

Conteúdo Ético-Internacional do Direito Internacional Privado

OSIRIS ROCHA

SUMARIO: 1. A questão. 2, Direito, norma e sentimento jurídico. 3, Direito, Justiça e Lei. 4, Fatores determinantes do Direito Internacional Privado. 5, Fatos e elementos internacionais. 6, Influência internacional na elaboração das normas de Direito Internacional Privado. Limites nacionais. 7, Sentido dessa influência. 8, Contribuição dos Tratados e Convenções. 9, A Justiça Internacional. 10, Conclusão

1. — Que sentido tem, ou pode ter, a palavra “internacional” na expressão “Direito Internacional Privado”? Estaremos, realmente, diante de um ramo do “Direito das Gentes”,¹ ou há razões para não acreditar em puros e simples internacionalismos? Qual é o elemento extra-nacional ventilado nos casos que exigem, na sua apreciação, utilizar-se das regras dêste setor do Direito?

Já se disse² que a expressão “Direito Internacional Privado” só se não substitui por falta de melhor. Mas, é incontestável que algum motivo deve ter provocado o seu aparecimento, a sua adoção pela maioria dos autores e, de qualquer forma, a despeito dos esclarecimentos doutrinários, a sua inclusão no linguajar jurídico-legal de grande número de países.

Aqui discutiremos tais facetas, apenas acrescentando ao assunto o mais desvalioso dos raciocínios.

2. — A primeira fonte de confusões se encontra, sem dúvida, na noção de qual seja o tributo pago pela norma jurídica ao embasamento social que lhe deu origem e ao qual

se destina a servir. De fato, se é verdade que todo Direito tem raízes sociais, neste sentido de que é produto humano destinado a regular certas relações, com vistas a um determinado ideal de Justiça,³ e que só surge na sociedade humana,⁴ é verdade, também, que há diferenças fundamentais entre os impulsos sociais que determinam o aparecimento das normas jurídicas e estas mesmas. A lição de RECASENS SICHES é inatacável ali onde, seguindo Kelsen, acentua a separação que a norma efetiva entre ela mesma e a realidade anterior que a exigia.⁵ De fato, a lei (que é a norma jurídica por excelência), na sua casuística, na sua especificidade pragmática, na sua legitimidade constitucional, é a mais perfeita afirmação do sentimento jurídico atuando objetivamente em busca do ideal de Justiça em certos tempo e lugar.

Mas, é preciso notar que aquêle *sentimento* em nada se confunde com a lei, nem a suplanta; apenas, quando necessário, poderá ser historicamente pesquisado para, por exemplo, esclarecer a amplitude reguladora daquela.⁶

3. — Outro aspecto básico, como preliminar aparentemente distanciada dos temas estritamente de Direito Internacional Privado mas, sem dúvida, participando dos alicerces de qualquer construção jurídica,⁷ é a que se refere à distinção entre Direito, Justiça e Lei. De fato, costuma-se proceder a uma identificação de ordem intelectual entre êstes três elementos. Pensam, alguns, sempre, em Direito Justo, enquanto a Lei consubstanciaria todo o conteúdo do jurídico, conduzindo, ao demais, como conseqüência, a Justiça.

E nada mais tão enganoso. Autores de maior gabarito⁸ já vêm reelaborando os pontos básicos de uma compreensão muito mais fácticamente fiel à realidade. O Direito, bem entendido, é conjunto de normas que visam a possibilitar, quando necessária, a apreciação judicial dos fatos, corporificando, é certo, um ideal de Justiça mas, com objetivo, incontestavelmente, de impedir o arbítrio do julgador e propiciar aos cidadãos uma indispensável margem de previsão do que será decidido pela autoridade jurisdicional. A lei, como norma regularmente emitida pelas autoridades constituídas e reco-

nhecidas, será, por certo, o melhor critério, o mais definido, o mais seguro. Mas, para utilizar a linguagem notável de BENJAMIN CARDOZO, também ela se destina a ser um dos ingredientes de que o juiz se utilizará para decidir as espécies particulares.

O conceito de Justiça é, eminentemente, filosófico. Apesar disto, casa-se, à perfeição, com aquêle do jurídico. Apenas, cumpre ressaltar, dentro da precisa síntese de RECASENS SICHES, que a noção do justo é bússola, enquanto o Direito é meio. Assim, por êste, os homens buscam realizar seus anseios de Justiça. Mas, nem sempre os alcançarão, ou, por vêzes, suas tentativas se devam cobrir de insucesso, regulando mal as relações humanas. Tudo isto será, juridicamente possível, tanto quanto o será falar de Direito injusto.⁹

4. — Estabelecidas essas preliminares, podemos iniciar o exame daquela palavra “internacional”, da expressão “Direito Internacional Privado”. O primeiro passo poderá ser o de especificar quais foram os fatores pragmáticos que determinaram o aparecimento de tal Direito nas ordens jurídicas mundiais. E, nisto, há o acôrdo mais generalizado, porque todos dão como razões justificadoras do Direito Internacional Privado:

- a) coexistência de Estados soberanos;
- b) jurisdições independentes de cada um dêles;
- c) relações humanas estabelecidas por pessoas residentes em jurisdições diversas;
- d) falta de um Estado universal que impusesse legislação, execução e aplicação de uma lei única, ou, ao menos, supraestatal.

Malfadadamente, a partir mesmo da colocação do problema, se iniciaram os desencontros e os desenganos. De fato, reconhecendo todos — ainda que por fundamentos diversos — que todo fato humano deve poder ser objeto de apreciação judicial, alguns se esqueceram de que essa é função, unicamente, de autoridades que só encontram base nas próprias soberanias que são internas, autóctones e autocráticas. Dêsse

esquecimento foram surgindo os resultados infiéis que falam de “internacional”, com característicos supraestatais, onde só uma parcela tem, ou pode ter, sintomas intersistemáticos.

Amiudemos a crítica: é hoje, ainda mais, fato comum o negócio chamado “internacional”, com pessoas dos mais diversos países entrando em relação obrigacional, quantas vezes, inclusive, sem sequer se remover de seu domicílio. Ora, o Direito existe, sempre, como regra para o que há ou dá evidências de vir a ser próximo. Por isto, assim que tais negócios se incrementaram, fêz-se o apêlo ao legislador para que emitisse normas apropriadas¹⁰ e êste, através do tempo, nas várias regiões do mundo, não se fêz de rogado, contando-se, atualmente, com regras legisladas de Direito Internacional Privado em quase tôda parte.¹¹

Na justificativa a tais apêlos é que se encontra a grande divergência. De um lado, aquêles aos quais lhes parece que o atendimento regulador apenas obedeceu a uma ordem do superior, primacial, subjugante Direito Internacional.¹² De outro, os que reconhecem, chãmente, que não existem legislador, executor ou juiz supraestatais¹³ e que afirmam a interioridade de tais normas e de suas conseqüências.

5. — Haverá, incontestavelmente, *influências* de nítido sentido internacional sôbre tal matéria. E nada mais natural. Está-se tratando de fatos que, no mais das vezes, se originam de relações mantidas por pessoas submetidas a mais de uma soberania estatal. Tais detalhes influem, realmente, nas soluções apontadas para cada hipótese e nem poderia ser de outra forma. Se se adota, por exemplo, o princípio da nacionalidade ou o do domicílio, é porque se julga que um dêles corresponde melhor ao anseio de Justiça da legislação. Êste anseio, como é óbvio, se nutrirá, mais ou menos, da influência internacional que possa existir sôbre as opiniões generalizadas a propósito de qual o princípio mais justo. No entanto, note-se que tôda a possível *opinio necessitatis* de índole internacional não tem o condão de alterar a natureza nacional do Direito Internacional Privado e suas regras. Assim, tem sido hoje internacionalmente admitido que todo

indivíduo deva ser pessoa. Contudo, apesar de que, talvez, nenhuma nação se aventure a negar tal prerrogativa (sob nítida influência internacional) continua a atribuição da personalidade como função específica de cada ordem jurídica, independente de seu exercício pelas outras ou por qualquer outra e a despeito de todos os esforços internacionais que a propósito se possam despende.¹⁷ O respeito internacional dos direitos adquiridos, pedra de toque da doutrina de PILLET, não busca apóio numa realidade pròpriamente internacional, senão no fato de que as várias jurisdições se desinteressem por apreciar ou negar prerrogativas alheias alheamente obtidas. É evidente que, à medida que todos os povos se politizem (a se usar de expressão muito ao gôsto da época) cada jurisdição procurará ampliar o *campus* jurídico outorgado a pessoas de origem extra-nacional. Porém, tal fato não importará, de forma alguma, em diminuição do seu próprio poder. Apesar de todo o raciocínio internacionalizante, continua como realidade incontestável, inegável, muralha indefectível a necessidade de *exequatur* (sob qualquer de suas formas) para as sentenças estrangeiras e não como mera formalidade.

Dêste modo, admitir-se influência internacional na elaboração das regras de Direito Internacional Privado não quer dizer que haja submissão do Direito interno a inexistente Direito Internacional, supraestatal, mas, unicamente, adaptação da mentalidade nacional a exigências dos próprios fatos, quando internacionais.

7. — Já anda um tanto afastada no tempo a teoria de ROUSSEAU sôbre o aparecimento do Estado em virtude de um contrato social. A própria impossibilidade histórica de localizar-se em tempo e lugar o compromisso básico, contribuiu, sem dúvida, para diminuir a fôrça de convencimento do grande pensador. Apesar disto, é indiscutível que todo sistema jurídico se baseia “en un fenómeno de voluntad social predominante”.¹⁸ Ora, esta predominância ainda não se verificou entre os estados soberanos. É fato inegável que os organismos internacionais tentam chegar lá mas, irrespondivelmente, nunca ultrapassaram essa fase inicial. Por isso mesmo, é que já se disse que o Direito Internacional ainda é “um ensaio”.¹⁹

Daqui, outra afirmativa: a contribuição que o Direito Internacional (tal como existe) pode prestar ao Direito Internacional Privado é aquela mesma da influência sôbre as tendências dos legisladores nacionais. Quando PONTES DE MIRANDA, por exemplo, infere regras de competência do Direito Internacional, na verdade não está êle encerrando a questão, como se faria no Direito Nacional, através de um texto legislativo, mas, apenas, propondo aquilo que lhe parece mais científico²⁰ e que deva ser adotado, nos vários países, como legislação positiva.

Desde aqui já se vê que o "internacional" é pura sugestão. Compara-se a uma torneira aberta, mas de cuja água só se bebe *se e quando* se quer, sem nenhuma consequência para o não querer, ainda que o normal seja procurar-se aquela fonte ou, o que é mais comum, tentar-se encontrar, nas outras, produto idêntico ou semelhante.

8. — Argumentam alguns que o Direito Internacional Privado possui fontes nacionais e internacionais.²¹ Contudo, cumpre distinguir: a — *internacional*, aí, também representa influência (de maior importância) sôbre o legislador interno; b — e que só atua após *autorização interna*.

Aliás, tôda a confusão em tôrno de tratados e convenções, por exemplo, se origina de não verem os corifeus do internacionalismo que cada um dêles é produto de dois momentos inteiramente diversos e independentes. A) *internacional*²², em que os governantes ou representantes dos países assumem, diante dos demais, a obrigação (internacional) de modificar a sua legislação de acôrdo com as normas convencionadas; B) *nacional* — de transformação destas normas em critérios internos para serem obedecidos pelos povos representados.

Nenhum raciocínio, na verdade, conseguirá suplantar esta realidade, idêntica, em todos os sentidos, à já mencionada da necessidade de *exequatur* para as sentenças estrangeiras.²³

9. — PONTES DE MIRANDA, no seu "Tratado" (cit.), antigo mas amplo, faz carga sôbre a existência de jurisdição e juízes internacionais, admitindo, até, a supraestatalidade de suas funções e julgados.

Falseou, incontestavelmente, o ilustre tratadista. Os chamados tribunais internacionais, por que se entusiasmou o grande autor brasileiro, à época de cursos que, ao início da década dos 30, professou na Europa, não têm nenhum caráter supraestatal. Tanto assim que, apesar das lentes otimistas com que foram enxergados nos dez anos que se seguiram ao término da guerra 1914-1918, não impediu que o mundo se engolfasse na tremenda hecatombe de 1939-1945. E, ainda agora, já com centenas de sessões destes tribunais amontoadas às atividades das várias sociedades internacionais, não só se discute a legitimidade das decisões, por exemplo, do Tribunal de Nuremberg, como também, a cada momento, estamos ameaçados pelas perspectivas de nova e pior guerra mundial.

Além disso, o caráter coordenativo destas instituições continua saliente. É certo que prossegue a busca da jurisdição internacional e até do Estado Universal, supraestatal. Contudo, nada mais há do que esforços, amoldamentos, concórdâncias. Ainda não chegou a hora da *obediência*. Os juízes internacionais persistem, inarredavelmente, como árbitros. Seu trabalho, ainda com pretensão jurisdicional própria, mesmo com excepcional autoridade opinativa, sempre se desenvolve sob o signo da arbitragem.

10. — Cabe recapitular: em Direito Internacional Privado, os fatos, que se devem apreciar, é que podem ser internacionais. A fática é que se pode ligar a jurisdições nacionais e independentes diversas. Como seria de se esperar, as normas que se destinam a subsumir, na atividade jurisdicional, tal fática devem se orientar por princípios de Justiça, por um ideal que inclua a preocupação com os aspectos internacionais daquela. Neste sentido é que o “internacional” influenciará o Direito Internacional Privado e que se exerce, especificamente, na elaboração da norma, tal qual aconteceu, no Brasil, com o pensamento católico que *influenciou* o legislador no sentido de adotar o princípio da indissolubilidade do matrimônio.²⁴ Sem que, afinal, se possa confundir a *influência* com a *natureza* da norma ou com esta mesma.

NOTAS E BIBLIOGRAFIA

1. Conforme expressão do gôsto de PONTES DE MIRANDA, no seu "*Tratado de Direito Internacional Privado*", 1935, 2 vols., Liv. Ed. José Olímpio.
2. AMÍLCAR DE CASTRO, "*Direito Internacional Privado*", 1955, Rev. Forense, 1º vol., pág. 108.
3. RECASENS SICHES, "*Tratado General de Filosofia del Derecho*", Ed. Porrúa S.A., 1959, pág. 220.
4. Ninguém nunca viu qualquer manifestação jurídica de qualquer outro ser.
5. Ob. cit., pág. 628.
6. Hoje, elementos como os fornecidos pela intenção do legislador (já estudados até pelo exame dos debates parlamentares) perderam sua antiga importância, dado o entendimento de que muito mais significativo será o trabalho de adaptação da lei às novas necessidades emergentes (V., a respeito, BENJAMIN CARDOZO, "*A natureza do processo*", 1956, trad. de LEDA BOECHAT RODRIGUES, pág. 46).
7. É preciso não esquecer que a ordem jurídica é una, só dividida por necessidade de propedêutica.
8. AMÍLCAR DE CASTRO, ob. cit., págs. 20/24; idem — "*O conceito de direito subjetivo*" na "*Revista da Faculdade de Direito da U.M.G.*", de março de 1962, págs. 156/163; RECASENS SICHES, ob. cit., págs. 628/629; BENJAMIN CARDOZO, "*A Evolução do Direito*", vol. cit., págs. 143/144.
9. O Código Civil Brasileiro, em 1916, estabeleceria que o prazo bienal para anulação de casamento se deveria iniciar no próprio ato (art. 178, § 7º, nº I). Depois, o legislador ordinário alterou-o, fixando o termo *a quo* na data em que o cônjuge tivesse ciência do fato autorizador da anulação. No entanto, apesar da justiça do princípio, o legislador o revogou, para retornar, irrestritamente, ao dispositivo do Código, dada a preeminência absolutista da norma preferencial da indissolubilidade do vínculo matrimonial. (V. decreto nº 13, de 29 de janeiro de 1935 e decreto-lei nº 5.059, de 8 de dezembro de 1942).
10. Sabido, inclusive, que, neste ramo, a jurisprudência antecedeu à doutrina.
11. Apesar de todo o laconismo parcimonioso que tem caracterizado as regras locais de Direito Internacional Privado.

12. PONTES DE MIRANDA, NIBOYET, PILLET, etc., e todos quantos falam de «delegação das competências legislativas», ou de figuras afins.
13. E que internacionalistas, como YNTEMA (*“Les objectifs du Droit International Privé”* na *“Revue Critique du Droit International Privé”*, tomo XLVIII, 1959, págs. 1/29) chamam de retrógrados, quando apenas proclamam aquilo que é realidade indiscutível. Vide, por exemplo, a notável lição do Prof. AMÍLCAR DE CASTRO, na *“Revista da Faculdade de Direito da U.M.G.”*, março de 1962, págs. 98/106, sob o título *“O Conceito de território”*.
14. Por que se entusiasmou o nosso PONTES DE MIRANDA, ob. cit.
15. Que provocou funda contradição em RECASENS SICHES que, negando o Direito Internacional como Direito, *stricto sensu*, quase admite a supraestatalidade desse órgão.
16. Ou podem ser, de vez que é o Direito Internacional Privado mesmo que serve às hipóteses referentes aos casos anormais interregionais, interestaduais, etc., em que há, apesar de uma só soberania, várias jurisdições independentes.
17. O episódio da prisão, do processo e da punição do alemão EICHMANN aí está para quem quiser meditá-lo.
18. Na expressão de KELSEN, traduzida por RECASENS SICHES (ob. cit., cap. 12, nº 6, pág. 294) apesar de chegar o grande austríaco, a final, ao Direito Internacional.
19. RECASENS SICHES, cit., pág. 191.
20. *“Tratado”*, cit., cap. II, sec. II, nº 5.
21. Por exemplo, NIBOYET, *Princípios*, Ed. Reus, Madrid, cap. III, sec. segunda, §§ 1º/4º, referindo-se a tratados, convenções, jurisprudência, costumes, doutrina internacionais.
22. Intérnacional-coordenado, correspondente ao *“Direito das Gentes”*, de PONTES DE MIRANDA, em contraposição ao *“Direito Internacional (pròpriamente dito) universal (segundo outros autores) ou, em síntese, supraestatal.*
23. A tese, referente aos países que adotam as normas convencionais a partir do momento da assinatura do tratado, não invalida nosso ponto de vista porque a concomitância decorre da legislação interna e não do Direito Internacional.
24. Inclusive com o contraditório princípio da lei de Introdução ao Código Civil, art. 7º, § 6º.