

## A NATUREZA DA NORMA DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

POR AMILCAR DE CASTRO

**A**S divisões do direito em departamentos autônomos são expedientes metodológicos, destinados a estudá-lo e ensiná-lo, impostos pela limitação da inteligência; e dificilmente poderão ser abandonadas, não obstante recusá-las a doutrina moderna como originais. Na verdade, a ordem jurídica é sempre *um sistema*, e não amontoado de disposições desconexas: tôdas as normas jurídicas, escritas e não escritas, pelas quais se rege a vida de um povo, formam um conjunto organizado de regras particulares de direito positivo, *dependentes entre si como partes solidárias DE UM TODO*. A respeito, veja-se esta luminosa página de GELDART:

“The laws of a country are thought of as separate, distinct, individual rules; the law of a country, however much we may analyse it into separate rules, is something more than the mere sum of such rules. It is rather a whole, a system which orders our conduct; in which the separate rules have their place and their relation to each other and to the whole; which is never completely exhausted by any analysis, however far the analysis may be pushed, and however much the analysis may be necessary to our understanding of the whole. Thus each rule which we call *a law* is a part of the whole which we call *the law*. Lawyers generally speak of *law*; laymen more often of *laws*” (W. M. GELDART — *Elements of English Law*, p. 9).

É erro, portanto, supor que as disposições legais sejam compartimentos estanques, pois antes devem ser comparadas a vasos comunicantes, razão pela qual Jean CRUET já afirmava com acêrto que “votar texto novo é reformar um pouco tôda a legislação. Um corpo de direito possui uma espécie de lógica interna: quando muitos princípios contraditórios coexistem nele, estabelece-se entre êstes uma luta que termina por conciliação, se a conciliação for possível, quando

não pela eliminação dos princípios heterogêneos” (Jean CRUET — *A vida do direito*, p. 62).

Mas não é menos exato que as regras de direito, conquanto sejam essencialmente semelhantes, revestem formas diversas, impostas pela natureza das relações a que se referem, assim como os membros do corpo humano não se confundem, por se destinarem a funções diferentes e, como partes de um mesmo todo, se solidarizam em concorrência para o mesmo fim; pôsto que tenham a mesma essência, por vários característicos se distinguem.

Não tem sido fácil, por exemplo, fixar a diferença entre direito público e direito privado; inegavelmente os limites dos dois campos ainda permanecem obscuros; mas a dificuldade em clariar os confins não impede se mantenha teoricamente a diferença como necessária, nem autoriza a opinião de que só se trata de distinção escolástica, pois ninguém confunde norma de direito civil com regra de direito penal, nem regra de processo penal com norma de direito comercial, a não ser em casos excepcionalíssimos.

E dadas diferenças irrecusáveis, tem-se base e necessidade, não só de dividir o direito positivo em vários ramos, como também de tratar cada qual de modo diferente, desde que nem sempre a técnica que convém a um é adequada a outro.

Conforme o objeto, isto é, os fatos da vida real, ou relações sociais, a que se referem, e a maneira por que funcionam, ou processo específico por que devem se adaptar àqueles fatos, ou relações, tôdas as normas jurídicas podem ser classificadas em duas espécies: *primárias* e *secundárias*. Secundárias, não no sentido de menos importantes, mas no sentido de colocadas em segundo lugar, porque só existem em razão da existência de outras. Tôdas, em última análise, se destinam ao mesmo fim, mas funcionam solidariamente de modo diverso. As *primárias* definindo os interesses individuais, ou coletivos, no meio social, dando regras de conduta às pessoas, dizendo quais são seus direitos e obrigações, e como podem ser adquiridos, conservados, modifi-

cados, transferidos, ou extintos. As *secundárias* servindo apenas de meio, ou modo, de se observarem outras normas, ou seja de instrumento para bem se concretizar, ou levar a efeito, as disposições de outras normas, primárias ou já *secundárias*.

Assim, o direito civil tratando, por exemplo, do casamento, menciona os direitos e obrigações do marido e da mulher, e porque define *diretamente* a conduta exigida de um e de outro cônjuge, atuando sôbre a substância da relação jurídica, traçando diretamente o procedimento que devem manter na vida em comum, deve ser tido como *primário*. Já as normas reguladoras da forma do casamento, que não são de direito privado, porque não se referem a relações entre particulares, e sim só se referem a um pressuposto de validade do ato regulado por direito público, devem ser vistas como secundárias. Pode-se dizer que o casamento, em sua substância, é regulado por direito primário, e em sua forma por direito secundário, uma vez que as normas referentes à forma só existem em razão da existência das que regem a substância do ato. Sem estas, aquelas não existiriam.

Suponha-se agora que, realizado o casamento, o marido não cumpra seus deveres; e a mulher por isso cuide de se desquitar. O juiz não poderá decretar o desquite por simples alegação da mulher, que tanto pode ser procedente, como infundada; e sim deve *verificar* se o marido descumpriu deveres *definidos pelo direito civil*. O marido deve ser chamado a juízo, e precisa ter prazo para se defender; há necessidade de provas produzidas sob certas garantias de veracidade; e tôdas as normas processuais são, então, organizadas com o intuito de levar os fatos alegados ao conhecimento do juiz, com o máximo de garantia e o mínimo de sacrifício das partes, a fim de que o juiz, pelo conhecimento oficial que tenha do caso, *opere a subsunção*, fazendo perfeita e válida aplicação do direito objetivo ao caso concreto. Diz-se, então, que as normas de direito processual são *secundárias*, porque servem de meio, de modo, ou como

instrumento, de se aplicarem efetivamente outras normas jurídicas, primárias, ou já secundárias. Nenhuma regra de direito processual, no exemplo dado, menciona direitos e obrigações do marido, ou da mulher, durante o casamento; tôdas, sim, disciplinam a atividade das partes litigantes e a conduta do juiz durante o processo.

Não se deve supor que *secundário* seja sinônimo de *formal*, pois a norma que concede a ação, por exemplo, é secundária, e não é formal. Enquanto o direito primário é sempre substancial, o direito secundário pode ser substancial, ou formal. A diferença está em que o direito primário define situações jurídicas SEM SERVIR DE INSTRUMENTO À APLICAÇÃO DE OUTRO DIREITO; enquanto o secundário é sempre instrumento de aplicação de outro direito, *ainda quando seja substancial*, ou definidor de direitos e obrigações, podendo-se, por exemplo, ter em vista a condenação em custas, a obrigação de depor como testemunha, a indenização devida à testemunha pelo fato de ter deixado suas ocupações para vir depor, as multas aplicáveis no curso do processo, o direito de recorrer, a matéria de fraude à execução, e o que se encontra de material, ou formal, nas cauções judiciais, reais ou fidejussórias, na hipoteca, na arrematação, na adjudicação, ou na remissão de bens em execução. Por outras palavras: — ainda quando define direitos e obrigações, o direito secundário, pelo fato de ser substancial, não perde o caráter de secundário.

E, feita essa distinção entre normas primárias e normas secundárias, vê-se logo que o direito internacional privado é de natureza absolutamente secundária, pois não contém nem uma regra primária. O direito internacional privado e o direito processual civil são espécies do mesmo gênero; ambos têm a mesma natureza secundária, com esta diferença apenas que o direito processual civil em maior parte é direito secundário-formal, e em menor parte contém também normas secundárias-substanciais, enquanto o direito internacional privado é inteiramente secundário-substancial, pois é puro *direito de ação*.

BUSTAMANTE, servindo-se da divisão de BENTHAM, o chama de direito *adjetivo*, mas é preferível esta outra denominação: *secundário-substancial*, não só porque modernamente investigações jurídicas mais profundas demonstraram a insuficiência da tradicional distinção do direito em *substantivo* e *adjetivo*, com o sentido que lhes foi dado pelo filósofo inglês, como porque o vocábulo “adjetivo” muito se ligou à idéia de *formal*, ao passo que o direito internacional privado é direito secundário, mas *não é direito formal*; não regula nenhuma forma jurídica, e é inteiramente substancial. Não regula diretamente nenhuma situação jurídica subjetiva, nenhuma obrigação, de ordem privada; não define a conduta das pessoas no meio social, mas apenas auxilia a subsunção de fato anormal, sem fornecer qualquer regra de direito privado para reger êsse fato, que é invariavelmente regido pelo direito organizado por fôrça de suas normas.

Suponha-se que, do casal desquitando acima figurado, seja a mulher brasileira, o marido argentino, haja sido o casamento realizado em Portugal, e a ação de desquite proposta no Brasil. Nesse caso, não se encontraria qualquer norma de direito internacional privado a regular diretamente os direitos e deveres dos cônjuges, ou a validade formal do casamento; sim apenas normas indicadoras do modo de se organizar o direito objetivo especial pelo qual aqueles direitos e deveres, ou aquela validade, houvessem de ser aferidos.

Por isso se diz que é direito *puramente secundário-substancial*. Fundada em norma de direito internacional privado, a pessoa tem o direito de exigir do govêrno, pelo poder judiciário, que solucione o caso, ou tendo em vista o direito indígena, ou tendo em vista direito estranho à jurisdição, ou combinando ambos êsses direitos. Modalidade do direito de ação, em qualquer hipótese. Apenas oferece meio, modo, ou instrumento de se organizar direito objetivo adequado a fatos anormais. Como? Indicando, ou apontando o direito mais apropriado, quando dois, ou mais, meios sociais, onde vigoram ordens jurídicas autônomas, se mostrem si-

multâneamente em contacto com um mesmo fato, e conferindo ao interessado o direito de exigir do poder judiciário a solução de seu caso de acôrdo com o direito objetivo indicado. Limita-se, pois, o direito internacional privado a dar informações, a fazer indicações decisivas, SEM REGULAR DIRETAMENTE DIREITOS E OBRIGAÇÕES, *sem definir interêsses particulares em choque*. É modalidade do direito de ação. É "direito auxiliar" porque auxilia a subsumção de fatos anormais.

Sem dúvida nenhuma, o direito internacional privado é direito *público*; todo direito secundário é público, enquanto o direito privado é invariavelmente primário. As regras de aplicação do direito objetivo são de direito público. Evidentemente resolver se determinado fato deve ser subsumido em direito indígena, ou em direito alienígena, não pode ser questão de direito privado.

A circunstância de aparecer *legislado* no vestibulo dos códigos civis não é razão de se lhe atribuir a natureza de direito privado; ninguém ignora que não é a lei onde uma disposição está encaixada que determina sua natureza jurídica, e sim o que a classifica é a natureza da relação de fato regulada. Até hoje, por exemplo, os códigos civis ainda regulam a *hipoteca*, como se esta fôsse instituição de direito privado, de direito civil, quando a doutrina já demonstrou que é instituto de direito processual, de puro direito processual civil, e portanto de direito *público*. As regras sôbre obrigatoriedade das leis, e sôbre a sucessão das leis no tempo, matérias que ninguém duvida sejam de direito público, também se encontram legisladas na Lei de Introdução ao nosso Código Civil. E nesse sentido a lição de STREIT é perfeita:

"Dans les ouvrages de droit civil, il y a des matières qui y sont traitées, mais qui par leur nature sont indiscutablement du droit public; telles des parties entières du droit des personnes, comme la capacité de posséder des droits et la capacité d'agir ou certaines règles du droit de la tutelle, tels encore certains principes de droit concernant les immeubles. Le but que poursuit la délimi-

tation d'une discipline dans l'ensemble scientifique est autre que le but que se propose une distinction des règles de droit selon leur nature intrinsèque. La place où dans la législation de l'État se trouve une règle de droit, ne décide pas non plus de sa place dans le système juridique et très rarement les règles de droit elles-mêmes indiquent si elles se considèrent comme appartenant au domaine du droit public ou à celui du droit privé. C'est à la science ou au juge à en déterminer le caractère et, dans cette détermination, il faut savoir à quel point de vue l'on se place". (Georges STREIT, La conception du droit international privé, in *Recueil des Cours*, vol. 20, p. 40).

A opinião de que o direito internacional privado é o mesmo direito privado a determinar seu próprio campo de aplicação importa renascença da doutrina estatutária, hoje inteiramente abandonada como insustentável. Entre nós, CLÓVIS BEVILAQUA era de parecer que o direito internacional privado é "um composto de ramos do direito privado", "é simplesmente o direito privado: é o direito privado internacional, isto é, o direito privado aplicado às relações individuais da sociedade internacional"; e frizava bem que "o direito internacional privado é o mesmo direito privado nacional, aplicado às relações internacionais de ordem privada" (CLÓVIS BEVILAQUA — *Princípios elementares de direito internacional privado*, 3.<sup>a</sup> edição, p. 120; Idem, *Código Civil Comentado*, 2.<sup>a</sup> edição, vol. I, p. 68; Idem, *Teoria Geral do Direito Civil*, edição de 1929, p. 76). Mas a autoridade de CLÓVIS BEVILAQUA é tão grande, e a tese é tão insustentável, que essas afirmações só podem ser atribuídas a um surto de "civilismo", calamidade, ou praga, que tem entravado o progresso de todos os ramos do direito.

*Civilismo* é a corruptela consistente em transportar as regras e a técnica do direito civil para os outros setores da ciência jurídica. Inumeráveis cultores do direito civil, enlevados pela sua ciência, formam *concepção civilista* dos outros ramos do direito, na ilusão de que o direito civil domina tudo, abrange tudo, e pode penetrar com suas regras e seus métodos em tôda parte. E essa tendência tem sempre entravado o progresso da ciência jurídica.

O grande internacionalista Karl WOLFF notou, com precisão, que até o comêço dêste século os princípios gerais de direito, quase todos, foram desenvolvidos na esfera do direito civil, mostrando que isso aconteceu porque os direitos das nações civilizadas se originaram do direito romano, e os romanistas, que haviam desenvolvido admiravelmente a doutrina do direito civil, tinham-se descuidado inteiramente da doutrina do direito público. E assim foi-se formando a convicção errônea de que tôdas as concepções jurídicas deviam ser dominadas pelo direito civil, ainda que estivessem fora de seu campo (Karl WOLFF — *Les principes généraux du droit*, in "Recueil des Cours", vol. 36, p. 484). O "civilismo" é parasita, cipó-de-chumbo, erva-de-passariño, de todos os ramos do direito: tem-se manifestado no direito comercial, no direito industrial, no direito administrativo, no direito financeiro, no direito processual, no direito penal, no direito constitucional, e até no direito das gentes. Não podia, portanto, deixar de fazer sua incursão no direito internacional privado; e só assim se explica como não falte quem, ainda hoje, pretenda converter o direito internacional privado em direito privado.

É exata a lição de STREIT acima transcrita até onde afirma que para se determinar a inclusão do direito internacional privado no direito público, ou no direito privado, "il faut savoir à quel point de vue l'on se place". E a êsse respeito é êste o nosso ponto de vista: supomos que as relações abstratas a que se referem as normas jurídicas são exclusivamente as que se estabelecem entre sêres humanos, revestidos, ou não, de autoridade; governantes ou particulares. E podem ser de dois gêneros: ou relações sociais, relações *de coordenação*, entre pessoas em pé de igualdade, por assim dizer, horizontais; ou relações de govêrno, relações *de subordinação*, entre pessoas em pé de desigualdade, por assim dizer, verticais. De onde se segue que o direito privado só regula relações de coordenação, entre pessoas em pé de igualdade, podendo perfeitamente uma destas ser o Estado por *ius gestionis*; enquanto o direito público só se

refere a relações de subordinação, entre pessoas em pé de desigualdade, sendo sempre uma destas o detentor do poder público, por *ius imperii*. Isto pôsto, pode-se ver fácilmente que a norma de direito internacional privado é de direito público, examinando-se a situação jurídica concreta que lhe é correspondente.

Como se sabe, e é intuitivo, não há situação jurídica concreta, sem correspondente situação jurídica abstrata, da mesma natureza, seja de direito público, ou de direito privado. Estabelecida a *norma agentis*, cada pessoa tem a faculdade de agir de acôrdo com suas disposições, e por isso se diz que a situação jurídica concreta (direito subjetivo) não é senão o resultado da aplicação da situação jurídica abstrata (direito objetivo). Direito objetivo e situação jurídica concreta dêle resultante são a mesma coisa encarada sob dois aspectos: em essência não são diversos, e um sempre corresponde ao outro, como o reverso ao anverso. Enquanto o direito objetivo não passa de ser norma de avaliação da conduta, a situação jurídica concreta que lhe é correspondente nada mais é que o valor focalizado pela mesma norma. E examinada a situação jurídica concreta correspondente a qualquer norma de direito internacional privado, sempre será encontrada uma relação *de subordinação*.

Tal como do direito objetivo processual resulta para a pessoa situação jurídica de direito público, que é o direito de ação, assim também das disposições de direito internacional privado resultam situações jurídicas concretas, de direito público, semelhantes ao direito de ação. Ora, atualmente predomina a opinião de que a ação é direito público, que não se confunde com a relação de direito privado, nem com a relação de direito público substancial *sub iudice* a figurar como mérito da causa. Sempre que se encontre incerta, ameaçada, ou violada qualquer situação jurídica subjetiva, o titular de seu exercício adquire *outro direito contra o órgão do poder judiciário*, cujo objeto consiste na declaração, na defesa, na efetivação, ou na garantia daquela situação. Esse o direito de ação. O nosso insigne PAULA BATISTA já

dizia, como os autores modernos, que “as ações são direitos em garantia de outros direitos preexistentes”. A pessoa tem o direito de exigir *do juiz* uma prestação jurisdicional, que é a sentença, para acertar, defender, efetivar ou garantir a situação jurídica concreta em que se encontre, porque não pode por si mesma, por atividade individual própria, prover a essas necessidades (art. 345 do Código Penal).

Assim, em ação de cobrança de dívida, ninguém confunde a situação jurídica concreta de direito privado (crédito ou débito), relação existente *entre as partes litigantes*, com o direito de ação, que tem o credor *contra o juiz*, para exigir dêste que force o devedor a restabelecer o direito privado violado. Do mesmo modo, numa questão de direito internacional privado, ninguém confunde a relação de direito privado existente *entre as partes litigantes*, com a relação de direito internacional privado existente entre as partes litigantes e a autoridade jurisdicional. Assim, numa ação de cobrança de dívida, em que se invoque observância de direito alienígena, a relação de direito privado será apenas a de débito e crédito existente entre as partes litigantes como particulares, a relação de direito internacional privado será a existente entre as partes litigantes *uti civis*. E A AUTORIDADE INCUMBIDA DE MANTER A ORDEM JURÍDICA, por *ius imperii*, para exigir desta a subsunção do fato anormal em direito privado indígena, ou em direito privado alienígena. Trata-se, portanto, de situação jurídica concreta **DE DIREITO PÚBLICO**, semelhante ao direito de ação: a pessoa se encontra em situação jurídica concreta propícia a exigir *da autoridade pública* observância ou do direito privado alienígena, ou do direito privado indígena, no todo, ou em parte, conforme estiver disposto nas regras de direito internacional privado. O sujeito passivo dessa relação é, na verdade, o govêrno da jurisdição, a autoridade pública detentora do *ius imperii*, garantidora da subsunção. E o direito internacional privado é, assim, modalidade do direito de ação; regula a conduta da autoridade.

Os autores que têm concepção “privatística” do direito

internacional privado estão como aqueles que consideraram a ação como elemento da relação jurídica de direito privado, ou melhor, como o próprio direito privado em sua tendência à atuação. E assim como há alguns processualistas retardatários, que ainda não conseguiram conceber a ação como situação jurídica concreta *de direito público*, há também cultores do direito internacional privado a insistir em confundí-lo com direito privado.

Do que foi até aqui exposto, se vê que o direito internacional privado é *direito sobre direito*, direito de sobreposição, ou superdireito, mas isso não significa que seja direito supraestatal, de âmbito universal, pois é direito público próprio de cada jurisdição autônoma, de âmbito reduzido à sua jurisdição.

Certos autores, denominados internacionalistas, concebem o direito internacional privado como regulador *de competência* (legislativa e judiciária), presupondo em cada fato anormal um conflito de soberanias, cada qual pretendendo impor ao caso concreto o seu direito, ou a competência de um dos magistrados em conflito de jurisdição. Assim concebido, o direito internacional privado, não só atribui competência legislativa aos governantes, como demarca a competência judiciária de todos os governos; diante de um fato anormal diz qual seja o direito *competente* para regê-lo, e diante de um conflito de jurisdição declara a qual dos juízes *compete* julgar a causa. Vale dizer: assim concebido, o direito internacional privado tem a função *de afastar* um, ou vários direitos, uma ou várias soberanias *interferentes*, para permitir que só uma soberania, só um direito seja atuado como legitimamente *competente*. E em tal hipótese, não pode deixar de ser direito que futuramente deva ser mantido por poder mais alto que o poder de cada um dos governos concorrentes, e que virá a ser o poder público da "sociedade de Estados", quando esta estiver politicamente organizada.

Como corolários dessa hipótese, o direito internacional privado, em essência, deve tender a se universalizar, ou a

se uniformizar, e os governantes só poderão incluí-lo em suas leis enquanto não houver perfeita organização interna da esperada "sociedade de Estados", reguladora das relações entre a mesma e cada um de seus membros.

A verdade, porém, é que nos fatos anormais (muito imprópriamente denominados "conflitos de direito") não há *concurso de direitos*, nem *concurso de soberanias*, no sentido de se aplicarem ao mesmo tempo dois, ou mais, direitos ao caso concreto, ou pretenderem dois, ou mais governantes subsumir ao mesmo tempo o mesmo fato anormal em caso concreto. E por essa razão o direito internacional privado não é distribuidor, nem aferidor de competências: suas regras nada mais visam que organizar, *na jurisdição onde vigoram*, direito adequado ao fato anormal.

*Em caso concreto*, os fatos anormais surgem apenas numa jurisdição: assim como o mesmo casamento, contrato, ou testamento, em exclusivo contacto com um meio social, não pode ser feito ao mesmo tempo numa jurisdição e fora dessa jurisdição, assim também um casamento, um contrato, ou testamento, em contacto com dois ou mais meios sociais por quaisquer de seus elementos, não pode nunca ser realizado ao mesmo tempo em duas ou mais jurisdições (\*). E se os fatos anormais *em caso concreto* sempre se manifestam apenas numa jurisdição, e somente por essa jurisdição são subsumidos, com auxílio do direito internacional privado *local*, são de pura imaginação aqueles supostos concursos de direitos ou de soberanias. A verdade é que cada jurisdição autônoma organiza o seu próprio sistema de direito internacional privado para auxiliar a subsunção dos casamentos, testamentos, contratos, ou outros quaisquer atos, ou fatos, do comércio jurídico privado que, como fatos anormais, *ai se apresentem em caso concreto*.

O govêrno de cada jurisdição autônoma, assim como organiza autonomamente o direito por que deve reger os fatos normais, assim também soberanamente organiza, por

(\*) Isto foi explicado à p. 21 e seguintes do número anterior desta Revista, publicado em outubro de 1949.

intermédio de seu sistema de direito internacional privado, direito apropriado aos fatos anormais *que haja de subsumir*.

Se na ordem internacional todos os governos são, entre si, autônomos, nenhum govêrno pode impor a outro a aplicação de determinado direito; vale dizer: cada govêrno tem inteira autonomia de organizar seu próprio direito, ou seja o direito que deve aplicar. Se esta liberdade não tivesse, não seria autônomo na ordem internacional, nem soberano na ordem nacional. E daí se segue a liberdade de cada govêrno para organizar, como bem entender, e sob sua exclusiva responsabilidade internacional, o seu sistema de direito internacional privado, como consequência de serem os fatos anormais internacionais necessariamente subsumidos em direito *nacional*, visto como *não há direito universal*. No exato dizer de Hans Kelsen,

“There is no absolute law; there are only various systems of legal norms — English, French, American, Mexican law, and so on — whose spheres of validity are limited in characteristic ways...” (Hans Kelsen — *General Theory of Law and State*, p. 181).

Evidentemente a ordem jurídica de uma jurisdição, por fôrça própria não pode nunca ser imposta a outra jurisdição autônoma; onde se mantém uma ordem jurídica autônoma por fôrça de autoridade autônoma, não pode vigorar outra ordem jurídica por fôrça de outra autoridade. De tal sorte, cada jurisdição mantém, por sua autonomia, pelo menos uma ordem jurídica que lhe é própria; e se é verdade que um mesmo fato pode estar em contacto com dois, ou mais meios sociais onde vigoram ordens jurídicas autônomas, não é menos verdade que êsse simples contacto não atribui concomitantemente a tôdas as jurisdições o dever de subsumir automaticamente aquele fato, nem o poder de impedir uma delas de subsumí-lo como entender acertado.

Sem dúvida nenhuma, pode de fato acontecer que um govêrno adote leis inconvenientes aos interêsses particulares dos estrangeiros, causando-lhes prejuízos, e pode também

de fato acontecer que qualquer govêrno vá ao ponto de denegar justiça aos estrangeiros, mas se assim proceder serão essas questões de regulamentação da condição jurídica dos estrangeiros, que podem ocasionar responsabilidade internacional dos governos, reguladas pelo direito das gentes, e nada têm a ver com o direito internacional privado.

Por conseguinte, num mal denominado "conflito de direito", que é o que chamamos "fato anormal", não há, nem pode haver *concurso, choque, conflito ou colisão DE DIREITOS*. E a doutrina moderna já demonstrou que direito estranho à jurisdição é *simples fato* a ser tomado em consideração; pelo que "aplicar direito estrangeiro" nada mais é que tentativa de criar direito *indígena* tanto quanto possível semelhante ao direito alienígena tomado em consideração. Neste sentido, vejam-se as lições de COOK e CHESHIRE, magistrats, perfeitas:

"The view outlined may be stated as follows: the forum, when confronted by a case involving foreign elements, always applies its own law to the case, but in doing so adopts and enforces as its own law a rule of decision identical, or at least highly similar though not identical, in scope with a rule of decision found in the system of law in force in another state or country with which some or all of the foreign elements are connected, the rule so selected being in many groups of cases, and subject to the exceptions to be noted later, the rule of decision which the given foreign state or country would apply, not to this very group of facts now before the court of the forum, but to a *similar but purely domestic group of facts involving for the foreign court no foreign element*" (W. W. COOK — *Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws*, second printing, 1949, p. 20-21).

"It is generally said that the judge at the *forum* "applies" or "enforces" the chosen law, or alternatively that the case is "governed" by the foreign law. These expressions are convenient to describe loosely what happens, but they are not accurate. DICEY attempts to rectify them by the explanation that the judge enforces, not the foreign law, but a right acquired under that law. This again is not correct. The only law applied by the judge is the *lex fori*, the only rights enforced by him are those created by the *lex fori*. But owing to the foreign element in the case the foreign law is a

fact that must be taken into consideration, and what the judge attempts to do is to create and to enforce a right as nearly as possible similar to that which would have been created by the foreign Court had it been seised of a similar case purely domestic in character" G. C. CHESHIRE — *Private International Law*, third edition, 1947, p. 10).

Só a jurisdição a que se apresente o fato anormal *em caso concreto* deve subsumí-lo, e pode subsumí-lo com inteira independência, observando, ou tomando em consideração, no todo, ou em parte, direito indígena, ou direito alie-nígena, conforme considerar êste, ou aquele, mais apropriado. E dêste ponto de vista considerado, o direito internacional privado é direito público próprio de cada jurisdição autônoma; e podem perfeitamente os governantes legislar a seu respeito por competência legislativa própria, visto como é genuíno *direito público nacional*, sem qualquer projeção internacional.

Nunca se deve perder de vista que qualquer questão de direito internacional privado só é resolvida para valer na jurisdição onde está sendo resolvida.

"The English courts have solved these difficulties by resorting to the fundamental principle of the conflict of laws that the jurisdiction of the sovereign is limited to his own territory. No sovereign is presumed to legislate *extra territorium*, and every enactment has to be construed strictly as having municipal effect only" (Clive M. SCHMITTHOFF — *A textbook of the English Conflict of Laws*, second edition, 1948, p. 56 e p. 379).

Nenhuma questão de direito pode ser resolvida numa jurisdição *para valer em outras jurisdições autônomas*. O efeito internacional de um direito adquirido depende inteiramente da jurisdição onde se pretende dêle prevalecer, não da jurisdição onde foi adquirido. Entre jurisdições autônomas, uma não pode forçar outra a aceitar como válida qualquer subsunção, pelo que o direito adquirido é sempre voluntariamente importado, e nunca forçosamente expor-

tado. Por conseguinte, se a solução da questão de direito internacional privado só vale na jurisdição onde o fato anormal foi subsumido, e se o efeito internacional da subsunção depende, não do direito dessa jurisdição, mas dos direitos de jurisdições estranhas, mais uma vez fica evidente que o direito internacional privado só pode ser direito nacional.

Do fato de haver convenções internacionais para adoção de direito internacional privado uniforme, não se deve deduzir a possibilidade de serem encontradas normas internacionais de direito internacional privado. Em primeiro lugar, o direito internacional privado, sendo direito nacional, jamais pode ter como fonte direta um tratado. Este força os governos contratantes a manter certo direito internacional privado, mas este emana, não do tratado, sim da lei nacional que for votada para cumprimento do tratado. Em segundo lugar, também existe direito civil, ou direito comercial uniforme resultantes de tratados, como, por exemplo, o direito cambial uniforme resultante da Conferência de Genebra, firmada em 7 de junho de 1930, e, pelo fato de haverem sido internacionalmente adotadas regras uniformes, o direito cambial, em cada um dos países contratantes, não deixou um só instante de ser direito privado, isto é, não se converteu em direito internacional.

E evidentemente não há de ser o qualificativo "internacional" do impensado *obiter dictum* de STORY que há de converter o direito internacional privado em direito internacional, seja no sentido de direito *entre nações*, seja no sentido de direito *cosmopolita*. Note-se que também o direito processual civil internacional contém este qualificativo e não é, por essa razão, direito internacional. Esta a lição de MORELLI:

"Da quanto si è detto risulta chiaro che il diritto processuale civile internazionale non può essere concepito che come una parte del diritto interno di un determinato Stato e non come una parte

del diritto internazionale vero e proprio. L'appellativo "internazionale", adoperato nell'espressione "diritto processuale civile internazionale", non indica l'ordinamento giuridico cui appartengono le norme che costituiscono il diritto processuale civile internazionale, ma serve unicamente a designare l'oggetto caratteristico di quelle norme, per il quale esse si distinguono dalle altre norme di diritto processuale civile" (Gaetano MORELLI — *Diritto Processuale Civile Internazionale*, n.º 2, p. 7).

E isto mesmo é o que acontece com o chamado "direito internacional privado", que não é internacional, nem privado.