

DA CAPACIDADE EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

AMILCAR DE CASTRO

CAPACIDADE é vocábulo equívoco; de mais de um sentido jurídico. Vários autores, principalmente alemães, falam em capacidade de gozo, e capacidade de exercício, ou de agir; e porisso é que, por exemplo, nos arts. 5 e 1.577 do nosso Código Civil aparece com sentidos diferentes. Isso salientamos para advertir que vamos tratar exclusivamente de capacidade como “habilitação da pessoa para os atos da vida civil”, que é a capacidade de exercício, ou capacidade de agir.

Trata-se de um dos pressupostos de validade do ato jurídico, regulados pelo direito público. A respeito de capacidade, não há relação *entre particulares* em pé de igualdade; assim como também não há, por exemplo, a respeito da forma do ato, ou da qualificação dos bens. Nesses casos, as relações, por assim dizer, são verticais, entre o subdito e o governo. Por isso mesmo, muito acertadamente afirmou STREIT que, na capacidade, “il se trouve indiscutablement des relations appartenant au droit public”, declarou DERNBURG que “a capacidade jurídica é *juris publici*”, e notou HANS LEWALD que as questões referentes à capacidade e à forma dos atos jurídicos não são propostas isoladamente:

“La question de savoir si quelqu’un possède la pleine capacité d’exercice est, par exemple, soulevée parce qu’il s’agit de la validité d’un acte juridique ou d’une tutelle à établir; mais elle ne se posera guère isolément. Il en est de même quant à la forme des actes juridiques en tant qu’objet d’une réglementation spéciale en droit international privé” (1).

A capacidade é poder conferido pela ordem jurídica: é o poder de praticar ato jurídico válido. Nem tôdas as pessoas de suporte humano têm capacidade, porque a concessão desta depende de certo grau de desenvolvimento físico e mental, que o indivíduo pode não ter, ou ter incompleto, e por isso os incapazes o são absoluta ou relativamente. Assim, no direito brasileiro, os menores de dezesseis anos e os loucos não têm capacidade de exercício dos direitos de

(1) HANS LEWALD — *Règles générales des conflits de lois*, in “Recueil des Cours”, vol. 69, p. 13; GEORGES STREIT — *La conception du droit international privé en Grèce*, in “Recueil des Cours”, vol. 20, p. 84; DERNBURG apud GIORGIO JELLINEK — *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, nota 1 a pág. 92.

que podem gozar, e por isso se dizem absolutamente incapazes; seus direitos são exercidos por outras pessoas: pai, tutor, curador.

Para LÉON DUGUIT, o menor absolutamente incapaz e o louco não são sujeitos de direito; não têm personalidade jurídica. são protegidos, e bem protegidos, pelo direito objetivo, mas não são sujeitos de direito. Pela doutrina exposta por êsse eminente autor, não existindo direitos subjetivos, a proteção não constitui direito para o menor, ou o louco. A proteção consiste em proibições e obrigações, dirigidas a outrem, de fazer o que possa lesar, ou o que possa aproveitar, aos interesses econômicos, ou morais, do louco ou do menor. Para proteger os incapazes, supõe DUGUIT não haver necessidade de se imaginar sejam os mesmos sujeitos de direito, pois, no seu entender, o animal é também protegido contra maus tratos, sem ser sujeito de direito. Conseqüentemente os pais, tutores e curadores não agem *em nome* dos incapazes, *como representantes* dêles; para DUGUIT o que acontece é que o direito objetivo liga conseqüências jurídicas a declarações de vontade feitas por terceiros que tenham em vista os interesses dos loucos ou dos menores, sendo portanto inútil falar em representação. E os atos dos pais, tutores ou curadores podem dar lugar a reparações civis precisamente porque o direito objetivo liga essa conseqüência a êsses atos (2). Mas, aceite-se, ou não, essa doutrina, o certo é que a incapacidade, como a capacidade, é sempre de direito: em sentido técnico, não há incapacidade que não seja estabelecida pelo direito. Às vêzes é estabelecida com base em deficiência física, ou mental, do indivíduo; outras vêzes, não. Assim, há incapacidades resultantes de causas subjetivas, como a loucura, a imaturidade, ou prodigalidade; e incapacidades impostas pelo direito independentemente de qualquer causa subjetiva, como, por exemplo, a da mulher casada, e a do falido. Diante disso, vários autores costumam falar em incapacidade *de fato* e incapacidade *de direito*; mas essa terminologia pode dar lugar a sofisma de confusão, dando a entender que, em direito, possa haver incapacidade não estabelecida pelo direito, quando juridicamente a incapacidade, em qualquer hipótese, é *sempre de direito*, pois invariavelmente é noção jurídica, no sentido de estabelecida, ou imposta, exclusivamente *pelo direito*; tanto assim que pode haver indivíduos vulgarmente incapazes que sejam juridicamente pessoas capazes, e vice-versa.

A mulher, pelo fato de ser casada, e o indivíduo, pelo fato de ser falido, não são portadores de qualquer deficiência física ou mental, como as crianças e os loucos, mas por motivos muito diferentes, de ordem objetiva, são impedidos pelo direito de praticar

(2) LÉON DUGUIT — *Traité de Droit Constitutionnel*, vol. I, pág. 469 e seguintes.

certos atos. O marido, sem dúvida, é o administrador dos bens do casal, e por isso mesmo, sem o consentimento d'ele, a mulher não pode praticar alguns atos da vida civil, mas isso não significa que a mulher casada seja portadora de qualquer deficiência física, ou mental, evidentemente. O que se deve dizer, portanto, é que a mulher casada é *objetivamente impedida pelo direito* de praticar certos atos sem autorização do marido; assim como também o marido é impedido por direito de praticar certos atos sem autorização da mulher. Donde se conclui que tanto o marido, como a mulher, são em maior ou menor proporção portadores de incapacidade *estabelecida pelo direito*, nada importando a integridade física e mental que apresentem.

Do mesmo modo, o falido é pessoa *objetivamente impedida por direito* de praticar inúmeros atos da vida civil e comercial, nada importando não seja física ou mentalmente deficitário. O impedimento do falido, como o da mulher casada, ou o do marido, provém de causas objetivas, e não de causas subjetivas. Por essa razão, entretanto, não se deve dizer que a incapacidade é *de direito*, e não *de fato*, porque isso poderá dar lugar a supor que haja alguma incapacidade que não seja de direito. A mulher casada, o marido e o falido, *por direito*, são relativamente incapazes; os menores, os loucos, os pródigos, os toxicômanos, ou os selvícolas, *por direito*, são absoluta, ou relativamente incapazes, mas estes por causas *subjetivas*, enquanto aquêles por causas ou impedimentos *objetivos*.

Colocadas, assim, as coisas em seus devidos lugares, já ficará mais fácil desenvolver o assunto, mas antes ainda é preciso lembrar que a questão da capacidade nem sempre se encontra bem encamiñhada na esfera do direito internacional privado; e isto porque os doutrinadores em geral não distinguem estas duas questões confundíveis: a de efeito internacional de direito adquirido, e a de direito internacional privado. Tratando-se da primeira, o de que se cuida é de saber se o ato jurídico praticado no estrangeiro deve, ou não, ser recebido como válido e operante no *forum*; e portanto se a capacidade, ou incapacidade, atribuída por uma jurisdição deve, ou não, ser respeitada por outra jurisdição. Por exemplo: realiza-se um contrato no estrangeiro; por defeito de capacidade na jurisdição indígena, e não na jurisdição alienígena, pode êsse contrato ser anulado na jurisdição indígena? Questão hem diferente é a de direito internacional privado: o contrato se realiza, não no estrangeiro, mas no *forum*; e então a capacidade vai ser atribuída *ex novo*, nada importando já seja o contratante capaz, ou incapaz, de contratar em qualquer jurisdição estranha pois o de que se cuida é de saber se êle é capaz de contratar no *forum*, já que o ato jurídico

realizado no *forum* principalmente deve ser tido como válido no *forum*, e apenas secundariamente no estrangeiro.

Além disso, a maioria dos autores tem pretendido resolver a questão de direito internacional privado de ponto de vista ideal, ou universal, presumindo poder ser *a priori* aconselhada esta, ou aquela circunstância de conexão, para todos os sistemas positivos de direito internacional privado; quando o certo é que a adoção desta, ou daquela circunstância de conexão, nesta ou naquela jurisdição, como acontece com qualquer solução jurídica, depende de condições históricas, políticas, econômicas, sociais e demográficas peculiares a cada jurisdição (3). Inumeráveis doutrinadores muito se preocupam com o fato de ser a mesma pessoa, ao mesmo tempo, considerada capaz numa jurisdição e incapaz noutra, supondo ser possível conseguir-se que a mesma pessoa se apresente em toda parte como capaz, ou incapaz. Consideram ser muito inconveniente a alteração da capacidade ou incapacidade da mesma pessoa ao agir numa, e depois noutra jurisdição. Mas, como ninguém ignora, cada sistema de direito internacional privado se destina a obter soluções válidas em determinada jurisdição, ou seja: no *forum*; e portanto do ponto de vista desta jurisdição é que o caso deve ser resolvido. E como não há sistema universal de direito internacional privado, em cada jurisdição se deve decidir qual seja a conexão mais adequada, ou mais conveniente a essa jurisdição, sendo por isso impossível conseguir aquela almejada uniformidade de tratamento, *seja qual for a circunstância de conexão adotada*. Uniformidade de soluções não será conseguida sem uniformidade de sistemas positivos de direito internacional privado. É claro que todos os sistemas positivos devem ser organizados com "espírito internacional", ou com "espírito de solidariedade humana", mas isto não importa uniformidade de sistemas positivos.

Buscando essa inatingível uniformidade, muitos autores supõem conseguiu-la pela adoção do que denominam "lei pessoal" ou "estatuto pessoal", despercebidamente aferrados a resíduo verbal das escolas estatutárias, quando todos os resquícios de doutrinas obsoletas devem ser expungidos da teoria do direito internacional privado. Como se sabe, os estatutários dividiam o direito objetivo em duas partes: estatutos referentes às pessoas (pessoais), e estatutos referentes às coisas (reais). Depois, alguns sequazes da escola francesa começaram a estabelecer sinonímia entre *real* e *territorial*, e entre *pessoal* e *extraterritorial*, totalmente deslembados de que tanto o direito que supunham referente à pessoa, como o que supunham referente à coisa, vigora exclusivamente em determinada

(3) OSCAR TENÓRIO — *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, n.º 215, pág. 128.

jurisdição, e pode ser imitado fora dessa jurisdição. Para os adeptos da escola estatutária francesa, *extraterritorialidade* e *territorialidade* eram palavras de significação mais ampla que *peçoal e real*, podendo-se dizer que, para êles, *extraterritorial* (peçoal) e *territorial* (real) eram *dois gêneros*, de que cada um dos quais eram *duas espécies* o estatuto peçoal (referente à peçoal), e o estatuto real (referente à coisa). Mas hoje tôda essa terminologia deve ser evitada como imprestável, porque não corresponde à realidade jurídica, e só pode dar lugar a equívocos e confusões. É sempre inconveniente usar vocabulário de doutrina abandonada, para traduzir idéias novas, porque os vocábulos podem ainda insinuar o antigo significado errôneo. Por conseguinte, se a doutrina moderna já demonstrou que é erro dividir o direito objetivo em leis peçoais e leis reais, e que é pura ilusão a existência de leis extraterritoriais, ou com fôrça de vigorarem por si mesmas fora da jurisdição que lhes é própria, não convém usar a terminologia das escolas estatutárias, evitando-se falar em "lei peçoal", ou em "estatuto peçoal". Porque conservar o rótulo antigo, quando já é outro bem diferente o conteúdo do frasco?

Em direito internacional privado, a respeito de capacidade, vários sistemas têm sido recomendados: o do *ius fori*, o do *ius loci actûs*, o do *ius causae*, o do *ius patriae*, e o do *ius domicilii*.

O primeiro consiste em mandar observar o direito local, ou seja exclusivamente o direito indígena, ou direito do *forum*; e assim a peçoal que já era tida como capaz em sua pátria, ou no lugar de seu domicílio, pode voltar a ser tratada no *forum* como incapaz. Por essa razão de ordem prática, tem-se pretendido criticar o sistema, dizendo-se que é simples, mas inconveniente aos interesses individuais e ao comércio internacional. Crítica tão antiga quão improcedente, em primeiro lugar porque qualquer sistema de direito internacional privado se destina a dar soluções jurídicas válidas *no forum*; em segundo lugar, porque aquela suposta inconveniência de ordem prática pode também decorrer da adoção dos outros sistemas. Por exemplo: em Portugal, e na França, se rege a capacidade pelo direito nacional, enquanto na Dinamarca e no Brasil se rege pelo direito do domicílio. Isto pôsto, se um holandês de 22 anos, domiciliado no Brasil, tiver sua capacidade aferida por tribunal português, ou francês, será em Portugal e na França tido como *menor*, e já na Dinamarca será tido como *maior*; se êsse mesmo holandês, com 23 anos, estiver domiciliado na Dinamarca, no Brasil e na Dinamarca será havido como *menor*, enquanto em Portugal e na França será considerado *maior*. Vê-se, assim, que a nacionalidade, ou o domicílio, tomados como circunstância de co-

nexão, também não impedem de se ver uma pessoa capaz numa jurisdição, e incapaz noutra, já que não há uniformidade de sistemas de direito internacional privado.

A verdade é que o sistema do *ius fori* é tão jurídico como outro qualquer, e nunca se deve perder de vista que em cada jurisdição sempre se confere a capacidade *ex novo*, por intermédio do direito internacional privado, pois de outro modo estaria suprimida a autonomia da jurisdição no estabelecimento de sua ordem jurídica, e especialmente do seu sistema de direito internacional privado.

O segundo manda observar o direito do lugar onde o ato fôr realizado; e *mutatis mutandis* dêle se pode dizer o mesmo que acaba de ser dito a respeito do primeiro, porque com êle se confunde. A respeito de efeito internacional de direitos adquiridos é que os dois primeiros sistemas não se confundem, porque pelo sistema do *ius fori* o ato é praticado no estrangeiro e a capacidade do agente, para ser êsse ato recebido como válido, é sempre aferida pelo *ius fori*; ao passo que, pelo sistema do *ius loci actûs* será aferida pelo direito do lugar onde o ato fôr praticado, vale dizer: pelo direito estrangeiro. Tratando-se, porém, de direito internacional privado, que cuida apenas de atos *praticados no forum*, os dois primeiros sistemas se confundem.

O terceiro, preconizado por ZITELMANN e WOLFF, recomenda observância do mesmo direito regulador do negócio jurídico que vai ser realizado no *forum*. Gera o inconveniente de ordem prática de poder ser a mesma pessoa capaz para um negócio, e incapaz para outro, na mesma jurisdição; mas a seu respeito, *mutatis mutandis*, se pode afirmar o mesmo que foi afirmado a respeito do primeiro sistema.

O quarto consiste em estabelecer se observe o direito do Estado a que a pessoa pertence (*ius patriae*). Foi adotado no Brasil até o dia 23 de outubro de 1942.

O quinto consiste em recomendar se observe o direito do lugar onde a pessoa é domiciliada (*ius domicilii*). Entrou a vigorar no Brasil no dia 24 de outubro de 1942, por fôrça do Decreto-lei n.º 4.707, de 17 de setembro daquele mesmo ano.

A adoção de qualquer dêsses sistemas é questão das mais discutidas em direito internacional privado; e como o dissídio, anti-quíssimo, mais se aviva entre os partidários do *ius patriae* e os adeptos do *ius domicilii*, vejamos como surgiu essa divergência; como tem sido praticamente solucionada; e como deve ser juridicamente resolvida.

O direito romano, para outros efeitos, que não para reger fatos internacionais, a que se destinava o *ius gentium*, estabelecia

distinção entre *origo* e *domicilium* (4). *Origo*, ou domicílio de origem, era o lugar de proveniência da pessoa, era a *civitas* a que a pessoa pertencia, significando direito de cidade num município, ou numa colônia; ao passo que *domicilium* era o lugar onde a pessoa no momento residia, com ânimo definitivo.

Os estatutários, para reger fatos inter-provinciais ou inter-municipais, se serviram dessa distinção romana; e enquanto alguns aceitaram o "estatuto pessoal" da *origo*, outros começaram a afirmar que esse "estatuto" devia ser o do *domicilium*. Na eleição da *origo* já se encontrava tendência a adoção do *ius patriae*; e o Código Civil Francês, em 1804, infletiu nessa direção, mandando observar a respeito da capacidade o *ius patriae*, que é o mesmo da nacionalidade, direito nacional, ou direito vigente no Estado a que a pessoa se encontre politicamente ligada como parte integrante do respectivo povo.

Na opinião de MACHADO VILELA, as causas de adoção do *ius patriae* pelo Código Civil Francês foram duas: uma histórica, outra política. A razão histórica é esta que, antes da vigência desse Código, as províncias francesas se regiam por direitos jurisprudenciais diferentes, e por isso os fatos inter-provinciais se estabeleciam principalmente entre pessoas da mesma nacionalidade, que se apresentavam com domicílios diversos. Era natural, portanto, que os juristas tendessem a eleger o domicílio como circunstância de conexão, fôsse o de origem, ou o adquirido pela residência com ânimo definitivo. Mas, operada a unificação legislativa pelo código nacional, os fatos inter-provinciais perderam tôda sua antiga importância, e vieram para o primeiro plano os fatos internacionais; e assim se passou naturalmente a dar ao direito nacional francês a mesma função antes atribuída ao direito provincial do domicílio de origem. E a razão política foi esta que, sendo a França país exportador de gente, convinha aos franceses que seus patrícios no estrangeiros continuassem na França sujeitos ao direito francês (5), ou, nos precisos termos da exposição de motivos apresentada por PORTALIS, a fim de que, para o futuro, "la loi française suive avec des yeux de mère les Français jusque dans les régions les plus éloignées".

(4) A circunstância de estar a pessoa ligada a uma das cidades do Império Romano, por qualquer desses laços (*origo* ou *domicilium*) tinha como consequência submetê-la aos encargos municipais (*munera*), à jurisdição e ao direito da cidade, pois os romanos, antes de começarem a aplicar o *ius gentium*, adotaram o sistema da absoluta personalidade do direito (FRANTZ DESPAGNET — *Précis de Droit International Privé*, pág. 290-291). Aliás o direito romano era direito civil no sentido tradicional desta palavra: próprio dos cidadãos romanos em virtude do princípio da personalidade do direito (SOHM-MITTEIS-WENGER — *Institutiones de derecho privado romano*, pág. 55 e 158).

(5) Alvaro da Costa MACHADO VILELA — *Tratado elementar teórico e prática de Direito Internacional Privado*, vol. I, pág. 368.

MANCINI se filiou a êsse sistema, supondo ser a capacidade assunto de direito privado, e dizendo que o direito privado necessário é pessoal, porque é *nacional*, isto é, influenciado pelos mesmos fatores que determinam o desenvolvimento físico e mental dos indivíduos, sendo esta a razão de dever acompanhá-los fora da pátria, *ut cicatrix in corpore*.

PILLET, seguindo as pégadas de PORTALIS, colocou o sistema em base diferente, dizendo que o direito a ser observado deve ser o nacional porque cabe ao Estado proteger seus súbditos no estrangeiro, e é de proteção individual o direito referente à capacidade.

Acontece que, ainda no século XIX, SAVIGNY, em sentido diferente, recomendou o direito *do lugar do domicílio*, porque êste é a sede da pessoa considerada em si mesma. A partir de 1850, as jurisdições inglêsas, que até então seguiam o sistema do *ius fori*, começaram a admitir o *ius domicilii* em matéria de capacidade, influenciadas principalmente por SAVIGNY, através dos trabalhos de WESTLAKE (6); por outro lado, também a América do Norte, como o Império Britânico, em razão de sua Constituição, não podendo ter *lei nacional*, manteve sempre o sistema do *ius domicilii*, como instrumento cômodo de absorção jurídica de considerável massa de imigrantes idos de tôda parte do mundo.

E assim se formaram as duas correntes: uma a se bater pelo direito nacional, outra a pugnar pelo direito do domicílio.

Vários proponentes de nacionalidade como circunstância de conexão em matéria de capacidade encarecem a necessidade de se assegurar estabilidade ao estado da pessoa, dando maior continuidade e maior permanência à sua personalidade, e supõem que isso melhor se consegue pela nacionalidade, porque de domicílio pode o indivíduo mudar mais facilmente. Mas, em primeiro lugar, aquela desejada estabilidade não parece tão necessária, nem no interêsse particular, nem no interêsse público: se a pessoa mudou seu domicílio de um para outro lugar, nada mais natural e razoável é que, a seu respeito, se passe a observar outro direito. Em segundo lugar, não é tão fácil como se supõe a mudança de domicílio internacional; haja vista o sistema inglêz de domicílio; e se é o *forum* o qualificador das circunstâncias de conexão, inclusive o domicílio (7), pode o legislador dificultar a seu modo a aquisição e perda de domicílio, desfazendo em grande parte aquêle supôsto inconveniente.

Para os adeptos da doutrina de MANCINI, o direito nacional deve acompanhar o indivíduo como o sangue que lhe circula nas

(6) RENÉ CASSIN — *La nouvelle conception du domicile*, in "Recueil des Cours", vol. 34, pág. 709 e 720.

(7) GEORGE WILFRED STUMBERG — *Principles of Conflict of Laws*, pág. 51.

veias, mas essa doutrina se encontra inteiramente desacreditada: a nacionalidade não é a mais importante das circunstâncias de conexão; e a qualidade de cidadão de um Estado nada tem a ver com capacidade, tanto assim que os apátridas são tão capazes como as pessoas que tenham uma, duas ou mais nacionalidades.

Afinal, os discípulos de PILLET afirmam que o direito referente à capacidade é de proteção individual, e ao Estado compete proteger seu povo, sendo esta a razão de competir ao Estado legislar a respeito da capacidade de seus súbditos. Mas evidentemente essa explicação não satisfaz. Em primeiro lugar, não se pode saber porque haja de estar a pessoa necessariamente desprotegida pelo simples fato de se observar o direito do lugar de seu domicílio a respeito de sua capacidade. Em segundo lugar, nenhum Estado pode estabelecer regras de capacidade *que devam ser obedecidas por outros Estados autônomos*. Em terceiro lugar, se a questão fôsse só política, e devesse ser vista apenas pelo lado do interesse público, então se deveria ter também em consideração o interesse do Estado onde a pessoa esteja domiciliada, já que a atribuição de capacidade interessa tanto, ou mais ainda, *à jurisdição onde vive o indivíduo, onde existe a pessoa*. Por isso mesmo, uma das razões principais pelas quais os americanos adotam o *ius domicilii* é o afluxo de milhões de estrangeiros que imigram todos os anos, sem poderem se naturalizar em período de duração variável. Os Estados-membros norte-americanos veriam sua ordem pública comprometida se para êsses grupos de estrangeiros se pusessem a imitar os diversos e pouco conhecidos direitos das nações a que pertencem. No exato dizer de HEALY, "interesses práticos, sociais e comerciais, exigem que sejam todos êsses estrangeiros submetidos ao direito do território em que residem realmente; de outra maneira o govêrno e seus súbditos estariam em estado de constante incerteza a respeito dos direitos a serem observados quanto a essas pessoas" (8).

É insustentável, portanto, a razão dada por PILLET para a adoção da nacionalidade como circunstância de conexão: se nenhum sistema de direito internacional privado é organizado *para vigorar fora do país*, nenhum Estado pode pretender regular as relações privadas de seus súbditos estabelecidas em jurisdição estrangeira, nem muito menos pretender que o Estado estrangeiro mantenha sistema de direito internacional privado conveniente a seus interesses particulares, mandando, por exemplo, observar o direito nacional a respeito de capacidade.

Seria fastidioso continuar a examinar os argumentos, às vezes ingênuos, dos partidários do direito nacional e do direito do domi-

(8) THOMAS HENRY HEALY — *Théorie générale de l'ordre public*, in "Recueil des Cours", vol. 9, pág. 523.

cílio; a luta foi a tal ponto que chegaram a invocar as estatísticas, mostrando ser maior a soma das populações dos Estados que adotam como circunstância de conexão a nacionalidade ou o domicílio, saindo, assim, a discussão do terreno jurídico.

O certo parece dizer-se que a nacionalidade e o domicílio são motivos de conexão aceitáveis, *conforme às circunstâncias*. Consequência de ser o direito internacional privado ramo do direito público de cada jurisdição autônoma é que tôdas as suas regras devem ser organizadas tal como o são as demais regras de direito, sob a influência de condições locais. E por isso é que tem sido impossível resolver-se a questão de ponto de vista universal, pressupondo-se poder ser *a priori* aconselhada esta, ou aquela solução, para todos os sistemas positivos de direito internacional privado. De ponto de vista ideal, *a priori*, PARA O DIREITO POSITIVO, é tão impossível dizer-se que a respeito de capacidade se deve observar o direito nacional, como o direito do domicílio; assim como também é impossível estabelecer-se de modo geral que a maioria deve começar aos 18, aos 21, aos 23, ou aos 25 anos, pretendendo-se solucionar esta questão fora do tempo e do meio social.

Do ponto de vista lógico, pende a balança para o lado do domicílio. Se a capacidade é um pressuposto de validade do ato, ou da relação jurídica, regulado pelo direito público de cada jurisdição autônoma; se a questão da capacidade se resolve sempre do ponto de vista de determinada jurisdição, para a solução ser tida como válida aí mesmo; se essa jurisdição mantém o seu direito internacional privado para os casos que tenha de resolver, e não para os casos que hajam de ser resolvidos em jurisdição estrangeira; se a capacidade é atribuída sempre *ex novo* por qualquer jurisdição autônoma; e se da nacionalidade, ou da falta de nacionalidade, não pode decorrer necessariamente a capacidade, nem a incapacidade; se nenhum Estado pode governar a capacidade de seus súditos nas jurisdições estrangeiras, parecem mesmo bem abalados o antigo prestígio e a illusória importância do direito nacional. Na verdade, o direito nada tem a ver com a lógica, e precisamente por isso é que ainda se encontra em vários países a nacionalidade como circunstância de conexão em matéria de capacidade. Se a lógica prevalescesse, só poderia ser adotado o sistema do *ius domicilii*.

A doutrina moderna vem afirmando que considerações de ordem prática, no mundo inteiro, têm mostrado ser mais conveniente a adoção do *ius domicilii*: o direito produzido pelo meio social onde o indivíduo efetivamente vive é que deve ser observado quanto à sua capacidade. O que importa é a adaptação da pessoa

ao meio jurídico e econômico em que tem de viver (9), e se o homem é, não só membro da sociedade, mas produto do meio onde vive (10), parece mais conveniente que tenha sua capacidade aferida pelo direito do meio onde se estabeleceu com ânimo definitivo, pouco importando que, por laço político, esteja prêso a Estado onde não vive, ou que não tenha nacionalidade. Expondo essa doutrina, assim se exprime LEREBOURS-PIGEONNIÈRE:

"A priori, la réglementation la mieux adaptée à la personne me paraît être la loi du domicile. Un individu isolé et même une famille prennent vite les moeurs du pays dans lequel ils ont établi leur résidence habituelle. Les procédés techniques, au moyen desquels la loi de ce pays organise la famille et protège les personnes, seront plus faciles à suivre que ceux de la loi nationale pour les étrangers qui ont toutes leurs habitudes, inconsciemment accomodées au milieu. Et cela est vrai, avec plus de force encore, de règles impératives telles que l'interdiction du divorce" (11).

No domicílio, em regra, tem a pessoa a maioria de seus interesses, o maior vulto de suas transações, e portanto a proteção desses interesses deve principalmente ser dada pelo direito desse meio, uma vez que a nacionalidade e a capacidade se exercem em condições muito diferentes, e uma nada tem a ver com a outra.

Afinal, do ponto de vista prático, para a jurisdição onde estejam domiciliados muitos estrangeiros, facilitada se encontra a observância do direito; e, como notou LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, para o próprio estrangeiro domiciliado na jurisdição é muito mais conveniente a conexão do domicílio, porque longe de sua pátria não poderá acompanhar as alterações do direito nacional, com menos dificuldade com que consegue saber qual seja o direito vigente em seu domicílio. Em regra, o estrangeiro leigo não conhece nunca, nem o direito de sua pátria, nem o do lugar do seu domicílio, mas encontra menor dificuldade quanto a êste.

Do ponto de vista doutrinário, atualmente, em todo o mundo, a tendência é pela adoção do domicílio como circunstância de conexão; e do ponto de vista político-legal não falta quem afirme que aos Estados exportadores de homens convém adotar o direito nacional, enquanto aos Estados importadores é preferível adotar o *ius domicilii*; mas ainda posta, assim, a questão no terreno político, essa regra não pode ser invariável, porque circunstâncias diversas podem influir em sentido contrário. Vale dizer: o certo é que a na-

(9) HENRI BATEMAN — *O regime matrimonial no direito internacional privado*, pág. 222.

(10) КОРКΟΥНОВ — *Cours de Théorie Générale du Droit*, pág. 284 *in fine* e 287.

11) PAUL LEREBOURS-PIGEONNIÈRE — *Précis de Droit International Privé*, pág. 264.

cionalidade e o domicílio são motivos de conexão aceitáveis, conforme às circunstâncias de cada jurisdição em determinada época.

No Brasil, desde a vigência das Ordenações do Reino de Portugal até o dia 23 de outubro de 1942, sempre se observou, quanto à capacidade, o direito nacional. Em 1857, TEIXEIRA DE FREITAS propôs no Esbôço o sistema do *ius domicilii*; em 1898, em célebre memorial apresentado ao Supremo Tribunal Federal, o Conselheiro BARRADAS se bateu por êsse sistema; em 1908 e 1922, dois congressos jurídicos concluíram pela conveniência de se adotar o domicílio como circunstância de conexão; e em 27 de abril de 1932 o *Jornal do Comércio* publicou um projeto de reforma do direito internacional privado brasileiro, subscrito por CLOVIS BEVILAQUA, EDUARDO ESPINOLA e ALFREDO BERNARDES DA SILVA, propondo a adoção, quanto à capacidade, do direito do domicílio; mas só dez anos depois, pela atual Lei de Introdução ao Código Civil, foi quebrada a tradição do nosso direito.

No atual sistema brasileiro de direito internacional privado, quanto à capacidade, se deve observar o direito do lugar onde fôr domiciliada a pessoa, nada importando a sua nacionalidade; assim dispõe o art. 7 da Lei de Introdução:

“A lei do país em que fôr domiciliada a pessoa determina as regras sôbre o comêço e o fim da personalidade, o nome, a capacidade, e os direitos de família”.

A capacidade de que fala essa disposição é a conferida pelo direito em razão do desenvolvimento físico e mental do indivíduo; o que vale afirmar que essa disposição não se refere a incapacidades estabelecidas por causas, ou impedimentos objetivos, sem qualquer atenção ao desenvolvimento físico e mental do indivíduo. Estas, governadas pelo *ius causae*, podem ser aferidas por outro direito, que não seja o do domicílio.