiria. No primeiro caso satisfaz-se a ordem pública em obstar a importação da regra intolerável, por exemplo, a adoção quando os pais já possuem filhos legítimos. No segundo caso vai além, substitui a regra rejeitada pela correspondente do *fôro*, assegurando, por exemplo, o casamento civil em França, mesmo àqueles cuja lei nacional o desconheça. Quanto à validade internacional dessas decisões, NIBOYET adota atitude intermediária entre BARTIN e PILLET. Nega BARTIN à ordem pública qualquer efeito extraterritorial; PILLET o assegura em todos os casos, ressalvando os países onde, por sua vez, encontrem um obstáculo de ordem pública¹⁷. NIBOYET adota e desenvolve a segunda posição, embora, de cer-

16 Cours, 495.

17 Vide n.º 51.

ta forma, invertendo-lhe os termos. Defende o valor internacional da ordem pública de um país nos países de ordem pública semelhante. Se a lei grega impõe aos seus nacionais casamento religioso mas a lei francesa os obriga ao casamento civil e ambos os dispositivos são reputados de ordem pública, o ato será inválido na Grécia e em todos os Estados onde prevaleça o caráter confessional do matrimônio, mas será válido, não apenas em França, porém, em todos os lugares onde o instituto esteja secularizado. Quanto aos demais Estados, em que as duas formas de casamento sejam conhecidas e autônomas, nenhuma, portanto, de ordem pública, NIBOYET não se refere expressamente. Parece claro, entretanto, que aí diverge de PILLET, negando a universalidade dos efeitos, salvo onde vigore ordem pública idêntica, ao passo que PILLET concede aquela universalidade, salvo onde a ela se oponha uma noção de ordem pública diversa. E o que se deve concluir dos termos em que coloca o problema do efeito reflexo:

“un droit qui est né dans un pays où l’exception d’ordre public a fait éliminer le droit étranger, normalement compétent, peut être reconnu dans tous les pays où se-rait manifesté le même état d’intolerance”.¹⁸

87. No segundo momento dos conflitos de leis, isto é, no terreno da eficácia dos direitos, NIBOYET reconhece que muitas vezes a ordem pública se desinteressa por interdições que teria feito se se tratasse de aquisição e cita os exemplos clássicos do divórcio e da investigação da paternidade. Ambos, ao tempo em que a lei francesa “os proibia (antes de 1884 e de 1912, respectivamente), não poderiam ser processados em França. Obtidos, porém, no estrangeiro, eram eficazes para as resultantes precípuas do segundo matrimônio e da filiação reconhecida:

“Il y a donc un intérêt capital à faire la différence: il existe des droits qu’on n’aurait pas pu acquérir en France à cause de l’ordre public, et s’ils ont été acquis à l’étranger on peut s’en prévaloir sur notre territoire

18 Cours, 498.

parce que leur création heurte l'ordre public, mais que leur efficacité ne le heurte nullement. Il y a des exemples très nombreux en ce sens".¹⁹

Ao passo que, em outros casos, permanece a ordem pública interessada mesmo no momento da eficácia, tal como no momento da aquisição, ou porque razões de técnica impeçam o reconhecimento de uma instituição inexistente (penhor sem posse, contrato sem causa) ou porque razões de oportunidade persistam até esta fase ulterior e indireta, como quando se pretenda obter garantia para um direito de propriedade adquirido por espoliação (confisco de bens particulares no exterior pelo Governo da URSS, depois da Revolução de 1917). É uma questão de dosagem do direito estrangeiro: - trata-se de saber exatamente o que se pede sob sua invocação e se êsse pedido, *in concreto*, é contrário à ordem pública.

88. Aspecto inédito e valioso, salientado por NIBOYET, é o das sanções que resguardam a ordem pública. Quando se trate de aquisição de direitos, a infringência se resolve em nulidade absoluta, pelo menos no país ofendido e nos de ordem pública idêntica. Mas quando se trate de eficácia o problema se modifica. A lei em jôgo nesta etapa, não sendo aquela que presidiu à formação do direito, não lhe pode regular a validade. A ofensa se resolve em inoponibilidade, que não destrói o direito, mas apenas o neutraliza vis-a-vis de certas pessoas ou durante um tempo determinado. O valor prático da distinção está em que se o ato é inoponível e a lei muda êle pode vir a prevalecer, ao passo que se o ato é nulo jamais convalesce pelas alterações legislativas. A inoponibilidade é temporária, a nulidade é definitiva.

89. A doutrina francesa atual está bem representada por BARTIN e NIBOYET dentro da teoria da ordem pública. O que não implica subestimar divergências, originalidades e aperfeiçoamentos. Alguns dêstes merecem destaque. LEREBOURS PIGEONNIÈRE, o eminente professor da Universidade de Rennes, é um bartiniano convicto:

19 Cours, 500.

“Théorie adoptée: - exceptionnellement, l’ordre public empêchera le tribunal d’appliquer la loi étrangère compétente afin de réagir contre une civilisation antagoniste”.²⁰

Mas, como NIBOYET, acentua que o instituto não funciona apenas quando o defeito da comunidade jurídica é total, e sim também muitas vezes afastando leis de um país cuja civilização é paritária com a do fôro. Dai atribuir à ordem pública duas funções: por um lado, é meio de defesa contra as leis estrangeiras que um sentimento unânime declara inadmissíveis, por exemplo, as mantenedoras da escravatura, da poligamia e do despotismo no pátrio poder. Defesa do direito natural, lato sensu. Por outro lado, intervem sobre pontos contra os quais a reação não é unânime, mas, ao contrário, particular e incerta, pondo em perigo apenas os fundamentos políticos e sociais de uma determinada civilização, como, quanto à francesa, o caráter secular do casamento, a limitação das causas de divórcio, a legitimação dos filhos adulterinos. O interesse aí é do particularismo nacional, na sua essência. Idéia análoga se encontra no mestre de Poitiers, RENÉ SAVATIER²¹: - o domínio da ordem pública está perpétuamente em movimento, mesmo sem a intervenção do legislador. Ele impede, em França, desde logo, toda interferência das leis de uma civilização primitiva ou religiosa. São incompatibilidades de cultura, quanto ao grau ou quanto ao *tipo*, ambas totais. Mas a ordem pública também tem sido oposta à legislação soviética e à nazista. Uma e outra não são, em bloco, inconciliáveis com a estrutura do direito francês, mas somente quanto a setores especiais, particularmente naquilo que é na União Soviética um reflexo direto do comunismo e na Alemanha anterior a 1939, um reflexo direto do racismo. O exame do círculo das civilizações comuns, portanto, se fornece elementos preciosos para a determinação da ordem pública está longe de conduzi-la a uma fórmula precisa. E o tato do juiz conserva papel relevante, quando se não discute um atrito de culturas, mas apenas o resguardo da sensibilidade e do interesse nacionais.

20 Précis, 341.

21 Cours, 216

90. Maior amplitude e variabilidade à ordem pública empresta HENRI BATIFFOL, docente da Universidade de Lille²², embora partindo das mesmas bases. Não se trata somente de incompatibilidade entre civilizações e nem mesmo de defesa dos fundamentos políticos e sociais de cada Estado. A ordem pública se infiltra em instituições que não possuem quaisquer desses caracteres. Quando, por exemplo, a Corte de Cassação declara contrária àquele princípio uma lei permitindo investigar a paternidade em prazo superior ao da lei francesa, quem sustentará que a fixação de um prazo, por si mesma, é contrária ao direito natural ou aos fundamentos de certa civilização? Trata-se apenas de política legislativa, menos visceral, embora não menos inafastável. Quis o legislador francês tranquilizar o pai natural dois anos após o nascimento, o fim do concubinato ou a recusa de manutenção do filho, pondo-o ao abrigo da chantagem e do escândalo. Mas, como seria injusto abandonar inteiramente os direitos do menor aos caprichos de sua mãe, o prazo se reabre depois da maioridade. Pura política legislativa, onde a ingente tarefa do juiz é salvaguardar os objetivos perseguidos pelo legislador, sem esquecer que entre as regras por este editadas também se encontram as de conflito, reivindicando, tanto quanto as demais, respeito ao espírito que as informa. Aliás, BATIFFOL acusa a jurisprudência francesa de inclinação para o abuso do instituto da ordem pública. E pondera:

“Il ne faut pas perdre de vue que si la loi française remet la décision d’un litige à la loi étrangère, c’est sans doute parce que la matière n’intéresse qu’indirectement la vie française; donc a priori la solution étrangère contraire à la nôtre ne contrevient pas à celle-ci sur son propre terrain, mais en terrain voisin; assurément la valeur civile du mariage religieux en France d’un étranger serait de nature à frapper l’opinion, mais précisément moins qui s’il s’agissait d’un Français, parce que chacun a le sentiment que la matière est distincte et soumise à des règles particulières. Il faut, pour que la politique législative française soit intégralement en cause, des

questions étroitement liées au but à atteindre, abstraction faite de l'origine des personnes, des biens ou des actes en jeu".²³

91. Um ponto além, neste raciocínio da política legislativa, estão ARMINJON e LEPAULLE, com interpretações da ordem pública pelo resultado conforme à boa justiça. PIERRE ARMINJON, professor em Genebra e Lausanne, sugere chamar às leis de ordem pública "règles de rattachement purement national", por oposição às demais regras de conflito, que tanto podem conduzir à lei nacional como a uma exterior²⁴. Defende, a seguir, um ponto de vista muito ligado ao Código Alemão, cujo artigo 30 da lei introdutória, serve-lhe de fulcro²⁵. Justifica as derrogações das normas interespaciais, por efeito da ordem pública, pela idéia matriz de todo seu esquema para o internacional privado:

"Suivant notre doctrine, cette exception aux règles de rattachement est une conséquence logique de cette idée sur laquelle nous ne saurions trop insister: les lois étrangères sont applicables dans la mesure et aux conditions que fixe la lex fori, dans les cas qu'elle estime convenables, de façon à obtenir la solution qui lui paraît bonne".²⁶

Por motivos diversos a lei estranha dá ao caso uma solução insuficiente ou perigosa. O ideal de justiça e utilidade restaria frustrado se tal solução prevalecesse. Diante dela a relação de conveniência estabelecida a grosso modo pela regra de conflito não mais se justifica e a norma estrangeira deve ser abandonada em nome do mesmo princípio que a invocou. Porque o legislador fez aquela remissão em confiança; declarou aplicáveis, em certas circunstâncias, as leis mesmo futuras de todos os sistemas jurídicos, de vez que, por efeito dessas

23 Traité, 381.

24 Précis, 230.

25 Vide n.º 101.

26 Précis, 228.

circunstâncias, as suas disposições lhe pareceram as mais próprias a uma justa solução. Ele submeteu, suponhamos, os direitos e deveres conjugais à lei nacional do marido, sem haver podido examinar detalhadamente todas as leis estrangeiras, variáveis e modificáveis, regedoras deste tipo de relação. Ora, um dispositivo importado pela regra de conflito parece injusto, atribuindo, por exemplo, ao marido o direito de aprisionar sua mulher. “En vertu de quel principe supérieur mal défini lui ferait-on néanmoins produire effet?”²⁷

92. PIERRE LEPAULLE, advogado junto à Corte de Cassação de Paris, em um pequeno e agudo livro sobre a parte geral do dir. int. priv., oferece idéia atual da maneira de compreender a ordem pública no mais alto Tribunal francês. Defina-a:

“L’ensemble des raisons qui font considérer comme opportune une dérogation à la règle de conflit normalement applicable à l’espèce soumise au forum”.²⁸

E, tentando abordar o assunto com espírito realista e reduzi-lo à exata proporção, sugere maneira original de diagnosticar a ordem pública: -1.0) O juiz deve ter em vista o conjunto do litígio, para prescrutar se a decisão a que o conduziria o jogo combinado de todas as regras de conflito aplicáveis à espécie estará ou não conforme à ordem pública. Considerado o problema sob essa unidade, há que viver o pequeno drama de cada questão em todo o seu realismo humano e social. “Où allons nous?” é, assim, a pergunta decisiva. 2.0) - O juiz deve depois apreciar os resultados a que chegaria, levando em conta todos os interesses em foco e todos os caminhos possíveis. Agir, nos casos em que a ordem pública possa aparecer, com a mesma segurança aplicada nos demais, a mesma técnica, as mesmas perspectivas, não se tornando, de súbito, um nacionalista extremado a tal ponto que decida de plano. 3.0) O juiz deve comparar os interesses que militam em favor da regra normal e os que pleiteiam a intervenção da ordem pública. Os primeiros se apresentam desde logo com

27 Précis, 229.

28 Le Droit..., 222.

maiores credenciais porque já trazem, do seu lado o próprio critério da conexão regularmente estabelecida. Não podem vencê-los os que reivindicam garantia em nome da ordem pública senão quando mais importantes. A dúvida é de intensidade. 4.0) Finalmente, o juiz deve examinar se é possível o afastamento da norma competente. Há casos, raros, em que o liame entre um fato e determinada lei surge indissolúvel. Por exemplo, as sociedades russas extintas após a Revolução e pleiteando sobrevivência em França, fundadas na ordem pública. Melhor fôssem os motivos para esta interferir, sempre resultaria emprestar uma vida artificial a entidades cuja morte adveio da única lei que sobre elas tinha poder, a da sua sede.²⁹

* * *

93. Na Itália, apesar do prestígio natural de MANCINI, o regresso ao excepcionalismo, no conceito da ordem pública, também é tendência incontestável. As primeiras grandes vozes que se levantaram nesse sentido defendiam-no por via de um raciocínio indireto, batendo-se para restituir autonomia ao estatuto real, ainda ao tempo da plena ascendência personalista. GUIDO FUSINATO, talvez o primeiro severo crítico da escola italiana dentro da Península, fixou, em passagem famosa, o equívoco dessa absorção e esterilidade da *lex rei sitae* no insaciável conceito da ordem pública:

“La ragione per cui la scuola italiana dichiara territoriale uno statuto, non è mai per una ragione interna, insita nel rapporto giuridico cheviene in questione, ma per una ragione esterna cloè per che nel, in cui quello statuto dovrebbe applicato, vi è una disposizione che ad esse è contraria e che in quel pacse vien considerata d’ordine pubblico, cosicchè se quella disposizione fosse poi abrogata, lo statuto troverebbe applicazione, ciò che non potrebbe accadere se la territorialità fosse

29 Le droit..., 223.

desunta dalla natura medesima del rapporto giuridico e dello statuto che ad esso si riferisce”.³⁰

94. GIULIO DIENA, professor em Siena, Pávia e Turim e que, no dir. int. priv., “foi para o Norte da Península o que FIORE foi para o Sul”³¹, retoma e completa esse pensamento, extranhando, com certa ironia, que uma fórmula tão simples quanto a da mera territorialidade pretenda superar “la maggiore difficoltà della nostra scienza”. Para determinar se à aplicabilidade de uma lei estrangeira se opõe algum obstáculo de ordem pública não basta sempre recorrer às expressas disposições existentes na lei territorial ou às presumidas intenções do legislador, mas convem ainda ter em conta os princípios gerais do direito. E os princípios gerais do direito aplicáveis no caso só podem advir da íntima natureza da relação sobre a qual se vai decidir. Essa natureza, nos direitos reais, encaminha normalmente o assunto para a competência da lei territorial, enquanto nas matérias ditas de ordem pública o encaminhamento normal é para a lei estrangeira, somente desprezada e substituída pelo do fôro em oportunidade e de maneira excepcional:

“Senonchè rispetto ai diritti reali, si dovrebbe riconoscere l’efficacia della legge della situazione, in base al criterio della natura del diritto, in via normale, non eccezionalmente. Sotto questo aspetto dunque, la scuola italiana può giustamente essere accusata di deficienza”.

³²

95. Libertado o direito das coisas da noção de ordem pública, esta se desune da territorialidade e fatalmente é restituída ao seu caráter savigniano de exceção. Tal o rumo atual do pensamento italiano, como do pensamento francês. É fácil e nítido constatá-lo na obra de um FEDOZZI ou de um AGO, ambos professores da Universidade de

30 Il principio della scienza italiana nel diritto privato internazionale, Archivio Giuridico, vol. 33, pp. 542, 544, apud DIENA, I diritti real..., 44.

31 VALLADÃO, O Ensino..., 16.

32 Il diritto..., 46. 33/38) Vide bibliografia. Quanto ao pensamento de FEDOZZI sobre a instituição desconhecida vide o cap. VII.

Génova, de um BALLADORE PALLIERI, da Universidade Católica de Milão, de um ARRIGO CAVAGLIERI, da Universidade de Nápoles, de um DIONIZIO ANZILOTTI, da Universidade de Roma, de um RICARDO MONACO, da Universidade de Turim. Merecem destaque certas contribuições trazidas ao tema pelos dois primeiros; em PROSPERO FEDOZZI, o isolamento entre a instituição desconhecida e a ordem pública e a fronteira entre esta e o direito público; – em ROBERTO AGO a sutil teoria interpretativa da ordem pública.

96. Se se examina, diz FEDOZZI, o respectivo comportamento, nas relações internacionais, da ordem pública e do direito público pode-se estabelecer um ponto de contacto: uma e outro excluem a aplicação da lei estrangeira. Além daí, entretanto, a diferença é substancial. Geralmente, o efeito da ordem pública é negativo, limitando-se a obstar a regra exterior e apenas em raros casos também positivo, impondo, em substituição àquela, uma regra da legislação interior. No direito público, predomina o efeito positivo; o negativo dêle decorre e lhe é posterior:

“In sostanza, mentre la territorialità delle leggi d’ordine pubblico ha carattere eccezionale e contingente, la territorialità delle di diritto pubblico é normale e costante e determinata dal luogo in cui hanno origine i rapporti di fato ai quali dette leggi si applicano”.³³

A segunda característica dita comum e, assim, justificadora da mistura entre as leis das duas espécies seria a sua *inderrogabilidade*. Esse privilégio, todavia, é privativo da ordem pública, não do direito público. A doutrina e jurisprudência do direito administrativo italiano nele distinguem normas que não são de ordem pública e podem ser derogadas pela vontade particular, de outras, nas quais, realmente, a ordem pública se manifesta e faz permanecerem inderrogáveis:

“In sostanza il diritto pubblico non è una parte dell’ordine pubblico, ma è piuttosto l’ordine pubblico che

33 Il diritto..., 297.

investe una parte, per quanto cospicua, del diritto pubblico”.³⁴

E tanto as duas categorias legais não se fundem, argumenta FEDOZZI afinal, que elas são previstas em dispositivos autônomos ou separadamente dentro do mesmo dispositivo como obstáculos à importação da regra adventícia. Assim o Código Italiano de 1865, nas Disposições Preliminares, excluiu do conceito de ordem pública toda matéria de territorialidade normal, colocando-a em outros artigos: o estatuto real no 7 e o direito público no 10 e no 11, o primeiro relativo ao processo e o segundo às leis penais e de polícia - enquanto no 12 previu a exceção da ordem pública. Clara consciência da distinção no espírito do legislador, mais flagrante ainda ao dispor, no artigo 941 do Cód. Proc. Civ., que não poderão ser executadas, na Itália, as sentenças estrangeiras contendo “disposizioni contrarie all’ordine pubblico e al diritto pubblico interno del Regno”. Redação alternativa, portanto distintiva, que também se encontra na VIII regra elaborada pelo Instituto de Direito Internacional, sessão de Oxford, 1880:- “En aucun cas les lois d’un État ne pourront obtenir reconnaissance et effect dans le territoire d’un autre Etat, si elles y sont en opposition avec le droit public ou avec l’ordre public”.³⁵

97. Para ROBERTO AGO o problema da ordem pública é um problema de interpretação da norma de conflito. Ao estabelecer esta, o legislador se inspirou no critério de que a lei estrangeira, em certas hipóteses, seria mais conforme à natureza específica de uma certa relação. Mas fez isso no pressuposto de que a inserção da norma exterior não viesse perturbar a harmonia e as bases do seu ordenamento jurídico. Daí ser necessária a existência de um limite além do qual a importação não pode ter lugar, porque seria inimaginável proviesse do mesmo legislador um preceito cuja obediência resultaria em minar toda a ossatura de sua obra legislativa. Parece, pois, legítimo afirmar que o limite da ordem pública constitui, de qualquer modo, uma cláusula implícita em toda norma de dir. int. priv., embora apareça

34 Il diritto..., 298.

35 Il diritto..., 298.

expresso num dispositivo particular e independente. Cláusula que assume relevo na última fase do complexo funcionamento da regra interespacial, quando, qualificada a relação, conectada a uma lei estrangeira e fixado dentro desta o dispositivo importável, deve, enfim, o juiz inserí-lo na ordem jurídica do seu Estado:

“In primo luogo sembra evidente que il problema dello accertamento dell’intervento o meno dell’ordine pubblico a vietare nel caso concreto l’inserzione di norme straniere, debba retta mente configurarsi come un problema di interpretazione delle norme di diritto internazionale privato, e questo perchè tale limite altro non è che una valvola contenuta in ciascuna di queste norme, la quale, in presenza di circostanze determinate, ne paralizza la funzione nel suo momento finale”.³⁶

* * *

98. Os autores alemães sempre mantiveram relativa fidelidade ao ponto de vista savigniano em matéria de ordem pública. Mesmo depois que o Código Civil Alemão (1896/1900), adotou a nacionalidade como critério do estatuto pessoal, cedendo nesse ponto ao influxo irresistível da escola italiana, a ordem pública permaneceu considerada como restrição excepcional ao livre mecanismo das regras de conflito. Quanto a isso, talvez uma única e moderada divergência se possa referir na obra notável de ERNST FRANKENSTEIN³⁷, tentando conciliar as atitudes normalistas e excepcionalistas. Para ele, elas não se excluem; completam-se. Cada sistema jurídico possui instituições que não admitem a menor interferência da lei estrangeira; os dispositivos que as regulam aplicam-se por uma competência própria a independem, para serem invocados, de se haver previamente estabelecido a hipótese de importação da norma exterior. São regras

36 Lezioni, 159.

37 O “Internationales Privatrecht” de FRANKENSTEIN, em 4 volumes, 1926/1936, é das obras mais discutidas do moderno dir. int. priv.. O sistema proposto, em grande parte original, foi acoidado de teórico, no sentido de esquecer a realidade em favor da lógica. (ARMINJON, I,116).

de ordem pública absoluta (absolute vorbehalte). Mas, de outro lado, cada sistema contém dispositivos que não excluem, de plano, o chamamento dos estrangeiros e tão somente o fazem quando estes, pelo seu conteúdo, num caso concreto, devam ser rejeitados. São regras de ordem pública relativa (relative vorbehalte). A competência territorial dos preceitos de ordem pública absoluta é normal; a dos preceitos de ordem pública relativa é excepcional. Defendendo os verdadeiros fundamentos da estrutura interna, os primeiros são raros; os outros, ao contrário, frequentes, porque exprimem uma valorização eventual de certos aspectos daquela estrutura. Não há paradoxo, assim, em dizer que as leis de ordem pública de competência normal devem ser invocadas excepcionalmente ao passo que as de competência excepcional são as que interferem normalmente. Apesar dos aplausos que cercam o nome de seu ilustre autor e da originalidade com que foi elaborada esta concepção da ordem pública permanece solitária em seu país. De fato, ela parece envolver uma certa invasão do conteúdo nos efeitos da ordem pública. Quanto aos efeitos a distinção pode servir. Há casos, realmente, em que a ordem pública apenas obsta (efeito negativo), outros em que também impõe (efeitos positivos); há casos de efeito restritivo e outros de efeito expansivo, na linguagem de BUSTAMENTE, e em ambas estas classificações há lugar para o que FRANKENSTEIN chama ordem pública absoluta e relativa. Porém, quanto ao conteúdo, a diferença é inconsistente e, ainda quando admitida, deixaria o problema em branco. Quando o princípio da ordem pública intervem de plano, normalmente, e quando intervem “a posteriori”, excepcionalmente? A razão deve ser a mesma, embora o momento diverso, e essa razão permanece no vácuo.

99. Sem dúvida, mais representativos do pensamento tedesco sobre o assunto são BAR e KAHN, dos quais, ainda na segunda metade do século XIX, a ordem pública recebeu contribuições da maior valia e durabilidade. LUDWIG VON BAR, da Universidade de Goettingen, foi o mais próximo, o mais direto, o mais puro e talvez a maior continuador de SAVIGNY na seara do *dir int. priv.*. Pela primeira vez pôs em relevo definitivo a observação, singularmente fecunda, de que o valor excepcional das leis proibitivas não assume importância quanto

ao reconhecimento de uma lei ou relação estrangeira em si, mas somente quanto à realização dentro do Estado do juiz daqueles efeitos que aí porventura vierem a se manifestar. A passagem celebrou-se:

“Debemos hacer una diferencia entre la ley extranjera en si misma, que puede ser tenida en cuenta en algunos casos, y su aplicación en el territorio del foro, que se debe evitar únicamente cuando el orden público entre en juego. Es preciso, pues, investigar únicamente lo que debe ser rechazado de la ley extranjera. Esta, en sí, no choca con nuestras concepciones, sino solo algunos de sus efectos pueden ser contrarios al orden público. Nuestros magistrados deben limitarse a desconocer estos efectos... Estamos siempre en el derecho de cortar las ramas que entran en nuestro territorio; pero el tronco que se eleva sobre el terreno jurídico extranjero está sustraído a nuestra acción. No obstante, si la rama que avanza sobre nuestro territorio no causase daños, sería injusto y erróneo destruirlo bajo pretexto de que el tronco, transplantado a nuestro terreno jurídico, no podría ser soportado”.³⁸

Esta maneira de refletir, traz o mérito evidente de dispensar a sutileza da distinção entre efeitos diretos e indiretos, ou, na terminologia de NIBOYET, entre o papel na ordem pública quando obstruí a aquisição ou apenas rechassa o reconhecimento de direitos já adquiridos, A concepção de BAR se afigura mais flexível e preserva melhor a unidade do assunto, motivo por que, sem dúvida, ela serviu de fonte para todas as elaborações germânicas posteriores sobre esse aspecto.

100. KAHN é um ríspido adversário da lei proibitiva, à maneira de SAVIGNY, como base da noção de ordem pública. Afasta-se nessa premissa dos demais autores germânicos e se aproxima visivelmente de BARTIN, quando procura demonstrar que há leis de ordem pública não proibitivas, embora reconheça que as destas espécie existem

38 GARDE CASTILLO, La Institución..., 101.

em maior número. Parentesco espiritual ainda mais palpável porque também KAHN equaciona o instituto da ordem pública em forma de resultante necessária dos defeitos da comunidade jurídica. Afirmando que toda norma de conflito não é verdadeira senão para as leis civis de algum modo homogêneas àquela da qual se originou, faz da heterogeneidade o grande critério informador da ordem pública. Diante dela, além de um certo ponto, cedem as conexões estabelecidas, em tese, e o direito do fôro retoma uma vigência exclusivista e excepcional.³⁹

101. A ERNST ZITELMANN, professor da Universidade de Bonn⁴⁰, deve-se a formulação hoje corrente na Alemanha, da ordem pública como cláusula de reserva-*vorbehaltsklausel*- ou seja, uma válvula de segurança do ordenamento jurídico de cada país. As razões de sua existência são iguais em todos os sistemas e daí ela ser indispensável por toda parte. Conforme a maneira pela qual o princípio se apresenta, pode ser concebido em dois tipos: – cláusula positiva se o ponto de referência é fornecido pelo direito interno, cuja aplicação excepcional se prescreve; e cláusula negativa se se parte do ponto de vista do direito estrangeiro, cuja aplicação é excepcionalmente proibida. Mas, para ZITELMANN, os dois termos aplicação do direito interno e não-aplicação do direito exterior-longe de se oporem, completam-se. Quando intervem o primeiro, o segundo está sempre implícito, embora nem sempre a recíproca seja verdadeira isto é, nem sempre a recusa da regra externa conduza à presença da norma nacional. Na maioria dos casos, contudo, o uso dessas expressões apenas comporta uma diferença de acento, e se a doutrina prefere a fórmula negativa é porque ela melhor compreende as duas hipóteses e melhor exprime a natureza excepcional da ordem pública. Foi, de fato, negativamente, que o artigo 30 da Lei de Introdução ao Código Civil Alemão definiu o princípio:

39 Apud AGO, 152; FEDOZZI, 288

40 Apud AGO, 153.

“L’application d’une loi étrangère n’a pas lieu si elle est contraire aux bonnes mœurs ou au but d’une loi allemande”.⁴¹

102. Como, além desse artigo 30, de cunho geral, outros dispositivos particulares da mesma lei vinculam ao direito alemão matérias normalmente da competência legislativa estrangeira, surgiu na doutrina germânica um debate sobre a natureza de ordem pública dos demais artigos⁴². Alega-se que neles se trata de “reservas particulares”, especializações da “reserva geral” do artigo 30, enquanto, de outra parte, diz-se que tais especializações inutilizam o conceito de ordem pública porque afastam o seu motivo fundamental, ou seja, a aplicabilidade regular da lei adventícia. De qualquer forma, todo esforço é para a exata interpretação da cláusula geral; as cláusulas particulares podem ser duvidosas quanto à natureza, porém não suscitam dificuldades práticas, visto o domínio da *lex fori* nelas já vir expresso, à revelia da menor especulação judiciária. E, no entender daquela, os modernos autores alemães defendem idéia paralela à de AGO, situando na ordem pública um problema de hermenêutica da norma de *dir. int. priv.*. Assim, LEO RAAPE, da Universidade de Hamburgo, sublinha como primeira característica da cláusula de reserva não ser independente das outras regras de conflito, mas sim parte constitutiva de todas elas, do mesmo modo que a exceção sempre faz parte da fórmula. Segunda característica está no caráter comum dessa exceção quanto aos princípios afirmados nas regras que a contêm, resultando, para cada qual de tais regras, consequência idêntica interpretação restritiva do conteúdo, afim de evitar que seu mecanismo choque os fundamentos do próprio *dir. int. priv.*, ofendendo o espírito da comunidade jurídica internacional. Deriva, pois, a cláusula de reserva de dois pressupostos indeclináveis: 1.0) - aplicabilidade do direito estrangeiro; 2.0) - incompatibilidade, choque (*anstossigkeit*) nessa aplicação com o ordenamento interno, elemento que deve resultar de

41 Vide interpretação do art. 30, no Cap. VII.

42 Exemplo de cláusula de reserva particular é o artigo 12: “A raison d’un acte illicite commis à l’étranger, on ne peut invoquer contre un Allemand de droits plus amples que ceux qui dérivent des lois allemandes”. As demais são as dos artigos 16, 17, 21, pelo menos assim pacificamente consideradas.

uma comparação profunda entre o teor da lei alienígena aplicável e o da lei interna correspondente. Ressalvado, conforme a tradicional idéia de BAR, que a simples imoralidade do dispositivo exterior não é razão suficiente para negar-lhe toda valia, mas indispensável que o contraste com os bons costumes ou o fim de uma lei alemã se verifique no momento da importação concreta. Idéia que a jurisprudência alemã encampou, separando os fins imediatos dos posteriores e, graças a isso, coibindo o abuso a que facilmente conduziria um entendimento literal do artigo 30. BATIFOLL observou êsse perigo e êsse remédio:

“Le Code civil allemand va plus loin encore en écartant au nom de l’ordre public toute loi étrangère “contraire aux bonnes moeurs ou au but d’un loi allemande”. C’est sans doute aller trop loin car le but immédiat de la loi sera trop souvent méconnu par la loi étrangère différente. Il faudrait distinguer le but immédiat des buts ultérieurs. Mais il faut reconnaître que la jurisprudence allemande n’a pas abusé de la formule”.⁴³

Observação análoga à de ARMINJON, defendendo o artigo 30 da crítica de não definir o que entende por fim da lei alemã. A fórmula, diz êle, não poderia ser mais precisa, representando apenas uma firma em branco do legislador ao juiz, encarregado de preenchê-la. Trata-se de um julgamento de valor, como quer HANS LEWALD, da Universidade de Basileia, e os julgamentos de valor são, por sua natureza, subjetivos. Não se determina ao juiz investigar, tal seria a letra do dispositivo, se a lei estrangeira competente produz ou não resultados incompatíveis com a concepção alemã do direito, mas se êsses resultados, na espécie, são contrários à razão de ser da regra positiva interna que vigoraria se a norma de conflito não existisse. “On exprimerait, escreve ARMINJON semble-t-il mieux l’idée du législateur allemand en disant “contraire au but de la règle de rattachement applicable”⁴⁴. Pura teoria interpretativa da ordem pública, adequada às legislações que se inspiraram diretamente no Código Alemão,

43 Traité, 380.

44 Précis, 230.

sôbre o tema: -O Código da Nicarágua, de 1903, o projeto austríaco de 1913, os Códigos dos bens e das pessoas do Liechtenstein, de 1926, o projeto checoslovaco, de 1931...

103. MARTIN WOLFF, professor da Universidade de Berlim, considera termos autônomos a contrariedade aos “bons costumes” e “ao fim de uma lei alemã”. Como ZITELMANN, vê no primeiro a necessidade de rechassar a lei estrangeira e no segundo a obrigação de aplicar a lei nacional. Ambos os casos são de ordem pública e neles muitas vezes os dois fenômenos coexistem, porém um sempre agirá como causa e outro como reverso ou consequência. Discorda WOLFF do mestre de Bonn quando éste propõe que o juiz se inspire, para o diagnóstico dos bons costumes, nos princípios que teriam emanado de um legislador ideal. WOLFF equipara o sentido da expressão àquela em que foi usada pelo artigo 138 do Código Civil⁴⁵, ou seja, em ambas as hipóteses, interna ou internacionalmente, bons costumes serão os assim concebidos, *efetivamente*, na Alemanha e no momneto em que se deva sentenciar. Menos claro lhe parece o segundo termo do artigo 30. Toda lei estrangeira que discrepe de uma lei alemã persegue os mesmos fins desta por outros meios, ou persegue outros fins. Se a discrepância é de meios a ordem pública está ausente. Se é de fins, isso não basta para o seu afastamento excepcional:

“Paro ello se requiere más bien que la voluntad (no la finalidad) de la ley alemana sea mantener su vigencia en contra de una ley extranjera discrepante, o sea que quiera regir incluso en el caso de que la ley extranjera fuese la aplicable. En consecuencia, se requiere un estudio especial de cada ley alemana para saber si se encuentra en ella tal voluntad de vigencia general. Por lo tanto está llamado al fracaso todo intento de hallar una fórmula especial que sirva de guía para este caso... La

45 Diz o art. 138: “L’acte juridique contraire aux bonnes moeurs est nul. Est nul notamment celui par lequel, en profitant des embarras, de la légèreté ou de l’inexpérience d’une autre per sonne, on se fait promettre à soi ou à un tiers pour une prestation des avantages pécuniaires que excèdent la contre-valeur, de telle sorte que d’après les circonstances la disproportion est évidente”.

utilidad de las normas elásticas para el desarrollo progresivo del Derecho estriba sólo en hacer posible que el buen juez pueda realizar mejor la justicia con el mero examen de los hechos concretos; una ciencia que pretenda quitar prematuramente de manos del juez lo que sólo él está en condiciones de lograr, atenta al espíritu del Derecho”⁴⁶.

104. Alemão de nascimento e de idéias, porém escrevendo na Espanha e tomando por base a legislação espanhola é WERNER GOLDSCHMIDT⁴⁷. Gira o seu esquema em torno da cláusula de reserva, combinada, em termos originais, ao que já chamei teoria interpretativa da ordem pública⁴⁸. A norma de importação de clara aplicável direito estrangeiro forçosamente desconhecido pelo legislador nacional, posto que, se bem conhecedora, ao ditar o seu dir. int. priv., as legislações civis do mundo inteiro naquele momento vigorantes, ainda assim não poderia abarcar, por muita perspicácia se lhe conceda, os dispositivos futuros que um dia seriam invocáveis. Logo,

“se comprende que el legislador nacional se asegure la retirada mediante una reserva: la llamada cláusula de reserva (ZITELMANN). Ella forma parte expresa o tácita de toda norma de importación. A la puerta que da al extranjero pertenece el cerrojo que en su caso la cierra (RAAPE)”⁴⁹.

Critica, severamente, GOLDSCHMIDT, o enunciado da ordem pública no artigo 11, “in fine”, do Código Civil da Espanha, ao mesmo

46 Derecho, 109.

47 A obra de GOLDSCHMIDT é das mais originais do dir. int. priv. contemporâneo. Seu título -“Sistema y filosofía del derecho internacional privado” mostra logo que colocaria os problemas sob ângulo novo, menos preocupado com as decisões concretas (embora um vasto repositório delas apareça nos seus dois volumes), do que com o entrosamento das regras espaciais num esquema de conjunto, dentro de certa concepção geral do direito, onde abundam os porquês metafísicos servidos por brilhante e inédita terminologia.

48 Vide o n.º 97.

49 Sistema, I, 254.

tempo demasiado estreito e demasiado amplo. Demasiado estreito porque, “*ipsis lite ris*”, aparece como um princípio destinado a controlar apenas os conflitos do âmbito desse artigo 11, e do anterior, artigo 10, ou seja, apenas as matérias relativas aos bens e à forma dos atos. O artigo 9, relativo ao estatuto pessoal, ficaria excluído das reações da ordem pública⁵⁰. Não terá sido esse o intuito do legislador, explicando-se a aparente exclusão do artigo 9 pela maneira unilateral como foi redigido, de vez que exatamente nos problemas de estado, capacidade e família está o campo das mais frequentes intervenções da ordem pública. Aliás, existem outras normas indiretas (remissivas ao direito exterior), além dos artigos 10 e 11, espalhadas no Código, e até algumas consuetudinárias, que persistem após sua publicação, e nem porque àquelas ou a estas o enunciado literal da ordem pública não faça referência devem ser entendidas fora de sua alçada⁵¹. A redação, por outro lado, é ampla demais ao identificar a ordem pública com as leis nacionais proibitivas. Se assim fôra, diz GOLDSCHMIDT, somente o direito dispositivo seria derogável pelo dir. int. priv. e este não teria, portanto, mais força que a autonomia das partes. A hermenêutica tem corrigido em Espanha tais deficiências legislativas, dando à ordem pública amplitude para exercer sua tarefa em qualquer mecanismo de conflitos espaciais e libertando-a da identidade com o conjunto das leis proibitivas.

105. Ligado à doutrina alemã e, dentro dela, a FRANKENSTEIN, está o russo MAKAROV, ex-professor da Universidade de

50 Código Civil Espanhol: Art. 9:- “Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles, aunque residan en país extranjero (como do art. 3.º do Código Francês, a jurisprudência retirou daí, por analogia, a regra da lei nacional para as mesmas relações quando se trate de estrangeiros na Espanha); Art. 10: Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles a las leyes del país en que están sitios. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren”. (Vide art. 11, na legislação transcrita afinal).

51 Sistema, I, 255.

Petrogrado⁵². Aceita a conciliação proposta entre o normalismo e o excepcionalismo com a dicotomia da ordem pública em absoluta e relativa e informa que o direito pré-revolucionário do seu país consagrava o instituto no artigo 707 do Código do Processo Civil. Mas, depois da Revolução, a tendência é para uma estrita territorialidade, de onde a importância das leis de ordem pública absoluta:

“Les lois soviétiques s’appliquent généralement à cause de leur propre teneur et non à cause de la teneur des lois étrangères, dont le champ d’application d’après les dispositions du droit international privé soviétique est bien étroit. Dans la doctrine soviétique, le principe de la stricte territorialité du droit interne reçoit bien souvent la forma d’un principe d’ordre public absolu. Si on admet l’identité de ces deux principes, l’ordre public absolu obtient en droit soviétique une importance considérable. A par cette identité, le champ d’application d’ordre public est, en U. R. S. S., bien restreint”.⁵³

É certo que, embora sem empregar esse termo, o direito positivo russo inclui a noção de ordem pública relativa na última alínea do artigo 4.0 do Código de Navegação de 1929⁵⁴. Porém, mais preocupada com a ordem pública absoluta, a doutrina atual se inclina á posição normalista, ou melhor, à posição chauvinista. Assume a idéia uma base marxista quando PERE TERSKIJ a estende à totalidade das regras indispensáveis para a conservação da estrutura das classes em determinado país, exemplificando com a Rússia, onde a ordem pública deve paralisar qualquer chamamento de lei estranha sempre que isso conduza ao enfraquecimento da ditadura do proletariado, à infração da ordem econômica da R. S. F. S. R., à exploração do homem pelo

52 MAKAROV é um clássico do dir. int. priv. russo. Seu livro possui importância particular face às divergências estruturais do sistema político, jurídico e social dominante na União Soviética com os do chamado mundo ocidental. Divergências que agravam singularmente as dificuldades de interpenetração legislativa e fazem da ordem pública um princípio absorvente, embora por motivos um tanto diversos dos inspiradores do normalismo de PILLET e BUSTAMANTE.

53 Précis, 135.

54 Vide texto no final.

homem, à desigualdade entre raças, nações ou religiões 5. em geral, sempre que a norma exterior assegure o exercício de um direito oposto à destinação social e económica do Estado Soviético. Nesse sentido os artigos 1 e 4 do Código Civil da R. S. F. S. R.:

“Il est contraire à l’ordre public soviétique d’admettre l’exercice d’un droit qui contredit à la destination sociale-économique de ce droit (art. 1) et qui ne poursuit pas le but du développement des forces productrices du pays (art. 4)...”⁵⁵.

Idéia reiterada no artigo 4 do Código do Processo Civil, prescrevendo aos juizes guiarem-se pelos princípios gerais da legislação soviética e pela política geral do governo camponês e operário. É da combinação destes três dispositivos que KRYLOV conclui estar excluída pela ordem pública dos Soviets a aplicação de toda regra que possa cercear o cumprimento pelos tribunais do seu dever de “défendre les conquêtes de la révolution prolétarienne, le pouvoir des ouvriers et des paysans et le système juridique établi par ce dernier”⁵⁶. Assim vinculada à ossatura do regime, e sabido o antagonismo entre este e o restante mundo ocidental, nada há de estranho em que a ordem pública absoluta, na linguagem de FRANKENSTEIN ou MAKAROV, ou seja, a ordem pública normal, domine quase a totalidade do direito soviético, enclausurando geralmente o julgador num hermético territorialismo quanto às leis e sentenças estrangeiras. Sem dúvida é fácil, sob tal ortodoxia, o diagnóstico da ordem pública. Mas também, não há dúvida que a redução à insignificância das normas exteriores importáveis desvirtua o instituto, inutilizando-o pela hipertrofia, e faz regredir o dir. int. priv. ao estágio primitivo de sua criação medieval.

106. Na Inglaterra as regras de conflito têm origens mais recentes que na Europa Continental. O vetusto sistema de jurados

55 Précis, 137.

56 Précis, 137

escolhidos na vizinhança dos fatos 5 apontado por SACK⁵⁷ como obstáculo decisivo a que, por muito tempo, se aplicasse na Grã-Bretanha qualquer lei estrangeira. Os litígios cujos fundamentos fôsem contratos firmados no exterior eram simples e liminarmente rejeitados⁵⁸. Resolvia-se a competência legislativa na judiciária. Ou não se tomava conhecimento da matéria, ou, em se tomando, aplicava-se a lei inglesa. Atitude que somente no século XVIII começou a ser atenuada, graças à influência dos estatutários holandeses, daí por diante inspiradores da doutrina anglo-saxônica. Independentes da Espanha, desde 1648 (Paz de Vestfália), ficaram os Países Baixos sob os mesmos soberanos britânicos, quando os Príncipes de Orange substituíram os Stuarts, em 1688, sob os nomes de Guilherme III e Maria II. E, em 1707, a antiga união pessoal da Escócia com a Inglaterra fundiu-se no Reino Unido da Grã-Bretanha. Baseado nesses fatos, LEWELLYN DAVIES, professor da Universidade de Birmingham, explica aquela influência pelo hábito dos advogados escoceses aperfeiçoarem estudos nas Universidades da Holanda, onde encontram, como mestres, PAULO ou JOÃO VOET, em Leyden e Utrecht, ULRICH HUBER, em Fronaker. Com o advento do Reino Unido, tais advogados pleiteavam assiduamente ante a Câmara dos Lords, citando os autores que conheceram no Continente e deles impregnando as sentenças de LORD MANSFIELD (sec. XVIII), primeiras em que aparece uma incidência prática dos conflitos de leis⁵⁹.

107. Até os primórdios do século XIX, entretanto, o dir. int. priv. na doutrina e jurisprudência inglesas é insignificante. Seu grande impulso provirá da situação dos Estados Unidos, posterior à Independência. A décima emenda à Constituição, ratificada em 1790,

57 SACK, *Conflicts of law in the History of the English law*, 1937, 342, apud NUSSBAUM, *Princípios*, 19.

58 Diz NUSSBAUM: “Unicamente por via deficción pudieran los tribunales asumir jurisdicción respecto de acciones basadas en hechos pasados en el extranjero. Así, una letra en ejecución datada en Hamburgo, se presentaba en juicio como si hubiera sido fechada en la parroquia de Santa Maria Le Bow (Londres) y el tribunal admitía su competencia: “Porque si bien es exacto que sabemos que Hamburgo está más allá del mar, como jueces no nos hemos notificado que así sea.” (Caso Ward x Latch, 165)” *Princípios*, 20.

59 Cf. LEWELLYN DAVIES, *Règles générales des conflits des lois, Recueil des Cours*, 1937, IV, 454, apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, *Tratado*, VII, 187.

declarou que: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people”. Permanecendo, assim, cada Estado, com enorme autonomia legislativa, regulou de maneira particular o grosso de seu direito civil e comercial, tornando cotidianos perante os juízes quer os conflitos entre dois direitos estaduais, quer os dêstes com uma lei federal, quer os de ambos com uma lei estrangeira. Renovam-se, nos fins do século XVIII, as circunstâncias que, no XIII, haviam condicionado o aparecimento das regras interespaçiais ao Norte da Itália. Resultado semelhante dêste lado do Atlântico. SAMUEL LIVERMORE, advogado em New Orleans, é o primeiro a enfrentar a tarefa de conciliar o Código da Louisiana⁶⁰, decalcado no direito romano, através fontes francesas e espanholas, com a “common law” dominante em todo resto do país⁶¹. Seu livro, de cunho estatutário e sem adaptação aos moldes da vida jurídica americana, não possui hoje mais que relevo histórico e, mesmo ao seu tempo, apenas parece haver sido aceito, parcialmente, pelas côrtes da Louisiana⁶².

60 O direito civil francês ainda hoje vigora no Estado da Louisiana, anexado aos Estados Unidos em 1803, quando era habitado por franceses, que não adotaram a “Common law”. Em 1808, o Poder Legislativo do Estado adotou oficialmente o direito francês, não sob a forma do Código Napoleão de 1804, mas sob a forma do Projeto desse Código, de 1800 (ano VII), segundo alguns porque em New-Orleans não se possuía um exemplar do Código, segundo outros porque o Projeto, sendo mais detalhado, foi considerado mais útil. A revisão de 1825 aproximou o Código da Louisiana do Código Francês e outra, de 1870, suprimiu as regras sobre escravatura, mas aquele permanece mais minucioso que êste, com 3.521 artigos, enquanto o Francês possui 2.281. (ARMINJON, NOLDE WOLFF, *Traité de Droit Comparé*, I, 179).

61 A doutrina anglo-americana geralmente opõe a “Common Law” ao “direito civil” (Civil Law), dando êste nome ao direito romano e Códigos emanados do seu espírito, como o Francês. A diferença não está apenas em que o “direito civil” hoje se apresenta, sobretudo, como um direito escrito, enquanto a “common law” permanece, em geral, consuetudinária. A formação e estrutura fazem dêles duas famílias autónomas, embora não se neguem influência recíproca e pontos de semelhança. Aliás, existem encravadas na órbita do direito anglo-saxônico certas zonas de direito civil, ou melhor, de direito francês. Assim o Código do Baixo-Canadá (Quebec), de 1866, pôsto em vigor, desde 1879, na colônia britânica de Santa Lúcia (Pequenas Antilhas), o direito das ilhas anglo-normandas do Canal da Mancha (Jersey e Guernessey) e o da Ilha Maurícia e do arquipélago Seychelles, no Oceano Índico. Nos Estados Unidos, além do Código da Louisiana, o direito espanhol foi introduzido na zona de colonização ibérica (Texas, Califórnia, Novo México, Idaho). (ARMINJON, NOLDE e WOLFF, *Droit Comparé*, 51 e 176).

62 KUHN, 18.

Ainda um precursor, porém de maior importância, é JAMES KENT⁶³, professor da Universidade de Colúmbia, mais realista que LIVERMORE, no sentido de menos impressionado pelas teorias européias e mais atento às novas contingências de intercâmbio legislativo entre os Estados americanos. Em um como em outro nenhum destaque do problema da ordem pública. Vai este ser pôsto em linhas tradicionais para o direito anglo-saxônico por JOSEPH STORY, cujos “Comentarios on the conflict of laws”, Boston, 1834. abrem a fase contemporânea e definitiva do direito internacional privado nos Estados Unidos e Inglaterra. Esse próprio nome para a disciplina aí aparece pela primeira vez, embora, como título, somente depois de FOELIX⁶⁴, em França, 1843, fôsse ser utilizado. Filia-se, geralmente, STORY a HUBER, de cujo terceiro axioma retirou as duas noções fundamentais da “comity” e da “public policy”. Filiação autêntica, de vez que se não caia no exagero de supor a teoria americana e inglesa linearmente juxtaposta à holandesa do século XVII. Sem dúvida o territorialismo é a marca de ambas e dêsse ponto de vista merecem o qualificativo de estatutárias, ou nacionalistas, territorialistas ou chauvinismo - por oposição às duas grandes estruturas universalistas, a de SAVIGNY e a de MANCINI, que dominaram a Europa Continental e a América Latina a partir dos meados do século XIX. Assim, porém, como a escola estatutária apresentou fisionomias diversas entre italianos do século XIV, franceses do XVI, holandeses do XVII, franceses e alemães do XVIII e do XIX -maiores ainda foram as nuances impostas pelos moldes inéditos a que se houve de adaptar quando transplantada para as Ilhas Britânicas e para a América do Norte. Nesta, independente do influxo sobre a Inglaterra, cujos motivos essenciais já referi, as idéias holandesas tinham encanto particular pela similitude das reivindicações de autonomia, tão obstinadas entre os Estados da União como o foram entre as Províncias Unidas dos Países Baixos. Essa adoção do “substractum” doutrinário europeu por parte dos tribunais de direito consuetudinário possui, todavia, maior nitidez na linguagem que no conteúdo de suas decisões. Porque nestas antes se tem mantido uma

63 KUHNS, 19.

64 FOELIX *Traité de droit international privé*. Nome largamente criticado, porém, de uso universal (ARMINJON, *Précis*, I, 19).

cautelosa fidelidade aos precedentes, não raro com o seu tanto de casuístico e arbitrários. Consequência da “judge made law”, “judge made rule”, “judge made canons”, ao invés de quaisquer processos generalizadores e dedutivos, mais lógicos, de certo, porém menos convenientes em cada caso concreto. Aliás, uma certa rigidez indesejável nas relações internacionais é inata no direito costumeiro. Dela se queixam, em dir. int. priv., por exemplo, os comentadores do juiz HOLMES, que teria submetido, de plano, às regras do país, muitos litígios em que era manifesto o conflito de leis...⁶⁵

108. Em STORY a concepção holandesa ainda se reflete mais ou menos pura. PIERRE WIGNY⁶⁶, a resume em duas proposições:- 1.^a) absoluta independência do soberano territorial. Nada o obriga a aplicar a lei estrangeira. Se isso ordena, é por efeito de sua benevolência; se prefere unicamente impor a sua lei ninguém o poderá criticar. 2.^a) - Como o soberano territorial fará uso de tal liberdade? Que razões o levam a escolher certas regras de conflito de preferência a outras? Simples razões de interesse, ser a lei escolhida mais aproveitável, mais útil, ou desejar, do Estado a que pertença, mais perfeita cortezia na reciprocidade. Assim comenta STORY o primeiro ponto, aludindo à idéia de justiça, com a qual já tentavam afastar as do interesse e cortezia, os estatutários franceses do século XIX e que, retomada na Alemanha, vinte e cinco anos após o livro de STORY, conduziria aos sistemas de SAVIGNY e MANCINI:

“Tem-se sugerido que a nossa disciplina descansa sobre um fundamento mais profundo; não seria tanto uma questão de cortezia como um assunto de obrigação moral (dever de justiça). Admitindo a realidade desta obrigação moral, ela é claramente imperfeita, como o de ver de caridade e de humanidade. Cada nação, finalmente, é juiz não apenas da natureza e extensão deste dever, mas também da sua oportunidade...”⁶⁷.

65 NUSSBAUM, 24.

66 Essai sur le droit international privé américain, Paris, Sirey, 1932, apud EMIL DOVE, 150 e seguintes.

67 Commentaries, § 33, apud DOVE, 153.

Insiste, a seguir, sobre a exceção da ordem pública, da qual o ilimitado domínio bem demonstra a independência do soberano territorial. E quanto à segunda proposição:

“O verdadeiro fundamento sobre que descansa o funcionamento do dir. int. priv. é este: - as regras a seguir são aquelas que aconselham o interesse mútuo e a utilidade, a compreensão dos inconvenientes que resultariam de uma doutrina contrária e, enfim, uma espécie de obrigação moral de fazer justiça para que se alcance reciprocidade”⁶⁸.

109. Sem variações substanciais, estas idéias predominaram na Inglaterra e nos Estados Unidos até fins do século passado⁶⁹. Refundidas, servem ainda de lastro às duas grandes teorias atuais, a dos “direitos adquiridos” e a “local theory”. A teoria dos direitos adquiridos -*vested rights theory*- é liderada na Inglaterra por A. V. DICEY⁷⁰

68 DOVE, 154.

69 O que não implica em desprezar a notável bibliografia inglesa (WESTLAKE, PHILIMORE, FOOTE) e norte-americana (LAWRENCE WHARTON), dos meados do século XIX. Quanto à concepção geral do dir. int. priv., contudo, e particularmente quanto à ordem pública nenhum traço substancial foi acrescentado. Denotaria preocupação meramente quantitativa repetir idéias ou aspectos quando adotados por uma série de autores. Preferi o critério de apenas citar aqueles onde localizei contribuições inéditas. E assim como alguns ingleses e americanos pareceram dispensáveis, também não houve referência especial a alguns dos mais ilustres internacionalistas da Europa Continental, embora tivesse em mãos os seus trabalhos fundamentais. Isso ocorreu, por exemplo, com um VAREILLE-SOMMIÈRES, um DESPAGNET e um HENRI MAZEAUD, em França; um JITTA na Holanda; um GAETANO MORELLI, um BALLADORE PALLIERI ou um RICARDO MONACCO na Itália; um DEVOS, na Bélgica. Sem prejuízo do valor dessas obras não oferecem elas relevo particular na questão da ordem pública. Daí, surgirem na tese esporadicamente. A esse critério apenas abri exceção quanto ao Brasil, onde cumpro o dever de situar o ponto de vista de todos aqueles cujos trabalhos pude obter.

70 Em 1879 apareceu o livro de DICEY, sob o título “The law of domicile as a branch of the law of England stated in form of rules”. Em 1896 a segunda edição trouxe o título definitivo - “A Digest of the law of England with reference to the conflict of laws”. Durante 40 anos foi, na Inglaterra, a obra clássica de dir. int. priv. Sua importância somente diminuiu com o aparecimento de CHESHIRE “Private international law”, em 1935. Princípios fundamentais, em DICEY: 1.0) Todo direito devidamente adquirido (*duly acquired*) sob a lei de um país civilizado é reconhecido e em geral sancionado; 2.0) - o soberano de um país tem, por seus tribunais, jurisdição e pode julgar dos direitos em todas as matérias sobre as quais possa atingir um julgamento efetivo” (A Digest..., 17, apud ARMINJON, Précis, I, 133). A crítica mais veemente contra a *vested rights theory* foi

e nos Estados Unidos por JOSEPH BEALE⁷¹, aquele da Universidade de Oxford, êste da de Harvard. Em síntese, os tribunais de um país, por exemplo, as Côrtes da Inglaterra, nunca aplicam a lei estrangeira. Quando parece que o fazem, a rigor não põem em execução a lei estrangeira, sim os direitos devidamente adquiridos sob a sua autoridade, o que é muito diferente. A lei é territorial, mas os direitos são *transitory*. Aquela não se liga senão aos tribunais internos; estes se impõem ao mundo inteiro. BEALE ainda irá mais longe, materializando o direito adquirido, cujo reconhecimento será o de um mero fato,

empreendida por ARMINJON, destacando-se dois argumentos admitidos em larga escala na própria Inglaterra e nos Estados Unidos: a) Dizer que devem ser respeitados os direitos devidamente adquiridos, nada resolve desde que se não indique o que como tal será considerado e, para dizê-lo, é indispensável recair na indicação da lei competente, como fazem as demais doutrinas de dir. int. priv.; b) - nem sempre se trata apenas de relações jurídicas formadas, de atos concluídos, cujas consequências sejam trazidas à justiça de certo país; nem esse é o caso mais frequente, mas sim aquele em que o problema de dir. int. priv. se apresenta relacionado com um ato a concluir, um estado a criar, um direito a adquirir. “Une théorie qui fait abstraction du présent et de l’avenir pour ne considérer que le passé et qui conçoit le droit comme une machine à l’usage exclusif des magistrats, destinée à trancher les litiges, se place hors de la réalité” (ARMINJON, Précis, I, 135).

- 71 A grande projeção da obra de BEALE deve-se, sobretudo, a ser o principal autor do RESTATEMENT, consolidação do direito internacional privado dos Estados Unidos, aprovada e promulgada pelo “American Law Institute”, em 11/V/1934. No ano seguinte apareceu a primeira edição, em três volumes, do seu “A Treatise on the Conflict of Law”, um dos livros básicos de nosso tempo sobre a matéria. Partindo de premissas semelhantes, BEALE é mais territorialista que DICEY. Em WIGNY encontra-se este exemplo das suas idéias: - Suponhamos que a Côrte de New York tenha de pronunciar se sobre a validade de um contrato celebrado em Paris. Há que distinguir muitos momentos nesta relação jurídica. Primeiramente um certo número de fatos se produziram em Paris. Dois franceses manifestaram o seu consentimento, redigiram um documento, são capazes e não houve violência nem fraude. O Código Francês havendo precisamente subordinado, em geral, o nascimento de um direito à realização destes fatos, confere o direito. Este deve ser considerado sob dois aspectos. Desde logo é uma entidade, uma realidade. O direito criado pela lei francesa é um fato de existência tão real quanto a própria cidade de Paris. Por outra parte êste fato tem uma virtude especial: - sua existência impõe a certas pessoas uma conduta determinada, constrange os sujeitos passivos a certos atos ou a certas abstenções. Que fará o soberano americano? Ele deve reconhecer a existência do direito francês como puro fato, da mesma forma que não pode negar a existência em França das montanhas chamadas Pirineus ou do rio chamado Sena. A sua própria autoridade não está em perigo por êste simples reconhecimento. A soberania não consiste em ignorar a realidade, mas em regê-la; por mais potente e absoluto que seja, o legislador não pode negar os fatos; somente pode atribuir-lhes consequências jurídicas diferentes. Mas, por outro lado, o soberano americano pode legitimamente desconhecer o alcance especial dêste fato em França...” (apud ROMERO DEL PRADO, I, 438).

até que outra lei o modifique. A soberania não consiste em ignorar a realidade, mas em regê-la. Por mais potente e absoluto que seja o legislador não pode negar os fatos; somente pode atribuir-lhes conseqüências jurídicas diferentes. “O Parlamento não pode mudar um homem em mulher”.

110. A *local theory*, -escola realista norte-americana, escola de Yale, teoria da incorporação de LORENZEN e COOK⁷², disputa, em nossos dias, com a “vested rights theory”. A premissa é semelhante: quando deve julgar um caso contendo elemento estrangeiro o forum aplica sempre a sua própria lei. É o territorialismo tradicional. Diferem, porém, em que não se trata aqui de respeitar um direito adquirido nem de tomar a lei estrangeira como um fato. O juiz adota, como sua lei, uma regra idêntica, ou ao menos assemelhada à que se encontra em vigor no outro país com o qual se relacionam alguns ou todos os elementos estrangeiros implicados na situação jurídica. Esta lei assim escolhida é normalmente (salvo exceções), aquela que no país estrangeiro se aplicaria, não precisamente ao caso considerado, mas a uma situação jurídica análoga, embora puramente interna. Pela operação do seu dir. int. priv. o soberano do fôro íntegra na legislação nacional as leis estrangeiras de direito interno. O sistema jurídico de cada país não se esgota, pois, nas regras derivadas em linha reta de sua soberania. É também um espelho refletor. Cada vez que uma nova lei aparece, em qualquer ponto do mundo, as suas perspectivas se refletem em todos os sistemas estrangeiros. Metáfora insuficiente, por que não se trata de simples imagem; o reflexo é uma verdadeira lei, dotada de vida independente da originária, à qual é idêntica, mas da qual é distinta, pôsto que representa, nesses outros países, a vontade de outros legisladores.

111. Ligados a êste *realismo nacionalista* estão, nosso tempo, alguns dos mais eminentes pensadores do dir. int. priv.. Não somente

72 E. G. LORENZEN (Territoriality, public policy and the conflict of laws, 1924, Yale Law Journal, vol. 33) e W. W. COOK (The logical and legal bases of the conflict of laws, 1924, Yale Law Journal, vol. 33). são os dois grandes criadores da local law theory, oposta à vested rights theory e com ela disputante da primazia na atual doutrina norte-americana.

outros norte-americanos, como YNTEMA, da Universidade de Michigan⁷³ e outros ingleses, como CHESHIRE, de⁷⁴ – mas um respeitável setor da doutrina continental e latino-americana: – ARMINJON, França; CAVAGLIE em RI, na Itália; GOLDSMIDT, na Alemanha e Espanha, ALFREDO COCK e ROMERO DEL PRADO, na América do Sul⁷⁵. Claro que cada qual destes autores apresenta peculiaridades. Mas todos se avizinham num ponto decisivo: a rejeição da idéia de deduzir as regras de conflito de qualquer axioma genérico e universal. Cada país é soberano para organizar o seu próprio dir. int. priv., como ramo do direito interno, da mesma forma e visando os mesmos fins de utilidade e justiça que os demais ramos. Não há um *princípio* de territorialidade ou de extraterritorialidade. Tudo depende de cada legislação concreta. Nesse sentido é que MAURY afirma serem as leis

73 HESSEL E. YNTEMA é um dos mais conhecidos seguidores da Escola de Yale, chefiada por LORENZEN, ambos severos críticos do RESTATEMENT, orientado por BEALE. Acusam êste de ser mais lógico do que realista. A escola de Yale seria de “engenharia social”, em oposição à de Harvard, que se chamaria da “lógica social” (VALLADÃO, O Ensino..., 183).

74 CHESHIRE - “Private International Law”, 1935. A maior autoridade do atual dir. int. priv. inglês. Sua obra substituiu na liderança doutrinária do país a de DICEY. Revelara-se, aliás, na primeira edição, um continuador da teoria dos direitos adquiridos, que passou a combater na segunda, confessando-se, no prefácio, convencido pela crítica de ARMINJON. Adatou, então, um método positivo e pragmático: “Le droit international privé n’est pas sorti des méditations scientifiques des juristes, il a été forgé sur l’enclume de l’expérience... Avant d’adopter une de ses règles, on doit tenir compte de son effet pratique sur les activités et les prévisions normales des hommes” (apud ARMINJON, Précis, I, 139).

75 O pensamento de GOLDSCHMIDT sobre os problemas gerais do dir. int. priv. é conhecido por teoria do uso jurídico estrangeiro, exposta em suas duas obras fundamentais: “Siste ma” e “La consecuencia...”. ALFREDO COCK é um eminente professor da Universidade Bolivariana de Colômbia, cuja “Tratado de derecho internacional privado”, Medellín, 1940 (2.a ed.), tornou-se livro corrente na doutrina sui americana. Sobre as idéias de GOLDSCHMIDT e COCK, esquemas condensados in ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 503 e 510). Sobre o realismo nacionalista em França, tomado como exemplo dos demais: “Une tendance pragmatique et réaliste, d’ailleurs souvent hésitante et qui n’a pas toujours été fidèlement suivie, se manifeste dans les publications françaises les plus récentes, notamment dans celles de VALÉRY, POULLET, NIBOYET, LA MORANDIERE, LOUIS LUCAS, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE et MAURY. Nous assistons, dans la nouvelle école française, déclare NIBOYET, à une réaction indéniable contre le développement du statut personnel et à un retour à la territorialité, c’est-à-dire au renforcement de l’action de la loi locale, bref de l’État qui exerce sur le sol le pouvoir législatif. Réaction contre la doctrine dissolvante de la personnalité du droit, retour constructif et logique vers le droit du territoire”. (ARMINJON, Précis, I, 121).

de dir. int. priv. as únicas absoluta e verdadeiramente territoriais⁷⁶. E assim como não há normas universais para os atritos jurídicos no espaço, também não há normas gerais em cada dir. int. priv. interno. As questões que essas regras se propõem a resolver apresentam aspectos diferentes, ante os quais elas necessitam de flexibilidade para se adaptarem aos interesses eventualmente em choque. Diz DAVIES, comentando CHESHIRE:

“Ainsi, par exemple, toute tentative pour élaborer une règle générale au sujet de la question des capacités en toutes circonstances aboutit nécessairement à un puisque les considérations d’ordre social et économique ne sont pas les mêmes dans les diverses sortes de rapports de droit qui soulèvent la question de la capacité. En conséquence, la règle sur la capacité devrait varier suivant qu’il s’agit d’un contrat commercial, d’un contrat de mariage ou d’un transfert de biens”.⁷⁷

Chega-se, por via de tal raciocínio, a uma espécie de *desespêro* no dir. int. priv.. Impossível regra universal; impossível regra geral; logo impossível o que juridicamente se poderia chamar regra. Impraticabilidade legislativa do dir. int. priv. e irremediável abandono ao juiz de toda tessitura interespacial...

112. Que vem fazer o conceito da ordem pública dentro de uma doutrina construída nestes moldes? Já se disse que uma elaboração sistemática, orgânica, daquele instituto pressupõe admitir, como dever, a importação da lei exterior. Nunca tal se admitiu na Inglaterra ou nos Estados Unidos. Daí a utilidade do instituto ter sido sempre muito exígua. É verdade que STORY, desenvolvendo o terceiro axioma de HUBER, traçou uma das mais antigas e repetidas noções da “public policy”:

76 JACQUES MAURY, Règles générales des conflits des lois, Recueil des Cours, 57, 1936, III, 341.

77 D. J. LLEWELYN DAVIES Règles générales des conflits des lois, Recueil des Cours, 62, 1937, IV, 476. (Apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado, VII, 210).

“No nation can be justly required to yield up its own fundamental policy and institutions, in favor of those of another nation: Much less can any nation be required to sacrifice its own interests in favor of those of another; or to enforce doctrines, which, in a moral or political view, are incompatible with its own safety, or happiness, or conscientious regard to justice and duty”.⁷⁸

Diz-se, usualmente, que a ordem pública é descrita por STORY como uma medida de *legítima defesa*, por que ele observa que reconhecer as leis exteriores prejudiciais importaria aniquilar a soberania e igualdade das nações chamadas a executá-las, compelindo-as a abandonarem os próprios interesses e deveres para com os seus súditos em favor de estrangeiros que a ambos são estranhos. Mas o princípio é esboçado em termos demasiado gerais, apenas como derogatório da extensão da “comity”. E se esta caiu na insegurança a que já me referi não é extranhável que a mesma incerteza domine sua antítese. É o que confessa abertamente WESTLAKE:

“No attempt to define the limits of that reservation has ever succeeded, even to the extent of making its nature clearer than by saying that it exists in favour of any stringent domestic policy and that it is for the law of each country, whether speaking by the mouth of its legislature or by that of its judges, to determine what parts of its policy are stringent enough to require its being invoked”⁷⁹.

113. Uma dessas tentativas, atualmente, pode ser localizada na obra de ARTHUR KUHN. Parte da idéia de STORY, que procura

78 Commentaries, § 25, apud KUHN, 33.

79 Treatise, 53. 86) Os “Comparative Commentaries...” de KUHN, são das obras mais divulgadas do moderno dir.int. priv. norte-americano. Seu toque peculiar, como indica o título, é uma série de comparações entre as maneiras de compreender do mundo jurídico saxônico frente às do latino e germânico.

esquematar, freiando o capricho do juiz, com a distribuição das interferências do princípio em quatro grupos de oportunidades:

- A) Quando a aplicação da lei estrangeira contrariaria a moral da sociedade civilizada. Tais os contratos de prostituição, de publicidade obscena, de recompensa ao crime e todos quantos se basearem na torpeza ou a ela se destinarem. Na mesma categoria podem entrar os contratos de casamento entre irmãos. Já unanimidade não existe quanto a primos e tios e um matrimônio destas pessoas, concluído onde válido, deve prevalecer, mesmo onde proibido. Assim, a moral, muitas vezes é uma questão de grau e isso mostra que há duas espécies de ordem pública: uma que intervem independente do lugar onde o ato é efetivado e outra que não é atingida se a ação se completa no exterior. Um instituto como o da escravatura, odioso para os Estados livres da União, neles não era invocado para impedir a execução dos títulos dados em pagamento de escravos. Mas depois que a escravatura também foi abolida nos Estados do Sul a decisão seria outra, impeditiva qualquer fosse o lugar, a época e o sujeito da transação. O que seja *contra bonos mores* no senso universal, portanto, é tão pouco estático quanto as idéias de moralidade dentro do sentido nacional.
- B) Quando a aplicação da lei estrangeira contrariaria certos estatutos proibitivos do forum. Donde não se segue necessariamente que um contrato jamais possa ser cumprido em Estado onde não seria legal fazê-lo, mas apenas quando a isso se oponha a rígida ordem pública (strong public policy). Qual a diferença, pois, entre a ilegalidade ordinária e a contravenção à rígida ordem pública? Linha diferencial praticamente indefinível. Os precedentes ora são liberais, como quando afirmam —“We are not so provincial as to say that every solution of a problem is wrong because we deal with it otherwise at home”⁸⁰; — ora são ortodoxos como quando rechassam uma cláusula de limitação da responsabilidade do transportador, em caso de furto, apesar de permitida pela lei que regulava a obrigação, desde que o fóro

80 Loucks v. Standard Oil Co. (1918, N. Y., apud KUHN, 37).

aceitou a desídia dos prepostos⁸¹. É a este setor da ordem pública que o RESTATEMENT dá guarida expressa no § 612:-

“No action can be maintained upon a cause of action created in another state the enforcement of which is contrary to the *strong public policy* of the forum”⁸².

- C) Quando a lei estrangeira contrariaria uma estabelecida e importante política do fôro. Tal a que porventura autorizasse dívidas fundadas no jogo ou na aposta, ao contrário daquela que apenas estabelecesse taxa mais alta para limite da usura. Em ambos os casos há uma política estabelecida pela lei do fôro. Porém, o dano prevenido com a proibição do jogo e da aposta, foi um dano social, ao passo que o visado pela taxa de usura foi um dano individual. Variabilidade mais profunda que qualquer outra, porque a importância de uma política legislativa depende, em larga escala, das alternativas da opinião:

“We know that acts considered harmless in one country are made subject of the strictest taboo in others. In democratic states, public opinion makes public policy. Under a dictatorship, acts elsewhere considered most

81 F. A. Straus & Co. Inc., v. Canadian Pacific Ry. Co. (1930), 254, N. Y. 407, apud KUHN, 36.

82 KUHN, 37. O RESTATEMENT é uma tentativa de exposição sistemática do direito em vigor nos Estados Unidos, empreendida pelo American Law Institute (vide nota 77). Se completo seria um meio termo entre a codificação legislativa e o excessivo acúmulo de precedentes jurisprudenciais. Mas o próprio Instituto declarou que o objeto de Restatement não é uma codificação, nem sequer constitui um primeiro passo para a codificação; destina-se a preservar o sistema do direito comum. Em 1922 a parte do Restatement relativa ao Conflito de Leis foi entregue a JOSEPH H. BEALE, tendo como colaborador o professor da Universidade de Pennsylvania HERBERT GOODRICH. O projeto foi publica do em 1929, sendo aprovado em 1934, após duas revisões. Foi aceito imediatamente pela prática como expressão autorizada do direito em vigor, tornando dispensáveis as intermináveis investigações de casos anteriores. Contem 625 artigos, quantitativamente, portanto, repositório superior ao Código BUSTAMANTE, embora o Restatement se inspirasse, principalmente nas relações interestaduais e o Código Panamerica no nas relações internacionais. Não se deve supor que o trabalho corresponda exatamente às idéias de BEALE, de vez que este teve de ceder muitas vezes para ser fiel à jurisprudência encontrada. Dêsse ponto de vista, o Restatement não se pode filiar a qualquer teoria, mas sem dúvida aquela de que mais se aproxima é a dos direitos adquiridos, na forma apresentada pelo seu principal elaborador.

inocent may be pronounced void and visited with penalties".⁸³

- D) Quando a lei estrangeira repugnante encerra proibição desconhecida no fôro. Geralmente a ordem pública opera como interdição, porque geralmente a repugnância da lei estrangeira se manifesta como faculdade. Mas se tal repugnância se transfere para uma interdição a ordem pública, afim de obstá-la, assume o caráter de faculdade. Não foram raros os casos dêste tipo ao tempo da legislação alemã racista (proibições de casamento, trabalho e propriedade para os judeus).

114. As construções do feitio da de KUHN são as menos fugazes da doutrina anglo-americana sôbre a ordem pública. Mesmo nelas é fácil constatar o reduzido campo de pesquisa. Falta-lhes, à primeira vista, aquela amplidão e profundidade, coloridas, minuciosas, cheias de sutilezas e matizes, que fazem a tortura mas também o encanto do estudioso da ordem pública nos autores da Europa Continental e da América Latina. A preocupação dos mais recentes tratadistas de língua inglesa, dos realistas de Yale, fugindo a todo prévio axioma, é mesmo a de evitar até um princípio de raízes seculares como a "comity". Observa DAVIES:

"En raison des malentendus qu'il suscitait le terme de "comity" a été presque complètement abandonné. Cependant, alors que le terme même tombait en disgrâce, la doctrine qu'il servait à designer a conservé son caractère original et, au cours des dernières années, les principes sur lesquels celle-ci était basée, à savoir que les règles de conflit de lois sont destinées à faciliter les relations entre personnes de différents Etats, et qu'elles doivent s'inspirer des principes de la justice et de l'utilité ont été repris et prociés énergiquement par les partisans de l'école realiste des États Unis"⁸⁴.

83 Comparative, 38.

84 Règles..., 460, apud ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado, VII, 215.

Decadência da tese que implica ainda mais na decadência da antítese, já tão frágil no seu apogeu. Sem um grande princípio a que se opor, a tarefa da ordem pública se dilui ou desaparece. Se as regras de dir. int. priv. são puramente internas e nenhum dever jurídico as informa além da finalidade de serem úteis e justas, da dos a estes termos os valores correspondentes a cada sis tema nacional - o direito estrangeiro resulta aplicável apenas em quanto harmonioso com tais resultados. A partir do ponto em que se torna incompatível deve ser abandonado, e isso em virtude da própria natureza e objeto da regra de conflito. Uma adaptação territorialista da teoria interpretativa de AGO e RAAPE. Eis o motivo pelo qual os tribunais de direito consuetudinário tornam-se cada vez mais avaros na invocação da ordem pública, empregando, por aversão a ela, regras aparentemente extravagantes que, no fundo, são suas decorrências. Diz NUSSBAUM, antigo professor em Berlim, hoje na Universidade de Colúmbia:

“Bajo esta influencia los tribunales han acudido a interpretaciones sutiles - a veces asombrosas de las reglas extranjerias indeseables, a fin de evitar la referencia al orden publico, aun cuando ella hubiera estado perfectamente justificada de acuerdo a las circunstancias”⁸⁵.

115. Não é preciso dizer mais para compreender quanto é modesta a contribuição anglo-saxônica ao tema desta tese. Em todo caso, quanto ao dualismo fundamental regra ou exceção - pode-se afirmar que a doutrina inglesa e americana sempre se inclinou pela segunda atitude. É certo que vários dos seus representantes propuseram classificações, ora às leis de ordem pública, ora às leis estrangeiras que deveriam ser afastadas pela ordem pública. Também é verdade que DICEY estendeu a exceção aos bens, às leis penais, aos quase-delitos, ao processo, e CHESHIRE, excluindo o direito penal e o fiscal, inaplicáveis por motivos autônomos da ordem pública, nesta deixou permanecerem as leis políticas. Todos esses seriam indícios da ordem pública regra, contactos mais ou menos íntimos com a idéia de normalidade, que atingiu seu “maximum” em PILLET e BUSTAMANTE.

85 Principios, 131, citando Dougherty v. Equitable Life Assurance Society, N. Y., 71 (1934).

Porém, quase toda restante doutrina na Inglaterra e nos Estados Unidos é claramente *excepcionalista*. Considera a reserva de ordem pública indispensável, decorrente exclusivamente da *lex fori* e, quando reconhecida, sempre importando na substituição por esta da lei estrangeira doutra forma aplicável. Finalmente, o contraste diagnosticado, não com a lei exterior, em tese, mas com a efetiva possibilidade de sua importação.⁸⁶

* * *

116. Na América Latina é notória a bipartição doutrinária quanto aos rumos fundamentais do dir. int. priv. Uma parte ligada à escola italiana, portanto personalista e nacionalista, quanto ao fundamento das regras de conflito e ao critério da lei pessoal e normalista quanto à ordem pública, posição simbolizada em BUSTAMANTE e cujo influxo mais fértil e duradouro está, por certo, no Código Panamericano de 1928. Outra parte ligada a SAVIGNY, sobretudo através de TEIXEIRA DE FREITAS, portanto fundada na comunidade de direito, domiciliar quanto ao critério pessoal e excepcionalista quanto à ordem pública. São as diretrizes tradicionais nos países da bacia do Rio da Prata. Pode-se identificá-las nos Tratados de Montevideu de 1888/9⁸⁷, cujo Protocolo Adicional, diz, art. 4.º:

“Las leyes de los demás Estados jamás seran aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público, o las buenas costumbres del lugar del proceso”.
(Reproduzido no Projeto de 1940).

117. Intérprete de tal atitude é, por exemplo, ROMERO DEL PRADO, da Universidade de Córdoba⁸⁸. Está entre os que descrêem da

86 Ch. AGO, Lezioni, 141.

87 Já se viu que nos Tratados de Montevideu a ordem pública somente apareceu referida quanto à execução de sentença estrangeira (vide nota 7 ao Cap. III). Essa omissão foi corrigida no Protocolo Adicional a que se refere o texto. (ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 628).

88 ROMERO DEL PRADO está para a Universidade de Córdoba como ZEBALLOS para a de Buenos Aires. Sobre sua intensa atividade, larga bibliografia e influência, vide VALLADÃO, O Ensino..., 227.

possibilidade de definir, dividir e enumerar as leis de ordem pública, sublinhando-lhes os caracteres de serem nacionais, móveis, atuais e de exceção:

“Cabe entonces preguntarse: que es a lo único a que puede arribarse? Si las leyes de orden público desplazan a las leyes extranjeras debe el juez ser soberano en la apreciación? Es necesario que los códigos establezcan ciertas reglas que puedan servir al juez de base o criterio para saber cuando está interesado el orden público de su país a fin de no aplicar así la ley extranjera? Indiscutiblemente si, porque de lo contrario se dejaria en sus manos, a su entero arbitrio, una facultade omnimoda. con que dijera: considero que la aplicación de esta ley extranjera va en contra de nuestro orden público y nada más, para rechazarla, y esto haría imposible toda convivencia, pues llevaría a la territorialidad feudal de las leyes”.⁸⁹

Deve-se, pois, estabelecer categorias de orientação, ou, como diz MACHADO VILELA⁹⁰, *categorias moldes*, aliás, em linhas gerais, já indicadas desde SAVIGNY e MANCINI: - leis políticas, como as que interditam qualquer desigualdade jurídica oriunda de diferenças religiosas; leis morais, como as que proibem a poligamia, o divórcio ou a investigação da paternidade ilegítima; leis econômicas, como as que se opõem aos fideicomissos e as que resguardam direitos de terceiros. Mas nem todas as leis dêsses três tipos serão de ordem pública; apenas aquelas nas quais se reúnem também as condições exigida pelo critério geral do assunto, isto é, que sejam imperativas, fundadas no interesse da coletividade e fundamentalmente discrepantes da lei estrangeira que regeria, em tese, a relação questionada. Porque só o interesse público pode desviar a aplicação da lei competente. O juiz, observa VICO, deve submeter a lei estrangeira a uma espécie de revisão de fundo, quanto ao seu conteúdo:

89 Manual, I, 639/642.

90 Apud ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 642.

“De manera que el concepto de que las leyes extranjeras normalmente aplicables al régimen de una relación jurídica estén dentro del ambiente o del clima jurídico de la legislación local o fuera del mismo, se establece por la concordancia, coincidencia e similitud entre el critério jurídico de la ley local y el criterio jurídico de la ley extranjera. El juez de esta concordancia o similitud y del límite adonde llega y desde el cual desaparece, es el magistrado que va a hacer la aplicación. Por eso en el fondo de toda aplicación de la ley extranjera, existe un margen para la introducción de la subjetividad o de la apreciación del juez mucho mayor que para la apreciación de la ley nacional”.⁹¹

118. No Brasil, o excepcionalismo em matéria de ordem pública deve ser considerado triunfante. É indisfarçável, aliás, como na Europa, aquela volta a SAVIGNY, ultrapassado o entusiasmo que, aqui como lá, despertou o brilho da exposição manciniana. Abandono incompleto e que talvez jamais se torne definitivo em todos os detalhes. Haja vista a veemente e ilustre reação que o princípio domiciliar, introduzido em 1942⁹², provocou em um CLOVIS ou em um HAROL-

91 Apud ROMERO DEL PRADO, Manual, I, 643.

92 A mudança do princípio da nacionalidade, tradicional no direito brasileiro mesmo antes do Código Civil e consagrado pelo artigo 17 da Lei de Introdução, foi a principal alteração introduzida pelo decreto-lei 4.657, de 4/IX/1942. Pouco antes da promulgação da Carta de 1937 fôra criada, no Ministério da Justiça, uma comissão composta de OROZIMBO NONATO, FILADELFO DE AZEVEDO e HANNEMAN GUIMARÃES, os dois primeiros já Ministros do Supremo Tribunal e o último àquele tempo Con sultor Geral da República (depois também Ministro), encarregada da revisão do Código Civil Brasileiro. Em 1942 estavam elaborados dois ante-projetos, um da Lei de Introdução e outro da Parte Geral do Direito das Obrigações; apenas o primeiro foi logo transformado em lei. Na Exposição de Motivos, o Ministro ALEXANDRE MARCONDES FILHO indica sobretudo razões de ordem prática para a preferência pelo sistema domiciliar, invocando as opiniões de TEIXEIRA DE FREITAS, CARLOS DE CARVALHO, BULHÕES DE CARVALHO, JOÃO MONTEIRO, RODRIGO OTÁVIO e EDUARDO ESPÍNOLA, sempre contrários à nacionalidade e favoráveis ao domicílio, argumenta êle com os embaraços da aplicação de tantas leis estrangeiras que o primeiro princípio impunha aos juizes do interior do Brasil. Alude à circunstância de sermos país de imigração e à impraticabilidade do conhecimento exato do direito europeu na fase da guerra. (O. TENÓRIO, Lei

DO VALADÃO⁹³. Independente do critério, porém, o estatuto pessoal tende a ser restringido, e o intuito de submeter à lei e ao juiz brasileiro o maior número possível de situações afirma sua tenacidade pelos caminhos às vezes mais sutis. Chauvinismo jurídico residual, não obstante a nossa fraternidade no Continente e as tradições pacíficas e legalistas dos nossos contactos internacionais.

119. O pensamento savigniano encontrou um de seus primeiros e mais fecundos seguidores em AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, o sábio baiano que, pelos meados do século XIX, consolidou a legislação do Império e traçou, embora incompleto, o admirável “Esboço” do nosso Código Civil⁹⁴. Escrevendo poucos anos depois de aparecido o oitavo volume do “Sistema de Direito Romano Atual”, FREITAS adota nitidamente o critério da sede para determinar a competência espacial das leis, fazendo:

“a designação dos limites locais das leis dêste Código, que devem somente ser aplicadas pelas autoridades do país às pessoas, coisas, fatos e direitos que no território do país têm sua *sede*... sem lhe importar a reciprocidade, e o que se fez, se faz ou se fará em países estrangeiros. Reduzo à fórmula legislativa o complexo dessas doutrinas chamadas “a priori”, e que aliás são a síntese da realidade das coisas. Desta maneira concorro para

de Introdução, VIII).

93 Princípios, 187; Estudos, 185.

94 Diz H. VALLADÃO que TEIXEIRA DE FREITAS desempenhou, quanto ao desenvolvimento jurídico das Américas no Atlântico Sul o mesmo grandioso papel que JOSEPH STORY exerceu do Atlântico ao Pacífico Norte e ANDRÉS BELLO do Pacífico Sul ao Centro das Américas. Quanto ao dir. int. priv., concebeu “um sistema original e profundo que corporificou no seu maravilhoso “Esboço”, podendo vangloriar-se de ter produzido o primeiro Projeto orgânico e com base científica de legislação sobre conflitos de leis, quer nas Américas, quer no Mundo. Os Códigos existentes adotavam o sistema de formular poucas regras, mui genéricas, na introdução ou na Parte Geral, e algumas nas Partes. Especiais sem qualquer correlação entre umas e outras e sem atinência a princípios básicos da matéria. Normas copiadas sucessivamente, consagrando, com mudanças insignificantes, os antigos princípios dos estatutos. FREITAS propõe com método admirável as questões de conflitos, quer no espaço quer no tempo, com um sistema novo, inspirado na teoria de SAVIGNY, mas adaptado à legislação pátria e com idéias próprias”. (Estudos, 62).

a grande obra da comunhão do direito... Os dados que podem servir para determinar a sede de cada um desses objetos, a que as leis se aplicam, vêm a ser domicílio das pessoas, situação das coisas, lugar dos fatos e lugar da autoridade ou tribunal que toma conhecimento da questão. Da escolha entre essas causas determinantes depende a solução do problema”.⁹⁵

Puro SAVIGNY, numa clareza e concisão lapidares. A ordem pública está prevista no artigo 5.0 do “Esboço”, fonte do artigo 14 do Código Argentino⁹⁶. As mesmas categorias de orientação e a mesma ausência do termo “ordem pública”, à maneira de SAVIGNY. O mesmo caráter excepcional.

120. Todos os projetos posteriores ao “Esboço” consignaram a ordem pública em forma mais sintética⁹⁷ e sem que, pela redação, traíssem, desde logo, as preferências doutrinárias de seus autores. Dêsse feitio são os artigos 17 das duas Leis de Introdução, a que nos veio com o Código Civil, em 1916, e a estabelecida pelo Decreto-Lei n.º 4.657, de 4/IX/42⁹⁸. Tal neutralidade nas fórmulas legais é que permitiu, sem contra elas se insurgirem, antes mesmo nelas baseados, que uns as tomassem no sentido normalista e manciniano (CLOVIS, SERPA LOPES), outros no sentido excepcionalista e savigniano (ESPINO-LA e ESPINOLA FILHO, PONTES DE MIRANDA, RODRIGO OTAVIO, HAROLDO VALADÃO, OSCAR TENÓRIO, TITO FULGENCIO); dêsse ponto de vista, portanto, a lei brasileira não encaminha o problema para qualquer solução. É fácil, porém, constatar que o pensamento nacional contemporâneo optou pela segunda diretriz.

95 VALLADÃO, Estudos, 63.

96 Textos no final.

97 Textos no final.

98 A única diferença entre a Lei de 16 e a de 42. quanto à ordem pública, é redacional. Dizia a primitiva “bem como as disposições e convenções particulares.”; diz a atual - “bem como quaisquer declarações de vontade...”

121. EDUARDO ESPINOLA, catedrático da Faculdade da Bahia e depois Ministro do Supremo Tribunal, invocando ANZILOTTI, dizia, em seu primeiro livro dentro da especialidade:

“As leis de ordem pública constituem uma exceção à aplicabilidade do direito estrangeiro regularmente aplicável à matéria... Claro é que se não trata nem fôra possível cogitar de conflito entre a lei nacional e a estrangeira sobre matérias de direito público e constitucional, mas simplesmente entre leis de direito civil e comercial e certas disposições de processo e direito penal, segundo as idéias de ARMINJON... É que estas leis, normalmente competentes, encontram um limite intransponível em nossas leis que têm por efeito assegurar a organização, conservação e ordem social, respeitar a opinião pública e o sentimento nacional, atender à moralidade e aos bons costumes do povo brasileiro”⁹⁹.

Excepcionalismo coerente na resultante prática dos efeitos da ordem pública, para ESPINOLA puramente territoriais, na forma sugerida por BARTIN. E idéia central mantida pelo mestre baiano no Tratado de Direito Civil Brasileiro e na Lei de Introdução Comentada, que publicou com EDUARDO ESPÍNOLA FILHO, magistrado no Distrito Federal¹⁰⁰.

122. PONTES DE MIRANDA chega às mesmas conclusões por outros raciocínios, de vez que seu parentesco espiritual vincula-se, indisfarçavelmente, aos autores germânicos:

“Não basta que uma lei seja de interesse público para ser de ordem pública. A regra que fixa a idade nupcial é exemplo disso: de interêsse social, porém não, de ordem pública. Ao contrário, a escravidão, a bigamia, a representabilidade para testar são contra a ordem pública de quase todos os Estados. De considerações

99 Elementos, 344.

100 Tratado, VII, 581; Lei de Intr. Comentada, III, 496.

similares às que fizemos tem-se procurado concluir que a invocação da ordem pública não é excepcional, que resulta de competência própria do direito nacional e constitui o que há de mais normal. Mas tal conclusão não é verdadeira. Há (e ninguém o nega, tanto assim que pode e deve, quanto possível, parcialmente atender-se) lei competente. lei que pode mesmo já ter sido aplicada e necessariamente já regeu: o princípio da não-produção só se aplica, normalmente, aos efeitos contrários à ordem pública, de modo que a lei competente não deixa de ser, e a *lex fori* só lhe corta, excepcionalmente, os efeitos”¹⁰¹.

Caracteriza PONTES DE MIRANDA a ordem pública pela sua essencial plasticidade. Ao assunto repugna, assim, a taxação é da natureza da ordem pública a própria intervenção esporádica, elidente, concertada pela intervenção de duas ordens jurídicas e pela urdidura ocasional de fatos que tocam em princípios superiores aos órgãos de verificação. Impossível saber, permanentemente, quais as leis de ordem pública. Dependem dos contactos entre dois sistemas de direito, duas variáveis, porque cada um dêles se altera a breves intervalos. Plástica, sim, porém, não “souple”:- muda-se o conteúdo em cada Estado, mas em cada Estado o que a distingue é a sua rigidez no peneirar das leis e julgados exteriores. Funciona como aparelho de apuração das discordâncias de grau evolutivo na vida dos povos contemporâneos. Ou por serem concepções muito avançadas para o século mental do país, ou por serem longinquas no passado. Aqui, PONTES DE MIRANDA está evidentemente no terreno do defeito de comunidade (BARTIN), ou melhor, do mínimo de equivalência (NI-BOYET). Faz, em seguida, o que êle chama “a extração sutil da noção de ordem pública”, separando-a de noções que nada têm com ela, como a territorialidade, a imperatividade e o direito público:

“Para haver “questão de ordem pública” o primeiro pressuposto é que seja normalmente de aplicar-se a lei

101 Tratado, I, 271.

estrangeira: a ordem pública obsta, por sua natureza, a isso. Não é uma aplicação da lei brasileira, mas uma brecha na aplicação da lei estrangeira. Pelo contacto com a Justiça brasileira, a aplicação falha, deixa de ser, rompe-se”¹⁰².

Como para os alemães, o fulcro do esquema da ordem pública não está, em PONTES DE MIRANDA, exatamente no caráter das leis, porém nos seus efeitos. Daí o próprio nome que dá ao instituto - princípio da não produção de efeitos, palpável nesta comparação:

“Como os desenhos de picos de montanha acima de dois mil metros, a teoria da ordem pública aparece como série de saliências, de exceções. Às vezes, a melhor imagem para traduzi-la é a de tão afiada laminação de certos princípios essenciais às instituições da ordem jurídica nacional que, ao entrarem as leis estrangeiras, alguns dos efeitos caíam, cortados por êles. Corte de efeitos; e isto sugere que só se aparam, só se cortam, enquanto, ao tempo do julgado, vigem os princípios com o seu fio excepcional”¹⁰³.

123. RODRIGO OTAVIO, professor da Faculdade do Rio de Janeiro e, mais tarde, também Ministro do Supremo Tribunal, sugere uma distinção de sentidos no conceito da ordem pública em que muito se abeira da tentativa conciliatória de FRANKENSTEIN¹⁰⁴, Haveria um sentido lato, englobando as leis penais, polícia e segurança pública e as que têm, segundo o critério local, adotado um caráter imperativamente obrigatório. Nesse sentido a ordem pública seria normal, equiparada à territorialidade. Mas a par dêle haveria as de um sentido restrito e corrente, no qual a ordem pública aparece excepcional e limitada ao campo do direito *pri vado*. O próprio RODRIGO OTÁVIO, entretanto, parece desprezar o sentido lato e sempre referir à ordem

102 Tratado I, 281.

103 Tratado I, 283.

104 Vide n° 98.

pública no sentido restrito. Tanto que defende vigorosamente a sua independência face à matéria de territorialidade normal: -

“As leis de direito público, as leis penais, as leis processuais, as leis de polícia são territoriais, e, assim, obrigatórias; aplicam-se de um modo geral, (salvo especificadas exceções) a todos os habitantes, sem distinção de nacionalidade, não por serem consideradas de ordem pública, mas porque, por sua natureza, são territoriais, como territoriais são as leis correspondentes de outros países. Em relação a essas classes de leis não podem surgir conflitos de aplicabilidade internacional...”¹⁰⁵.

124. OSCAR TENÓRIO, professor da Faculdade do Rio de Janeiro e juiz de direito no Distrito Federal, também é excepcionalista:

“Tem-se verificado, infelizmente, uma forte tendência dos tribunais para exagerar a aplicação da ordem pública. Notou-se, como justificativa do fenômeno, a inclinação dos juízes para aplicarem as próprias leis. Constitui um perigo para as relações subordinadas às regras do dir. int. priv.. Como a ordem pública constitui exceção, é conveniente impedir que se amplie sua aplicação. Restringi-la cada vez mais, deve ser a orientação que se coaduna com a ciência jurídica”¹⁰⁶.

125. Finalmente, essa atitude é a de HAROLDO VALADÃO, o eminente catedrático da Universidade do Brasil. Embora – e é de lamentar- ainda não haja sistematizado os seus numerosos trabalhos e cursos em livro de conjunto é fácil respigar na valiosa obra esparsa o acento excepcional com que VALADÃO entende a ordem pública. Vale, para exemplo, êste trecho de um parecer sobre a homologação de sentença estrangeira de divórcio, perante a Constituição de 34, onde, mostrando a diferença do mecanismo do instituto entre o momento da criação e o da eficácia dos direitos, escreve:

105 Direito..., 151.

106 A Lei de Introdução, 310.

“Uma situação é a do juiz nacional quando aplica diretamente a lei estrangeira à espécie em causa; e outra, muito diversa, é a sua situação quando examina indiretamente aquela lei, através de uma sentença estrangeira, que a aplicou à hipótese. Naquela o direito está em sua fase dinâmica, de criação ou extinção; nesta, na sua fase estática, de desenvolvimento, de produção dos seus efeitos (vide PAUL ROUBIER, *Les Conflits des lois dans le Temps*, pag. 339). É evidente que a ordem pública - *como limite que é da aplicação de leis estrangeiras* - não pode funcionar com a mesma intensidade nos dois casos. “No exame de uma sentença o limite da ordem pública encontra uma situação jurídica já criada ou já extinta; produzindo seus efeitos, influirá com muito menor rigor...” (Revista dos Tribunais de São Paulo, vol. 84, página 270).¹⁰⁷

107 Estudos, 782.

VII

**A ORDEM PÚBLICA
INTERPRETATIVA**

126. É dever tradicional e angustiante a cumprir nos trabalhos dêste tipo a escolha de uma posição, a defesa dos seus caracteres, limites e consequências. Não o farei como quem descobre alguma coisa, sim como quem a interpreta. Substituo o intuito de uma nova idéia sobre a ordem pública pelo de um entendimento correto de tantas idéias aventadas. Isso não retira da tese todo vestígio de originalidade. Esta é mais humilde, porém mais honesta, quando se declara simplesmente adjetiva. Por que tudo, ou quase tudo, quanto se apresentasse como inédito sobre o assunto seria sempre maneira particular de ver ou dizer as coisas, tomadas de outros ângulos, invertidas, misturadas, no âmago, entretanto, as mesmas coisas mil vezes já vistas e ditas no passado. Apresentá-las, todavia, sob um prisma antes olvidado ou escurecido significa tarefa útil. Alargam-se perspectivas, algumas se desvendam. E de um tema gasto por cem anos de especulações ainda se pode obter resultados surpreendentes.

127. Em torno da ordem pública a discussão matriz é a do caráter normal ou excepcional. O mais são consequências dessa premissa. Porém tal discussão jamais se desenvolveu em termos puros, isto é, jamais se limitou a investigar a natureza teórica da ordem pública. Daquelas duas fontes de raciocínio os convictos de cada qual extraem, com maiores ou menores minúcias, um lineamento completo do instituto. Que efeitos, quais os limites, como funciona e se divide a ordem pública? Não há, na alta doutrina do dir. int. priv., muitas opiniões coincidentes, ponto a ponto, em todos esses setores. Os *normalistas* e *excepcionalistas* ora se fraccionam, ora se confundem. Não bastaria, portanto, para concluir o ensaio, optar entre os dois rumos. Dentro do escolhido, é necessário delinear um esquema, segundo o qual o certo e o incerto apareçam separados, e não se alcançando eliminar ou reduzir o domínio do segundo ao menos se evite que a insegurança contamine a totalidade da matéria. A impressão que me ficou do estudo da ordem pública é que se trata de um tema deformado. Idéias estranhas, de outras dimensões, com outros porquês, têm submetido o seu conceito a uma espécie de leito de Procusto, mutilando-o, para mais ou para menos, num dêsses fenômenos de instabilidade da medida tão frequentes e desesperadores no âmbito

do dir. int. priv.. Daí a minha tentativa de esclarecimento ir se fundar, de preferência, em argumentos negativistas. O que não é ordem pública? - parece-me a questão fundamental. Um esforço de isolamento, de extração sutil, como diria PONTES DE MIRANDA¹. Vencida essa etapa, a dúvida não se extingue, porém se contrai. O que é ordem pública embora permaneça impossível de colocar em palavras- talvez possa emergir como um conceito fugidio, errático, mas do qual o investigador possua o sentimento, conquanto não alcance a expressão.

128. Que a ordem pública seja excepcional creio hoje pacífico. Dentro dêsse caráter, filio êste trabalho à posição que chamei interpretativa, da qual são expoentes simbólicos, senão iniciadores, ROBERTO AGO, admirável mestre em Génova e Milão² e GAETANO MORELLI, das Universidades de Urbino, Pádua e Nápoles³. Desenvolvendo essa diretriz, sob as convicções que me ficaram, acrescentarei aspectos com que suponho elucidá-la ou, pelo menos, transpô-la a um plano mais acessível ao momento e lugar nos quais escrevo. Suponho original a sequência sugerida.

128. Para situar a ordem pública em um problema de hermenêutica é tarefa preliminar compreender a estrutura das normas de dir. int. priv.. Pode-se partir de um exemplo concreto, o artigo 9.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro:

“Para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”.

Esse dispositivo, tomando por base seu objeto e mecanismo, é desdobrável em três elementos visíveis: 1.0) Que se inclui no termo obrigações? 2.0) - Qual o país a considerar aquele onde se constituem as obrigações?; 3.0) Quais os dispositivos dêsse país valorizados como fonte pelo legislador brasileiro para determinada obrigação? A terminologia própria do dir. int. priv. chama o primeiro elemento pressuposto; o segundo, conexão; o terceiro, consequência. Cada qual

1 Tratado, I, 277.

2 Vide bibliografia.

3 Vide bibliografia.

deles envolve dificuldades particulares de interpretação e corresponde a uma etapa definida no complexo funcionamento da regra de conflito. Alguns dos impasses até agora insolúveis dêste ramo jurídico decorrem ou do diverso entendimento de tais fases, ou da invasão por uma do terreno de outra, ou ainda da inversão no encadeamento necessário em que se devem suceder. Quanto à ordem pública, não participa de nenhum de tais elementos nem interfere no decurso das suas manifestações. É elemento autônomo e age em oportunidade ulterior. Um constante desprezo por estrutura assim rígida nas suas parcelas explica o colocar-se tantas vezes errôneamente um problema de qualificação, de conexão ou de consequência como se fôra de ordem pública. E obriga, antes de chegar a esta, situar rapidamente as fronteiras daquelas.

129. Definir o pressuposto da regra de conflito é a grave tarefa das qualificações. Os legisladores do dir. int. priv. jamais se referem a situações materiais da vida quando elaboram as suas normas. Nelas utilizam expressões em que incluem grandes conjuntos de dispositivos jurídicos - capacidade, família, obrigações, bens, sucessões... Ora, depois que a maioria dos povos civilizados codificou o direito positivo, surgiu em toda sua evidência a disparidade entre tais direitos. As palavras que os exprimem não valem da mesma forma por toda parte. E tanto mais grave é o risco de discordância quanto mais ampla for a expressão. Que entender por família, capacidade, bens, obrigações ou sucessões, para saber o que incluir nos pressupostos das regras espaciais? A resposta dependerá do sistema jurídico a que se jungir a interpretação do preceito, porque para as mesmas situações reais mudam as valorizações atribuídas pelos legisladores. Um caso regido no Brasil pelo direito das obrigações pode estar disciplinado em outros países como direito da família, das coisas ou das sucessões. Embora o dir. int. priv. utilize um pequeno número de pressupostos, e estes apareçam nominalmente idênticos na maioria dos Estados, nem por isso a tarefa qualificadora é menos árdua, de vez que sob tal identidade formal ocultam-se profundas discrepâncias de sentido. É claro que a qualificação, momento inicial, decide o rumo que tomará o conflito. No Brasil, se a hipótese cair sob o pressuposto obrigações

o elemento conectivo levará o julgador à lei do país em que elas se constituíram. Basta, porém, alterar a qualificação para que logo se alterem a conexão e a consequência; se a hipótese resvalar do pressuposto obrigações para o pressuposto bens, a lei importável não será mais a *lex loci*, sim a *lex rei sitae* (art. 8.0). Daí, mesmo entre tribunais que adotem regras de conflito similares, poderem variar as soluções, dado que atribuam amplitude desigual aos pressupostos. Por isso intitulou BARTIN o estudo em que abriu o debate contemporâneo sobre as qualificações - “De l’im possibilité d’arriver à la suppression definitive des conflits des lois”⁴.

130. O segundo elemento da regra de dir. int. priv. é a conexão, através da qual se liga o assunto, contido no pressuposto, a uma determinada lei, que resulta aplicável justamente como consequência dessa conexão.

Também aqui os legisladores empregam conceitos jurídicos gerais: - nacionalidade, domicílio, residência, sede da pessoa jurídica, situação dos bens, lugar onde se realizaram os atos jurídicos, lugar em que se devem cumprir, lugar onde transita o processo... Como os pressupostos, eles são em número reduzido, na aparência os mesmos, mas de compreensão extremamente variável. Retomando o artigo 9.º de nossa Lei de Introdução, é fácil destacar o papel deste segundo elemento. Qual o país em que se constituiu uma obrigação, supondo as partes distantes? No Brasil: “reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto” (Código Civil, 1.087). Mas, em França, no lugar em que foi aceito. E, como o lugar em que foi aceito pode não coincidir com aquele em que foi proposto, resultará que, embora o direito internacional privado francês use a mesma regra vigente no brasileiro, a solução mudará conforme o elemento conectivo seja tomado no sentido da lei brasileira ou no da lei francesa. Instituto dos mais delicados, frequentemente confundido com o da ordem pública, e que pertence, por sua natureza e oportunidade, à fase da conexão é o da fraude à lei⁵. Difícil resolvê-lo, porém simples expô-lo.

4 Publicado no Journal de droit international privé, 1897, cf. GARDE CASTILLO, La Institución, 56.

5 VERPLAETSE, La Fraude... WOLFF, 82; PONTES DE MIRANDA, Tratado, I, 293; BATIFFOL,

Dois princípios dominam as conexões. Devem elas ser interpretadas conforme a *lex fori* e devem ser legítimas. Isto é, quanto ao segundo requisito, devem existir normalmente no instante em que o direito internacional privado de certo país vai funcionar. Ocorrem situações em que o indivíduo, sem outro intuito além de elidir a lei atuante sobre determinado setor de sua vida, altera deliberadamente a conexão. Muda a nacionalidade, ou o domicílio, ou o lugar do ato ou o lugar do bem, para frustrar uma exigência incômoda, para usufruir uma vantagem convidativa. Decaída do requisito de legitimidade, a conexão se torna *fraudulenta* e o juiz pode recusar o direito cuja importação assim se eivou de um vício substancial⁶.

131. Qualificada uma relação e conectada ao sistema jurídico do julgador, detem-se a norma de *dir. int. priv.*, morre o conflito. Mas se a conexão encaminhou o assunto a uma lei estranha e somente então situa-se a terceira fase do mecanismo interespacial, aparece a consequência de escolher dentro do ordenamento referido a norma importável. Novos e intrincados problemas envolvem essa etapa, dos quais o primeiro e até hoje o menos tranquilo é o do reenvio. Deverá o juiz considerar a lei estrangeira no seu conjunto, inclusive com as regras de *dir. int. priv.* que lhe são peculiares, ou deverá abstrair-se destas para individualizar diretamente a regra material relativa ao assunto? Obedecendo também aos dispositivos interespaciais, podem eles conduzi-lo, quando diversos dos seus, a um regresso ao sistema jurídico do foro (reenvio de 1.º grau) e podem remetê-lo a uma terceira lei (reenvio de 2.º grau). Suponha-se um contrato concluído na Alemanha e exequível no Brasil. A sua validade, perante juiz brasileiro, conforme o artigo 9.º do Dec. -lei 4.657, depende da lei alemã (lugar onde se constituiu). Se o reenvio não é admitido o julgador buscará no direito germânico os preceitos materiais regedores da obrigação. Mas, admitindo o reenvio, irá deparar no *dir. int. priv.* vigente na Alemanha o critério de que as obrigações dependem da lei do lugar da execução-*lex loci solutionis* – e a competência legislativa

389; PILLET e NIBOYET, 436; NUSSBAUM, 145; ARMINJON, *Précis*, I, 254; GOLDSCHMIDT, *Sistema*, I, 165; LEREBOURS-PI GEONNIERE, 356; FEDOZZI, 273.

6 Vide WOLFF, 82.

seria devolvida ao Brasil. A doutrina e jurisprudência inglesa e tedesca são largamente favoráveis ao reenvio; a francesa, moderadamente; a italiana e a brasileira, contrárias⁷. Questões de outra ordem, e não menos árduas, na fase da consequência da norma de dir. int. priv., são as relativas ao caráter de direito ou de fato que se deva emprestar aos dispositivos estrangeiros importáveis, derivando de uma ou outra diretriz a coerência aos princípios inteiramente distintos que regulam a aplicação judicial da lei e o reconhecimento judicial dos fatos.

132 A estrutura, o entendimento, o mecanismo da norma de dir. int. priv. parecem findos com a fixação da consequência. O litígio foi qualificado pela subsunção a um pressuposto; vinculado a um sistema jurídico exteterior por via da conexão; individualizou-se, no bojo dêsse sistema, o preceito invocável. Mas aquela estrutura, aquele entendimento e aquele mecanismo apenas estão exauridos externamente; no íntimo de sua natureza e de sua força ainda se prolongam. Um outro elemento, não escrito ou escrito em dispositivo autônomo, vai representar a tarefa realmente final, permitindo ou impedindo que se realize a inserção da norma adventícia. Esse quarto elemento é a ordem pública. Para compreendê-la, dêste ponto de vista estrutural e interpretativo, é necessário remontar à concepção em que o ensaio situa a norma de dir. int. priv.. E não há outra maneira de precisar a natureza de uma norma além de perquirir do seu destino, dos objetos que ela valoriza pelo seu critério de juízo. Quais as relações alcançadas pelo dir. int. priv.?

133. A diversidade legislativa e a mobilidade humana colocam cada Estado assiduamente ante situações que apresentam certo caráter de estranheza comparadas àquelas que se desenvolvem e se completam do interior de sua esfera jurídica. Estranheza proveniente de contactos com outras esferas jurídicas: - pessoas nascidas ou domiciliadas em países diversos, coisas alhures situa pessoas nascidas das,

7 Diz a Lei de Introdução de 942: "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". Vide quanto ao reenvio: GOLDSCHMIDT, Sistema, I, 206; FEDOZZI, 205; ARMINJON, Précis, I, 352; LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, 320; EMIL DOVE, 210; NUSSBAUM, 107; ROMERO DEL PRADO, I, 645; BATIFFOL, 320; KUHN, 49; AGO, 139.

atos concluídos ou modificados sob o império de outras leis. Ignorar tais peculiaridades e impor, de maneira uniforme, absoluta, o ordenamento legal ordinário sobre relações assim revestidas de aspectos especiais – seria praticar uma evidente injustiça, que se não pode enquadrar nos intuitos de um legislador civilizado. Históricamente, de três maneiras o problema foi equacionado: - 1.a) - um sistema de normas diretas especiais, como organizaram os romanos no jus gentium; 2.a) a omissão de quaisquer normas, como ocorreu depois da queda do Império, levando ao territorialismo ou ao personalismo absolutos até que os primeiros princípios de dir. int. priv. começaram a se formar por via doutrinária, jurisprudencial e costumeira; 3.a) um sistema de normas indiretas, que resolvem aquelas questões submetendo-as aos dispositivos estrangeiros reputados mais conformes à sua natureza. É a fórmula atual, pelo menos no Ocidente, e mesmo nos países de direito consuetudinário, onde a ausência de regras escritas não implicam em omissão deste ramo do organismo jurídico. Tais normas indiretas consistem, basicamente, em atribuir valor de fontes nacionais às fontes estrangeiras nelas referidas, sempre que se trate de relações cujos contactos com o direito exterior fariam resultar em violência a sua vinculação ao direito interno. Evidente, entretanto, que o legislador segue este critério presumindo que a inserção da regra exterior não perturbe a harmonia fundamental de seu sistema. Segue-o em confiança, diz ARMINJON⁸. Porque quando êle convoca, em tese, todas as legislações do mundo para participarem, em certas circunstâncias, da vida jurídica do seu Estado, pratica um ato de boa fé, que não pode ser irrevogável e ilimitado. Desconhece, concretamente, cada um dos princípios que declarou importáveis, e ainda se os conhecesse a todos em dado momento, sempre desconheceria as modificações ulteriores a que cada qual está sujeito à sua completa revelia. A ausência, portanto, de qualquer controle na regra de dir. int. priv., ditada para impedir uma injustiça, poderia implicar em injustiça maior, quando o chamamento adventício introduzisse no sistema a que pertence aquela regra um dispositivo com promotor dos escopos fundamentais de tal sistema. Injustiça, naturalmente, do ponto de vista desse legislador. É ao controle assim necessitado para

a própria desenvoltura do dir. int. priv. que responde o instituto da ordem pública. Não dispusesse dele, decerto o legislador jamais se arriscaria a emitir uma norma de importação de ordens jurídicas desconhecidas e sob imprevisíveis mutações.

134. Geralmente a ordem pública vem expressa em artigo autônomo das leis internas de dir. int. priv. e no final deste trabalho reuni os mais importantes desses dispositivos. Alguns deles fazem remissão aos demais artigos que, não fora a ordem pública, poderiam sempre conduzir ao direito exterior. É o modelo do artigo 31 do atual Código da Itália: -

“Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi e gli atti di un Stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private disposizioni e convenzioni possono avere effetto nel Regno quando siano contrari all’ordine pubblico o al buon costume”.

Porém, ainda quando o princípio não surja expresso ou não faça uma clara remissão às demais regras de dir. int. priv., êle subsiste implícito e faz parte integrante de todos os mandamentos que possam remeter o juiz às legislações exteriores. É como se elas sempre terminassem pela mesma restrição: - “aplicar-se-á a lei da nacionalidade, do domicílio, da situação da coisa, do lugar do ato... contanto que não ofendam a ordem pública”. Os alemães exprimaram-na com felicidade por *cláusula* de reserva, nome extremamente adequado às conclusões deste ensaio. Cláusula pela qual se reserva o legislador da norma de dir. int. priv. o direito de paralisar seu funcionamento quando, ultimado, êle conduziria a uma solução oposta aos intuitos de justiça, tal qual a entende, e que foram os inspiradores da própria norma paralisável. Eis o sentido do artigo 30 da Lei de Introdução tedesca com o excelente acréscimo interpretativo de ARMINJON:

“A aplicação de uma lei estrangeira não tem lugar se ela é contrária aos bons costumes ou ao fim de uma lei

alemã”, isto é, contrária ao fim visado pela lei alemã de dir. int. priv.⁹.

O art. 9.º da Lei de Introdução Brasileira pode continuar fornecendo exemplos. O legislador considerou injusto submeter ao seu direito as obrigações constituídas onde outros Códigos estão em vigor. Se o fizesse, é indubitável que agiria dentro da sua competência porque êle é o árbitro da soberania interna. Mas estaria utilizando esse poder de maneira reprovável, segundo o seu próprio entendimento, e da mesma forma que se prescrevesse a igualdade entre homens e mulheres ou em tre menores e adultos nos assuntos em que julgou de seu dever garantir as diferenças naturais de sexo e idade. Obediente a um dever análogo é que elaborou o artigo 9.0. Mas não verificou, nem poderia verificar, os preceitos que, em cada hipótese, regeriam as obrigações de acordo com essa regra. Solicitada, assim, ao juiz brasileiro, execução de um contrato sôbre herança de pessoa viva concluído na Alemanha a técnica de sua decisão deveria ser esta:- A) - qualificar o assunto. No Brasil a matéria é obrigacional (art. 1.089 do Código Civil). Na Alemanha é sucessória (Livro V). Fazendo qualificação pela *lex fori*, cairia o litígio no pressuposto do artigo 9.º. B) - conectar o caso a um sistema jurídico. No artigo 9.º o vínculo se estabelece pelo lugar da formação obrigacional. A competência legislativa alemã estaria firmada. C) - Individualizar a consequência da norma de dir. int. priv., isto é, isolar no Código Alemão os dispositivos importáveis para o caso concreto, que seriam os artigos 2.274 e seguintes. D) - Perquirir, finalmente, da compatibilidade de tais dispositivos com a ordem jurídica do fôro, isto é, investigar se o fim de justiça que inspirou o artigo 9.0 se efetiva ou se frustra com a importação das regras germânicas para, na segunda hipótese, deter o funcionamento da norma em seu instante final e, na primeira, efetuar a inserção terminativa. No exemplo, a ordem pública atuaria. Não precisamente pelo artigo 1.089 do Código Brasileiro, cuja interdição poderia visar apenas os contratos concluídos no Brasil. Mas porque é intenção profunda do legislador nacional subtrair o espólio de pessoas vivas de quaisquer transações, parecendo-lhe que estas importariam em negociar com a morte. Dêsse

ponto de vista, a interferência do direito alemão implicaria em maior injustiça do que submeter o litígio à lei interna, embora se tratasse de caso normalmente conectado à lei exterior. A regra de conflito falharia ao seu fim; por isso não se tornou apenas dispensável, mas prejudicial e deve ser excepcionalmente freiada para impedir que o mal maior se concretize.

* * *

135. Assim situado o problema da ordem pública, pode-se tentar o seu *isolamento*. O fundamental neste rumo lógico é compreender como autônomos e estanques os quatro elementos que integram a regra de dir. int. priv. e como rigorosamente incomunicáveis os momentos sucessivos em que atuam. O funcionamento da regra não se desenvolve senão através dessas etapas necessárias; nenhuma pode ser suprimida ou deslocada. E somente na última intervindo a ordem pública, apenas a atingem aquelas situações que ultrapassaram os três momentos anteriores. Antes de haver qualificação o assunto é estranho ao dir. int. priv. ou, pelo menos, à sua parte que trata dos conflitos¹⁰, porque única mente para os casos incluíveis nos pressupostos de seus mandamentos é que esse ramo legislativo foi estabelecido. Uma única exceção deve ser aberta para as instituições desconhecidas, incomensuráveis, portanto, pela *lex fori*. As demais, que não encontrarem qualificação nos preceitos de conflito, é imperioso reconhecer ficaram implicitamente afastadas pelo legislador do conjunto dessas situações que a presença de um sintoma de *extranheza* o levou a jungir à disciplina especial e indireta do dir. int. priv.. Sobre elas não há possibilidade de conflito e é necessário recorrer exclusivamente às regras internas, ordinárias e diretas. No direito brasileiro (Dec.-lei 4.657), as qualificações possíveis são as do artigo 7.º- começo e fim da personalidade, nome, capacidade e direitos de família; a do art. 8.º- bens; a do 9.º - obrigações; a do 10.º-sucessões; a do 11.º - organizações destinadas a fins de interesse coletivo (sociedades e

10 Um grande setor doutrinário inclui no objeto do dir. int. priv. outros assuntos além da solução dos conflitos de leis no espaço, tais como a nacionalidade e a condição dos estrangeiros. Porém, seja como objeto exclusivo, seja como objeto parcial, é na parte referente aos conflitos que sempre se situa o problema da ordem pública.

fundações); a do 13.º - prova. Eis as relações para as quais o nosso legislador entendeu indispensável valorizar como fontes do direito nacional certas fontes do direito exterior. O que delas exceder recai no ordenamento interno normal, dispensa conexão e consequência interespaiais e, com maioria de razão, não alcança o momento da ordem pública, de vez que jamais possibilita inserção de preceitos alienígenas.

136. Nesta fase da qualificação liberta-se a ordem pública de um dos mais tumultuários encargos que lhe têm sido impostos: - o de se confundir com o direito público ou, pelo menos, de contê-lo. A Lei de Introdução se dirige, iniludivelmente, ao direito privado. Aparece ligada ao Código Civil e decerto inclui as relações cocerciais porque os dois ramos privatísticos nem só comportam essa harmonia como até a reclamam, pois em grande parte os seus institutos são comuns. Quando o art. 9.º fala em obrigações e o 11.º em sociedade não pode haver suspeita de que um ou outro exclua obrigações ou sociedades mercantis. Porém, essa solidariedade da qualificação entre os preceitos de direito privado não deve lógicamente se estender aos de direito público. A ninguém ocorreria que a capacidade entregue pelo artigo 7.º à lei domiciliar pudesse abranger a capacidade política ou a criminal. Nem que entre as relações concernentes aos bens, submetidos pelo artigo 8.º à lei do país em que estiverem situados, figurasse também o furto. Não ocorre aqui debater se o direito público é ou não estranho ao dir. int. priv.. A resposta afirmativa chocaria os que verificassem, numa larga e ilustre bibliografia da disciplina, ora a inclusão dos assuntos de nacionalidade e condição do estrangeiro (NIBOYET, BATIFFOL, LERBOURS-PIGEONNIÈRE), ora o direito penal internacional (ARMINJON), ora até um direito administrativo internacional (ROMERO DEL PRADO). Mas não se trata de incluir ou excluir uma parte do direito público no âmbito do dir. int. priv.; basta indagar se, incluída, ela envolve a possibilidade de importação da lei exterior. Assim limitado o problema, torna-se fácil perceber que, quando feita a inclusão desses assuntos, o seu lugar, dentro do objeto do dir. int. priv., é distinto daquele reservado às regras de conflito. E isso porque são normas diretas, insusceptíveis de conflito. Nenhum

legislador permite que outras regras além das suas, em quaisquer hipóteses, sejam convocadas para regular o direito público na esfera de sua soberania. Cada qual diz a quem considera nacional e a quem considera estrangeiro, quais os direitos em tese assegurados ao gôzo de estrangeiros e até onde vai a sua competência penal ou civil. Em todos esses casos a regra é exclusivista e exaustiva, nunca surge a menor remissão a um sistema exterior. Compreendidos, portanto, que sejam no campo do dir. int. priv., deixam intacto o mecanismo das normas de conflito, por sua natureza indiretas e remissivas. Não fôra assim e o legislador ver-se ia constringido a tal ponto na elaboração dessas normas que a defesa da soberania do seu Estado obrigá-lo ia praticamente a silenciar sôbre o dir. int. priv.. Foi o que observou BARTIN - entre direitos públicos há contrariedade, não há conflitos¹¹. Estes pressupõem dúvida quanto ao sistema competente, só determinável através da regra espacial. No direito público a competência se firma de plano, não há lugar para aquela incerteza característica, nem, portanto, oportunidade de ação para a mesma regra.

137. Visceralmente entrelaçado com o problema das qualificações está o das instituições desconhecidas. E como estas formam outro setor de conceitos envolvidos com o da ordem pública, é oportuno separá-los. Que se deve considerar uma instituição desconhecida? A palavra instituição não possui aqui a mesma amplitude que lhe dá HAURIUO:-

“todo elemento de la sociedad cuya duración no depende de la voluntad subjetiva de individuos determinados. Esta definición negativa es muy amplia; se aplica lo mismo a una regla de derecho consuetudinário que a una organización corporativa que comprenda una universalidad indeterminada de miembros. Por ella se explica que la Corona inglesa sea una institución, lo mismo que el Estado Francés; conviene a las instituciones

11 Principes, I, 7.

más abstratas, tales como la familia o la propiedad, como a las más concretas, tales como el héroe desconocido que repo ja bajo el Arco de Triunfo y que ha llegado a ser una institución nacional”¹².

Na terminologia do dir. int. priv. o significado é mais restrito embora não antagônico ao de HAURIUO. Podem expressá-lo estas definições de ENNECERUS ou de RUGGIERO.

Diz ENNECERUS: -

“se llama institución jurídica al conjunto de las disposiciones de derecho relativas a las relaciones jurídicas de una clase determinada. Estas disposiciones dan, pues, una imagen de lo que es común a todas las relaciones jurídicas de esta clase, una forma fundamental que las determina a todas ellas”¹³.

Diz RUGGIERO: -

“el conjunto de normas a un fin coordinadas y las relaciones todas que ese conjunto disciplina constituyen la institución jurídica”¹⁴.

Idéia que nada inovou substancialmente ao conceito romano e savigniano de instituição. Em Roma cumpre distinguir o particípio “institutum” (plural “instituta”) do substantivo “Institutio”. Com aquele designavam-se as exposições elementares para aprendizagem do direito. Com êste, as grandes unidades em que interiormente se distribuía o sistema jurídico -”o *complexus* de normas que presidem as relações de direito, ligadas entre si pela comunidade de objeto

12 Príncípios, 83.

13 LUDWIG ENNECERUS- Derecho Civil (Parte general), vol. I, 286. No “Tratado de Direito Civil” de ENNECERUS, KIPP e WOLFF, trad. Pérez González y Alguer, Barcelona, 1934, apud GARDE CASTILLO, La Institución, 29. 41

14 RUGGIERO Instituciones de Derecho Civil, trad. Serrano Súner y Santa Cruz, I, 42, apud GARDE CASTILLO, La Institución, 39.

sôbre que recaem ou pelo fim a que se endereçam”¹⁵. A Escola Histórica não imprimiu à palavra sentido novo, apenas a valorizou. Emprestando aos fenômenos jurídicos dois caracteres essenciais continuidade e transformação - era lógico que atribuísse às instituições um papel fundamental, de vez que elas permanecem e se transformam, ao passo que a regra escrita é acidental e morre quando modificada. Diz SAVIGNY: -

“A decisão de uma espécie não é possível senão a referindo a uma regra geral que domine os casos particulares. Porém se a decisão de uma espécie particular não tem mais que uma natureza restringida e subordinada, se encontra a sua raiz vivente e o seu poder de convicção na apreciação da relação de direito, a regra de direito e a lei que constitui sua expressão têm por base mais profunda as instituições, cuja natureza orgânica se mostra no conjunto vivo de suas partes constitutivas e nos seus desenvolvimentos sucessivos. Assim, pois, quando não se queira permanecer nas manifestações exteriores, mas penetrar na essência das coisas, é de reconhecer que cada elemento da relação jurídica tem uma instituição que o domina e lhe serve de tipo, da mesma forma que cada decisão está dominada por uma regra, e éste segundo encadeamento, enlaçando-se com o primeiro, encontra a realidade e a vida”¹⁶.

Para IHERING a instituição é uma entidade ou individualidade lógica, que concebemos ou animamos pela idéia de uma existência individual. Ela nasce, cresce, opera, se desdobra e pode entrar em conflito com outras instituições; tem tarefas e fins próprios a cumprir, para cuja realização conta com forças e qualidades particulares. Uma instituição é como um corpo jurídico. Diferencia-se da simples matéria jurídica, a qual só possui uma vida exterior. A instituição transforma essa matéria inerte, levando a todas as suas consequências a idéia

15 FELIPE CLEMENTE DE DIEGO - Introducción al estudio de las instituciones de derecho romano, Madrid, 1900, 50, apud CASTILLO, La Institución, 32.

16 Sistema, I, 8.

da existência e individualidade do corpo jurídico¹⁷. Este o sentido de instituição, interpretado com fidelidade na doutrina contemporânea por aquelas fórmulas de ENNECERUS e RUGGIERO.

138. Idéia que no terreno do dir. int. priv. exige duas fronteiras, uma da sua universalidade e perenidade e outra de seu fracionamento. Quando falamos em evolução ou história do pátrio poder, da tutela ou da adoção é evidente que não nos referimos às normas vigentes em certo país e em certo momento. Mas se a idéia de instituição deve ser buscada no direito comparado e somente corresponde àqueles “*complexus*” jurídicos que alcançaram certo grau de universalidade e uniformidade, praticamente não existem instituições desconhecidas, pelo menos entre as legislações de comum origem romana; da mesma forma que sê-lo-iam quase todas as que se formaram dentro de outros grupos ou famílias jurídicas¹⁸. Ali o desaparecimento, aqui a hipertrofia do problema. Ora, se o dir. int. priv. se propõe a harmonizar a vida jurídica de todas as nações, os seus conceitos devem buscar uma fórmula adaptável a essa tarefa; o de instituição desconhecida, embora diferindo na aplicabilidade, conforme o maior ou menor parentesco das leis, não é lógico possuir conteúdo que, de antemão, o torne inexistente face a uns e inaplicável face a outros sistemas. Um raciocínio demasiado positivista conduziria ao absurdo inverso. Dir-se-ia; por êle, que a instituição, em verdade, não informa a lei, mas dela decorre; e, portanto, que apenas adquire existência concreta dentro dos limites estabelecidos em cada legislação e na área em que esta vigora. Juridicamente, por tal modo de entender, um país desconheceria qualquer instituição diferente das suas. No Brasil, por exemplo, não haveria mais curatela que a estatuída pelo Código Civil (artigos 446/438). Tudo quanto excedesse ou restringisse tais dimensões seria, entre nós, desconhecido. Transformaríamos, assim, as mínimas discrepâncias em desconhecimento e ampliaríamos a epígrafe da I. D. à totalidade do direito exterior. A fronteira é de largura ou qualidade. Não menos flutuante é a de *extensão* ou *quantidade*. Se instituições

17 L’Esprit, I, 52.

18 ARMINJON, NOLDE e WOLFF classificam os direitos civis contemporâneos em sete famílias, de caracteres e origens autônomas: - francesa, germânica, escandinava, inglesa, russa, islâmica, indu. (Traité, I, 49).

fossem estritamente as grandes unidades de que falavam os latinos, ou apenas aquilo “que ha adquirido la firmeza de lo fundamental”¹⁹, seriam elas em verdade muito poucas, em direito privado, “ultima ratio”, redutíveis às duas matrizes - família e propriedade. Dentro de cada qual destas, entretanto, grupam-se numerosas sub-instituições, cuja vida de certo modo é autônoma. Não se negará que o pátrio poder e a hipoteca são instituições menores, no bojo da família e da propriedade. Uma e outra comportam modalidades diversas no tempo e no espaço, sem alterarem a permanência institucional da família ou da propriedade. E dentro do pátrio poder ainda poderíamos chamar de sub-instituições a suspensão ou extinção, como dentro da hipoteca nada haveria de incorreto em considerar com certa independência a hipoteca legal, a inscrição e a extinção hipotecárias. Tais institutos, grandes, médios, pequenos, não se confundem nem se excluem. Alguns interpenetram-se, outros se desdobram ou se fundem. Em cada momento e em cada lugar conferir, uma a uma, substantividade a todas as instituições é tarefa impraticável. Há que reconhecer uma irritante precariedade da terminologia. Por cima, é fácil limitar o conceito de instituição; êle se detem ante o de ramo do direito. Por baixo, é difícil, às vezes é impossível. A noção limítrofe é a de norma singular. Porém não basta a pluralidade de normas como característica da instituição. Além dessa quantidade há como que um requisito subjetivo, exigindo objeto idêntico e contorno fechado de unidade jurídica. Aí a noção se esgarça, deixando em aberto o duplo perigo de pecar por falta ou por excesso.

139. Que é, pois, instituição desconhecida para o dir. int. priv.? Preferível explicar a definir. Instituição será sempre um complexo de normas com objeto e fins comuns. Mas não se haverá de exigir nem tal amplitude que exclua as numerosíssimas sub-instituições interiores nem tal redução que permita confundir a idéia com a mera pluralidade de normas. E, quanto ao desconhecimento, nem se há de tomar as instituições de um ponto de vista tão universal e histórico que desapareçam as desconhecidas entre países de evolução jurídica paralela, nem sob critério tão particularista que eleve ao nível de

19 FREDERICO DE CASTRO, Derecho Civil de España, Validolid, 1942, I, 472.

instituições entre si desconhecidas todas as que, de uma para outra lei, ao menor detalhe, diverjam. Úteis às conclusões desta tese os cinco grupos em que GARDE CASTILLO²⁰ classifica todas as instituições estrangeiras não idênticas às suas que são deparáveis pelo juiz no jogo dos conflitos espaciais:-

- 1.º) - Instituições desconhecidas por imprevidência do legislador, não suprida consuetudinariamente, desde que correspondem a necessidades ausentes no país de referência: - o direito marítimo, nos países centrais;
- 2.º) - Instituições estrangeiras com identidade ou analogia, que não podem ser chamadas desconhecidas do ponto de vista do dir. int. priv.;
- 3.º) -Desconhecimento por discrepâncias técnicas. Poder-se-ia também dizer sub-instituições desconhecidas. A tutela, por exemplo, existe na lei francesa como na lei brasileira. Na falta, porém, de tutor legal a competência para nomeá-lo cabe, entre nós, ao juiz (Cd. Cv., 410) e em França ao Conselho de Família, sub-instituição no Brasil desconhecida; -
- 4.º) - Instituição proibida. A proibição implica no conhecimento e pode ser expressa, implícita ou tácita, estar nas leis ou nos costumes. É o caso da sucessão contratual, prevista pelo artigo 1.941 do Código Alemão e interdita pelo 1.089 do nosso;
- 5.º) - Desconhecimento por falta de informação do juiz.

Ao primeiro e terceiro grupo deve se limitar o debate sobre instituições desconhecidas no dir. int. priv.. O segundo se refere a instituições desiguais, não desconhecidas. O quarto, tendo a proibição caráter interno, é irrelevante no campo das relações internacionais. Desde que abranja também estas, resvala para a ordem pública e prescinde de ser abordado como questão autônoma. O quinto resolve-se por outro aspecto, o desconhecimento da lei estrangeira pelo juiz, desobrigado de sua ciência ex-ofício e autorizado a abstraí-la, embora

20 La Institución, 46.

perfeitamente receptível, quando necessitasse de prova que o interessado não produziu (Lei de Introdução artigo 14). Nominalmente, ainda podem surgir instituições sob rótulos diversos, com identidade ou analogia de conteúdo, bem assim sob rótulos iguais porém completamente divergentes na matéria. Claro que aquelas não são desconhecidas, nem estas idênticas ou análogas, a menos regredíssemos ao tempo em que os estatutários medievais decidiam pela primeira palavra da norma se o seu caráter era real ou pessoal²¹. Sob as relações de direito estão as relações da vida. Desde que estas foram reguladas, não importa com que nome, a instituição é conhecida²². Exclusivamente quando o legislador nada previu sobre elas estamos, a rigor, frente a uma instituição desconhecida. Materialmente desconhecida, quando a imprevisão é de fundo; formalmente desconhecida quando a imprevisão é de técnica adjetiva.

140. Preciado o conceito de instituição desconhecida, no campo do dir. int. priv., os seus contactos com o tema dêste ensaio podem ser esquematizados em duas direções: -

- A) Constituem as instituições desconhecidas motivo autônomo de inaplicabilidade da lei estrangeira ou se incluem na órbita da ordem pública?
- B) Na segunda hipótese, devem ser reputadas contrárias à ordem pública apenas porque desconhecidas?

Na primeira direção apareceu o problema na obra de SAVIGNY, com as duas reservas clássicas à livre importação do direito exterior: -

21 Sem critério científico para estabelecer diferença entre estatutos reais e pessoais, os estatutários faziam-na, empiricamente, pela primeira palavra de seu texto. Quando esta fazia referência aos bens o estatuto era considerado real; quando as pessoas, o estatuto era considerado pessoal.(WOLFF, 34).

22 O Código Civil não inclui a novação como maneira distinta de extinguir obrigações, a exemplo do francês (art. 1.271) ou do brasileiro (art. 999). Porém, a regula, sem a denominar, como dação em pagamento, quando há mudança de objeto (art. 364) ou como cessão de dívida quando há mudança de devedor (art. 414). O instituto, assim, não lhe é, em verdade, desconhecido, mas apenas inominado.

- 1.^{a)} Lois d'une nature positive rigoureusement obligatoires, par là même n'admettant pas cette liberté d'appréciation qui n'a pas égard aux limites des divers États.
- 2.^{a)} Institutions d'un Etat étranger dont l'existence n'est pas reconnue dans le nôtre, et qui par conséquent n'y peuvent prétendre à la protection des tribunaux²³.

Não utilizando SAVIGNY o termo ordem pública, poder-se-ia duvidar se, em seu pensamento, êle incluiria ambas as reservas ou se esgotaria na primeira. Dúvida que morre nos exemplos, a escravatura e a morte civil. O juiz, onde não existissem tais institutos recusaria os dois. Mas a escravatura pelas duas razões, a de ser imoral e a de ser desconhecida; a morte civil apenas porque desconhecida, “não sendo mais imoral que qualquer outra pena...”²⁴. A ID ganhava, assim, substantividade como causa de recusa ao direito alienígena. Nenhum ponto da estrutura savigniana foi mais rapidamente abandonado. O que se explica, sobretudo, pela receptividade que acolheu a idéia de MANCINI, unificando os problemas sob o nome de ordem pública. Até continuadores de SAVIGNY da fidelidade de um VON BAR²⁵ abandonaram a dualidade. E a lei grega de 29/X/1856 - que autorizara os tribunais a rejeitarem as leis estrangeiras contrárias à ordem pública ou relativas a instituições desconhecidas²⁶ -foi interpretada no sentido de não se dirigir contra qualquer instituição na Grécia desconhecida, mas somente contra “as reprovadas pelas leis gregas como contrárias ao espírito geral da nossa legislação”²⁷. Aquela volta a SAVIGNY, tão característica nos demais pontos da ordem pública, jamais alcançou novamente desta se desmembrassem as instituições desconhecidas. O que bem se constata na aguda controvérsia a respeito

23 Sistema, VIII, 35.

24 Sistema, VIII, 40.

25 VON BAR, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, Leipzig, 1899, I, 129, apud AGO, 152.

26 Vide texto no final.

27 POLITIS, *Le droit international privé en Grèce* (*Journal de droit international privé*, 1908, 20; STREIT *La conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique en Grèce*, *Récueil*, T. 20, 88, apud CASTILLO, *La Institución*, 96. Atualmente o direito internacional privado na Grécia está regulado pelo Código Civil de 1940. -

das qualificações, girando exatamente em torno da instituição desconhecida. Defensores extremados da qualificação pela *lex fori*, tal como a entenderam KAHN e BARTIN, procuram hoje demonstrar a possibilidade de abranger sob os pressupostos das normas de conflito de um país instituições ignoradas em seu direito material. Assim o fazem AGO e MAURY²⁸. Enquanto os partidários da *lex causae*, como DESPAGNET e WOLFF²⁹, ou da interpretação autônoma das próprias regras de conflito, como ERNST RABEL e LEA MERIGGI³⁰, partem da impossibilidade de tal subsunção. Uns e outros revelam nessa contingência preliminar de qualificar a instituição desconhecida que não a consideram rejeitável, senão quando contrária à ordem pública. Se, ao par desta, reputassem a ID exceção autônoma ao chamamento da lei adventícia, a tarefa qualificadora redundaria inócua, bastando saber o que chamar de instituição e quando dizê-la desconhecida para, dentro dessas premissas, sem outra indagação, cortar-lhe quaisquer efeitos no âmbito da *lex fori*. O problema do pressuposto da norma espacial só tem razão de ser, admitida, em tese, a sua consequência, que é a aplicação da lei estranha. A ID, portanto, foi incluída na esfera da ordem pública. Resta saber se total ou parcialmente, antes do que, na linha de raciocínio destas conclusões, é uma fase indeclinável qualificá-la.

141. Se a qualificação deve ser feita pela *lex fori* esbarra-se com o desconhecimento. O pressuposto da norma de conflito, desde que redigido com o mesmo valor dado às palavras no direito interno, não pode compreender institutos aí inexistentes. Se a qualificação deve ser feita pela *lex causae*, esbarra-se com o círculo vicioso: só existe *lex causae* depois da qualificação, da qual ela é, por intermédio do elemento conectivo, a consequência; não pode, pois, depender a qualificação de uma lei que irá indicar. Entre os dois grupos, a teoria teleológica de RABEL³¹, se dificilmente alcançará ser aceita para re-

28 AGO, *Lezioni*, 57; MAURY- *Règle générales*, 499.

29 DESPAGNET, *Précis*, 353; WOLFF, 88.

30 RABEL- *Das problem des qualification*, cf. WOLFF, 88; MERIGGI *Saggio critico sulle qualificazioni*, *Rivista italiana de diritto internazionale privato*, 1932, cf. BATIFFOL, 319.

31 O artigo de RABEL sobre as qualificações, publicado pela primeira vez em 1931, produziu o movimento de idéias mais agitado dos últimos vinte anos no dir. int. priv.. A

gra geral das qualificações, pelo menos resolve o impasse particular da ID. Diz êle que os pressupostos das normas de dir. int. priv. não se devem entender nem exclusivamente pela lex fori nem exclusivamente pela lex causae. O uso das palavras feito pelo legislador nas regras de conflito não é fatalmente o mesmo que nas regras internas, porque ali visou disciplinar relações que ultrapassam o âmbito destas. Há que recorrer ao direito comparado para interpretar corretamente aqueles pressupostos. Somente no confronto atual e histórico das instituições encontrar-se-á um valor menos transitório, inseguro e particular para as grandes classes em que elas se repartem do ponto de vista do dir. int. priv.. Ora, entender, assim, os vocábulos dos dispositivos espaciais em desacordo com a legislação material interna não parece atitude exigível do juiz, que não legisla, mas apenas aplica a lei, bôa ou má, como está feita. Porém, se o julgador não encontra no direito interno a instituição qualificanda, rompe-se o impedimento de recorrer às legislações estrangeiras para situá-la em um dos grupos previstos no dir. int. priv. de seu país. Ao contrário, essa contingência lhe é imposta pelo hermetismo jurídico dominante em todo sistema contemporâneo. Apenas as questões de fato autorizam o juiz a pronunciar o “non liquet”. Nas de direito as omissões ou obscuridades do legislador não lhe facultam abster-se de decidir. Resvala a qualificação da ID para o problema das lacunas. Lacunas que podem existir quanto ao seu próprio direito, se alguma das instituições dêste não se ajusta precisamente em qualquer dos pressupostos interespaciais. E que surgem, com maioria de razão, quando, nada dispondo o direito interno sôbre certa instituição, logicamente ela não foi prevista em alguma das normas de conflito emanadas do mesmo legislador. Os princípios usuais de suplementação legislativa resultam inúteis neste caso. Não se pode ir buscar nos costumes ou na analogia a qualificação de um instituto desconhecido, até porque se êle existisse consuetudinariamente ou fôsse análogo a outro existente deixaria de ser desconhecido. Somente os princípios gerais do direito podem conduzir o questão fidei j. 20 anos antes nos termos do impasse entre a lei foral de BARTIN e a legislação nacional, mas também os princípios filosóficos fundamentais de direito comparado, logo desenvolvidas na Itália pública esse novo ponto de vista quanto às qualificações oferece o mérito de resolver a fase do pressuposto para as instituições desconhecidas. T

de perigo, o executor da lei poderá afinal atingir a *universalidade da ciência jurídica*³². Quais os princípios gerais básicos para o dir. int. priv.? De um lado, a segurança das relações jurídicas no espaço; de outro, a intangibilidade da ordem pública em cada país, Quando se trata de qualificar certo instituto não é oportuno falar em ordem pública, só devendo ser apreciada ante o direito estrangeiro já escolhido através das precedentes qualificações e conexões. Resta, pois, o primeiro princípio. Claro que a interpenetração legal conduz, por essa via, a considerar as normas de conflito com relativa independência face ao direito material, compreendendo em seus pressupostos não apenas aquilo que em cada país sob êles recai, mas também tudo quanto, histórica, doutrinária e teleològicamente caiba nos mesmos conceitos. Firmada tal premissa, até mesmo as instituições estrangeiras mais exóticas, aquelas que resultariam incomensuráveis pela *lex fori*, na terminologia de KAHN, podem ter seu espírito e finalidade estabelecidos pelo direito comparado. É o que desejava RABEL, como solução para todos os problemas qualificadores. Pode ser rejeitável, quando a existência de uma qualificação “for” impeça o juiz de buscar outra. Mas é evidentemente adequado à hipótese das instituições desconhecidas.

142. Não sendo a instituição desconhecida causa autônoma de inaplicabilidade da lei exterior, e possível sua qualificação com auxílio do direito comparado, abre-se o problema de seu cabimento, total ou parcial, no campo da ordem pública. Que há instituições desconhecidas contrárias à ordem pública não é objeto de dúvida razoável. Pelos mesmos motivos e através do mesmo diagnóstico aplicáveis às instituições conhecidas. Mas o desconhecimento, por si só, pressupõe tal contrariedade? É ainda a opinião de um vasto setor doutrinário, abeberado em SAVIGNY, cujas reservas aparecem fundidas sob o mesmo rótulo, mas guardam dentro dêle a autonomia originária. Exemplo disso é o ponto de vista de NIBOYET: -

32 Hermenêutica, 304. A analogia, os costumes e os princípios gerais do direito constroem, no Brasil, o direito das lacunas, segundo o artigo 4.0 da Lei de Introdução.

“Si un pays étranger connaît une institution qui n’existe pas en France, il ne peut pas Y avoir de rapprochement. Là où une institution n’existe pas en France nous ne pouvons pas la reconnaître. Il faut que le contenant soit le même, c’est-à-dire qu’il y ait des institutions communes, pour que le contenu puisse varier à l’intérieur de ce contenant”.³³

Distingue razões de *técnica jurídica* (instituições desconhecidas) e razões de *oportunidade* (ordem pública propriamente dita), mas a ambas reúne sob o mesmo princípio da *intolerância do organismo jurídico* e a ambas resolve pela mesma exceção da ordem pública, em sentido geral. Com diferença de nomenclatura, é o sistema de SAVIGNY.

143. Não é esse, todavia, o rumo predominante nem me parece o mais correto. Uma primeira redução ao ab surdo foi empreendida por BUSTAMANTE: -

“Un país sin costas... no tiene derecho marítimo, ni reconoce ninguna institución de esa índole como objeto de sus prescripciones legales. Tal circunstancia deberá ser eficiente para estimar... ineficaz la venta en ese territorio de un buque... o la celebración de contratos de fletamento o de seguro marítimo? Un país que no conozca la dote resultará lesionado en su derecho porque el padre extranjero que viva en su territorio entregue algunas sumas a su hijo con dicho carácter, al contraerse el matrimonio? *En manera alguna*”.³⁴

Aliás, concedida à ordem pública uma interferência excepcional e já se mostrou que essa é a diretriz quase unânime da doutrina contemporânea - daí advem um argumento valioso contra a inclusão, de plano, da ID no seu conceito. As disposições excepcionais, segundo

33 Cours, 486.

34 El orden público, Habana, 1893, 91/92.

um princípio universal, devem ser interpretadas restritivamente³⁵. E somente uma interpretação extensiva ou uma aplicação analógica permitiria que a ordem pública abrangesse a instituição desconhecida. Gramaticalmente, é palpável que esta expressão não se inclui naquela. Lógica e historicamente, o legislador não poderia proibir aquilo que ignorava. Apenas o elemento sistemático da hermenêutica dir-se-ia recomendar o impedimento de jungir certa situação de fato a preceitos incomparáveis aos que regulam situações semelhantes na lei do juiz. Se o elemento sistemático, entretanto, predominasse na interpretação das normas de conflito, acabar-se-ia sempre rejeitando a lei estrangeira e praticamente eliminando o dir. int. priv.. Quanto a este, tal vê-se ainda mais nítida que noutros ramos, é a projeção atual do elemento teleológico³⁶. A finalidade da ordem pública é apenas resguardar os ideais de justiça que também informaram a norma de conflito, mas poderiam ser frustrados pela sua ortodoxa obediência. Não cabe nessa finalidade a recusa de uma instituição apenas porque ignorada. O dote, a adoção, certas formas de tutela, certos regimes matrimoniais de bens, certas modalidades contratuais, permanecem desconhecidas em muitos países. Quando alguns desses dispositivos magoarem a ordem pública, ela se encarregará de eliminá-los. Aí é irrelevante situar a ID como problema autônomo. Quando forem compatíveis com a ordem pública devem, em tese, ser admitidos.

144. Há casos, entretanto, em que uma instituição desconhecida, mesmo harmonizável com a ordem pública, não pode ser recebida e aqui o problema ganha relevância. São os casos de impraticabilidade,

35 Diz o artigo 6.º da antiga Lei de Introdução: “A lei que abre exceções a regras gerais, ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica”. A nova não inclui dispositivo semelhante, o que não significa haja o princípio caído em desgraça. Vide ESPÍNDOLA e ESPÍÑOLA FILHO, Tratado, I, 252.

36 Diz o artigo 5.º da atual Lei de Introdução: - “Na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”. Esse é um dispositivo da maior afinidade com estas conclusões. Nem só orienta a interpretação da ordem pública pela finalidade da norma de dir. int. priv., na qual ela é o quarto elemento implícito, como fixa, dentro dessa finalidade, a diretriz geral do bem comum, ou seja, aqueles ideais de justiça, do ponto de vista do legislador, cuja violação não poderia ser permitida pelo jogo de conflitos. O artigo 5.º e o artigo 17 devem ser estreitamente combinados para estruturarem no direito positivo atual brasileiro o problema da ordem pública, tal qual encarado nesta conclusão interpretativa.

reconhecidos na melhor doutrina de dir. int. priv.. Basta citar VAREILLES-SOMMIÈRES e FEDOZZI. Diz o primeiro:

“Le statut personnel étranger est tacitement écarté par nos lois lorsque son application suppose un rouage administratif qui n'existe pas en France, ou lorsque elle ferait sortir un des officiers publics de la sphère de ses attributions. Une institution étrangère qui n'existe pas chez nous a parfaitement droit de cité chez nous et doit être protégée par nos tribunaux, quand elle rentre dans le statut personnel et qu'elle n'oblige pas nos magistrats et nos officiers publics à faire quelque chose qui soit en dehors de leurs fonctions”.³⁷

Diz o segundo: -

“Se questo (l'istituto giuridico straniero sconosciuto) non è in se stesso contrario all'ordine pubblico territoriale (tale ad es. l'adozione rispetto ai paesi dove essa non esiste), le conseguenze della sua vita creata all'estero devono senz'altro essere ammesse, perchè a questa ammissione non si oppone l'ostacolo inerente ai limiti della giurisdizione e dei poteri o competenze dei pubblici ufficiali. Se invece l'istituto è in se stesso contrario all'ordine pubblico territoriale (ad. es. il divorzio o la ricerca della paternità), esso non potrà direttamente ricevere vita nel territorio per una duplice ragione e cioè per l'ostacolo d'ordine pubblico e per la impossibilità di far uscire i magistrati o i pubblici ufficiali dalle loro normali attribuzioni; ma quando si tratta di riconoscere nel territorio soltanto conseguenze della creazione dell'istituto avvenuta all'estero, se cessa come preclusione la seconda ragione, può continuare a sussistere la prima, può cioè l'ordine pubblico impedire tan to la

diretta creazione dell'istituto quanto il riconoscimento delle sue conseguenze".³⁸

Creio que se deve ainda ressaltar um sinal distintivo entre as instituições impossíveis de aplicar e aquelas cuja aplicação seria alarmante. Embora o resultado seja o mesmo, é outro o motivo. Ali não existe nenhum preceito fundamental magoado, mas somente a precariedade instrumental de admitir a regra estrangeira. Faltam órgãos, livros, autoridades, estruturas, cuja existência é indispensável à efetivação daquele direito. Os existentes não podem ampliar sua competência além das tarefas para as quais foram organizados. Mas se porventura tais órgãos, livros, autoridades ou estruturas aparecessem nada mais impediria a recepção da lei estrangeira. Na ordem pública, ao contrário, a impossibilidade é de fundo, não de forma. Pode mesmo acontecer que o sistema jurídico em apreço disponha de todos os recursos adjetivamente adequados para recebê-la, mas o juiz permanece forçado a recusar a instituição porque, no mérito, ela é repugnante ao seu país. Quando o Brasil se recusa a registrar uma hipoteca sobre móveis (exceto o navio), não se trata propriamente de repelir o ônus, mas de confessar que não dispomos de registro hipotecário para aquêle fim. Mas quando o Brasil se recusa a registrar a poligamia, a causa não é a falta de registro para vários casamentos, sim a natureza imoral da instituição, do ponto de vista nacional. A impraticabilidade é lamentável; diminui, pela precariedade dos organismos jurídicos, o desembaraço da convivência humana. Ao passo que a ordem pública é desejável e necessária, porque oferece garantia aos fins de justiça com que cada legislador organiza o seu direito, inclusive o seu direito internacional privado.

* * *

145. Vencido o problema da qualificação e, combinado a êle, o da instituição desconhecida, atinge o mecanismo da regra de conflito o segundo momento, aquele em que, através um elemento conectivo, vai ser ligado o pressuposto à consequência, o litígio a uma lei

38 Il diritto, 295.

determinada. Permite a conexão eliminar do conceito de ordem pública duas idéias frequente e erroneamente associadas: a territorialidade e a fraude à lei.

- A) - Territorialidade - Refere ARMINJON³⁹ cinco sentidos em que se emprega esta palavra em dir. int. priv.: - diz-se a lei territorial quando se refere aos bens (natureza); quando não se aplica fora dos limites de certo território (extensão); quando se aplica no território de um Estado com exclusão de toda lei estrangeira sobre o mesmo assunto; quando pertence a um país sobre cujo território foi concluído um ato que se invoca no exterior; e, enfim, quando se quer designar a lei do fôro. A confusão com a ordem pública se dá no terceiro e no último sentido. Em qualquer outro permite-se submeter o assunto a uma lei estrangeira e então nada justifica que a ordem pública se detenha ante os dispositivos que assim forem chamados territoriais. Esse foi o raciocínio clássico de BARTIN, distinguindo a ordem pública da territorialidade, desde que aquela pode se opor a preceitos desta, não sendo razoável confundir noções que encerram a possibilidade de se repelir. Mas emprestado ao termo o caráter de exclusividade, ou dado como sinônimo da lei do fôro, a similitude estaria em que, pela territorialidade como pela ordem pública, o juiz alcançaria o mesmo resultado de não poder aplicar outra lei além da sua. As idéias, todavia, ainda aqui descoincidem. E aos demais critérios distintivos, largamente ventilados nesta tese, outro deve ser acrescentado, não menos nítido, do ponto de vista destas conclusões. Se o elemento conectivo conduz o juiz à sua própria lei, está exaurida a tarefa da norma de conflito. Não há consequência a perquirir, isto é, não há que individualizar norma estrangeira e, portanto, não se chega ao momento da inserção, que é a oportunidade exata da presença da ordem pública. Tome-se o exemplo usual da propriedade imobiliária. Realmente, em todos os países do mundo civilizado, a lei que a rege é a da situação. E como também em todos eles a competência judiciária pertence ao país onde estão os imóveis, segue-se que cada julgador aplica nessa matéria sempre e exclusivamente a lei do seu Estado. Não me parece, entretanto,

39 Précis, I, 160.

que o faça por uma razão de ordem pública, motivo demasiado complexo para hipótese demasiado simples. Tão somente o juiz foi levado à sua lei pela conexão da norma de conflito. O argumento se revela em toda sua força, tomando um exemplo em que a competência legislativa nem sempre se confunda com a judiciária. Admita-se obrigação, ao invés de bem de raiz. No Brasil, a norma de dir. int. priv. deriva a solução para o sistema do lugar onde se constituiu a obrigação. Se esse lugar estiver no exterior o funcionamento da regra continua, passa da conexão à etapa da consequência e desta à da inserção, quando poderá intervir a ordem pública. Porém se a obrigação se constituiu no Brasil o momento conectivo não é intermediário e sim final. Através dêle o juiz reflui para o seu direito ordinário e direto, abandona os dispositivos especiais e indiretos do dir. int. priv.. A ordem público torna-se inócua.

146. B) Quanto à fraude à lei é de lembrar e respeitar que BARTIN situou o problema dentro da ordem pública⁴⁰. Ponto de vista não solitário: - contra ditado por NIBOYET⁴¹ e KNAPP⁴², porém com partilhado por VERPLAETSE⁴³, autor de monografia básica sobre o tema, nela assim esquematizado: -

40 Principes, I, 263.

41 Cours, 512.

42 CHARLES KNAPP: La notion de l'ordre public dans les conflits des lois, Mulhouse, 1933, apud VERPLAETSE, 205

43 Vale destacar alguns trechos finais da monografia de VERPLAETSE: - "Deux théories principales ont été construites sur le motif de la *fraus legis*. La première accorde une existence autonome au concept (NIBOYET, KNAPP). L'exception de la fraude à la loi est destinée à donner une sanction aux lois impératives. Les lois impératives seraient dénuées de toute signification si ce que est défendu pouvait être atteint par le détour d'une manoeuvre apparemment in nocente et conforme au droit. Cette opinion est l'expression du sens commun mais elle ne présente aucune garantie de juridicité et, en fait, n'est pas confirmé par l'analyse de la jurisprudence ni conforme à l'allure normale du procès de justice. Das un grand nombre de décisions basées sur l'idée de fraude, le concept est rattaché à l'ordre public. D'autre part, dans plusieurs espèces où l'autorité des lois impératives était engagée, les tribunaux ont refusé de tenir compte de la fraude parce qu'ils estimèrent que la policy de l'État n'était pas suffisamment forte". E adiante, subscrevendo a opinião de BARTIN: "Sui vant M. BARTIN, protagoniste de cette théorie, il y a simplement une différence entre le cas d'ordre public et le cas de fraude à la loi: - dans le pre mier cas l'éviction de la loi normalement applicable est le résultat de la substance de cette loi, alors qu'elle est le résultat accidentel de l'intention de la personne qui élude les dispositions régissant son statut personnel,

“Pour qu’il y ait fraude à la loi différents éléments doivent concourir:

- 1.º) La lettre de la loi doit être observé car s’il y a une offense à une condition expresse ou une simple omission de celle-ci, il y aura une violation de la loi;
- 2.º) Il doit y avoir une différence suffisante entre la loi interne du for et la loi interne appliquée à la création du droit à l’étranger; 3.º) L’intention délibérée de frauder la loi du forum”.⁴⁴

A base de tal esboço, não subsiste completa identidade entre a ordem pública e a fraude. Aquela é sempre uma questão de direito; esta, uma questão de fato. Lá os fatos se passaram legalmente, o direito que, em tese, os deveria reger é que se revela insuportável; aqui, a ilicitude está nos fatos, o direito a êles relativo seria tolerado se a sua incidência fôsse regular. A ordem pública independe de qualquer elemento intencional; a fraude, por índole, é sobretudo subjetiva e não se integra à falta de um evidente propósito de elidir a lei competente. Na linha de exposição desenvolvida por êste ensaio, além dessas, é palpável uma diferença de oportunidade entre os dois institutos. Quando a norma de dir. int. priv. se apoia sôbre um elemento

dans le deuxième cas. Ces dispositions prennent alors, par l’effet de intention frauduleuse, le caractère de dispositions d’ordre public... La connexion ordre public fraude à la loi est prouvée abondamment par les décisions. Pratiquement dans chaque espèce où la fraude surgit, l’ordre public suit”. Em que pese o prestígio e vigor desta defesa, creio que o problema da fraude deve ser autônomo do da ordem pública. Não que se haja de recorrer à imperatividade para caracterizá-la. A imperatividade é insuficiente quanto à fraude, como é insuficiente quanto à ordem pública. Porém, situada esta como elemento implícito da regra de dir. int. priv., compreensível por hermenêutica e atuante na quarta fase de seu mecanismo, há uma espécie de precipitação no invocar a ordem pública para solver os casos de fraude. A ilegitimidade do elemento conectivo basta para impedir qualquer chamamento de lei estrangeira e não se chegando a esta é desnecessário o recurso à ordem pública. Poder-se-á dizer que a distinção possui, quando muito, valor teórico; na prática, ambos os institutos conduzem à intolerância da norma regularmente importável. E, de fato, tal similitude de consequências tem conduzido a numerosos julgamentos baseados na ordem pública, tratando-se, evidentemente, de hipóteses de fraude.

44 La fraude, 272

conectivo pressupõe que êste seja legítimo e foi exatamente dessa legitimidade que proveio o reconhecimento da injustiça em que imporria submeter ao sistema nacional assuntos que, em realidade, no íntimo de sua natureza e de sua origem, lhe são estranhos. Mas se o juiz depara uma conexão viciada, uma conexão fraudulenta (WOLFF), não pode permitir que dela se aproveite a má fé individual para burlar o ordenamento do fôro. O litígio que iria, assim, ilícitamente, sair do âmbito de sua lei nele se reinclui e a norma de dir. int. priv. se paralisa, da mesma forma que se paralisaria nos demais casos, quando a competência ficasse diluída na lei matriz. Não se chegou à consequência nem à inserção. Não se necessitou, portanto, da ordem pública.

147. Na terceira fase do mecanismo da norma de dir. int. priv., a ordem pública surge libertada da maior parte das noções com que geralmente é confundida. Mas se esta fase não desempenha o papel isolante das anteriores não é menos fértil como explicadora das várias modalidades de que a ordem pública se pode revestir. Dois aspectos fundamentais do problema podem aqui ser bem situados: - o dos efeitos positivos e negativos e o da intervenção direta ou indireta. Chama-se efeito positivo aquele em que a ordem pública obriga ou faculta aquilo que estava proibido pela lei estrangeira; chama-se efeito negativo aquele em que ela proíbe o que ali estava obrigado ou facultado. Não me parece que êsse duplo caráter seja inerente à ordem pública, mas sim à regra importável. Quando se atinge a etapa da consequência está diante do juiz o sistema jurídico exterior a que foi remetido pelo preceito interespacial de seu país. Que vai êle retirar de tal sistema? Ora uma interdição, ora uma faculdade, ora uma imposição. Se a ordem pública houver de se manifestar, a maneira de fazê-lo dependerá obviamente daquilo que tiver de impedir. Na sua índole profunda a ordem pública é sempre negativa, porque nega obediência ao ditame de conflito. Porém, como a regra individualizada por êsse ditame surge sob moldes diversos, é a sua antítese forçada a acompanhá-la nessas variações. A lei estrangeira faculta reconhecer um filho adulterino; a ordem pública, para se opor, deve proibir. A lei

estrangeira proíbe o casamento entre pretos e brancos; a ordem pública, para se opor, deve facultar. A lei estrangeira nega, ou apenas facultata o direito a alimentos. A ordem pública, para se opor, deve obrigar.

148. O outro aspecto que a individualização da regra adventícia ajuda a compreender é aquele que NIBOYET equacionou distinguindo a tarefa da ordem pública na criação e na eficácia dos direitos e GABBA chama de efeitos diretos e indiretos⁴⁵. Porque razão certos atos, aos quais a ordem pública se oporia, realizados no seu país, não mais a interessam quando concluídos fora dele? O exemplo usual é o divórcio, aceitável, após legalmente decretado, mesmo onde não poderia ser obtido. Geralmente o motivo apresentado para o fenômeno é uma escala de intensidade. O sistema do foro estaria tanto mais inatingível quanto mais distante, portanto, quanto menos intensa fosse a manifestação contrária à sua ordem pública. E, se em alguns casos esta agiria “à outrance”, em outros perderia gradualmente o empenho, à medida que se fossem distanciando do ordenamento incumbida de resguardar. Do ângulo de raciocínio em que me estou colocando supponho possível contribuir para a clareza deste setor. Individualizando no sistema externo o dispositivo importável, o juiz deve destacá-lo dos demais. Há que se restringir ao momento e ao objeto da importação, desprezando momentos anteriores e objetos correlatos. A ordem pública agirá, então, para impedir ou consentir seja inserido apenas o que foi destacado. Quando se pede o divórcio, a norma importável e inserível, para concedê-lo, seria exatamente aquela que possibilita a dissolução matrimonial. Nos países em que a indissolubilidade ainda é um dogma, certamente êsse dispositivo será tido como injusto,

45 Diz GABBA: “É necessário distinguir os efeitos indiretos dos diretos da aplicação na Itália de uma lei estrangeira, por si mesma repugnante à ordem pública nacional. Em relação aos seus efeitos diretos a lei estrangeira nada pode obter no Estado por atuação do juiz nacional; os efeitos indiretos, ao contrário, podem ser alcançados em tudo quanto êstes efeitos, por si mesmos considerados, não repugnem àquela ordem. Assim, por exemplo, enquanto o juiz italiano não pode pronunciar divórcio entre cônjuges estrangeiros domiciliados na Itália, cujas leis o permitissem, não pode, todavia, desconhecer o estado lture que ex-cônjuges estrangeiros tenham adquirido em virtude de sentença estrangeira de divórcio, nem certamente reputá-los incapazes de concluir novo matrimônio civil na Itália”. (Contributo alla Retta Interpretazione dell art. 12, Nuove Questione di Diritto Civile, 2.ª ed., 255, apud SERPA LOPES, Comentário, II, 242).

contrário aos fins visados pela norma de conflito, chocante ao sistema do fôro, numa palavra, rejeitável pela ordem pública. Porém, se o divórcio foi concluído onde possível, qual a regra importável e inserível ao ser pleiteado o seu reconhecimento? Conforme o caso, aquela que permite ao divorciado um segundo casamento ou põe fim ao regime conjugal de bens ou autoriza a modificação do nome ou dispõe sobre a guarda dos filhos. Essas normas correspondem a um momento e a um objeto distintos do divórcio em si, com êle inconfundível, e o obstáculo da ordem pública estaria exorbitando se pretendesse comunicar-lhes a repugnância do sistema nacional pela faculdade de dissolver o vínculo do matrimônio. Poder-se ia resumir esta observação refletindo que a palavra individualizar, específica da fase em que se busca a consequência da norma de dir. int. priv., afasta desde logo o preconceito de compreender nessa consequência a totalidade ou mesmo o conjunto de um instituto do direito exterior e circunscreve a indagação do juiz aos dispositivos concretamente invocáveis para a relação presente.

* * *

149. Com o destaque da consequência chega-se, afinal, ao quarto e derradeiro episódio do funcionamento da regra de conflito. Qualificado, conectado e isolado - o preceito exterior vai ser inserido. Está presente e atuante o princípio da ordem pública. Mas como fará o juiz seu diagnóstico? Seguindo a curva dêste raciocínio, sabe êle o que não é ordem pública. Isso não basta para saber o que ela é. Deverá procurar algum critério no legislador, isto é, algum critério “a priori”? Ou terá de refluir à própria consciência e, sobre cada hipótese concreta, empreender um diagnóstico “a posteriori”? Se a primeira fórmula fôsse possível, decerto seria menos insegura, abandonaria em menor grau ao arbítrio do julgador a tranquilidade jurídica das partes, tão perigosa e constantemente ameaçada pelo abuso da ordem pública. E de fato o legislador algumas vezes acaba disciplinando setores outra férteis em dúvidas dêsse tipo. Assim aconteceu no Brasil quanto aos impedimentos matrimoniais. Silenciava a Lei de Introdução de 16. Vacilou a jurisprudência no conceder a alguns dos previstos pelo

artigo 183 do Código Civil o caráter de ordem pública. A Lei de 42 disse expressamente - “realizando-se o casamento no Brasil será aplicada a lei brasileira quanto aos impedimentos dirimentes” (art. 7.º, § 1.º). É o que os alemães chamam cláusula de reserva particular. A meu ver, o § 1.º do artigo 7.0 deixou de interessar à ordem pública. Não porque esta se afaste dos impedimentos dirimentes; pelo menos alguns deles, como os proibitivos do incesto, permanecem de ordem pública, ainda quando o casamento seja realizado fora do Brasil. Mas naquele dispositivo uma nova conexão - casamento no Brasil e uma nova consequência lei brasileira foram estabelecidos. Dispensou-se a ordem pública, ou melhor, a ela não se chegou, pelo esgotamento da regra de conflito antes de atingir a fase de sua atuação.⁴⁶

150. Outro critério proposto para o diagnóstico “a priori” da ordem pública, foi o da imperatividade da lei interna contra a qual se chocasse a exterior. Critério exorbitante, pelo qual se subtrairia ao dir int. priv. justamente a parte mais importante do seu objeto, ou sejam, aquelas normas inafastáveis pela vontade dos indivíduos, de vez que não são de mero direito dispositivo, porém flexíveis ante o jogo interespacial, que nelas encontra o seu campo mais frequente e necessário. Assim a capacidade e a vocação hereditária. Não se pode ser maior ou menor, nem estabelecer uma linha sucessória por qualquer convenção particular. Mas ambas as matérias pertencem, tradicional e universalmente, ao âmbito do estatuto pessoal, que afasta

46 FILADELFO DE AZEVEDO, com a autoridade de haver sido um dos elaboradores da atual Lei de Introdução, explica não haver sido intuito do § 1.º do art. 7.º, excluir os impedimentos dirimentes da lei domiciliar dos nubentes, mas apenas impor, além deles, os da lei brasileira. O § teria apenas concretizado a ordem pública sobre um ponto antes duvidoso. (Arquivos do Ministério da Justiça, I, 57). Essa concretização, a meu ver, elimina a ordem pública. Não há mais a preliminar de aplicabilidade da lei estrangeira, a qualificação e a conexão conduzem diretamente à lei nacional. Porém, se o eminente legislador, indo um pouco além da letra do dispositivo, dá The interpretação autêntica, no sentido de não significar a *lex loci celebrationis* quanto aos impedimentos dirimentes, mas apenas, possuir um caráter expresse de ordem pública positiva, com que se fortaleceu alguns itens do artigo 183 de nosso Código Civil, então parece lógico permanecer invocável a ordem pública sempre que se haja de importar outro impedimento dirimente previsto apenas na lei domiciliar. Dir-se-ia, pois. a) realizando-se o casamento no Brasil, respeitar-se-ão os impedimentos dirimentes da lei brasileira, ainda quando inexistentes na domiciliar (ordem pública positiva); b) - além desses, respeitar-se-ão, também, os impedimentos de qualquer tipo estabelecidos na lei domiciliar, contanto não ofendam a ordem pública brasileira (ordem pública negativa).

da mesma forma os preceitos supletivos, facultativos ou imperativos, desde que as normas importáveis não se choquem à ordem pública da lei do fóro. Nem salva o critério da imperatividade a repetida e inútil dicotomia da ordem pública em interna e internacional. Proveio ela da fonte em que MANCINI foi buscar a denominação geral para os motivos impeditivos da livre interpenetração legislativa, isto é, do artigo 6.º do Código Francês, nos termos do qual “on ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qu’intéressent l’ordre public et les bonnes moeurs”. Artigo que não significa outra coisa além de que as leis imperativas ou proibitivas se impõem à vontade das partes. Os que o redigiram certamente não imaginaram que se pudesse tirar partido desta regra interna para resolver os conflitos de leis. Uma nova idéia foi, assim, jungida pela escola italiana a um nome que já correspondia a determinado conteúdo, anterior e diferente. O resultado não poderia deixar de ser confuso, agravado pela fusão, no mesmo artigo de vários Códigos, dos dois conceitos inteiramente distintos entre si. Tal sucedeu no Código Italiano de 1865, por via dêle na Lei de Introdução Brasileira de 1916, novamente no Código Italiano de 1938 e novamente na Lei Brasileira de 1942 ⁴⁷.

47 No Projeto Primitivo, CLOVIS, colocara em dispositivos independentes a ordem pública interna e a ordem pública internacional, desdobrando ainda esta em dois artigos, um sôbre a criação e outro sobre eficácia de direitos: - 14) - “Ninguém pode derogar, por convenção, as leis que regulam a constituição da família, nem as que interessam à ordem pública e aos bons costumes”. 17) - “Serão reconhecidos no Brasil os direitos adquiridos no estrangeiro, contanto que o seu exercício não importe ofensa à soberania nacional brasileira, à ordem pública e aos bons costumes”. 18) - “Não será aplicada no Brasil lei estrangeira contrária à soberania nacional, ofensiva dos bons costumes ou diretamente incompatível com uma lei federal brasileira fundada em motivo de ordem pública”. Na Comissão Revisora CLOVIS conseguiu evitar que BULHÕES DE CARVALHO suprimisse o artigo 18, alegando estar reproduzindo o 17. Mostrou CLOVIS que no artigo 17 “o projeto aludia a fatos passados, atendia à lei em tese e cogitava dos direitos adquiridos em virtude dela; no artigo 18 figurava a lei em hipótese isto é, antes de produzir os seus efeitos no território nacional, estabelecendo-se aí as condições precípuas para que a lei estrangeira pudesse ser aplicada. Assim os casos eram diversos e não podiam ser fundidos em uma só disposição”. No Projeto Revisto, os artigos 14, 15, 16 mantinham o desdobramento original, com insignificantes alterações de forma e ordem. Na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, o relator AZEVEDO MARQUES, invocando o artigo 12 das Disposições Preliminares do Código Italiano, propôs que se fundissem os três dispositivos. CLOVIS combateu demoradamente a fusão: - “Não me posso conformar com a emenda, porque os assuntos de que tratam as duas disposições que se pretendem fundir são diversos, e devem, por isto, por um preceito de lógica jurídica, apresentar-se destacados. E’ verdade que há uma idéia que aparece

Atribui-se a BROCHER⁴⁸ a tentativa de restabelecer a distinção pelo acréscimo dos adjetivos interna e internacional. Mas se a ordem pública, dessa forma qualificada, parece haver ganho certa clareza didática, por outro lado a divisão tem sido tècnicamente combatida por enganadora ou inócua. Dizem PILLET e NIBOYET: -

“En efecto que es un orden público internacional? Esta expresión evoca la idea de un orden común a las naciones, constituyendo una verdadera regla de Derecho de gentes. En este sentido puede decirse que la piratería, la trata de esclavos e el contrabando son contrarios al orden público internacional. Pero hemos visto que el orden público, a nuestro juicio, es, por el contrario, esencialmente nacional. La terminología empleada engaña,

em ambas as disposições, mas não sendo principal e sim acessória a idéia que vem modificar a extensão da norma não deve ser o nosso guia, não deve ser o princípio determinante da fusão projetada e tanto isso é verdade que a emenda teve necessidade de forçar os conceitos lógicos para reunir em uma mesma disposição idéias que se sentem mal por se verem ajoujadas no mesmo posto”. ANDRADE FIGUEIRA e F. TOLENTINO, no seu substitutivo, propuseram também a reunião no mesmo artigo de todos os que se relacionavam com a ordem pública, porém com uma redação mais liberal que a de AZEVEDO MARQUES. Este escrevera: “Não obstante as disposições dos artigos precedentes, em nenhum caso os atos, os direitos, as convenções particulares e as sentenças, ocorridos ou adquiridos no Brasil ou nos países estrangeiros, bem como as leis dêstes últimos, poderão derrogar as leis proibitivas, ou quaisquer outras, brasileiras, concernentes à soberania nacional, às pessoas, à constituição da família, aos bens, à ordem pública e aos bons costumes”. ANDRADE FIGUEIRA demonstrou que tal redação anularia completamente o dir. int. priv.. E propôs: “Em nenhum caso as leis, os atos e as sentenças de um país estrangeiro, e as disposições e convenções privadas poderão derrogar as leis rigorosamente obrigatórias do Brasil concernentes às pessoas, aos bens e aos atos, nem as leis por qualquer modo relativas à soberania nacional e à ordem pública, política, econômica ou religiosa, à moral e aos bons costumes”. A fusão, daí em diante, prevaleceu, através numerosas emendas, na Câmara e no Senado. Resultou o artigo 17 da antiga Introdução e o mesmo artigo da atual. Creio que ambos permitem a mistura de dois conceitos diversos. Sem dúvida que os legisladores jamais pensaram em justapor as leis que não podem ser derrogadas pelos particulares e aquelas que não podem ser afastadas pela regra de dir. int. priv. e ao juiz entregaram a tarefa, não só de precisar uma e outra espécie, porém ainda de distinguí-las. Para o leitor desavisado, todavia, para o estudante, para o estrangeiro o artigo 17 apresenta a impropriedade manifesta de enlaçar duas ordens de idéias cujos motivos e conseqüências pouco possuem em comum. Vide um histórico detalhado da elaboração do artigo 17 em ESPÍNOLA e ESPÍNOLA FILHO, Tratado, VIII-C, 1650.

48 Nouveau Traité de droit international privé, 1876 n.º 141, cf. GOLDESCHMIDT, Sistema, I, 277.

pues, acerca de su contenido, siendo éste el principal defecto de la misma”.⁴⁹

151. LAINE procurou salvar a dicotomia, substituindo os adjetivos condenados e chamando ordem pública *absoluta* a que atua nas relações internacionais e ordem pública relativa a que atua nas relações internas. Mas o defeito permaneceu. Porque a ordem pública é sempre absoluta quando se manifesta. As oportunidades e objetos dessas manifestações são diversos, porém, desde que se integrem, emprestam à norma um poder inafastável. A idéia de duas ordens públicas faz pensar-dizem ainda PILLET e NIBOYET em uma praça pública onde a polícia organizasse dois serviços de ordem: -um, muito rigoroso, para os nacionais; outro, mais atenuado, para os estrangeiros; - o que não é possível, porque onde tenha de haver ordem é preciso que cada qual se acomode à mesma⁵⁰. Flagrante que todo esse debate deriva da confusão entre ordem pública e imperatividade. Esta é um conceito estranho ao dir. int. priv. e aquela, no sentido aqui adotado, é estranha ao direito interno. Nenhuma das duas foi estabelecida por qualquer legislador pensando na outra. A reunião casual e defeituosa sob o mesmo título, vulgarizou-se e hoje é inútil, quando não impossível, afastá-la. Porém, não comunicou qualquer similitude aos termos díspares. Daí o meu aplauso à terminologia alemã - cláusula de reserva - *Vorbehaltsklausel* - que, se pudéssemos introduzir em nossos hábitos de estudo, contribuiria para dissipar aquela mistura, invocando, além disso, à primeira vista, a noção interpretativa desenvolvida por estas conclusões. A doutrina francesa prefere, entretanto, dizer exceção de ordem pública, quando emprega o termo no dir. int. priv. e apenas ordem pública, quando o utiliza no direito interno. Deve-se confessar que a nomenclatura alemã é solitária e a francesa universal. Um último sintoma distintivo entre a imperatividade e a ordem pública deve ser assinalado na circunstância de que esta pode eventualmente impregnar um preceito meramente dispositivo, tudo dependendo da regra estrangeira a que se houver de opor. Se esta continha uma imposição odiosa, à qual não corresponde

49 Manuel, 407.

50 Il diritto, 290.

na lei do fôro qualquer regra imperativa ou proibitiva, mas sim uma regra facultativa, a queda por efeito da ordem pública daquela imposição abre deixa à faculdade estabelecida pela lei nacional. Além de que, ainda se se admitisse a ordem pública dita internacional como parte da ordem pública dita interna, isso em nada auxiliaria o julgador. Ele bem sabe o que as partes não podem elidir na legislação interna. Porém, de antemão, jamais pode prever quais os dispositivos estrangeiros que serão invocáveis e, portanto, quais os da sua lei que substituirão os cortados pela ordem pública.

152. Derradeiro critério apriorístico proposto para o diagnóstico da ordem pública tem sido o da heterogeneidade. Absoluto, êle conduziria ao extermínio do dir. int. priv. Relativo, constitui decerto elemento valioso, embora insuficiente. A compreensão da ordem pública em um defeito da comunidade jurídica, total ou parcial (BARTIN), completada pelas noções do mínimo de equivalência e do máximo de diferença (NIBOYET), representa um dos mais fortes jatos de luz lançados sôbre o problema. Mas são os próprios criadores da idéia que a reconhecem precária para o diagnóstico. Porque é possível que o juiz aplique uma lei estrangeira profundamente diversa da *lex fori* e rejeite outra dela bastante vizinha. Não haverá heterogeneidade maior do que a inexistência e já se viu que uma instituição desconhecida pode ser aceitável. Sem dúvida, um profundo contraste entre os preceitos legislativos torna extremamente difícil a sua comunicabilidade. É exemplo significativo o da legislação soviética frente à do mundo chamado burguês, expressões de dois sistemas políticos, jurídicos e sociais que se excluem. Uma copiosa jurisprudência em quase todos os países ocidentais põe em relêvo que êsse contraste não impõe, por si só, uma exclusão totalitária, mas apenas, observa FEDOZZI, alarga os limites normais da ordem pública e torna o juiz mais vigilante no exame das leis estrangeiras para constatar se, “in concreto”, não ferem os supremos interêsses territoriais, a despeito de pertencerem a um sistema legislativo de inspiração tão distanciada.

153. Nada existe, portanto, exteriormente, que forneça um diagnóstico objetivo, certo e constante da ordem pública. Por isso

fracassaram todas as tentativas de enumerá-las. Aliás, elas próprias trazem a marca indistigável desse fracasso, quando reservam uma classe - a maior, a substancial, aquela que realmente encerra a ordem pública - para tudo quanto não conseguem nas demais especificar. Em FIORE é o grupo das normas que velam pelos bons costumes e visam a organização social⁵¹. Em PILLET é o grupo das leis de ordem⁵². É mister, pois, renunciar a toda esperança de classificação, como acabaram fazendo os conferencistas de Haia, a princípio inclinados a fixar o que seria de ordem pública apenas em matéria sucessória. Na primeira Conferência, 1894, fez-se uma enumeração universal. Na segunda, 1900, reconheceu-se o caráter local, deixando a cada país a tarefa de estabelecer, em atos legislativos, o que fosse da sua ordem pública. Na terceira, 1904, desejou-se que os Estados participantes a definissem, não em leis, porém ao menos em um Protocolo diplomático. Mesmo desejo expresso, em 1910, pelo Instituto de Direito Internacional⁵³. Finalmente, na quarta e quinta Conferências de Haia, 1925 e 1928, desesperaram os congressistas de todo êxito enumerativo, internacional ou interno, legal ou diplomático, contentando-se em estabelecer a lei nacional do “de cujus” para reger as sucessões, *a não ser que ela seja manifestamente incompatível com os princípios da ordem pública de cada país*⁵⁴.

154. O caráter mais tenaz da ordem pública, digamos, sem paradoxo, a sua constante, é uma extrema variabilidade. E isso explica o “non possumus” do diagnóstico “a priori”. Variabilidade no espaço e variabilidade no tempo. Frágil auxílio presta ao julgador o direito comparado porque a ordem pública é diversa em cada país. Às

51 Vide n.º 47.

52 Vide n.º 35.

53 Foi esta a conclusão votada: “O Instituto expressa o desejo de que, para evitar a incerteza a que se presta o arbítrio do juiz, e o prejuízo que possa resultar para o interesse dos particulares, cada legislação determine, com a maior precisão possível, quais as disposições cuja aplicação nunca será suspensa pela intervenção de uma lei estrangeira, ainda no caso de ser esta competente para reger a relação jurídica de que se trata. Seria conveniente que cada Convênio de Direito Internacional Privado precisasse os pontos, a respeito dos quais uma disposição considerada como de ordem pública em cada país contratante, possa desvirtuar os princípios do Convênio” (apud SERRA LOPES, Comentários, III, 408).

54 Cf. SERRA LOPES, Comentários, III, 407.

vezes mesmo é antagônica, e o que expressamente se proíbe aqui, expressamente se impõe ou autoriza lá. Na Alemanha a faculdade de divorciar é de ordem pública; no Brasil, de ordem pública é a interdição do divórcio. “Verité au deçà des Pyrénées, erreur au delà” - diria PASCAL⁵⁵. Nem pode ser de outra forma. Os ideais de justiça que a ordem pública protege não são os mesmos por toda parte. Os princípios que inspiram os diversos sistemas partem de concepções filóficas, econômicas e sociais diferentes. A ordem pública faz parte da alma de cada sistema. Varia com êle, inelutavelmente, ainda que o corpo legislativo pareça idêntico. A mesma lei, que aqui é de ordem pública, ali existe sem esse caráter, num terceiro lugar é inexistente e num quarto taxativamente proibida. Dessa variabilidade espacial decorre uma localização no diagnóstico e nos efeitos da ordem pública. Não é possível considerar mais que o seu direito para saber o julgador quando ela atua. Por isso mesmo, depois que ela atua, não se pode pretender reconhecimento aos atos que condicionou senão nos lugares onde prevaleça uma igual ordem pública. E mesmo aí não se estará aceitando a ordem pública estrangeira, sim cumprindo a nacional que, eventualmente, coincide com aquela. A isto se chama a territorialidade dos efeitos da ordem pública. PILLET procurou inverter os termos da solução, sob a nome de efeito reflexo, dizendo que as decisões baseadas na ordem pública deveriam merecer respeito em toda parte, salvo onde às mesmas se opusesse uma outra ordem pública. Na prática, a diferença é insignificante. O que é de ordem pública em certo país geralmente ou tem ao seu lado ou contra si a ordem pública dos demais, raro ocorrendo que lhe seja indiferente. Desde que tal suceda, todavia, penso que o efeito é restringente. A opinião de PILLET se baseava no normalismo; êste ensaio se funda no excepcionalismo. Se a ordem pública afastou a norma competente para a excepcional defesa de um princípio peculiar à lei do fôro, parece insustentável que esse afastamento possa prevalecer onde não

55 Pensées, section, c., 464. Todo êsse famoso trecho pascaliano sôbre a instabilidade da justiça humana é aplicável, modelarmente, à noção de ordem pública: - “Porquoi me tuez-vous? Eh quoi! Ne demeurez-vous pas de l’autre côté de l’eau? Mon ami, se vous demeuriez de ce côté, je serais un assassin et cela serait injuste de vous tuer de la sorte; mais puisque vous demeurez de l’autre côté, je suis un brave, et cela est juste”. (idem).

exista o mesmo princípio. Mais exata é a distinção de NIBOYET entre nulidade dos atos concluídos em país contra a ordem pública local e inoponibilidade dos concluídos legalmente no estrangeiro, mas inadmissíveis pelo mesmo princípio. Nulidade permanente e universal. Inoponibilidade momentânea e local.⁵⁶

155. Não é menor a *variabilidade temporal* da ordem pública, dentro da mesma legislação, ora através mudança da lei, ora através mudança de opinião sobre a mesma lei. Exemplos no Brasil de cada tipo:

- A) *Mudança da lei* - O artigo 358 do Código Civil proibia reconhecimento de filhos adulterinos e o 363, combinado ao 183, VI, impedia fosse investigada judicialmente a paternidade desse tipo. O Dec.-lei 4.737, de 24/IX/1942 permitiu quer o reconhecimento voluntário quer o compulsório dos filhos havidos fora do matrimônio quando a sociedade conjugal estivesse finda pelo desquite. Em 21/X/1949 a Lei 883 estendeu essa permissão aos casos de morte natural ou presumida e aos de nulidade ou anulação do casamento (Cd. Cv. 315, 10, 481 e 482). Tanto o art. 358 como o dec.-lei 4.737 e a Lei 883 sempre foram considerados de ordem pública, daí resultando que os mesmos filhos impedidos do reconhecimento, sob um deles, apesar de sua lei pessoal o permitir, passaram, sob os outros, a poderem pleitear o reconhecimento, embora sua lei pessoal o negue.
- B) *Mudança de opinião* - O § único do artigo 315 prescrevia a indissolubilidade do matrimônio. Quanto à decretação do divórcio

56 Cours, 505. Criticando sentença francesa (Tribunal do Sena, 5/VII/1939), que decidiu sobre um contrato sem causa feito no Canadá a respeito de marcas de produtos farmacêuticos: - "Cet engagement qui n'a pas de cause est frappé de nullité", diz NIBOYET: - "Nous ne pouvons pas frapper de nullité un engagement valable dans un pays étranger et nous pouvons simplement le déclarer inopposable. Ceci n'est pas sans intérêt parce que, s'il est inopposable, et que la législation vienne à changer, on pourra s'en prévaloir, tandis que s'il est nul ce serait définitif. L'inopposabilité peut être simplement temporaire. Supposons qu'aujourd'hui la législation vienne à varier sur l'utilisation des marques de fabrique de produits pharmaceutiques: -la société canadienne pourrait se prévaloir de ses droits, elle n'aurait pas à se reconstruire; elle n'est pas nulle, son activité est simplement inopposable en France".

pela justiça brasileira, o preceito sempre se reputou de ordem pública. Porém, quanto ao reconhecimento do divórcio decretado no estrangeiro, a jurisprudência variou sem que houvesse qualquer mudança na lei. Sendo ambos os cônjuges estrangeiros, e a nacionalidade era então o critério do estatuto pessoal o STF se decidiu, ainda antes do Có digo, pela homologação total, desde o famoso acórdão de 14/1/1914, embora com os pertinazes votos vencidos de VIVEIROS DE CASTRO e HERMENEGILDO DE BARROS, que sempre se recusaram a reconhecer quaisquer efeitos ao divórcio, para êles contrários, em todos os momentos, aspectos e efeitos a ordem pública brasileira. E já sob a atual Lei de Introdução, em 12/V/1949, ainda votavam vencidos, na mesma direção, RIBEIRO DA COSTA e ABNER VASCONCELOS, homologando divórcio de estrangeiros apenas para efeitos patrimoniais. Sendo um dos cônjuges brasileiros, a divergência atingiu proporções muito mais graves. Foi o tema suscitado na Sociedade Brasileira de Direito Internacional por PEDRO LESSA e teve como relatores VIVEIROS DE CASTRO e PIRES ALBUQUERQUE. Surgiram quatro conclusões discordantes:

- 1.^a) A sentença deveria ser homologada para todos efeitos (PIRES ALBUQUERQUE, JAMES DARCY);
- 2.^a) sentença homologada para qualquer efeito (VIVEIROS DE CASTRO CARVALHO MOURAO);
- 3.^a) homologada nas para efeitos patrimoniais (JOSE MENDES, PEDRO LESSA BARROS PIMENTEL); 4.) sentença deveria homologada para todos efeitos, mas impedida mulher brasileira de convolar novas núpcias (SOLIDONIO LEITE).

STF adotou segunda opinião (recusa total), 1/X/1913, cinco (OLIVEIRA RIBEIRO, MURTINHO, CANUTO SARAIVA, AMARO CAVALCANTI), quatro (PEDRO ENEAS GALVÃO, GUIMARÃES NATAL). Reformou, entretanto, decidido, grau de meses depois, passando à terceira opinião (homologação parcial), pela mesma de cinco (NATAL, LEONI RAMOS, ANDRÉ CAVALCANTI, GALVÃO, LESSA), contra (O. RIBEIRO, CAVALCANTI, SA RAIVA, GODOFREDO

CUNHA). A sessão presidida opinião anterior teria rejeitar embargos se coubesse presidência um dos defensores da homologação, devendo ser ressaltado que GUIMARÃES NATAL sempre votou pela primeira homologação Em 4/XI/1916, bate repete, divórcio entre francês e brasileira, decretado em França. DE CASTRO, SEBASTIÃO DE LACERDA, OLIVEIRA RIBEIRO MURTINHO, recusam homologação. GUIMARÃES NATAL a concede para todos os efeitos. PEDRO LESSA, COELHO CAMPOS, ANDRÉ CAVALCANTI, SARAIVA, LEONI RAMOS. GODOFREDO PEDRO MIBIELLI concedem-na para os efeitos patrimoniais. Em 17/VIII/1917 o mesmo critério intermediário prevalece, mantendo-se vencidos VIVEIROS DE CASTRO e SEBASTIÃO DE LACERDA e votando pela homologação to tal PIRES E ALBUQUERQUE e GUIMARÃES NATAL A idêntico resultado se chega em 12/1/1918. Estava firmada a jurisprudência nacional, que o dec.-lei 4.567 iria incorporar no § 6.º de seu artigo 7.0. Todas as nuances apontadas sempre se decalcaram no mesmo motivo ordem pública. E todas elas se desenvolveram à base dos mesmos dispositivos legais. Ainda quando o princípio da indissolubilidade matrimonial foi reforçado pela Constituição de 1934, o debate prosseguiu nos mesmos termos⁵⁷. Não haverá exemplo mais frisante das variações conceptuais de um instituto entre os supremos intérpretes do seu direito.

156. Assim como da variabilidade espacial resulta a localização, da variabilidade temporal resulta a atualidade da ordem pública. Há que fazer o seu diagnóstico no *momento* da inserção. Pouco importa se já houve ou virá a existir um obstáculo de ordem pública. Basta que êle não esteja atuante quando se pratique a importação da lei estrangeira. De onde resulta que a regra hoje recusada pode amanhã ser aceita e vice-versa, sem preocupação de sincronismo entre o preceito que informou a relação e a idéia da ordem pública que o rejeite ou evite. A ordem pública não é, assim, universal no espaço nem definitiva no tempo, mas em ambos variável e, portanto, tão local quanto atual nas suas manifestações e efeitos.

57 Sobre o debate jurisprudencial e doutrinário quanto à ordem pública nos casos de divorciados vide JOÃO LUIZ ALVES, Código Civil Anotado, S. Paulo, Acadêmica, 935, I, 31; VALLADÃO, Estudos, 175, 781; ALMACHIO DINIZ - O casamento...

157. Como pode, então, o juiz saber a oportunidade e a medida em que se utilizará do extraordinário poder de abandonar a norma de dir. int. priv. do seu país em nome de princípio tão fluido e fugaz quanto o da ordem pública? Se o diagnóstico “a priori” e legislativo é impossível, o diagnóstico “a posteriori” e judicial é necessário. E a resposta, embora vaga, não pode ser outra- a ordem pública existe *quando o julgador a sentir*.

Nenhuma regra, nenhum esquema, nenhuma rigidez. Quando muito, poder-se-á colaborar no raciocínio que deve anteceder ao sentimento. Haverá casos em que êsse raciocínio é inútil; casos, por assim dizer, instintivos. Haverá outros em que sirva de preparação:

- A) Deve o juiz comparar o preceito importável com aquele de seu sistema que lhe cederá o lugar. Observação isolada quanto ao preceito exterior; mas observação de conjunto quanto ao preceito interno. O primeiro deve ser considerado independente do restante do ordenamento; e não em si mesmo, porém na tarefa que será chamado a desempenhar, não no tronco plantado em terreno estranho, mas no ramo que penetrará sobre terreno do fôro, como diria VON BAR⁵⁸. Ao passo que o dispositivo nacional afastável deve ser estudado como integrante de um organismo jurídico, perquiridas as suas origens, os seus motivos, ligações e interdependências, as repercussões do seu afastamento e da sua imposição.
- B) Depois, deve o juiz meditar sobre os resultados concretos da sentença que ditará. Como se comportarão as pessoas, como se encaminharão os acontecimentos em uma e outra hipótese, sob o dispositivo estrangeiro e sob o dispositivo nacional. E, mais do que as pessoas e acontecimentos diretamente comprometidos nesse caso - o que pensarão, o que sentirão e o que sofrerão as demais pessoas e acontecimentos sobre os quais a sentença que se possa refletir, quando mais não seja, pelo exemplo.
- C) Comparando-se as normas, observando-se as pessoas e os fatos- é que poderá emergir o sentimento da ordem pública, salvo

58 Op. cit., cf. AGO, 152.

quando, desde logo, venha por intuição. Mas essa natureza emocional, que é, por índole, rebelde a toda precisão, não significa o domínio do arbitrário. Natureza emocional não é natureza passional. O juiz, enquanto juiz, não se decide por mero capricho. Não é de ordem pública o que o juiz quer, mas o que o juiz sente, ou melhor, o que êle verifica ser o sentimento médio de seu ambiente social. E ainda que não participe, intimamente, de tal sentir, ou que dele participe a contragosto, nem por isso diminuirá o seu dever de constatá-lo e defendê-lo. Neste sentido, deve-se aceitar que não haja leis de ordem pública, mas um princípio de ordem pública, informador de certos aspectos da lei, em determinadas ocasiões. Teòricamente, não há uma só lei em que, de súbito, a ordem pública não se possa manifestar. Tudo depende da regra estrangeira a elidir. Diz-se, por exemplo, que não há matéria de mais nítida e pacífica vigência do estatuto pessoal que a de capacidade. Os dispositivos de cada país nesse terreno são cotidianamente afastados pelo jogo regular dos conflitos. Assim ocorre com o artigo 9.º do Código Civil Brasileiro quando prescreve maioridade aos 21 anos. A primeira vista, ninguém suporá que aí se possa diagnosticar a ordem pública. Porém, quando se re puta esse dispositivo flexível, é na presunção de que as normas estrangeiras reguladoras da capacidade de mantenham dentro de limites toleráveis. Isso, de fato, ocorre com os sistemas jurídicos ocidentais. A lei francesa, a alemã, a italiana, a chilena adotam a mesma idade. A suíça concede maioridade aos 20 anos, a argentina e paraguaia aos 22, a espanhola a holandesa aos 23, a austríaca e húngara aos 24, a dinamarqueza e boliviana aos 25. Mas se um litígio colocar juiz brasileiro ante lei oriental que conceda plenitude da capacidade aos oito anos, ou pelo menos nessa idade já permita atos da importância do casamento (certas leis indus) - ou sujeito as pessoas ao pátrio poder enquanto viverem os ascendentes - aquele artigo 9.º, usualmente não de ordem pública, passará imediatamente a funcionar como tal. Porque o legislador quando permitiu a introdução em seu sistema de outro limite para a incapacidade foi no intuito de evitar a injustiça que resultaria de submeter aos seus ditames pessoas vinculadas a outra pátria ou a outro domicilio. Abaixo ou acima, entretanto, de certos limites, a aceitabilidade da norma pessoal representaria maior

injustiça. E' mistér, então, sacrificar o critério em benefício do resultado. Daí ser mais correto indagar se a regra estrangeira é contra a ordem pública nacional do que se a regra nacional possui tal privilégio, em última análise sempre dependente da tarefa paralisante que houver de representar. E quando uma regra estrangeira será contra a ordem pública? E o mesmo impasse por outro caminho. A resposta há de ser a mesma: - quando o juiz a sentir. E se agora, como ainda há pouco, é sugerível um raciocínio preparador, não lhe posso dar expressão mais aproximada que neste princípio: - a norma exterior será sempre contra a ordem pública quando, no momento e no lugar de que se trate, seria inadmissível que ela emanasse do legislador. Há regras que não fazem parte de um sistema, mas poderiam fazer. Há outras que não existem nem poderiam existir, a menos que o legislador subvertesse algum critério dominante e se arriscasse a um choque na opinião pública. Mas se tal fizesse a ordem pública, em verdade, teria mudado, o que deixa intacto o raciocínio anterior. Seria, então, indispensável novo recurso ao mesmo princípio, tomando por base a nova legislação.

158. Reconheço que a ordem pública permanece uma Idéia de conteúdo inapreensível. Mas a impossibilidade de fixar o conteúdo não é razão para rejeitar a ideia. O direito conhece exemplos ilustres de regras tendo uma existência certa e um conteúdo incerto. E nenhum dos seus ramos, no último século, progrediu mais rapidamente, através de maiores incertezas, que o direito internacional privado.

VIII

**RESUMO DAS
CONCLUSÕES**

159. Resumo das conclusões:

- I) A norma típica de dir. int. priv., ou pelo menos da parte dêste que tem por objeto os conflitos de leis no espaço, se desdobra em quatro elementos: três expressos - pressuposto, conexão e consequência - e um implícito inserção. Cada qual de tais elementos exige hermenêutica particular e corresponde a uma fase distinta do funcionamento da norma. Fases que possuem ordem sucessiva necessária, sòmente atingindo a seguinte o assunto que consegue vencer a anterior.
- II) O problema da ordem pública situa-se no momento final no momento da inserção como parte integrante de toda norma de dir. int. priv. São-lhe, por isso, extranhas as matérias que, não vencendo a etapa da qualificação, recaem desde logo no âmbito do direito interno, ordinário e direto, ou aquelas que, após qualificadas, são conduzidas pelo elemento conectivo à competência da “lex fori”.
- III) A impossibilidade de qualificar o direito público em qualquer dos pressupostos, cuja interpretação não comporta mais que referências ao direito privado, liberta a ordem pública de com êle se confundir, no todo ou em parte.
- IV) Há um grupo de assuntos que não podem desde logo ser qualificados, ainda quando atinentes ao direito privado; são as instituições desconhecidas. Para incluí-las em algum pressuposto é forçoso recorrer ao direito comparado, depois do que a norma prossegue em seu mecanismo. Se, afinal, a instituição desconhecida for incompatível com a ordem pública não será inserida. Se com patível, em princípio, deve sê-lo, podendo, todavia, ocorrer impraticabilidade técnica.
- V) A conexão dissocia da ordem pública as idéias de territorialidade e fraude à lei, por que em ambas, entregando a competência à lei do fôro, deixa exaurida a tarefa da norma de conflito.
- VI) Na fase da consequência o juiz deve individualizar tão somente o dispositivo estranho importável, abstraindo os demais. Daí resulta a possibilidade da importação de um conceito,

decorrente de outro que seria intolerável. Também resulta que, se apresentando a norma estrangeira sob diferentes modalidades, funciona a ordem pública de diferentes maneiras, contanto exerça seu papel impeditivo.

- VII) Individualizado o dispositivo a inserir, chega o momento exato para o diagnóstico da ordem pública. É inviável estabelecê-lo “a priori”, pelo legislador. Somente o juiz, no caso concreto, pode chegar a um diagnóstico “a posteriori”. Impossível fixar regras para essa tarefa, mas apenas raciocínios auxiliares, pelos quais se atinge sempre a mesma conclusão: - constitui a ordem pública um sentimento rebelde à concretização vocabular, nem por isso menos forte, útil e inviolável.

LEGISLAÇÃO

(Principais dispositivos legais ou convencionais sôbre a ordem pública - Ordem alfabética de países)

ALEMANHA - (Lei de Introdução, promulgada juntamente com o Código Civil, em 18/VIII/1896, em vigor desde 1.º/1/1900)

Art. 30 - A aplicação de uma lei estrangeira não tem lugar se ela é contrária aos bons costumes ou ao fim de uma lei alemã.

No mesmo sentido o § 328, n.º 4 da L. E. C. (reconhecimento de sentenças estrangeiras) e o artigo 138 do Código sobre nulidade dos atos jurídicos contrários aos bons costumes.

ARGENTINA - (Código Civil publicado em 29/IX/1869, vigorando desde 1.º/1/1871).

Art. 14 Las leyes extranjeras no serán aplicables:

1.º) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la Republica; a la religion del Estado; a la tolerancia de cultos o a la moral y bue

2.º) nas costumbres; Cuando su aplicación fuera incompatible con el espíritu de la legislación de este Código;

3.º) Cuando fueren de mero privilégio;

4.º) Cuando las leyes de este Código en colisión con las leyes extranjeras fueren más favorables a la validez de los actos.

O ante-projeto BABILONI conserva o artigo 14 e a Comissão Reformadora do Código Civil propôs o seguinte:

Las leyes extranjerias no serán aplicables:

1.º) - Cuando se opusieren al derecho público a la moral o a la buenas costumbres;

2.º) - En caso de ser incompatible con el espíritu de este Código;

3.º) - Si fueren de mero privilegio; 4.0) Siempre que las leyes del país, en oposición con aquéllas favorecieren la validez de los actos.

BÉLGICA - Em vigor o Código Francês desde 3/IX/1807.

BOLIVIA - (Código Civil de 22/X/1830, em vigor desde 22/III/1831, revisto em 1906).

Art. 5.º - Las leyes que interesen al orden público y á las buenas costumbres no se pueden renunciar por convenios particulares.

BRASIL - (Lei de Introdução ao Código Civil, dec.-lei 4.657, de 4/IX/1942).

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.

Lei de introdução anterior (desde 1º/1/1907), art 17: -

As leis, atos e sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Código do Processo Civil (dec.-lei 1.608, de 18/IX/1939), art. 792:

Não obstante satisfeitos os requisitos do artigo antecedente, as sentenças não serão homologadas se contiverem decisão contrária à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. (Reproduzido Regimento Interno do S. T. F., 1940, art. 159).

O decreto 6.892, de 27/VII/1878 (homologação de sentenças estrangeiras), art. 2; a Lei 221, de 24/XI/1895, art. 12, § 4.0, n.º 5 (idem) e a Consolidação das Leis do Processo Federal, art. 9.0, 5.a parte (idem). estabeleciam o princípio de que não poderiam ser homologadas para

ter execução no Brasil as sentenças estrangeiras “si contivessem decisão contrária à ordem pública ou ao direito público interno.

Esbôço de TEIXEIRA DE FREITAS, art. 5.º:

“Não serão aplicadas as leis estrangeiras:

1.º) - Quando sua aplicação se opuser ao direito público e criminal do Império, à religião do Estado, tolerância dos cultos, e à moral e bons costumes.

2.º) - Nos casos em que sua aplicação for expressamente proibida neste Código ou for incompatível com o espírito da legislação dêste Código.

3.º) - Se forem de mero privilégio.

4.º) - Quando as leis dêste Código em colisão com as estrangeiras forem mais favoráveis à validade dos atos.

Projeto NABUCO DE ARAÚJO, art. 61 do Título Preliminar: -

“As leis, os julgamentos, os atos e contratos havidos em país estrangeiro em nenhum caso valerão no Império, sendo contrários às leis de ordem pública, ou ao direito público do Brasil ou às suas leis proibitivas”.

Projeto FELICIO DOS SANTOS, art. 45 (edição de 1882): -

“Não obstante as disposições dos artigos precedentes, as leis, os julgamentos, os atos e contratos, havidos em país estrangeiro, em nenhum caso valerão no Brasil, sendo contrários às leis proibitivas do Império (da República, na edição oficial de 1891, art. 48), ou de interesse e ordem pública”.

Projeto COELHO RODRIGUES, art. 17 da Lei Preliminar: -

“Não será aplicada no Brasil lei estrangeira contrária aos princípios constitutivos da unidade da família e da igualdade da família; ou à lei federal positiva e absoluta”.

Projeto Primitivo de CLOVIS BEVILAQUA art. 17: -

“São reconhecidos no Brasil os direitos adquiridos no estrangeiro, em virtude de um ato praticado no estrangeiro, segundo a lei estrangeira, contanto que o seu exercício não importe ofensa à soberania nacional brasileira, à ordem pública e aos bons costumes”.

Art. 18 - “Não será aplicada no Brasil lei estrangeira contrária à soberania nacional, ofensiva aos bons costumes ou diretamente incompatível com uma lei federal brasileira fundada em motivo de ordem pública”.

CÓDIGO BUSTAMANTE (VI Conferência Panamericana, Havana, 1928).

Art. 3.º - “Para o exercício dos direitos civis e para o gozo das garantias individuais idênticas, as leis e regras vigentes em cada Estado contratante consideram-se divididas nas três categorias seguintes: -

I. As que se aplicam às pessoas em virtude do seu domicílio ou da sua nacionalidade e as seguem, ainda que se mudem para outro país, denominadas pessoais ou de ordem pública interna;

II. As que obrigam por igual a todos os que residem no território, sejam ou não nacionais, denominadas territoriais, locais ou de ordem pública internacional.

III. As que se aplicam somente mediante a expressão, a interpretação ou a presunção da vontade das partes ou de alguma delas, denominadas voluntárias, supletórias ou de ordem privada”.

Art. 4.º) - Os preceitos constitucionais são de ordem pública internacional.

Art. 5.º) - Todas as regras de proteção individual e coletiva, estabelecidas pelo direito político e pelo administrativo, são também de ordem pública internacional. salvo o caso de que nelas expressamente se disponha ao contrário.

Art. 8.º) - Os direitos adquiridos segundo as regras deste Código têm plena eficácia extraterritorial nos Estados contratantes. salvo se se

opuser a algum de seus efeitos ou consequências uma regra de ordem pública internacional.

Além destes dispositivos gerais, incluídos no Título Preliminar, o Código BUSTAMANTE seguiu o método de especificar, em cada capítulo, os dispositivos de direito interno que os signatários deveriam reputar de ordem pública internacional. Alguns exemplos dêsse método: -

Art. 72: - São de ordem pública internacional as disposições que determinem a natureza e os limites da faculdade do pai de corrigir e castigar e o seu recurso às autoridades, assim como as que o privam do pátrio poder por incapacidade, ausência ou sentença.

Art. 90: - São de ordem pública internacional os preceitos que obrigam o Ministério Público ou qualquer funcionário local a solicitar a declaração de incapacidade de de mentes e surdos-mudos e os que fixam os trâmites dessa declaração.

Art. 91: - São também de ordem pública internacional as regras que estabelecem as consequências da interdição.

Art. 117: - As regras gerais sobre propriedade e o modo de a adquirir ou alienar entre vivos, inclusive as aplicáveis a tesouro oculto, assim como as que regem as águas do domínio público e privado e seu aproveitamento, são de ordem pública internacional.

Art. 118: - São de ordem pública internacional as disposições que não admitem o testamento mancomunado, o ológrafo ou o verbal e as que o declarem ato personalíssimo.

ESPAÑA (Código de 24/VII/1889).

Art. 11.º, “in fine”: - “.. no obstante lo dispuesto en este artículo y en el anterior las leyes prohibitivas concernientes a las personas, sus actos e sus bienes, y las que tienen por objeto el orden público y las buenas costumbres, no quedarán sin efecto por leyes o sentencias dictadas ni por disposiciones o convenciones acordadas en país extranjero”.

FRANÇA (Código Civil de 21/III/1804).

Art. 3.º) - Les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire.

Art. 6.º) - On ne peut pas déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs”.

GUATEMALA (Código de 8/III/1877).

Art. 20) - No obstante, las leyes extranjerias no serán aplicables cuando se opongan a las leyes de orden público.

Art. 21) No se dará cumplimiento a sentencias extranjerias que fueren contrarias a las leyes proibitivas, a las de orden público y buenas costumbres.

GRÉCIA - (Lei de 29/X/1856).

Art. 8.º - Os tribunais gregos não poderão em nenhum caso fazer applicação das leis estrangeiras contrárias às leis nacionais de ordem pública ou relativas a instituições não reconhecidas pela lei grega.

HOLANDA (Lei de 15/V/1829).

Art. 8.º - Les lois penales et les ordonnances de police sont obligatoires pour tous ceux qui se trouvent sur le territoire du royaume.

ITALIA - (Código de 1938, Disposizioni sull'applicazio ni delle leggi in generale).

Art. 31 Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti in nessun caso le leggi e gli atti di un stato estero, gli ordinamenti e gli atti di qualunque istituzione o ente, o le private convenzioni possono avere effeto nel Regno quando siano contrari all'ordine pubblico o al buon costume”.

JAPÃO - (Lei de 15/VI/1898).

Art. 30 - Mesmo quando competente a lei estrangeira não se aplicará se as suas disposições forem contrárias à ordem pública e bons costumes.

MEXICO - (Código Civil de 30/VIII/1928).

Art. 8.º) - Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario.

MONTENEGRO - (Código Civil de 1900).

Art. 8.º) - No saranno in verum modo riconosciute dai giudizi montenegrini le leggi straniere, qualora fossero contrarie alle leggi montenegrini in riguardo all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza. E non vi saranno applicate neppure quelle che fossero contrarie ai buoni costumi (art. 785) o che favorissero qualche istituzioni inumana (per esempio da schiavitù) que non viene tollerata nel Montenegro.

PERU - (Código Civil de 14/XI/1936).

Art. X do Título Preliminar: - Las leyes extranjeras no son aplicable cuando son contrarias al orden público y a las buenas costumbres.

PORTUGAL - (Código Civil de 1/VII/1867).

Art. 10 - Os atos praticados contra a disposição da lei, quer esta seja proibitiva, quer perceptiva, envolvem nulidade, salvo nos casos em que a mesma lei ordenar o contrário.

§ Único - Esta nulidade pode, contudo, sanar-se pelo consentimento dos interessados, se a lei infringida não for de interesse e ordem pública.

-Código Comercial de 1887, art. 12: - A capacidade contratual dos portugueses quando contratam obrigações mercantis em país estrangeiro e a dos estrangeiros quando as contratam sobre o território português serão reguladas pela lei nacional de um ou outro, salvo a respeito dos últimos quando esta lei seja contrária ao direito público português.

PORTO RICO - (Código espanhol desde 31/VII/1889).

POLÔNIA- (Lei de 2/VIII/1926).

Art. 38 - Les dispositions des lois étrangères ne sont pas applicables en Pologne lorsqu'elles se heurtent soit aux principes essentiels de l'ordre public en Pologne, soit aux bonnes moeurs.

SUIÇA - (Código Civil de 1907).

Art. 2.º - Les règles du code civil établies dans l'intérêt de l'ordre public et des moeurs sont applicables, dès leur entrée en vigueur, à tous les faits pour lesquels la loi n'a pas prévu d'exception.

TRATADO DE LIMA (1878).

Art. 54 - Las leyes, sentencias, contratos y demás atos jurídicos que hayan tenido origen en país extranjero sólo se observarán (en otro país) en cuanto no sean incompatibles con su constitución política, con las leyes de orden público o con las buenas costumbres.

TRATADOS DE MONTEVIDÉU (1889).

Protocolo Adicional, art. 4.º) - Las leyes de los demás Estados jamás seran aplicadas contra las instituciones políticas, las leyes de orden público o los buenas costumbres del lugar del proceso (Reproduzido no Projeto de 1940).

URUGUAI - (Código Civil de 23/1/1868).

Art. 2.404: - No se aplicará en nuestro país, en ningún caso, las leyes que se oponga a principios esenciales de orden público.

U. R. S. S. - (Código Civil da R. S. F. S. R., de 31/X/1922).

Art. 1.º - A lei protege os direitos civis, exceto nos casos em que se exercerem contrariamente à sua finalidade econômica ou social.

Código de Navegação Marítima (14/VI/1929).

Art. 4, “in fine”:- Nos casos onde em virtude deste artigo as regras do Código de Navegação não possam ser aplicadas, os tribunais da URSS e das Repúblicas federadas poderão aplicar as leis estrangeiras na medida em que elas não sejam contrárias aos princípios da ordem soviética.

VENEZUELA - (Código Civil de 13/VII/1922).

Art, 6.º) -No pueden reunirse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres.

BIBLIOGRAFIA

AGO (Roberto) - internazionale vato, Milano, Giuffrè Editore, 1948. ALMACHIO DINIZ O casamento dos desquitados no Brasil, Paulo, Cia. Ed. Nacional, 1935.

ALMACHIO DINIZ -O casamento dos divorciados e desquitados no Brasil, S. Paulo, Cia Ed. Nacional, 1935.

ARMINJON (Pierre) droit internationalI/II, ed., Paris, 1947.

ARMINJON (P.), NOLDE (Baron Boris) (Martin) Traité de droit comparé, Paris, braire Générale, 1950.

ARMINJON (P). Précis privé commercial, Paris, Dalloz, 1948.

AZULAY (F.) - Os fundamentos do direito comparado, Rio, "A Noite", data.

BALLADORE PALLIERI (G). Diritto Internazionale Privato, Milano, Giuffré, 1950.

BALMACEDA CARDOSO- Ensaio de uma sistematização científica direito internacional privado,Rio, F.Bastos, 1942.

BARTIN (Etienne)- Principes droit international privé selon la loi et jurisprudence françaises,

Paris, Domat-Montchrestien, (1930), (1932), (1934).

BATEMAN (Henri) - regime matrimonial de bens no direito internacional privado trad. Fernando Miranda, Paulo, Liv. Acadêmica, 1941.

BATIFFOL (Henri) - Traité élémentaire droit international privé, Paris, Libraire Générale, 1949.

BELFORT DE MATOS Dalmo Fairbanks) - L'expérience du Code Bustamante celle traités de Montevideo en Amérique Latine Paulo, 1948.

BARNES BECKER- História del pensamiento social trad. Vicente Herrero, I, II México, 1942.

BEVILAQUA (Clovis) - Princípios elementares de direito internacinal privado, 4.^a ed., F. Bastos, 1944.

BEVILAQUA (Clovis) - Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado, Recife, Boulitreau, 1893.

BEVILAQUA (Clovis) - Código Civil Comentado, Rio, F. Bastos, 1944.

BOURDEAUX (Henry) - Code Civil annoté d'après la doctrine et la jurisprudence, Paris, Dalloz, 1939..

BUSTAMANTE (Antonio Sanchez de B. y Sirven) -Derecho Internacional Privado (I, II, III), 2.a ed., Habana, Cultura S/A., sem data.

CARABIBER (Charles) - Les juridictions internationales de droit privé, Neuchatel, ed. de la Baconnière, 1947.

CAVAGLIERI (Arrigo) - Lezioni di diritto internazionale privato, 3.a ed., Napoli, Ed. Rondinella, 1933.

DAZA (Julio Oroza) - Matrimonio y divorcio en latino America, B. Aires, ed. Huargues, 1946.

DESPAGNET (Frantz) - Précis de droit international privé, 1.^a ed., Paris, Recueil Sirey, 1909.

DE VOS (Léopold) - Le problème des conflits des lois, (I, II), Bruxelles, ed. Bruylant, 1947.

DIENA (Giulio) - I diritti reali considerati nel diritto internazionale privato, Torino, Unione tipografica, 1895.

DOVE (Emil) - Los grandes problemas del derecho internacional privado, Barcelona, Bosch, 1947.

ESPINOLA (Eduardo) - Elementos de direito internacional privado, Rio, Jacinto, 1925.

ESPÍNOLA (Eduardo) - e ESPINOLA FILHO A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (I, II, III), Rio, F. Bastos, 1944.

ESPINOLA (Eduardo) - e ESPINOLA FILHO - Do Direito Internacional Privado Brasileiro (VII, VIII, VIII-B e VIII-C do Tratado de Direito Civil Brasileiro), Rio, F. Bastos, 1941.

FEDOZZI (Prospero) - Il diritto internazionale privato (IV do Trattato di diritto internazionale in collaborazioni di vari autori, per cura di Prospero Fedozzi e Santi Romano), 2.^a ed., Padova, Cedam, 1939.

FIORE (Pasquale) - Derecho Internacional Privado, trad. Vicente Romero y Giron, 2.^a ed., Madrid, ed. Góngora, 1889.

FRANCESKAKIS (Ph.) - Exposé du droit international privé américain (Restatement of the conflict of laws), Paris, Sirey, 1948.

CASTILLO (Joaquín) - Institución Desconocida derecho internacional privado, Madrid, Reus, 1947. GOLDSCHMIDT (Werner) consecuencia de la norma del derecho internacional privado, Barcelona, 1935.

GOLDSCHMIDT (Werner) - Sistema del derecho internacional privado II), Barcelona, Bosch,

(Maurice) Principio de derecho público constitucional, Ruiz del Castillo, Madrid, Reus, 1927.

HAURIOU (Maurice) - Principio de derecho público y constitucional, trad. Carlos Ruiz del Castillo, Madrid, ed. Reus, 1927.

HORÁCIO DE CASTRO - Princípios derecho soviético - Madrid, ed. Reus, 1934.

JHERING (Rudolf von) - Evolução do Direito, Bahia, ed. Progresso, 1950.,

JHERING (Rudolf von) - L'esprit droit romain, trad. Meulenare, JITTA (Josephus) La méthode du droit international privé, Haia, Belifante Frères, 1890.

KELLY (Otávio) - Interpretação do Código Civil Supremo Tribunal Federal (I,II), Rio, Gráfica Mauá, 1944.

KUHN (Arthur K.) - Comparative commentaries on private international law or conflict of laws - York, Macmillan, 1937.

LA GRASSERIE (Raoul de la) - Code Civil Allemand, 2.^a ed., Paris, ed. Pedone, 1901.

LASSALLE (Ferdinand) - Théorie systématique des droits acquis, Paris, V. Giard E. Prière, 1904 (I, II).

LEREBOURS-PIGEONNIERE - Précis de droit international privé, 5.^a ed., Paris, Dalloz, 1948.

LEPAULLE (Pierre) -Le droit international privé - Ses bases, ses normes et ses métholes, Paris, Dalloz, 1948.

LOUSSOUARN (Yvon) - Les conflits de lois matière sociétés, Paris, Sirey, 1949.

MAKAROV (A. N.) - Précis de droit international privé d'après législation la doctrine Paris, Marcel Girard, 1932.

MONACCO (Ricardo) - Manuale di diritto internazionale pubblico e privato, Torino, Ed. Torinese, 1949.

MORELLI (Gaetano) - Lezioni di diritto internazionale privato, Padova, Cedam, 1946.

NIBOYET (J. P.) - Cours de droit international privé français, Paris, Sirey, 1949.

NIBOYET (J. P.) - Traité de droit international privé français (I/VI), Paris, Sirey, 1947.

NUSSBAUM (Arthur) - Principios de derecho internacional privado, trad. Alberto Schoo, B. Aires, ed. Dapalma, 1947.

NUSSBAUM (Arthur) Historia del derecho internacional, trad. Francisco Javier Osset, Madrid, ed. Revista de derecho privado, 1949.

PASCAL (Blaise) - Pensées et opuscules, Paris, Hachette, 1932.

PILLET (Antoine) - Principes de droit international privé, Paris, ed. Pedone, 1903.

PILLET (A.) - Le régime international de la propriété industrielle, Paris, Sirey, 1911.

PILLET (A.) e NIBOYET (J. P.) - Principios de derechos internacional privado, trad. Andres Rodrigues Ramon, 2.^a ed., Madrid, ed. Reus, 1928.

MAYR (Robert von) - Historia del derecho romano, trad. Wenceslao Roces, 2.^a ed., Barcelona, Labor, 1930, I e II.

MAZEAUD (Henri) - Guide de conférences et exercices pratiques Droit International Privé - Paris, Sirey, 1942.

MAXIMILIANO (Carlos) - Hermenêutica e Aplicação do Direito, Rio, F. Bastos, 1942.

PERTICONE (Giacomo) - Lezioni di storia e teoria del diritto internazionale, Roma, ed. Ateneo, 1949.

PIOTTI (Celestino) - El regimen matrimonial de bienes en el derecho internacional privado, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1948.

PONTES DE MIRANDA - Tratado de direito internacional privado, Rio, José Olímpio, 1935 (I, II).

RECUEIL D'ÉTUDES, en l'honneur d'Edouard Lambert (Introduction à l'Étude du Droit Comparé), Librairie Générale, Paris, 1948.

RODRIGO OTÁVIO - A Codificação do direito internacional privado, Porto, Magalhães & Moniz, 1910.

RODRIGO OTAVIO - Dicionário de direito internacional privado, Rio, Briguiet, 1933.

RODRIGO OTÁVIO - Direito Internacional Privado (Parte Geral), Rio, F. Bastos, 1942.

- ROMERO DEL PRADO (Vitor N.) - Manual de derecho internacional privado (I, II), B. Aires, ed. La Ley, 1944.
- ROUBIER (Paul) - Les conflits des lois dans le temps, Paris, Sirey, 1933.
- SAVATIER (René) - Cours de droit international privé, Paris, L. Générale, 1947.
- SAVIGNY (F. C. von) - Traité de Droit Romain, trad. Ch. Guenoux (I/VIII), Paris, Firmin Didot Frères, 1851.
- SCHOO (Alberto D.) - Regimen juridico de las obligaciones monetarias internacionales, B. Aires, Kraft Ltda., 1940.
- SERPA LOPES (Miguel Maria) - Comentário Teórico Prático da Lei de Introdução ao Código Civil (1, II, III), Rio, Jacinto, 1943.
- TENÓRIO (Oscar) - Estudo sobre a substância dos testamentos em direito internacional privado, Rio, Artes Gráficas, 1936.
- TENÓRIO (Oscar) - Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, Rio, Jacinto, 1944.
- TENÓRIO (Oscar) - Direito Internacional Privado, 2.^a ed., Rio, F. Bastos, 1949.
- TITO FULGENCIO - Synthesis de direito internacional privado, Rio, F. Bastos, 1937.
- VALLADÃO (Haroldo) - Estudos de direito internacional privado, Rio, José Olímpio, 1947.
- VALLADÃO (Haroldo) - O ensino e o estudo do direito especialmente do direito internacional privado no Velho e no Novo Mundo, Rio, Rev. Trib., 1940.
- VAREILLE-SOMMIÈRES - La Synthèse du droit international privé (I, II), Paris, Cotillon, 1897.
- VERPLAETSE (Julien) - La fraude à loi en droit international privé, Paris, Sirey, 1938.
- WEISS (André) - Traité théorique et pratique de droit international privé (I/V), 2.^a ed., Paris, Sirey, 1907.
- WESTLAKE (John) - A treatise on private international law, 4.^a ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1905.
- WOLFF (Martin) - Derecho Internacional Privado, trad. José Revira y Ermengol, Barcelona, ed. Labor, 1936

YORIO (Aquilles) - La sucesion y su personalidad en nuestro derecho, B. Aires, ed. Ateneo, 1942.

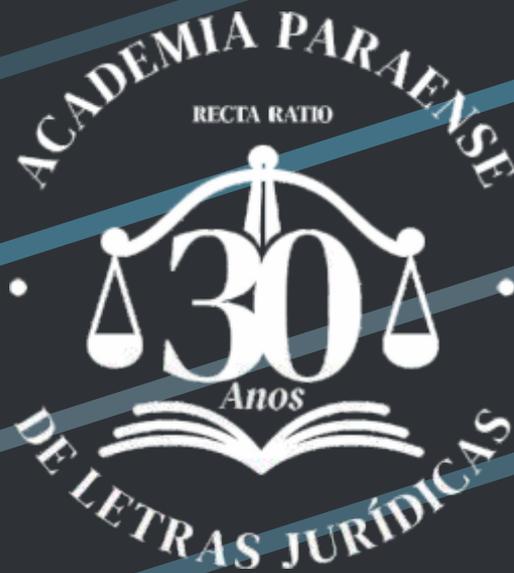
NOTA - Há fontes citadas no texto e aqui não incluídas, porque o contacto com elas foi indireto. Há outras incluídas e não citadas, porque influíra no pensamento em geral, sem exigir transcrição. Abstive-me de referir obras gerais de direito, cujo vínculo com o ensaio está implícito.

* * *

Observação sobre as notas de rodapé

Naquilo em que não forem apenas referências bibliográficas, estas notas devem ser consideradas integrantes do texto, dele destacadas porque o o seu conteúdo é subsidiário, não substancial, às conclusões do ensaio.

Foi membro da Academia Paraense de Letras, de Letras Jurídicas, do Instituto Histórico e Geográfico do Pará, Conselho Estadual de Cultura, União Paraense de Juristas Católicos. Em todas as suas atividades primou pelo testemunho de uma vida exemplarmente ética, na observância dos rígidos preceitos da Moral e da Justiça, sendo incansável na busca e divulgação do conhecimento. Além da cátedra de Direito Internacional Privado, foi professor Titular de História Moderna e Contemporânea da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Pará (1953 a 1970); professor Emérito da Universidade Federal do Pará (1970); professor de Direito Agrário e Ambiental em cursos de pós-graduação da UFPA e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Foi membro da Comissão que elaborou o anteprojeto do Código Judiciário do Estado do Pará; relator da Comissão do Anteprojeto de Lei de Terras do Estado do Pará; membro da Comissão Nacional do Ministério da Justiça coordenadora da implantação dos juízes agrários instituídos pela Constituição de 1988; autor da Emenda incluída na Constituição do Pará de 89 quanto à criação da Justiça Agrária, Ambiental e Mineraria, consultor Geral do Estado (1966 a 1969), entre outros importantes cargos. Faleceu em 24 de junho de 2005.



ISBN 978-65-992758-5-2



9 786599 275852