

O Projecto do Codigo Civil na Camara e no Senado

Os artigos *in limine* do *Projecto do Codigo Civil* resurtem em vivo destaque. Nelles é que se precisam as regras da publicação, obrigatoriedade, applicação, effeitos e interpretação da lei civil; mais, fixam-se-lhe as fontes, e, ainda, traçam-se os limites de seu imperio, designadamente no espaço, o que envolve a formulação dos principios geraes de direito civil internacional e, complementarmente, de direito processual civil internacional.

Mereceram, pois, a justo titulo, a mais detida consideração de quantos se têm occupado do grande tentamen legislativo. E sobre elles vão versar estas linhas, em que se emprehende um cotejo do respectivo trabalho anterior da Camara com o ulterior do Senado, ensaiando-se, a par disso, a exegese de quasi todos.

O intuito do confronto é opinar quanto ás emendas ou retoques deste, agora affectos á deliberação final daquella. E' como se vê, uma continuação do esforço geral, em porfiada convergencia para o vestibulo ou sala de visitas desse monumento, o Codigo Civil, como já se disse, em ordem a recommendal-o ao melhor esmero.

* * *

I—Logo na epigraphe, uma emenda.

O Projecto vindo da Camara para o Senado corrigiu sem vantagem, antes em detrimento, o Projecto

qual se lhe apresentára. Neste, subordinavam-se os artigos iniciais do Código á sub-epigraphe—*titulo preliminar*, precedida da epigraphe geral—*Código Civil*, a exemplo do *Código Civil Hespanhol* de 1889, do *Suisso* de 1907 e tambem da *Nova Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO. A Camara substituiu a expressão *titulo preliminar* por *lei preliminar*, dando aos artigos desta uma numeração á parte.

A peoria da emenda está em que não se pôde dizer constituam estes artigos uma lei, constituindo outra o Código propriamente. Nem vale a justificar a geminação o exemplo do Código Civil Germanico. Si teve elle a seu lado uma lei de introdução com 218 artigos, onde, além de disposições geraes—disposições transitorias—ha outras muitas, como sejam as que estatuem as relações entre o Código Civil e as leis do Imperio e dos Estados; visava um objectivo peculiar, qual a unificação das leis civis para a Confederação.

A emenda do Senado substituiu a expressão *lei preliminar* por *introdução* e transpoz, para depois dos dispositivos que a formam, a epigraphe *Código Civil*, mantendo a dualidade de numeração, por sensível ao escrupulo em cingir á mesma numeração disposições que não versam rigorosamente materia da lei civil. Foi na esteira do Código Civil Italiano

Na impossibilidade de retroceder-se ao projecto apresentado á Camara, leva a melhor a emenda do Senado.

I-a — Integra do artigo 1.º do Projecto da Camara:
«Este Código entrará em vigor seis mezes depois de sua publicação official na Capital da Republica.

O Senado emendou: *O Código Civil entrará em vigor doze mezes depois de officialmente publicado*. Além disso, deslocou-o da *introdução* para penultimo artigo do Código propriamente.

Esta deslocação suscita o reparo: o prazo marcado para a obrigatoriedade comprehende tambem a da *introdução*? No Projecto da Camara, a *lei preliminar* e o Código propriamente subordinavam-se á mesma

rubrica geral *Codigo Civil*. Dispondo-se, portanto, que o Codigo Civil entraria em vigor tantos mezes depois de publicado, claro era que esta obrigatoriedade extendia-se ao conjuncto sob aquella epigraphe. No projecto recém-emendado, o dispositivo que fixou o prazo especial para a obrigatoriedade, acolheu-se sob a epigraphe *Codigo Civil* e ao Codigo Civil exclusivamente se refere em seu enunciado; assim, parece bem poder-se duvidar dessa amplitude, de fórma que o prazo de doze mezes estipulado seria para o Codigo propriamente tal, e para a obrigatoriedade da *introducção* subsistiria o prazo da vigente lei de obrigatoriedade ou o prazo ahi determinado, a vingar uma emenda do Senado, que adiante será apreciada.

Como quer que seja, a preferencia dada á epigraphe *introducção*, a indicar unidade de acto legislativo; e não geminação, como inculcava a epigraphe substituida — *lei preliminar*, solve a duvida no sentido de vigorar tambem para *introducção* o prazo consignado no penultimo artigo do Codigo Civil. A jaça assignalada, irremovivel, não terá, ainda bem, consequencia operante: um senão de fórma apenas.

II — Aceita que seja essa deslocação do artigo determinante do prazo para a obrigatoriedade, por uma simples cortezia á tradição que vem rematando as leis em dispositivos desses, fixadores do inicio da obrigatoriedade; menos condescendencia deve haver para a duplicação do prazo que na emenda se contém. Caberia aqui invocar, por igual, a tradição: foi de seis mezes o prazo marcado para a obrigatoriedade do Codigo do Commercio, art. 912, como para a do Codigo Penal, art. 411, e de quatro mezes para a da lei de 24 de Janeiro de 1890; instituidora do casamento civil, lei que alterou fundo o nosso direito de familias. Acode, porém, a esse intento ponderação intrinsecamente decisiva: o Codigo Civil que se apresta, não é uma lei innovadora; antes, pouco mais que uma consolidação do direito vigente, com o necessario complemento que, entre vacillações, em plena balburdia, debalde vem tentando elaborar uma derrancada jurisprudencia. O Codigo Civil Allemão e o Suisso, promulgados, tiveram delongada a sua obrigatoriedade, porque a outro intuito

obedecera a sua elaboração: ás mesmas normas submeter paizes ou cantões até então sob legislações varias.

A instancia com que o paiz reclama o seu Codigo Civil, diz de sua urgencia quanto necessario, para não se lhe retardar a participação de tal beneficio.

Terceira emenda que ia passando e bem poderia passar despercebida, é a suppressiva das palavras superabundantes, fecho do art. 1.º: « *na capital da Republica.*»

III — Visando mais ordenadamente dispôr os artigos da *introducção*, o Senado deslocou o segundo do Projecto da Camara (*a lei que obriga em todo o territorio brasileiro, nas suas aguas territoriaes e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem exterritorialidade os principios e convenções internacionaes*), para fazel-o anteceder immediatamente o oitavo e seguintes, como elle attinentes ao imperio da lei civil no espaço. Dest'arte o artigo 3.º do Projecto da Camara, desde que prevaleçam as duas deslocações, tanto a do primeiro, desapplaudida, como a do segundo, inconcutivel, será o primeiro da *introducção*. Eil-o:

«A lei não prejudicará, em caso algum, o direito adquirido, o acto juridico perfeito, ou a cousa julgada.

§ 1.º — Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguem por elle, possa exercer, como aquelles cujo começo de exercicio tenha termo prefixo, ou condição preestabelecida, inalteravel a arbitrio de outrem.

§ 2.º — Reputa-se acto juridico perfeito o já consummado, segundo a lei vigente ao tempo em que se effectuou.

§ 3.º — Chama-se cousa julgada ou caso julgado, a decisão judicial de que já não caiba recurso».

O principio constitucional da irretroactividade este artigo procurou fixal-o, precizando o que pela retroactividade se deve entender.

Aqui consistiram as emendas do Senado em optar pela redacção RUY BARBOSA, o que se vai repetindo pelos artigos adiante, com indisputavel lustre para o Projecto.

De substancial apenas a emenda suppressiva do qualificativo *ordinario*, apposto ao vocabulo final do § 3.º Qual o intuito da suppressão? — Firmar que a existencia do caso julgado depende de não ser mais a sentença susceptivel de recurso, seja este ordinario, seja extraordinario, facultado nos casos em que a Constituição individúa no artigo 59, n. III, § 1.º

Este recurso, do art. 59 n. III, § 1.º da Constituição, ordinario é. Só impropriamente se qualificará de extraordinario, conforme mostrou CARLOS DE CARVALHO na sua *Introdução á Nova Consolidação*, pag. 48, como cabivel que é sempre que se trata de amparar a unidade do direito substantivo, de resguardar a unidade da applicação das leis federaes, quando não applicadas ou quando applicadas falsamente, *o que é a mesma cousa*, diz elle, *por serem identicos os efeitos*. No mesmo sentido se manifesta o DR. JOÃO MENDES JUNIOR (*Direito Judiciario*, 309 e seguintes), accetando para esse recurso ordinario a denominação de *revisão civil*, já inculcada por CARLOS DE CARVALHO, sob a inspiração da lei allemã e da suissa. De todo o ponto repugna a alteração do que accetára a Camara, pois que importaria ella, decotada a expressão *recurso ordinario* deste qualificativo, em tal ou qual acquiescencia do legislador á corruptela, ruinosa, insinuada na expressão antithetica *recurso extraordinario*, como applicavel áquelle recurso constitucional.

O Senado desvirtuou o pensamento do Projecto da Camara que ao caso julgado defere o seu lidimo conceito de *decisão que não pende mais dos recursos ordinarios, ou porque as leis os não concedem, ou porque as partes não usaram delles nos termos fataes e peremptorios da lei, ou porque já foram exgottados* (PAULA BAPTISTA *Processo*, § 128). Nem ha confundil-o com *cousa soberanamente julgada* — a sentença que não depende mais dos recursos de revista e de acção rescisoria (Obr. cit. pag. 182, nota 2).

IV — No precedente artigo, os principios normativos da efficacia inicial da lei no tempo; neste (artigo 4.º), os da cessação ou abolição dessa efficacia.

Passou incolume pelo Senado, onde recebeu tão sómente o retoque litterario de RUY BARBOSA.

Quanto a tal artigo, não ha, pois, cogitar de instituir confrontos. Mas porque não analysal-o, em sua complicada estructura, pondo em experimento a excellencia dos materiaes que se associaram a constituil-o? Será uma digressão a pello, contra os que vêm atasalhando de farraparia o Projecto.

E' sua integra :

«A lei só se revoga ou deroga por outra lei; mas a disposição especial não revoga a lei geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ella, ou ao seu assumpto, se referir, alterando-a explicita ou implicitamente.»

Discriminam-se ahi duas partes, lindadas por uma adversativa.

IV-a — Quanto á primeira, o Codigo Civil Italiano, artigo 5.º de suas disposições preliminares, entendeu que bastava referir-se á abrogação, á cessação da efficacia total da lei (*abrogatur legi cum prorsus tollitur*), e o Hespanhol, tambem artigo 5.º, entendeu, ao contrario, que bastava referir-se á derogação, cessação da efficacia parcial (*derogatur legi cum pars detrahitur*). O Projecto brasileiro abrange as duas modalidades: *a lei se revoga ou se deroga...* No restante da clausula só.. *por outra lei*, a consagração nitida, intimativa da estabilidade e uniformidade da norma legislativa; contra a qual não se consente autoridade a qualquer acto do poder executivo, ao costume ou pratica, dictos *contra legem*, ao desuso que é, afinal, um costume negativo contrario á lei, e á obliteração ou cessação dos motivos de facto dos quaes emanou a lei, criação de existencia objectiva, autonoma e não consistente em taes motivos. Pelo que, o artigo em analyse repulsa as superfluidades do artido 5.º do Codigo Hespanhol: *Y no prevalecerá contra su observancia*

el desuso ni la costumbre ó practica em contrario, com a falha pretensão de individuar as causas intrinsecas da cessação da lei.

IV-b — Estabelecido, assim, o principio que a lei só se rovoga ou deroga por outra não ficou excluida, é certo, a revogação ou derogação indirecta ou tacita, para só se reconhecer a expressa ou directa, literalmente pronunciada na lei posterior, seja em termos geraes, seja em termos particulares, pela menção explicita do direito abolido, com ou sem novas normas juridicas.

Tal abolição indirecta ou tacita pôde verificar-se por dois modos. Tem-se o primeiro nos limites da incompatibilidade formal, é dizer, quando a lei nova e a anterior não se podem applicar contemporaneamente a determinada relação juridica, pela contradicção que se revela. E' o que se enuncia a maxima -- *lex posterior derogat priori*, completada por est'outra -- *posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariæ sint*, a resalvar que as disposições da lei anterior, não contrarias ás da nova, se reputam subentendidas nesta ou fazendo d'ella parte.

O outro modo de abolição tacita é o que se dá quando a lei posterior regula materia identica á da lei anterior. Se o legislador a reconstituiu toda, licito é concluir haver adoptado outros principios directivos, os quaes, em suas variadas possiveis applicações, pôdem levar a consequencias diversas, sinão oppostas, das que derivam da lei anterior.

A lei italiana, citado artigo 5.º, encerra expressa menção desses modos diversos de revogação directa e indirecta: *per diachiarazione expressa del legislatore, o per incompatibilità delle nuove disposizione con le precedenti, ò perchè la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore*. Superiormente prescindiu o artigo do Projecto de similhantes declarações que seriam redundantes nelle, como são na dita lei italiana.

— IV-c — Volvendo á segunda parte do artigo: nella summula o Projecto as mais acatadas regras para a embaraçosa hypothese do encontro ou embate de

leis não da mesma indole — ambas geraes ou ambas especiaes, aliás regras olvidadas na lei italiana e na hespanhola.

Quid quando uma lei especial succede a uma lei geral ou vice-versa, uma lei geral a uma lei especial?— Apprehende-se facilmente a incompatibilidade de uma lei geral com outra também geral; mas, si uma lei geral succede á uma especial, não ha tal incompatibilidade, por isso que se comprehende a sua co-existencia, sendo uma a regra e outra a excepção. Do mesmo modo, na inversa hypothese de uma lei de indole especial succeder a uma outra de indole geral, a lei antiga pôde continuar vigente ao lado da nova, uma como excepção, outra como regra.

Consequentemente, não ha, nos dois casos, revogação ou abolição. Haverá, todavia, neste caso excepcional: quando a lei posterior, geral ou especial, se refere á anterior, ou ao seu assumpto, alterando-a explicita ou implicitamente.

Por esta solução, a revogação, ou derogação nesses casos especiaes, dependerá do exame da intenção do legislador, não sendo de acceitar como sempre verdadeiras as conhecidas maximas:— *lex posterior generalis non derogat priori speciali; lex specialis derogat generali*. (MAURI, REGULÆ JURIS, 6).

V — Da autoridade da lei cogita o art. 5.º:

«Ninguem se escusa allegando ignorar a lei; mas com o silencio, a obscuridade ou a indecisão della não se exime o juiz a sentenciar, ou despachar.»

Não ha emenda a considerar, a não ser, bem entendido, as da redacção RUY BARBOSA.

O artigo reproduz conjugados os artigos 2.º e 6.º do Codigo Civil Hespanhol.

A independencia em que fica a lei, que, pela publicação, torna-se obrigatoria para todos, sem attenção ás condições subjectivas do seu conhecimento ou igno-

rancia, é consetario logico e necessario do principio legislativo de tal evidencia que, para ser admittido, é até dispensavel expressa disposição, pelo que a maioria dos codigos não o tem consignado. Com o fim de suspender a efficacia obrigatoria da lei, isto é, de evitar as obrigações que della directamente derivam ou as consequencias de sua inobservancia, jámais se poderá invocar a ignorancia ou erro de direito. E' a paremia: «*error juris non excusat*».

A regra antithetica — *error juris excusat* tem diverso campo de applicação. Em geral, não havendo disposição legislativa em contrario, é admissivel a ignorancia ou erro de direito, no intento de mostrar que faltou o presupposto requerido pela lei para determinado factio juridico. Assim, é de invocar-se para obter os effeitos da boa fé, que presuppõe o erro, ou então como causa para annullar-se um negocio juridico, de que foi elle o motivo unico ou principal. Por exemplo, o solvente que paga o indebito, tem direito á restitução, como dispõe o Projecto no artigo 965, embora effectuado o pagamento por erro de direito.

Os protestos dos escriptores de tendencias socialistas, como Menger e Dorado, que vêm apodando de tyrannica a presumpção — *nemo jus ignorare censetur*, nenhuma repercussão lograram no Projecto, em qualquer das phases de sua elaboração.

Vai além dessa presumpção o art. 5.º, na sua segunda parte.

Compenetrado o legislador da força de expansão e de adaptação do direito, repugna-lhe admittir lacunas na legislação, tal qual no direito vigente (*Nova Consolidação*, art. 58). E' o que significa a clausula final:

«Com o silencio, a obscuridade ou indecisão da lei, não se exime o juiz de sentenciar ou despachar.»

VI — O artigo 6.º, combinação do art. 11 do Codigo Civil Portuguez com o artigo 4.º das disposições preliminares do Codigo Civil Italiano, reproduz o do Projecto da Camara, com a restricção repisadamente feita:

«A lei que abre excepção a regras geraes ou restringe direitos, só abrange os casos que especifica.»

Uma quasi traducção do brocardo hermeneutico: *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. Extender a excepção a casos não contemplados pelo legislador fóra abrir uma excepção á regra geral contra a vontade do legisiador, o que, por egual, se exprime por est'outro brocardo: *Exceptio est strictissimae interpretationis*.

VII — Na segunda parte do artigo quinto, o Projecto poz o juiz na contingencia ineluctavel de sentenciar ou despachar, impondo-lhe a lei com suas falhas impreenchiveis ou obscuridades invenciveis. No subsequente artigo, como no final do artigo quarto, consignam-se importantes maneiras de interpretação. Agora, no artigo setimo regressa o Projecto a completar a parte estatuida no artigo quinto, que se vem de memorar.

Para que, dada a variedade infinita dos casos occorrentes, correntiamente na lei se não tolerem falhas ou ambiguidades; força é realçar as fontes suppletivas ou subsidiarias, onde haurir o interprete o adimplemento necessario á integração das lacunas verificadas, desde a insufficiencia de expressão, inevitavel na norma, por mais generalisada que se ostente, ante a variedade infinita das hypotheses ou phenomenos a solicitar ao direito solução.

Eil-o identico, na Camara e no Senado:

«Applicam-se nos casos omissos as disposições concernentes aos casos analogos, e, não os havendo, os principios geraes do direito.»

O artigo trilha estrada batida, repete o artigo terceiro, segunda parte, das disposições preliminares do Codigo Civil Italiano e o artigo sexto do Codigo Hespanhol. Quando a letra de um dispositivo, seus motivos ou seu espirito recusam solução a determinada relação de vida social, tem lugar a funcção suppletiva da analogia para ampliar a comprehensão da norma. Tal é o meio principal, por que actua a força organica latente do direito, a regular casos não contemplados. Decide de uma controversia não decidida pela lei a similhaça da relação não contemplada com outra contemplada.

Suppondo, em seguida, insufficiente ainda a analogia para resolver a controversia, por não se encontrar considerado um caso semelhante, penetra o artigo campo mais dilatado — investiga os principios de direito mais geraes, directores do presente juridico, presuppuestos logicos necessarios, informadores de varias normas legislativas, a vêr se ahi se comprehende esse caso que não topa semelhante nos contemplados. O juiz ou o jurista faz então o que o legislador deixou de fazer.

Os codigos indicam esse recurso, ora com a denominação de equidade, ora com a de direito natural, ora com a de espirito das leis ou principios geraes do direito. O Projecto accitou esta expressão — *principios geraes do direito*, que já vem do Projecto Nabuco.

O artigo primeiro do Codigo Civil Suisso tomou outra rota, dahi a diversidade de suas expressões. Deficiente a lei em seu texto e em seu espirito, na falta de costume, preceitua que o juiz julgue *selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur*, recommendando, entretanto, que se inspire na doutrina e na jurisprudencia.

Nenhuma vantagem nessa complicação. O Codigo Suisso, cortejando as idéas recentes do direito livre, deu de mão á analogia e aos principios geraes do direito, para que o legislador crie a norma juridica conveniente ao caso.

VIII — No artigo oitavo, entra o Projecto a fixar principios de direito civil internacional, assignalando as balizas da applicação da lei civil estrangeira, no paiz. O Senado, em uma emenda, a que já se fez referencia demorada, approximou deste, a antecedel-o, o artigo 2.º, qual o approvava a Camara :

«A lei obriga em todo o territorio brasileiro, nas suas aguas territoriaes e, ainda, no estrangeiro, até onde lhe reconhecerem extraterritorialidade os principios e convenções internacionaes.»

Como se vê, de todo o ponto plausivel é a aproximação. Nas linhas reproduzidas, o Projecto delinea a esphera de applicação da lei civil brasileira, a saber

— todo o territorio nacional, inclusive as aguas territoriaes, e o estrangeiro, dentro dos limites das convenções e dos principios internacionaes. Seguia-se, por obvia associação, em proseguimento, demarcar a esphera de applicação da lei civil estrangeira no paiz.

VIII-a — A proposito desse artigo segundo, suscitou o Senado a questão — se a lei brasileira tem obrigatoriedade tambem fóra do paiz, nos termos indicados, ou seja *até onde lhe reconhecer extraterritorialidade os principios e convenções internacionaes*, não ha necessidade mais patente do que declarar o momento em que deve iniciar-se a sua observancia, para que possa a magistratura apurar si tal ou tal acto incide no dispositivo, por já ser obrigatorio fóra do paiz. E esse reparo deu azo a artigo novo, objecto de um additivo, sobre o qual a Camara terá que manifestar-se, approvando-o ou repellindo-o. Eil-o:

«A obrigatoriedade das leis, quando não fixem outro prazo, começará no Districto Federal tres dias depois de officialmente publicadas, quinze dias no Estado do Rio de Janeiro, trinta dias nos Estados maritimos e no de Minas Geraes, cem dias nos outros, comprehendidas as circumscripções não constituidas em Estados.

Parapho unico. — Nos paizes estrangeiros, a obrigatoriedade começará quatro mezes depois de officialmente publicada na Capital Federal.»

O Senado, parece, excedeu-se. Ao fim collimado bastar-lhe-ia esse § unico, lançado após o artigo segundo.

Vitanda é de considerar sempre, no texto legal, a a intromissão de materia extranha ao departamento respectivo, como será no caso um dispositivo, regulador da obrigatoriedade em geral. A parcimonia, aconselhada pela technica, o é, a mais, pela nenhuma conveniencia, attenta a desvantagem mesmo do accrescimo.

Porque, no Código Civil, substituir por outro dispositivo o do Decreto n. 572 de 12 de Junho de 1890, resguardado de censuras? O confronto desse additivo com o direito vigente sobre a obrigatoriedade, consolidado dos arts. 14-22 da *Nova Consolidação*, deixa vêr que o trabalho do Senado, precipitado, é lacunoso e dá margem a duvidas.

VIII-b — Passando ao artigo 8.º, nos seguintes termos foi elle approvedo pela Camara :

«A lei nacional da pessoa rege o seu estado e capacidade civil; as relações pessoaes dos conjuges e o regimen de bens de casamento.»

§ Unico. «Os filhos durante a menoridade e a mulher casada em quanto durar a sociedade conjugal, seguirão a lei nacional do pae ou do marido.»

Houve, no Senado, quem neste paragrapho lobrigasse tal ou qual inconstitucionalidade, pondo-o em face dos artigos 69-71 da Constituição; adduzindo que, applicado, resultaria tirar-se a cidadinia a brasileiros, filhos de estrangeiros, e á mulher brasileira, casada com estrangeiro. A conjurar o magno vicio, fundamentou o senador CUNHA PEDROSA este additivo: *Salvo a) a mulher brasileira que casar com estrangeiro a qual conservará a sua nacionalidade, b) os menores, filhos de estrangeiros nascidos no Brasil, não estando, aquelles a serviço de sua nação, os quaes manterão a sua qualidade de brasileiros, deixando tambem de seguir o estatuto pessoal do pae.*

O desembargador VIEIRA FERREIRA, com a alta competencia em tantos outros casos manifestada, mostrou o equivoco daquelle senador, em artigo publicado no *Jornal do Commercio*, depois reproduzido no seu livro *Ementas e Emendas*, a pag. 144, e suggeriu apenas se intercalasse a restricção — *nas relações civis*, entre as palavras *seguirão* e *a lei nacional* do paragrapho. Este accrescimo, aliás tambem desnecessario, pois que a natural subordinação do paragrapho ao artigo bem que frisa a idéa, foi, no entanto, objecto de uma emenda

do senador FELICIANO PENNA, que a *Commissão* desaprovou, preferindo optar pela supressão do parographo.

Afinal, essa *Commissão*, em seu parecer publicado no *Diario Official* de 5 de Dezembro pp., querendo algo fazer que não teve tempo de explanar, assim formulou o artigo 8.º, apregoando a nova formulação, como capaz de satisfazer aos mais exigentes :

«A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, seus direitos de familia, as relações pessoas dos conjuges e o regimen dos bens no casamento, sendo licito quanto a estes; a opção pela lei brasileira.»

E na redacção final, publicada no *Diario Official* de 29 de Dezembro pp., esse texto é republicado, com evidentes erros nos pontos assignados em versalates :

«A lei nacional do paiz determina a capacidade civil. Os direitos de familia, as relações pessoas dos conjuges e o regimen das LEIS no casamento, sendo licito, quanto a estes, a opção pela lei brasileira.»

VIII-c — Tal é o dispositivo que se contrapõe ao approvedo pela Camara, reproduzido a principio. Ora, o da redacção final do Senado é passivel destas increpações :

(a) Não ha razão para alterar a formula adoptada pela Camara — *estado e capacidade civil* que se vê no Codigo Italiano, artigo 6.º, e no Portuguez, artigo 25.º, como no artigo 25.º da *Nova Consolidação* de CARLOS DE CARVALHO.

Dir-se-á que se entrelaçam *estado e capacidade*, pois que a diversidade de direitos, isto é, a capacidade para determinadas relações juridicas e para outras não, as restricções ou modificações da capacidade, resultam, dependem, emanam do estado civil, ou, por outra, das posições juridicas diversas dos homens na sociedade, das qualidades de que ahi se acham revestidos, as

quaes constituem outros tantos *estados civis*, com distinctos efeitos juridicos. Não ha, porém, vantagem em substituir o que é correntio e claro por uma innovação menos clara e controvertida.

Regular a lei pessoal o estado da pessoa é assignar-lhe a nacionalidade, é dizer si solteiro, casado, viuvo ou desquitado, maior ou menor, filho legitimo ou natural, interdicto ou não. . Regular a capacidade é dizer de sua aptidão geral para qualquer acto ou contracto, ou então da especial para determinada classe de relações juridicas.

(b) Depois dessa implausivel mutilação, o Senado, como que compensativamente, liberalisou ao dispositivo uma ampliação que se vai patentear menos correcta.

A Camara, havendo declarado que a lei pessoal regeria o estado e a capacidade civil, accrescentou que tambem regeria *as relações pessoaes dos conjuges e o regimen dos bens*.

Na verdade, o dispositivo textual da Camara parece resentir-se de certa deficiencia: sem esforço, não ha desentranhar das expressões *estado e capacidade, relações pessoaes dos conjuges e regimen dos bens* as vastas relações que se conglobam no direito de familias — poder parental e marital, casamento e divorcio, parentesco por consanguinidade e afinidade, legitimação, adopção, menoridade, emancipação, direito a alimentos, tutela e curatela. Mas ahi se depara, por exemplo: no *Cours de Droit Civil* de GÉRARD GALOPIN, professor da Universidade de Liège, o volume titulado *E'tat et Capacité des Personnes*, encerrando toda essa materia.

— VIII-a — O Senado vislumbrou a apontada deficiencia e addicionou á enumeração dos elementos um que dispensa, em absoluto, os que se lhe seguem. Dizer que a lei pessoal rege *os direitos da familia* é, por sem duvida, comprehender, na esphera de sua applicação as *relações pessoaes* como as *relações patrimonias dos conjuges*, secções que são do direito de familias.

Attendendo a isso é que o Código Civil da Hespanha, em seu artigo 9.º, formula o estatuto pessoal, nessas singelas palavras: *Las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, ó al estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en el extranjero.* E anteriormente o Código Italiano, art. 6.º: *Lo stato delle persone, la loro capacità e i rapporti di famiglia sono regolati della legge dello Stato al cui le persone appartengono.*

Nem se exculpa a perissologia, como convinha-vel a proporcionar a ligação da clausula final — *sendo licito, quanto a este (regimen dos bens no casamento), a opção pela lei brasileira.* Além de que o obter-se torneio feliz de redacção jámais será argumento abonatorio de um erro de technica; a esse mesmo intento, prescindível era a redundancia, bastando substituir ao demonstrativo *este* o seu antecedente, por esta forma: *A lei pessoal rege o estado, a capacidade e os direitos de familia, sendo licito, quanto ao regimen de bens no casamento, a opção pela lei brasileira.*

Notar, de relance, a cinca de redacção do dispositivo, na emenda senatorial: aquelle *este* lexicologicamente se refere ao substantivo masculino mais proximo, que é *casamento*, o que leva á contextura manifesta erronia: *A lei nacional das pessoas determina a capacidade civil, seus direitos de familia, as relações pessoas dos conjuges e o regimen dos bens no casamento, sendo licito quanto a este (sc. casamento) a opção pela lei brasileira.*

VIII-e — Que dizer, porém, desse additivo, da opção que elle consagra? — Que é aberrante dos são principios do direito internacional privado.

O Senado quiz facultar aos nubentes estrangeiros, ao contrahir casamento, repulsarem regimen de bens da lei de sua nacionalidade, para preferentemente pautar seu pacto nupcial pelo regimen economico local. Autorisa-se a condemnação dessa faculdade nas prelecções do COURS do insigne PILLET, pag. 249: *Cette solution est incompatible avec l'idée de limitation de*

la souveraineté de l'État. L'État sur le territoire duquel un acte a été fait, admettra bien la validité du contract passé par l'étranger conformément à la loi locale, mais la patrie de cet étranger ne permettra pas que l'inobservation du statut personnel puisse être supplée par l'observation du statut du lieu où l'acte a été fait. Et alors, conséquence déplorable, un jugement qui valable dans on aura un jugement qui, valable dans un pays, ne le sera pas dans l'autre.

VIII-f — Assim patenteados os senões do texto approvado pela Camara e, por equal, os do outro, emenda e additivo, proposto pelo Senado; a posição da Camara, na contingencia de sustentar um ou outro, é, não ha duvida, nada lisonjeira. Não é, porém, irremovível o obstaculo que se antepara.

O artigo oitavo, ora em analyse, é um dos mais importantes de todo o Codigo: tanto que foi objecto de excepcional porfia. Reclama a melhor attenção, de todo exame, tal ou qual particular dedicacão, diga-se.

Adoptado que seja o alvitre de votar parcelladamente as emendas e o additivo do Senado, a elle respeitantes, lograr-se-á por ventura escoima-lo do que ha ahi innaceitavel.

Em primeiro lugar, póde a Camara regeitar que se quebre a dichtomia *estado e capacidade*, de seu Projecto. Aceitar depois esse elemento novo trazido ao contexto — *os direitos de familia*. Em seguida, não poderá haver relutancia em se darem por prejudicadas as expressões — *as relações pessoas dos conjuges e o regimen dos bens no casamento* e em reparar os lapsos de redacção apontados. Finalmente, a vingar vitalidade o trambolho, enxertado na cauda do dispositivo — *sendo licito, quanto a este, a opção pela lei brasileira*, ao menos que se reproduza, como simples retoque de redacção que será, o termo *regimen*, a que se refere o demonstrativo *este*, para que se não pretenda, como a lexicologia o exige, que o seu antecedente é *casamento*, o vocabulo mais proximo.

Dispensando ao dispositivo esse carinhoso cuidado, que bem merece, ficará assim redigido, inclusive o seccante trambolho :

«A lei nacional da pessoa determina-lhe o estado, a capacidade e os di-

reitos de familia, sendo licito, quanto ao regimen de bens, a opção pela lei brasileira». A seguir o § unico, se for preferida a sua subsistencia á sua supressão.

*
* *
*

Escrepto o que ahi fica, em relação ao artigo oitavo, dever-se-ia proseguir no confronto e exegese emprehendidos, passando aos seguintes.

Aconselha, porém, ligeira interrupção o que escreveu, no *Imparcial*, de 26 do cadente mez, o dr. MANUEL COELHO RODRIGUES, ainda sobre esse artigo oitavo, para o qual chama a melhor attenção do legislador.

A epigraphe e sub-epigraphe adoptadas salientam a importancia do assumpto: — *Attentado á soberania nacional — A desnacionalisação da mulher e da creança brasileira.*

A' comprehensão facil dos reparos a seguir con- vem rememorar o que se tem longamente explanado.

A Camara approvou o artigo nos termos seguintes:

«A lei nacional da pessoa rege o seu estado e capacidade civil; as relações pessoas dos conjuges e o regimen de bens no casamento.

§ unico. — Os filhos, durante a menoridade, e a mulher casada, emquanto durar a sociedade conjugal, seguirão a lei nacional do pae ou do marido.»

Acoimado de inconstitucionalidade este paragra- pho, com se allegar que delle resultaria para a brasileira casada com estrangeiro e para os filhos de estrangeiros, brasileiros pela Constituição, a perda de sua cidadinia, pretendeu um senador remediar o mal, propondo este additivo: *Salvo: a) mulher brasileira que casar com estrangeiro, a qual conservará a sua nacionalidade; b) os menores filhos de estrangeiros, nascidos no Brasil, não estando aquelles a serviço de sua nação, os quaes manterão a sua qualidade de brasileiros, deixando tambem de seguir o estatuto pessoal do pae.*

O Senado sahiu-se do emmaranhado caso, praticando os alvitres seguintes: approvou com alterações o artigo oitavo; rejeitou o paragrapho unico; appensou ao artigo approvedo um *addendum*, que proporciona ao estrangeiro que se casa, *quanto ao regimen de bens, a opção pela lei brasileira.*

Ora, informa o dr. COELHO RODRIGUES que, contra o parecer do dr. CELSO BAYMA, relator das emendas do Senado, referentes ás disposições preliminares do *Codigo*, e a instancia do dr. ADOLPHO GORDO, que vai ser o relator geral do parecer da Camara sobre as emendas do Senado, reviveu o paragrapho unico, tendo cahido a sua supressão votada pelo Senado. A esta revivescencia é que o articulista se sobressalta, vendo ahi *attentado a soberania nacional, desnacionalisação da mulher e da creança brasileira, iniquidadé, barbaridade.*

O equivocado parece ser o articulista e não o illustrado relator geral.

A Commissão do Senado não fundamentou a rejeição do paragrapho unico; mas não é que o inspirasse o evitamento da inconstitucionalidade, contra a qual bastar-lhe-ia acolher o additivo CUNHA PEDROSA. Além de que, na imprensa, a questão foi discutida pelo desembargador VIEIRA FERREIRA, que salientou a constitucionalidade e exacção jurídica do dispositivo, produzindo as fortes considerações que se transcrevem: «*A doutrina desse dispositivo é muito boa no seu pensamento, desde que se limite ao direito de familia, sem que os menores e a mulher casada percam a qualidade de brasileiros, pelo facto de seguirem a lei nacional do chefe da sociedade domestica ou familiar*».

Que em direito internacional privado, é admissivel e commum sujeitarem-se nacionaes a leis de outro paiz, concernentes ao estado das pessoas e ás relações de familia, póde ver o digno senador (PEDROSA), consultando por exemplo, MAZZONI, Dir. Civ., I, n. 89 ou WEISS *Droit Inter. Privé*, pag. 516 a 517. Não ha desar nenhum nem inconstitucionalidade em regular, no direito privado, a situação de um menor brasileiro pelas

leis que organisam a familia a que elle pertence. O additivo do senador PEDROSA... é uma reacção excessiva contra a hypothese de que o paragrapho unico do artigo 8.º leva a consequencias inconstitucionaes.

Para evital-as bastaria redigir assim o paragrapho; “os filhos, durante a menoridade, e a mulher casada emquanto durar a sociedade conjugal, seguirão nas relações civis, a lei nacional do pae e do marido.”

Este accrescimo, mesmo, propugnado pelo notavel jurista, consistente em intercalação das palavras *nas relações civis*, já se mostrou desnecessario; pois que as suppre a natural subordinação de sentido do paragrapho para com o artigo a que se relaciona.

Portanto, revoltando-se o dr. COELHO RODRIGUES contra o paragrapho unico do artigo 8.º, pôde-se dizer que se revolta contra o direito internacional privado, em uma das suas applicações. Muito bem pondera MAZZONI, no topico invocado no trecho supra-transcripto, *non può non ammettersi che la moglie siasi voluta sottomettere alla legge dell'uomo che deve esser capo della famiglia*, accrentando logo adeante que *la stessa decisione deve applicarsi anco nel caso in cui la moglie conserva la propria nazionalità, sia per la legge propria (assim no nosso direito), sia per la legge del marito*. O mesmo é de dizer-se, relativamente aos filhos, emquanto menores.

Tal é o ligeiro parenthese que o escripto do *Imparcial* fez abrir.

Outras considerações que ahi se lêem, ou não são de ordem juridica, ou caem, em face do artigo 18, limitativo da applicação geral da lei estrangeira no paiz.

* * *

IX — No Senado, recebeu apenas retoques de redacção o art. 9.º:

«Applicar-se-á subsidiariamente a lei do domicilio e, em falta desta, a da residencia:

I Quando a pessoa não tiver nacionalidade;

II Quando se lhe attribuirem duas nacionalidades, por conflicto, não resolvido, entre as leis do paiz do nascimento e ás do paiz de origem; caso em que prevalecerá, si um delles for o Brasil, a lei brasileira.»

Falta essa disposição na lei italiana. Realmente parece dispensavel.

Adoptando o artigo precedente a lei nacional para regular a capacidade e os direitos de familia do estrangeiro, entende-se que fal-o em principio. Quando não houver nacionalidade a que recorrer, ou quando, a a um tempo, abrem conflicto duas ou mais; claro é que então a lei a applicar, subsidiariamente, não póde ser senão a territorial, a do domicilio ou, na falta desta, a da residencia. Em relação a tal artigo, o que ha a extranhar é sómente a sua má collocação, posto logo em seguida ao artigo que firma a lei nacional como reguladora da capacidade e dos direitos de familia, sequencia que dá a entender que só com o precedente elle se relaciona. E não é assim: tambem o direito successorio é regulado pela lei nacional, como adiante se verá, tendo cabimento em relação a elle, a mesma applicação subsidiaria da lei do domicilio ou da residencia.

O que conviria, pois, é approximar os dois artigos que consagram a lei nacional, e pospôr a elles o presente.

X — o art. 10.º no Senado, manteve-se incolume, apenas melhorado na redacção RUY BARBOSA.

«Os bens moveis ou immoveis estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porém, sob a lei pessoal dos proprietarios os moveis de seu uso pessoal, ou os que elle comsigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros logares.

§ unico. — Os moveis cuja situação se mudar na pendencia da acção real a seu respeito, continuam sujeitos á lei da situação, que tinham no começo da lide.»

De facto, submettendo os bens moveis e immoveis á lei da situação, com a sabia excepção de SAVIGNY para os moveis que o proprietario leva consigo e para os destinados a deslocação, e, mais, vinculados á acção aquelles que são objecto de litigio, o Projecto selecciona o que o direito internacional civil tem fixado.

XI -- Prevaleceu nos seguintes termos o artigo 11.º, que sanciona a antiga maxima — *locus regit actum*, prescrevendo como fórma extrinseca de todos os actos e negocios juridicos, *inter vivos* ou de ultima vontade, a da lei do lugar em que elles forem praticados :

«A fórma extrinseca dos actos, publicos ou particulares, rege-se á segundo a lei do lugar onde se praticarem.»

O fundamento desta disposição é que, sendo de suppôr mais conhecida a forma extrinseca do lugar em que o acto se pratica, presume-se que a ella se ha de preferir recorrer. Mas, assim sendo, cumpria, cedendo á vontade expressa a presumpção, admittir facultativamente, como o Codigo Italiano, que o acto se cinja á lei nacional e não á do lugar, se aquella é commum aos contractantes ou disponentes. Neste sentido propoz o senador BULHÕES uma emenda rejeitada no Senado: *Se, porém, ambas as partes tem a mesma nacionalidade, podem observar as fórmas determinadas em sua lei nacional.*

No emtanto, accitou o Senado a emenda do senador FELICIANO PENNA, suppressiva de restricção *e do tempo*, posta no projecto da Camara entre as palavras *lugar e em que*.

Determinando o dispositivo do projecto da Camara que a fórma extrinseca ou *ad probationem* dos actos fosse não só a do lugar, como tambem a do tempo em que praticados, dava de si esta consequencia consentanea ao principio da irretroactividade da lei: o acto nullo, por falta de solennidades exigidas para valer, ao tempo em que foi praticado, o juiz brasileiro deveria julgal-o sempre nullo, embora posterior lei estrangeira do lugar o haja revalidado, com supprimir a formalidade omittida.

O córte acceito ultimamente pelo Senado, insurge-se contra essa solução. Si elle repugna ou não ao nosso direito constitucional, particular é que já teve discussão plena, talvez olvidada pelo Senado, entre o dr. GALDINO DE SIQUEIRA e o desembargador VIEIRA FERREIRA, como se vê no já citado livro *Ementas e emendas*, pags. 109 a 138. A rememoral-a aqui se oppõe o intuito destes reparos, tanto quanto possível ligeiros.

Accentúe-se tão sómente que o preceito do artigo 11 § 3.º, da Constituição véda aos Estados e á União *prescrever leis retroactivas*, por onde obsta á supressão votada pelo Senado. De facto, a lei estrangeira, invocada e erigida pela lei de um paiz em norma de direito internacional privado, transitoriamente incorpora-se á lei patria, quando o juiz tem de applical-a, adquire por isso a mesma efficacia obrigatoria da lei patria em geral. E' o phenomeno dito de penetração do direito internacional no direito territorial. Assim, a sua má interpretação ou a sua má applicação dá azo a recursos, como quando se trata de lei nacional.

Aggregar, pois, o legislador, á nossa legislação preceitos de que possa resultar aquella applicação retroactiva fóra prescrever lei retroactiva.

XII — O artigo 12.º restringe-se a este enunciado:
«Os meios de prova regular-se-ão conforme a lei do logar, onde se passou o acto ou facto, que se tem de provar».

O projecto da Camara accrescentava: «Si, porém, a lei commum das partes autorisar meios mais simples, serão estes admissiveis».

Intimamente se relaciona o que respeita á forma dos actos com o attinente á sua prova. Em verdade, raciocina Bevilacqua, si é licito dar ao acto a forma estabelecida pela lei do logar de sua celebração, é intuitivo que essa mesma lei deve decidir si a fórmula foi legitimamente observada e ainda declarar a que provas subsidiarias podem os interessados recorrer, na deficiencia de prova directa. Ora, a alinea supprimida desviava-se desse principio, admittindo meios mais amplos de prova do que os do logar da celebração do acto,

quando a lei commum das partes tem-n'os autorizado. A largueza assim dada ao principio, uma homenagem á boa fé dos contractantes.

Nas referencias ao precedente artigo, ficou assignalado que o Projecto melhormente teria copiado na integra o correspondente artigo da lei italiana, que facultava preferir a forma da lei dos contractantes á fórma da lei do logar, si aquella lhes é commum, nas respectivas legislações. Acolhida semelhante ampliação da lei nacional, era corollario admittir á prova igual ampliação.

O projecto da Camara recusou aquillo e admittiu isto. O Senado refugou o illogismo, decidindo: fórma e prova pela lei do logar.

XIII — O art. 13.º e seu paragrapho são a reprodução exacta do Projecto da Camara e não divergem do direito consolidado por Carlos de Carvalho, arts. 32-39.

«Regulará, salvo estipulação em contrario, quanto á substancia e effeito das obrigações, a lei do logar onde forem contrahidas».

§ unico — Mas sempre se regeirão pela lei brasileira :

I Os contractos ajustados em paiz estrangeiro, mas exequiveis no Brasil.

II As obrigações contrahidas entre brasileiros em paiz estrangeiro ;

III Os actos relativos a immoveis situados no paiz ;

IV Os actos relativos ao regimen hypothecario brasileiro.»

Filia-se o artigo a uma parte do art. 9.º das disposições preliminares do Codice Civil Italiano. Infilgiu, porém, o nosso legislador um córte ao nacionalismo da lei italiana.

De facto, esta estatue que a *substancia e effeitos das obrigações se reputam reguladas pela lei do logar em que os actos foram praticados, em geral, e*

pela lei nacional dos contractantes estrangeiros, si pertencem á mesma nacionalidade, em qualquer caso, attendendo-se á manifestação de vontade diferente. A parte excisada é a em que a lei italiana prescreve a observancia da lei nacional dos contractantes estrangeiros e não do logar, quando são elles da mesma nacionalidade. Nesta excisão ha demerito; o dispositivo italiano integral é que está com a boa doutrina. Na supposição já acima lembrada de bem conhecida e presente a lei commum dos contractantes, a essa lei é de presumir cingirem-se elles.

E assim, contrapondo-se á benefica disposição do dispositivo italiano, o Projecto se rende ao chauvinismo do n. II do § unico, sotopondo á lei brasileira as obrigações contrahidas entre brasileiros, em paiz estrangeiro.

XIII a — O senador Leopoldo de Bulhões propoz a substituição do art. por este outro: *A substancia e os effeitos das obrigações serão regulados pela lei estipulada pelas partes; em falta de declaração expressa, serão reguladas pela lei do logar em que forem contrahidas.*

Não tinha titulos para prevalecer tal substitutivo. O que nelle se dizia estava no artigo substituendo, apenas por outras palavras e com preferivel redacção.

O dispositivo — que a substancia e os effeitos das obrigações, salvo estipulação em contrario, serão regulados pela lei do logar em que foram contrahidas, desmancha-se logicamente nestes dois assertos: *a)* em geral, sem dependencia de qualquer declaração, a substancia e os effeitos das obrigações são regulados pela lei do logar em que foram contrahidas; *b)* em particular, mediante estipulação, a substancia e os effeitos das obrigações serão regulados pela lei acceita pelas partes.

A plausibilidade da rejeição está em que o substitutivo Bulhões vehiculava o erro, por só se referir o artigo do substitutivo a obrigações voluntarias, estipuladas em contracto; ao passo que o artigo do Projecto, como o dispositivo correspondente italiano, permite comprehender tambem obrigações não voluntarias, quaes as que têm como causa geradora uma declaração uni-

lateral ou as originadas do quasi-*contracto*, *delictos* e quasi-*delictos*, subordinadas sempre á lei do lugar, excluida em taes casos a concurrencia de partes a convir na escolha de uma lei.

XIII-b — A proposito do mesmo artigo, ainda uma consideração complementar elucidativa. E' que o *Projecto* sómente se occupa das obrigações que surgem pela mediação de um acto e não dellas em todas as suas causas. Em relação ás não contempladas, terá, então applicação o principio — que a lei que regula o facto que é causa, deve, por necessaria consequência, regular tambem o effeito, a obrigação. Assim, relançando a vista pela vasta e complexa categoria das obrigações derivadas da lei, ha ahi algumas que se enquadram no direito de familias e outras que se conjugam ao *systema* dos direitos reaes. Daquelle nucleo, a obrigação de prestar alimentos, por exemplo, será regida pela lei pessoal reguladora das relações de familia, das quaes a obrigação alludida é um effeito; do outro, as obrigações concernentes ás relações entre proprietarios *confinantes*, por exemplo, obedecem á *lex rei sitae*.

XIV — Integra do art. 14 como o votou o Senado :

«A successão legitima ou testamentaria, a ordem da successão hereditaria, os direitos dos herdeiros, a validade intrinseca das disposições do testamento, qualquer que seja a natureza dos bens e o paiz em que se acham, guardado o disposto neste codigo ácerca das heranças vagas abertas no Brasil, obedecerão á lei nacional do fallecido; si este, porém, era casado com brasileira, ou tiver deixado filhos brasileiros, ficarão sujeitos á lei brasileira».

A successão, em *connexão* com o direito de familias, é, como este, regulada pela lei pessoal, isto é, pela lei do Estado a que pertence o finado, o hereditando. Quadrava, pois, a approximação deste ao art. 8.º; tanto mais que a excepção do art. 9.º é de extender-se ao art. 14.º Porque então separar os dois artigos? — Só e só por uma consideração *esthetica* somenos! Pareceu aos

elaboradores da lei que, na formulação dos principios geraes de direito internacional civil, a ordem a seguir devera ser a mesma em que as materias são apresentadas na parte especial — familias, cousas, obrigações e successões.

Mas, a se querer dar tamanha importancia á symetria, força era cogitar do evitamento da insulação do artigo 9.º que, pela ante-posição ao art. 14.º, parece não se referir a elle, e tão sómente ao art. 8.º O alvitre a seguir poderia ser: no art. 14.º, onde se diz—*obedecerão á lei nacional*, dizer *obedecerão á lei que rege o estado e a capacidade civil*, entendendo-se que nos casos e termos em que se estabelece a applicação da lei pessoal ao estado e capacidade civil do estrangeiro, isto é, nos casos e termos dos dois artigos, 8.º e 9.º Assim está redigido o artigo 31 da NOVA CONSOLIDAÇÃO.

Quer parecer que será ainda tempo de se fazer uma rectificação, por se tratar de singela modificação exclusivamente redaccional.

XIV - a — Após esta questão de methodo, mas de consequencias praticas, resta apreciar o artigo, em uma alteração de redacção por que passou e em um *addendum* que recebeu.

A anodyna alteração é da commissão senatorial, tendo consistido em substituir as expressões — *guardado o disposto neste codigo acerca das heranças vagas abertas no Brasil* ás da Camara — *salvo o disposto neste Codigo acerca de heranças vagas abertas no Brasil*. O artigo, qual no Projecto da Camara, era simples traducção do artigo 8.º da lei italiana e do art. 10, 2.ª parte, do Codigo Hespanhol. Nestes, em suas duas partes, vêm-se consignadas a observancia da lei estrangeira, quanto á ordem de vocação hereditaria, a extensão dos direitos dos herdeiros, a capacidade hereditaria com suas limitações, a revogação do testamento, causas de desherdação, etc., e a unidade da lei reguladora da successão, considerando o patrimonio do defuncto como um todo unico, uma *universitas juris*.

Ahi não tem equivalente a clausula do Projecto da Camara que o Senado redigiu: *guardado o disposto*

neste Codigo acerca das heranças vagas existentes no paiz. Neste accrescimo, teve solução a controversia seguinte: si, exgottada a ordem dos parentes successiveis e não havendo conjuge sobrevivente, passavam os bens da herança vacante ao Estado de que o *de cujus* era subdito ou ao em que os bens estão situados. A solução consignada confirma o direito existente (BEVILACQUA, 292, *Direito Internacional Privado*).

O *addendum* vem a ser uma emenda do senador Muniz Freire, bem vista pelo Senado. Submette ella a successão á lei brasileira, desde que o fallecido deixou viuva ou filhos, brasileiros.

XIV-b — Este rebento de um *estrito patriotismo*, como foi algures adjectivado, não logrou todo o seu intento, por incompleto. Deixou despercebida a hypothese parallela de casar o brasileiro com estrangeira e finir-se esta, caso em que pôde o superstite ficar prejudicado na successão, si a lei estrangeira não o chamar ou lhe attribuir gráo inferior ao que confere a lei brasileira ao conjuge, na escala da vocação hereditaria.

De mais, inutil é esse *addendum*. A contentar que farte o patriotismo delle inspirador, ha ponderar que o herdeiro brasileiro terá sempre o direito de preferir que o seu quinhão seja regulado nos termos da lei brasileira, como corollario da disposição constitucional que se vê invocada na NOVA CONSOLIDAÇÃO, art. 31, § unico.

* *

XV — Até aqui veiu formulando o Projecto os principios geraes do direito civil internacional, na mesma ordem, já o salientámos, em que vai ser exposto adiante o direito civil patrio — familias, cousas, obrigações successões.

Nos tres seguintes artigos, é objecto de suas summulas o direito processual civil internacional, complemento neccessario do direito internacional privado, como o é a funcção judiciaria da legislativa. O primeiro delles, o art. 15.º do Projecto, vindo da Camara logrou do Senado uma incolumidade immerecida:

«Rege a competencia, a fórma de processo e os meios de defesa, a lei do logar, onde se mover acção; sendo com-

petentes sempre os tribunaes brasileiros, nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contrahidas ou responsabilidades assumidas neste ou noutro paiz.»

E' vulgar a distincção que vae entre jurisdicção e competencia. Aquella é a *potestas iudicandi causam*, o poder que os magistrados recebem da soberania local de conformidade com a lei, para declarar o direito controvertido e provêr de efficacia executiva tal declaração; esta, a competencia, é a medida da jurisdicção, ou a determinação dos confins da jurisdicção, dentro dos quaes se exercita o poder de julgar. Si fosse possível, pondera notavel processualista, instituir, em todo o territorio do Estado, um unico tribunal que ficasse com o poder de julgar sem appellação nem agravo, todas as questões, fosse qual fosse a sua natureza, o seu valor, a qualidade e residencia das pessoas, esse tribunal teria jurisdicção plena e universal, competencia illimitada. Similhante regimen não é admissivel, no estado actual de civilisação e de complicação das relações sociaes, nem se compadece com a extensão territorial dos estados modernos. Para que a justiça seja bem administrada, continua elle, é neccessario crear varias especies de tribunaes: a especialisação juridica que fez do direito civil, commercial, administrativo, financeiro, militar e politico categorias diferenciadas, exige a correspondente especialisação judiciaria, isto é, instituição de tribunaes privativos para cada uma dessas categorias de relações. Por outro lado, a necessidade de garantir o acerto dos julgamentos, e mais do que isso a conveniencia de deixar a consciencia publica tranquillada sobre a integridade da decisão judiciaria, fizeram admittir diferentes grãos de jurisdicção; em virtude do que o litigio não fica exgottado com a sentença de primeira instancia. Finalmente, para tornar a administração da justiça mais rapida e facilitar o accesso aos tribunaes, o legislador multiplicou algumas especies e categorias de juizos, assignando a cada uma competencia restricta e determinada circumscripção. Desta sorte, conclue, a jurisdicção que em abstracto pertence integralmente ao poder judiciario, acha-se fraccionada por diferentes tribunaes.

Ora, a questão da jurisdição, ou dos limites do poder jurisdiccional dos Estados, na falta de um legislador super-estadual, no dizer de Diena, compete á vontade collectiva dos Estados que constituem a communhão juridica internacional; em outros termos, por sua natureza não póde ser resolvida senão pelos principios e convenções scientificos ou consuetudinarios do direito internacional, no verdadeiro sentido (*Corso di Diritto Civile, Aubry-zanducci, vol. I, 505*). A jurisdição reside nos Estados, ainda aqui se lê: assim, se ha conflicto entre estes, quanto ao julgamento de determinados casos, não se resolve elle pelas normas do direito interno, mas sim pelas do direito publico internacional; de outro modo, um Estado ou renunciaria á tutela de seus direitos, ou usurparia a dos de outro.

Portanto, quando não é controvertida a jurisdição do Estado e apenas se tem de decidir da competencia dos tribunaes judicantes, nos pleitos entre estrangeiros ou entre estrangeiros e nacionaes, sejam autores ou réus, então é que tem applicação mandar a lei seguir a *lex fori*.

Assim, é esta a significação da primeira parte do artigo 15.º, em que se declara que a lei do logar em que se mover a acção, é a que rege a competencia: o estrangeiro que reclamar a intervenção dos tribunaes brasileiros para a tutela de seus direitos, deverá, como o nacional, ater-se aos tribunaes ordinarios com a sua relativa competencia no paiz.

O restante dessa primeira parte do artigo (*a lei do logar rége a fôrma do processo e os meios de defesa*) tem sentido determinado: a fôrma e modalidades da citação e do comparecimento em juizo, os termos ou prazos, o modo de produzir a prova, a prolação da sentença e a notificação della, os recursos, emfim todo o mechanismo processual exterior regula-se pela lei do logar em que correr a acção. O art. 40.º do primitivo projecto Bevilacqua a isso se limitava: *A competencia, a fôrma do processo, os meios de defesa são regidos pela lei do logar onde a acção se mover.*

Da capacidade processual, ou para agir judicialmente, nada se disse, por se entender provavelmente que se rege pela lei reguladora da capacidade civil.

XV-a — Mas, si o projecto firmou que o estrangeiro que pede a intervenção dos tribunaes para a tutela dos seus direitos, deve subordinar-se a esses tribunaes, em sua organização e graus hierarchicos, a que vem, como a estatuir uma excepção, dizer: — *São competentes os tribunaes brasileiros nas demandas contra as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, por obrigações contrahidas ou assumidas neste ou noutro paiz?* — Sem duvida, ha ahi referencia á jurisdicção, estabelecida a brasileira em todas as demandas entre as pessoas domiciliadas ou residentes no Brasil, tratando-se de obrigação ou responsabilidade, ahi ou em outro paiz assumida.

E' facil mostrar a insufficiencia de tal principio, lançado como criterio discriminativo da jurisdicção da magistratura nacional.

Como linhas acima ficou dito, determinar os limites do poder jurisdiccional de um Estado em relação a outro, não havendo um legislador super-estadual, é mister da communhão jurídica internacional, e esta se manifesta em convenções entre Estados.

Poucas as convenções desta natureza e poucos os estipulantes nellas, o direito interno dos varios paizes vai formulando normas mui variadas.

Si o estrangeiro é autor, submete-se voluntariamente a jurisdicção do Estado, perante o qual comparece, não havendo duvida no caso. Si é réu, pôde aceitar de boa mente a jurisdicção do Estado, não havendo tambem controversia. Si, sendo réu, não a aceita, então é que se suscita a averiguação dos casos em que pôde ser constrangido.

O Codigo do Processo Germanico, por exemplo, occupa-se do assumpto, como o Codigo do Processo Italiano, como ainda, mais minuciosamente, a lei belga de 20 de março de 1896, que, no art. 52.º, destrinça nada menos que dez hypotheses diversas:

«Les étrangers pourront être assignés devant les tribunaux du royaume, soit par un Belge, soit par un étranger, dans les cas suivans:

I En matière immobilière :

II S'ils ont en Belgique un domicile ou une résidence, ou s'ils y ont fait élection de domicile ;

III Si l'obligation qui sert de base à la demande est née, a été ou doit être exécutée en Belgique ;

IV Si l'action est relative à une succession ouverte en Belgique ;

V S'il s'agit de demandes en validité ou en mainlevée de saisies-arrêts formées dans le royaume, ou de toutes autres mesures provisoires ou conservatoires ;

VI Si la demande est connexe à un procès déjà pendant devant un tribunal belge ;

VII S'il s'agit de faire déclarer exécutoires en Belgique les décisions judiciaires rendues où les actes authentiques passés en pays étranger ;

VIII S'il s'agit d'une contestation en matière de faillite, quand cette faillite est ouverte en Belgique ;

IX S'il s'agit d'une demande en garantie ou d'une demande reconventionnelle quand la demande originaire est pendante devant un tribunal belge :

X Dans les cas où il y a plusieurs défendeurs, dont l'un a en Belgique son domicile ou sa résidence.»

Ora, ante tão complexo assumpto, surge o artigo 15.º em sua segunda parte, com o mirrado dispositivo em que ha referencias apenas a um dos aspectos da questão, calando-se outros *titulos ou factos especiaes*, no dizer de Simoncelli, determinativos da juridicção nacional!...Rematem as ligeiras observações respeitantes ao final deste artigo, a seguinte synthese do tão citado Diena: *Per poter obbligare un individuo a sottoporsi alla giurisdizione di magistrati di Stato*

diverso dal proprio, occorre un valido titolo giuridico; ora il criterio direttivo e fondamentale per decidere quando un tale titolo sussista, deve razionalmente consistere nel ammettere che un straniero non può per regola essere assoggettato ai tribunali dello Stato se non inquanto in egli abbia domicilio o la residenza oppure si si trovino i beni che sono oggetto di controversia, oppure se sia avvenuto un fatto che concerne da cui possa sorgere un determinato diritto».

XVI — O seguinte dos tres artigos attinentes a dire.to processual civil internacional, o artigo 16.º do Projecto, não modificado pelo Senado, versa sobre a efficacia extraterritorial do julgado :

«As sentenças dos tribunaes estrangeiros serão exequiveis no Brasil, mediante as condições que a lei brasileira fixar».

As sentenças emanadas da magistratura estrangeira, têm efficacia juridica fóra do Estado em que são proferidas, pela mesma razão por que a têm as leis estrangeiras: *Quei vincoli di solidarietà che in materia giuridica uniscono gli Stati che fanno parte della cosi detta comunità giuridica internazionale*» (Diena)

Mas a idoneidade da declaração de um estado de facto ou de direito, encerrada em uma sentença estrangeira, para actos de execução em que collabore a magistratura local, depende obviamente da observancia de certos requisitos e tramites processuaes, no intuito de conciliar com a soberania territorial a cousa julgada estrangeira. Tal é, em synthese, o conteúdo desse artigo.

Por ahi se vê que, em meio das varias theorias, quanto a essa extraterritorialidade dos julgados estrangeiros, o nosso direito tem posição definida. Elle não deixa a sentença estrangeira, em sua execução, á mercê das convenções, como o da Hollanda; tambem não a considera simples meio de prova, base de nova acção como a jurisprudencia ingleza e a norte-americana; igualmente não a sujeita a exame formal e substancial ou de merito, como a jurisprudencia franceza; por fim

não a subordina á condicção de reciprocidade como o da Allemanha e o da Austria. O nosso direito postou-se ao lado do italiano, inaugurador do *giudizio di deliberazione* consistente no exame formal, qual seja a verificação de ter sido pronunciada a sentença por juiz competente e de haverem sido as partes regularmente citadas e representadas, ou legalmente contumazes, accrescido de certo exame substancial, ao intento exclusivo de resguardar a ordem publica e o direito publico interno (*Codice di procedura Civile, artigo 941*).

Em sua phase mais recente (lei dé 20 de Novembro de 1894, art. 12.º § 4.º), consiste o juizo de delibação, segundo nosso direito, em sujeitar-se a sentença estrangeira á homologação do Supremo Tribunal Federal, quando não houver tratado entre o Brasil e o paiz de que ella provém. A lei brasileira reproduz as palavras da italiana, dizendo tambem que o executado, citado para a homologação, poderá oppôr-se, levantando duvidas quanto á authenticidade do documento ou á intelligencia da sentença, e não ter esta passado em julgado.

O art. 6.º das disposições preliminares do Codice Civil italiano, depois de firmar que *le sentenze pronunciate da autorità straniera nelle materie civile avianno esecuzione nel Regno, quando siano dichiarate esecutive nelle forme stabilite del Codice di Procedura Civile, salvo le disposizione delle convenzione internazionali*, firma tambem que *i modi di esecuzione degli atti e delle sentenze sono regolati, dalle lege del luogo in cui si procede all'esecuzione*. As duas linhas do art. 16.º abrangem tudo isso : sujeição do julgado á homologação e, homologado que seja, ás normas processuaes que, para taes execuções, haja formulado a lei brasileira.

XVII—A capacidade processual reconhecida ao estrangeiro, pautada pela lei que rege em geral a sua capacidade, consoante as normas de direito internacional civil, adoptadas pela *lex fori*, está sujeita, no direito interno da maioria dos Estados, sendo o estrangeiro autor, a uma caução, *cautio judicatum solvi*, garantidora das condemnações que possam ser contra

elle pronunciadas, tanto por custas e despezas judiciais, como em indemnisação do damno causado.

Em algumas legislações attenua-se esta caução em uma simples *cautio pro expensis* assecuratoria apenas da effectividade do pagamento das custas e despezas processuaes ou daquellas quantias cujo dispendio occasionou ou provocou a iniciativa do estrangeiro que intenta uma demanda.

A' abolição completa dessa caução vêm encaminhando as convenções de Haya de 1896 e 1905, em que foram estipulantes a Belgica, a Hespanha, a França, a Italia, o Luxemburgo, a Hollanda, Portugal e a Suissa, adherindo a Suecia-Noruega, a Allemanha, a Austria-Hungria, a Dinamarca, a Russia e a Rumania. Estabeleceram taes convenções que nenhuma caução possa ser imposta ao estrangeiro, por sua qualidade ou por ter domicilio ou residencia no paiz em que acciona ou intervem, desde que é cidadão de um dos paizes pactuantes ou tem em um delles seu domicilio. E para evitar a perda das despesas processuaes a que seja condemnado o estrangeiro pleiteante nessas condições, é facilitada sobre-modo, até com a gratuidade, a execução, por essas despesas, das sentenças da magistratura de um dos Estados estipulantes, no territorio do outro.

O Projecto, em sua forma primitiva, art. 42.º da *lei de instrucção*, dispensava de fiança ás custas todos os que invocassem a intervenção dos tribunaes brasileiros, ainda que residentes fóra da Republica. Ora, essa fiança é uma garantia de que não pôde convir abrir mão; ao menos sem os anteparos de que as convenções acima citadas se acercaram. Reagiu, pois contra essa excessiva liberalidade a Camara, approvando, em correspondencia áquelle artigo, est'outro:

«O estrangeiro residente fóra do Brasil deverá prestar caução para pagamento das custas nas acções que intentar, se assim requerer o réu; salvo se tiver no Brasil bens immoveis garantidores.»

O substitutivo da Camara estava atrazado do nosso direito. Já na resolução n. 464, de 10 de Junho de 1850, exigindo fiança ás custas do estrangeiro, não residente no paiz ou que delle se ausentasse, a exigia do nacional nas mesmas condições: *Os autores nacionaes e estrangeiros, residentes fóra do paiz ou que delle se ausentaram durante a lide, sendo requerido, prestarão fiança ás custas do processo.*

O Senado acudiu com salutar emenda, do senador Feliciano Penna, suscitada por uma anterior de Leopoldo de Bulhões, a qual constitue o art. 18:

«Nas acções propostas perante os tribunaes brasileiros, os autores nacionaes ou estrangeiros, residentes fóra do paiz ou que delle se ausentarem durante a lide, prestarão, quando o requerer o réu, caução sufficiente ás custas, si não tiverem no Brasil bens immoveis que lhes assegure o pagamento.»

A equiparação do litigante estrangeiro ao nacional é completa. Residir fóra do paiz ou delle se ausentar durante a lide é o que autorisa a reclamação de fiança ás custas, não a nacionalidade do pleiteante.

O insolito do caso está na intromissão do dispositivo que impõe essa garantia, no Codigo Civil, quando os paizes que a admittem, têm-n'a formulada nos respectivos codigos de processo, onde seu assento indisputavel é ao lado do patrocínio gratuito, na hypothese de pobreza ou estreiteza economica.

XVIII—Os tres artigos recém-analysados, 15.º, 16.º e 18.º, entre si se estreitam, attinentes que são ao mesmo assumpto—o direito processual civil internacional.

Permeia-se menos regularmente o art. 17.º que melhor estaria posposto. Visa elle precisar os limites do principio da applicação das leis estrangeiras, assim como de outros elementos de ordem juridica, de certo modo equiparaveis.

Eil-o como approvou o Senado :

«As leis, actos, sentenças de outro paiz, bem como as disposições e con-

venções particulares, não terão efficacia, quando offenderem a soberania nacional, a ordem publica e os bons costumes.»

Da Camara trouxéra a seguinte redacção: «*Em caso algum as leis, os actos, as sentenças de um paiz estrangeiro e as disposições e convenções privadas poderão derogar as leis regorosamente obrigatorias do Brasil, concernentes ás pessoas, aos bens e aos actos, nem as leis por qualquer modo relativas á soberania nacional, á ordem publica e aos bons costumes.*»

As fontes desse dispositivo, são, sem duvida, o Codigo Civil Hespanhol e o Italiano. Aquelle assim se exprime: «*Las leyes prohibitivas concernientes á las personas, sus actos ó sus bienes, y las que tienen por objecto el orden publico y las buenas costumbres, no quedaran sin efeto por leyes ó sentencias, ni por disposiciones ó convenciones acordados en pais extranjero*». Este, nas disposições preliminares, arts. 11 e 12: «*Le leggi penali e di polizia e sicurezza publica obligono tutti coloro che si trovano nel territorio del Regno*»;—«*Non ostante le disposizioni degli articoli precedenti, in nessun caso le leggi, gli atti e le sentenze di un paese straniero, e le private disposizioni e convenzioni potranno derogare alle leggi prohibitive del Regno che concernano le persone, i beni o gli atti, né alle leggi riguardanti in qualsiasi modo l'ordine pubblico e il buon costume.*»

A' enumeração—*leis respeitantes de qualquer modo á ordem publica e aos bons costumes*, accrescentou-se um elemento—«*a soberania nacional*», assim comprehendido ahi o art. 11 da lei italiana, precisamente como no projecto primitivo. Por outro lado, a expressão *leggi prohibitive* foi traduzida por *leis regorosamente obrigatorias*.

Commentador insigne, qual é Landucci, tira desses dois artigos a seguinte enumeração das leis territoriaes que a todos se impõem, a nacionaes e a estrangeiros: leis penaes, de policia, de segurança publica, prohibitivas respeitantes a pessoas, bens e actos, relativas á ordem publica e relativas aos bons costu-

mes. E argue: «*La illogicità della enumerazione non ha bisogno d'essere dimostrata; bastava l'oraine pubblico a comprendere tutto e permettere alla giurisprudenza, entro le necessità legislative del mondo moderno, di svolgere bene e organicamente cotesto principio. Invece, parve si volessero porrigere ostacoli alla formazione d'una pratica scientifica, che della semplicità delle legge sarebbe stata resa agevolissima*».

A redacção italiana é infelicissima, escreve outro commentador, o que tem autorisado os interpretes a darem-lhe significações a bel prazer. Por certo, ha inexactidão em dizer-se que são só as leis prohibitivas que se não derogam por convenções particulares, pois neste caso estão tambem as imperativas. Outra inexactidão é cogitar de leis de ordem publica, como distinctas das prohibitivas, quando fazem parte dellas. Mais outra inexactidão: accrescentar ás leis de ordem publica as que concernem aos bons costumes, como se não fossem essencialmente de ordem publica.

Attendendo a tudo isso e interpretando o texto em seu complexo, o que se conclue, accentua Coviello, é que o legislador sanciona o principio que *as leis de ordem publica não podem receber derogação das convenções privadas, e que, no paiz, não são applicaveis as leis estrangeiras a ellas contrarias*.

Si assim accordes se manifestam a lei e a doutrina; no conceito da ordem publica divergem os autores, sustentando uns que, em direito internacional privado, por ordem publica deve-se entender cousa bem differente do que as mesmas expressões significam no direito interno, de onde para elles a coexistencia de uma ordem publica interna, a par de uma ordem publica internacional. Essa distincção fundam'n'a elles em que nem todos os dispositivos que interessam á generalidade dos cidadãos de um Estado, interessam á generalidade dos varios Estados, entre os quaes existe uma communhão de direito, devendo aquellas impor-se aos nacionaes que não as podem derogar e estes, a constituir campo mais restricto, imperar tambem sobre os estrangeiros sem excepção.

São, porém, tão vagos, tão indeterminados os criterios discernentes, que os proprios fautores da discriminação muitas vezes os abandonam, nas applicações. E chegam alguns a confessar que se não pode *a priori* estatuir um, cumprindo deixar a investigação discriminatória á prudente discreção do magistrado, que terá em conta, caso a caso, a vontade do legislador. Essa indistincção resumbra aliás da lei italiana, como do artigo 17.º que se vai analisando, nos quaes, nivelados, fundidos, como sem efficacia contra as leis de ordem publica, sem qualquer discriminação, em perfeito pé de egualdade, alinham-se leis, actos, sentenças de juiz estrangeiro, disposições e convenções particulares de nacionaes e estrangeiros.

Concluindo, poder-se-á dizer que as leis contra as quaes as estrangeiras não têm efficacia no paiz, são aquellas que os nacionaes não pôdem derogar em disposições e convenções particulares.

Mas, quaes serão ellas?—Primeiramente, salienta Diena, não ha confundir-se com as leis de direito publico, que fazem parte da legislação interna de cada povo (leis constitucionaes, administrativas, penas...): «*Ciascuno Stato, in virtu' dei diritti e degli attributi inerenti alla sovranità che gli appartiene, non può ammettere che sul proprio territorio venga direttamente applicata una legge diversa dalla territoriale, mentre si avvenisse il contrario ciò equivarrebbe alla violazione dei diritti di sovranità dello Stato. La stessa natura dei rapporti giuridici regolati da tale specie di legge esige dunque che questi abbiano valore rigorosamente territoriale e che non possano perciò trovare diretta applicazione se non nello stato che le ha emanate*»

A estas allude o art. 11.º da lei italiana e, por igual, o artigo em explanação, na sua referencia a leis da soberania nacional.

Assim, em direito internacional privado, quando se fala de ordem publica, como limite á efficacia da lei estrangeira, se suppõem relações que, *por sua natureza*, devam ser regidas, por outra e não pela lei territorial, impedindo, porém, a ordem publica que, em

determinados casos, a lei estrangeira, de sua natureza applicavel, possa de facto ter applicação no Estado, de sorte que a lei ahi vigente, a territorial, deve, nos mesmos casos, prevalecer sobre a que deveria receber applicação, a seguirem-se os principios geraes. Exemplifica-se com a escravidão, pois o estado civil e a capacidade do escravo não é a do seu paiz, porquanto não só não é considerado nas condições de escravo, despojado da capacidade, como tambem passa a ser considerado em plena capacidade juridica pela lei territorial.

Todavia persiste a pergunta: que leis são essas? —O já tantas vezes invocado Diena, depois de apontar as mais conceituadas explicações de Despagnet, Fusinato e outros, pondera: «*Le imperfèzioni di qualsiasi definizione dell'ordine pubblico sono in qualche modo un male necessario, perchè è questo un'elemento che per sua natura relativa, variabile, mutevole, sfugge alla possibilità di venir costretto nei limiti di una formula matematica esatta, mentre il giorno in cui una tal formola potesse trovarsi, la principale difficoltà del diritto internazionale sarebbe soppressa e la maggior parte dei problemi attinenti a questa scienza potrebbero esser risolti per via, per dir così, empirica anzichè attraverso sottili e fini analisi giuridiche*».

Nessa impossibilidade de uma definição, suggere Diena criterios geraes que possam guiar na determinação daquillo em que ellas consistem. Mas, da apreciação desses criterios, resulta que não são elles senão principios de hermeneutica a invocarem-se. Nestes casos está a regra que o magistrado que tem de decidir si uma disposição de lei estrangeira é contraria á ordem publica territorial, ponha de lado a idéa que individualmente tem da moral ou dos interesses politicos, economicos, sociaes, etc. do Estado, pesquisando, quanto possivel, de preferencia, o pensamento do legislador, no dispositivo, no contexto de outros, nos trabalhos preparatorios, attento sempre ao tempo da elaboração da lei.

Da mesma forma est'outra: pois que o elemento *ordem pública*, deroga as normas do direito interna-

cional privado que torna applicaveis certas leis estrangeiras, tendo, conseguintemente, as disposições da *lex fori*, applicaveis em tal emergencia, caracter de excepção; cumpre que tenha interpretação restrictiva.

Como quer que seja, senão precisamente delimitar, ao menos, de certo modo, assim se pôde, menos vagamente, indicar como se ha de entender a cessação do imperio da lei estrangeira ou a inapplicabilidade da lei pessoal, por offensiva á lei do paiz, informada em razão de ordem publica.

São leis de ordem publica *stricto sensu*, em determinado paiz, aquellas que encerram prescripções ou providencias, não só de geral interesse da vida social, senão tambem em que se exprime a característica e fundamento juridico de um instituto, consoante as condições e necessidades peculiares da collectividade, ou os elementos proprios e especiaes desta, ao dizer de Chironi. Acode aqui a lei de introdução do Codigo Civil Germanico, artigo 30, que usa da seguinte formula: «*A applicação de uma lei estrangeira é excluida se for contraria aos bons costumes ou ao fim de uma lei allemã*».

XVIII-a—A ultima limitação á efficacia da lei estrangeira *por contraria aos bons costumes*, tem analogo fundamento. Toda collectividade tem uma ethica propria que, nas palavras do citado civilista, constitue seu caracter ethico geral. Em outros termos: á indole ou condições de cada povo não é indifferente a concepção do conteúdo dos principios da moral. Assim é que penetram nas leis, a visar garantir os bons costumes, elementos especiaes.

Estas são outras disposições em face das quaes deve recuar a lei estrangeira, verificando o magistrado a opposição entre as mesmas e ellas.

A lei estrangeira que excluise a responsabilidade civil de quem praticasse o dolo, não poderia ter applicação no paiz, por contrariar a ordem publica; identicamente, por contraria aos bons costumes, vedativos do jogo, nelle não poderia ter imperio a lei que conferisse acção para haver dividas dessa origem. Sem

illogismo também não pôde o juiz de um Estado em que não se admite o divórcio propriamente ou a *vinculo*, julgar, dando efeitos jurídicos a uma applicação da lei de divórcio no estrangeiro, como faria admitindo ahi a casar quem se lhe apresenta divorciado em paiz, onde é lei a dissolubilidade do vinculo.

Propugnam, é certo, solução diversa Bevilacqua, Pillet e outros. Argumentam com o estado ou condição em que o estrangeiro divorciado se apresenta ao juiz do Estado em que o divórcio não é admissivel, isto é, já desimpedido, já investido da capacidade para outras nupcias, por já estar dissolvido o vinculo anterior. Ha, neste argumento, petição de principio. A allegada capacidade intenta fundar-se em um julgado que tem contra si disposição de ordem publica ou que é contrario á ethica nacional, no paiz anti-divorcista.

XIX—Os dezoito artigos, até aqui apreciados, são os que constituem a *introducção*, no parecer do Senado, denominada *lei preliminar* no projecto vindo da Camara, *lei de introducção*, no projecto primitivo e *titulo preliminar*, na redacção que a este deu a *comissão extra-parlamentar*, em sua revisão anterior á apresentação do trabalho do dr. Clovis Bevilacqua á Camara.

Na discussão ultima que teve no Senado, em consequencia de uma emenda do senador Francisco Glycerio, recebeu a *introducção* o accrescimo de tres artigos que para ella passaram da *Parte Geral*, onde tinham os numeros 17, 18 e 19. Eil-os:

Art. 17.º—São reconhecidas as pessoas juridicas estrangeiras.

Art. 18.º—As pessoas juridicas de direito publico externo não podem adquirir ou possuir, por qualquer titulo, propriedade immovel no Brasil, nem direitos susceptiveis de desapropriação, salvo os predios necessarios para estabelecimento das legações ou consulados.

§ unico — Dependem de approvação do Governo os estatutos ou com-

promissos das pessoas juridicas estrangeiras de direito privado, para poderem funcionar no Brasil, assim por si mesmos, como por filiaes, agencias, estabelecimentos que as representem, ficando sujeitos ás leis e aos tribunaes brasileiros.

Artigo 19.º — E' applicavel ás pessoas juridicas o disposto no art. 8.º

Os artigos 17.º e 19.º acham-se taes quaes foram votados pela Camara. O primeiro, reconhecendo as pessoas juridicas estrangeiras, reproduz direito vigente: assim tambem o segundo, na referencia que faz o artigo 8.º (entenda-se o artigo 8.º da *Introducção* e não da *Parte Geral*, estranha á materia e portanto, á referencia), subordina a capacidade de pessoa juridica estrangeira á lei nacional, cingindo-se ao que se lê na *Nova Consolidação*, art. 163. No artigo 18.º, ha a considerar o artigo propriamente e o seu § unico. Esta ligação é, sem duvida, viciosa. O paragrapho não contém qualquer accessorio ou restricção do pensamento expresso no art. 18.º No artigo 17.º são reconhecidas as pessoas juridicas estrangeiras, indiscriminadamente, é dizer, tanto de direito privado como de direito publico externo. No artigo 18.º, a capacidade acquisitiva das pessoas juridicas do direito publico externo reconhecidas recebe uma restricção. A seguir o § unico, sem nenhuma relação com esta restricção, põe sob certa condição o reconhecimento das pessoas juridicas *de direito privado* — a approvação de seus estatutos pelo Governo Federal.

Como se vê, menos incurial seria transferir-se esse paragrapho unico para o artigo 17.º, a se não preferir, como fôra de rigor, fazer d'elle um artigo á parte.

Passando á substancia dos dois dispositivos, assim tecnicamente mal entretecidos, o que se depara no § unico é ainda a reproducção do direito vigente. O artigo correspondente da *Nova Consolidação*, é o art. 162: « *Não gozará de capacidade civil activa na Republica a pessoa juridica estrangeira de direito privado, com excepção das sociedades com-*

mercias ou civis que não revistam a forma anonyma ou de commandita por acções sem que obtenham do Governo Federal o reconhecimento de sua personalidade jurídica». O § unico do artigo 18.º tornando dependente da aprovação do Governo Federal os estatutos ou compromissos das pessoas juridicas estrangeiras de direito privado, para poderem funcionar no Brasil, ficando sujeitos ás leis e tribunaes brasileiros, refere-se ás mesmas pessoas juridicas a que a Nova Consolidação se refere.

O artigo 18.º propriamente introduz innovação que importa aquilatar.

No direito actual é controvertido si as pessoas juridicas estrangeiras de direito publico pódem adquirir immoveis no Brasil.

Sustentava a negativa o conspicuo autor da *Nova Consolidação*, artigo 151: «*O dominio eminente da soberania não permite que os Estados estrangeiros e a Santa Sé adquiram por qualquer titulo, por si ou por interposta pessoa, propriedade immovel na Republica ou direitos succéptiveis de desappropriação; neste sentido, sua capacidade juridica privada é limitada*». CARLOS DE CARVALHO, reportando-se á Constituição, artigos 9.º n. 2 e 72 § 17, inculca que o enunciado do artigo 151 é consequencia de estar a propriedade sujeita a impostos e ser susceptivel de desappropriação, actuações juridicas antagonicas com a soberania do Estado estrangeiro que fosse proprietario.

BEVLACQUA, LACERDA DE ALMEIDA e LAFAYETTE opinam contrariamente: o Estado estrangeiro póde adquirir immoveis sem que sejam obstaculos os textos constitucionaes citados, pois que, em casos taes, o Estado adquirente não age como soberano, com pessoa juridica de direito internacional publico, submete-se, como qualquer pessoa natural ou juridica, ás regras de direito que regem as relações privadas. Entretanto, assim racciocinando, LACERDA DE ALMEIDA, por exemplo, se pergunta si essa capacidade dever-se-á entender illimitada, respondendo negativamente: «*O Estado, onde exerce o Estado estrangeiro o direito de adquirir immoveis, não está inhibido de limitá-lo e normalisá-lo, consoante suas conveniencias e interesses*». (*Pessoas*

Juridicas, 106. Da mesma forma BEVILACQUA faz allusão a cautelas de prudencia e a um parecer da Faculdade de Direito de Berlim, em que se considera temerario conceder aos Estados estrangeiros a livre aquisição de immoveis.

A questão é deveras embaraçosa, como se pôde ver em BEVILACQUA, *Doutrina Geral do Direito Civil*, 196 — 197, ou nas referencias que faz BELLUCCI, «*Le azione giudiziare contro gli stati stranieri*». 153.

Nestas conjecturas, a Camara ateve-se rigorosamente ao texto prohibitivo da *Nova Consolidação*, no qual o Senado abriu larga brecha, com facultar a aquisição de predios, não só para legações como tambem para consulados.

Note-se que o parecer supra-alludido, da Faculdade de Direito berlineza, resolve que o direito de propriedade dos Estados estrangeiros se restringe aos edificios de suas legações e ás capellas destinadas ao culto, reputando temeridade admittir que possam livremente adquirir immoveis.

O Senado manifestou-se conforme a primeira parte desta solução, mas ampliou a faculdade adquirente a predios para consulados, os multiplos consulados que um Estado pôde ter em outro.

Eis uma emenda do Senado que parece não dever vingar, maximé em um paiz tão assombrado de perigos estrangeiros — o allemão, o norte-americano, o italiano, talvez não de todo fantasistas ante a audacia conquistadora que vem abrindo o segundo decennio do seculo XX.

* * *

Finda aqui este rapido escorço exegetico dos artigos que formam a *introdução* ou *titulo preliminar* do projecto do Codigo Civil.

Ao escrevel-o, foi-me empenho capital sublinhar erros ou deslises, em boa parte ainda remediaveis.

Si se proseguisse na analyse, não tão frequentes, mas não poucos, outros facil fóra assignalar; o que daria longo trabalho, certamente improficuo, na imminecia em que está o Brasil de ver ultimada a sua codificação civil.

Li, ha dias, no *Paiz*, a proposito do Codigo Civil, que Ruy Barbosa era o unico em condições de o elaborar. Linhas adiante, escreve o mesmo articulista que o genial brasileiro está fora de seu tempo, acima de seu meio. Logo, conclua-se, não era de facto quem deveria desempenhar essa tarefa, como quiz e logrou o governo.

O paiz terá o codigo civil, como tem o governo que merece.

Seja, porém, qual fôr, é desejado como uma possibilidade sinha de entrave ao completo arbitrio que campeia nos julgamentos civeis.

Abril, 1913.

ESTEVAM DE ALMEIDA.
