

# DO HISTÓRICO NO DIREITO

PLAUTO FARACO DE AZEVEDO

Professor Adjunto e Pesquisador da Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito da Universidade Católica de Louvain, Bélgica.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução: um enfoque antropológico das relações existentes entre direito e sociedade. 2. Do histórico no direito. 2.1 A Escola Histórica Alemã — análise do pensamento de Savigny. 3. Comprovações no plano do Direito Internacional Privado. 3.1 A Escola estatutária holandesa e a “comitas gentium”. 3.2 O jury system e a elaboração tardia do Direito Internacional Privado inglês. 3.3 As coordenadas histórico-jurídicas da doutrina norte-americana contemporânea. 4. Comprovação no plano no Direito Material, através do Direito do Mar.

## 1. Introdução: um enfoque antropológico das relações existentes entre direito e sociedade

Segundo Aristóteles, “a cidade é uma realidade natural e o homem é por natureza um animal político, isto é, um ser destinado a viver em sociedade”. E a razão de ser “mais social do que todos os outros seres, abelhas e outros animais gregários” reside na possibilidade de exprimir-se através da palavra, destinada a “exprimir o útil e o prejudicial e, em consequência, também o justo e o injusto”. Nisso reside o caráter distintivo do homem em face de todos os outros animais, pois só ele “percebe o bem e o mal, o justo e o injusto e os demais valores”, sendo “a posse comum destes valores que constitui a família e a sociedade” (1).

Em que pese encontrarem-se no texto dois elementos caracterizadores da natureza humana — racionalidade e linguagem — sobre

(1) Aristote. *Politique*. Paris, “Les Belles lettres”, 1960. livre 1, 9-12, 1253 a, p. 14-5.

que tanto se têm preocupado os modernos lingüistas, o dom da palavra, denotador da razão, não é suficiente para fundar a vida social humana. Se o homem é o único dentre os seres vivos capaz de pensamento e de exprimi-lo através de símbolos verbais constitutivos da linguagem, não pode esta desenvolver-se em indivíduos isolados, mas “é produto de relações sociais, de particularmente densas e extensivas relações sociais” (2). É, entretanto, certo que permite o desenvolvimento das virtualidades do convívio, servindo como veículo de comunicação e de transmissão da experiência. O mais que se pode afirmar é a existência de uma permeabilidade entre vida em sociedade e linguagem, um indiscutível movimento dialético.

A razão da vida social encontra-se em uma peculiaridade distintiva do ser humano — no seu “extremo desamparo biológico” (3). Esta situação foi intuída por Platão, situando o fundamento da sociedade civil na circunstância de que cada indivíduo “longe de bastar-se a si próprio, tem, ao contrário, necessidade de um grande número de pessoas” (4). Daí ser a sociedade política a forma de habitação em um mesmo lugar de uma multiplicidade de homens vivendo em comunidade e ajudando-se mutuamente, visando à satisfação de necessidades de variada ordem. Esta a causa determinante de sua criação (5). E em seguida são

(2) Lima, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958. p. 11.

(3) Lemmertz, José. *Psicanálise e psicoterapia*. Porto Alegre, 1966. p. 81-96, onde se encontra precuciente descrição da infância extraordinariamente prolongada do homem em relação aos outros animais. “O homem se caracteriza por um índice de desenvolvimento extremamente lento com relação ao dos outros mamíferos. O período que vai desde o nascimento até o início da maturidade compreende naquele, aproximadamente, um quarto do tempo de duração normal da vida; ao contrário do que sucede nos outros animais, onde ele representa um oitavo, um décimo, ou um doze avos da existência. Este fato constitui uma característica única do homem” ... — Huxley, Julian. *The Uniqueness of Man*. London, 1941. p. 13. cf. Lemmertz, José, op. cit. p. 81.

(4) “Il y a, selon moi, naissance de société du fait que chacun de nous, loin de se suffire à lui-même, a au contraire besoin d'un grand nombre de gens”. — Platon. *La république*. livre II, 369 b. In: *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, 1950. p. 914.

(5) Ibid. livre II, 369 c, p. 914.

lançadas as bases materiais ou biológicas da cidade ou sociedade. A primeira delas, condição de nossa sobrevivência, é a alimentação. Seguem-se-lhe a habitação, o vestuário e tudo que se lhe relaciona. Para a realização destes objetivos primeiros, relacionados em ordem crescente com a sobrevivência humana, surge a necessidade da divisão do trabalho, uma das pedras angulares da República e ponto essencial para a conceituação da justiça segundo Platão — em decorrência da diversidade de problemas a resolver e da disparidade de aptidões dos diferentes indivíduos (6).

A sociabilidade humana em virtude da situação de desamparo biológico é transparente no pensamento de Grotius. O jusfilósofo holandês começa por dizer que o homem é um animal, mas de natureza superior, apresentando como traço distintivo, capaz de evidenciá-la, a necessidade que experimenta de se reunir (7). Enfatizando esta tendência e qualificando-a de dominante, alude à vantagem de que dispõe o ser humano para realizá-la por ser dotado de um instrumento particular — a linguagem — que lhe faculta conhecer e agir segundo princípios gerais, no que residiria a essência da natureza humana (8). A seguir, evidencia a fragilidade que circunda e singulariza o homem. Nossa segurança reside nos serviços que mutuamente nos prestamos. Isolados, patenteia-se a nossa fraqueza, tornamo-nos indefesos. Deu-nos entretanto, a natureza duas coisas capazes de permitir-nos superar toda a nossa fraqueza e de primar sobre os demais seres: a razão e a inclinação à vida social (9). Transparece, pois, que face a contingências inerentes à sua condição, é o homem constringido a viver em sociedade, superando por esta forma a situação de desamparo em que é lançado ao mundo.

E a experiência mostrou-lhe que o convívio com seu semelhante necessita ser ordenado. A vida social humana, em que se encontra a

(6) Ibid. livre II, 369 c, p. 914-16.

(7) Grotius. “Prolégomènes sur les trois livres du droit de la guerre et de la paix”. In: —. *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris, Guillaumin, 1867, VI, p. 5.

(8) Ibid., VII, p. 8.

(9) Ibid., VIII, p. 9.

nota específica do processo cultural, requer organização, impondo-se para tanto a emissão da regra jurídica que “foi a criação mais eficiente do homem para submeter o mundo social e, pois, os homens, às mesmas ordenação e coordenação, a que ele, como parte do mundo físico, se submete” (10). Ademais, sendo cultural o comportamento humano (11), importa aprendizagem e transmissibilidade a outros seres humanos, o que só pode ser realizado mediante regulamentação (12).

A sociedade carece de ordem e de harmonia suscetíveis de serem alcançadas através da normação jurídica, vale dizer, da emissão de normas obrigatórias traçando modelos à conduta humana. E nem é preciso que se insista sobre a necessidade de regulação jurídica do convívio humano, bastando que se diga que a história testemunha resultados mais ou menos satisfatórios na realização deste objetivo.

## 2. Do histórico no direito

Se o direito é indispensável à organização da sociedade, as sociedades diferem no tempo e no espaço, reclamando um determinado afeiçoamento das normas jurídicas aos caracteres específicos de cada uma delas. Isto implica que as normas aptas a regularem uma sociedade economicamente desenvolvida revelar-se-ão inadequadas se apli-

(10) Pontes de Miranda. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, ed. Borsoi, 1954. v. 1, p. 8-9.

(11) A estrutura da sociedade das formigas revela uma surpreendente divisão do trabalho, fundada apenas no instinto. A adequada incubação de ovos desse inseto produzirá formigas que, uma vez adultas, “repetirão em todos os pormenores o comportamento de milhares de gerações que as precederam.” Hoebel, E. Adamson. “A natureza da cultura”. In: Shapiro, Harry L., ed. *Homem, cultura e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1972, d. 209 (Original inglês).

(12) A análise funcional da cultura, exprimindo a relação entre uma realização cultural e uma necessidade humana, evidencia “a satisfação de uma necessidade por uma atividade na qual os seres humanos cooperam, usam artefatos e consomem bens, o que implica na organização necessária para a consecução de qualquer objetivo humano.” — Mallinowski, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura*. (A Scientific Theory of culture and other essays.) 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar, ed., 1970. p. 44.

çadas a uma outra subdesenvolvida ou em vias de desenvolvimento, face à diversidade de contextos culturais em que uma e outra se encontram imersas.

Esta circunstância de fácil constatação serve para pôr em evidência o caráter indissociável existente entre direito e história. Se a história é inconcebível sem o direito, não pode este, em contrapartida, ser compreendido a não ser em um quadro histórico. Consoante a primeira parte desta assertiva já se disse que “nem a história medieval nem a moderna podem ser escritas e compreendidas sem uma atenção cuidadosa por suas instituições legais”, eis que “desde o feudalismo ao capitalismo, da Magna Carta às constituições da Europa Contemporânea, o historiador encontra o Direito, a cada passo, como fator decisivo” (13). Relativamente à segunda, pode-se afirmar que o direito não pode ser convenientemente visualizado; quer do ponto de vista de sua elaboração, quer de sua interpretação, se se não consideram atentamente as forças históricas vigentes ao tempo em que se edita ou aplica a regra jurídica. A regra jurídica exprime um juízo de valor sobre a situação social que se propõe a reger. O juízo de valor, alternativo ou múltiplo, versará sobre os vários aspectos do fato a ser disciplinado, sobre todas as forças ou interesses a ele correlacionados bem como sobre as repercussões que tal regulação é suscetível de ter sobre o contexto social. Não pode o jurista descuidar-se das razões orientando tal escolha, pois a lei apenas será boa na medida em que elas forem historicamente verdadeiras. Para bem legislar deve-se fazer um inventário das circunstâncias históricas em presença, no momento em que se emite o comando legal. Por circunstâncias históricas deve-se entender todas as forças sociais então existentes: econômicas, políticas, morais, científicas, religiosas e históricas *strictu sensu*. Cada lei sensibilizará de modo particular um ou outro destes aspectos, embora não se possam excluir repercussões sobre outros setores, tendo em vista a interdependência de todos os componentes sociais, ao passo que a constituição os toca e disciplina a todos, em suas linhas maiores, conferindo-lhes estrutura definida.

(13) Friedrich, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito*. (Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive). Rio de Janeiro, Zahar ed., 1965. p. 254.

Na elaboração de uma lei ordinária ou, mormente, da constituição, é mister fazer-se o levantamento percuciente das circunstâncias históricas existentes, sem descurar de nenhuma delas, sob pena de ter-se como resultado uma má legislação. Se se agir de modo preconcebido, deixando-se, por consequência, de lado, aspectos relevantes, o resultado poderá ser a existência de normas formalmente perfeitas, mas intrinsecamente más. É oportuno se lembre a este respeito que Coing, resumindo as idéias de Collingwood (14), observa que, no plano da história, o homem toma suas decisões em função de situações bem determinadas, mas que “é a imagem que o homem se faz da situação, mais do que ela própria, que restringe sua liberdade e determina sua ação” (15). Ocorre que tanto o legislador, estabelecendo normas abstratas, quanto o juiz, decidindo *in concreto*, para solver um litígio, têm em vista situações sociais determinadas. Todavia, nada nos pode assegurar que a imagem que um e outro concebiam corresponda exatamente à realidade (16). De onde se infere que uma imagem incorreta terá como resultado inelutável uma legislação inadequada ou deficiente. Quando a distorção da imagem se der ao nível do ordenamento jurídico, poder-se-á apresentar caso de patologia jurídica — quando o sistema normativo revelar-se substancialmente em desacordo com as circunstâncias históricas existentes.

É, de outro lado, evidente que, se da aplicação da norma jurídica resulta a sua inadequação total ou parcial à situação que visa a regular, isto não significa que se lhe possa negar força obrigatória. Deriva esta do cumprimento dos requisitos extrínsecos estabelecidos na constituição. A validade formal da regra de direito não pode ser discutida, pois constitui um dos postulados da dogmática jurídica. Embora não podendo negar-lhe a obrigatoriedade ou o cumprimento, cabe ao jurista examinar a norma legal formalmente válida, sopesá-la e, se for o caso, apontar a sua insuficiência e propor regulação diversa, mais consentânea aos dados da situação concreta. O olhar crítico do jurista so-

(14) Collingwood. *The idea of History*, Oxford, 1946. Cf. Coing, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de philosophie du droit*. Paris, 1959.

(15) Coing, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de philosophie du droit*, Paris, 1959.

(16) Coing, H., op. cit. acima, nota 15, p. 7.

bre o direito vigente é sempre melhor do que a sua passividade face às deficiências da lei. É oportuno lembrar que, já em 1837, um professor da Universidade de Paris, buscando as causas do declínio do interesse pelo direito romano, que constatava em meio aos estudantes, escrevia: “hoje, graças a Deus, não mais se consideram as leis e as instituições, mesmo vivas, como uma arca santa na qual não se poderia tocar sem profanação.” E concluía, afirmando que “se compreende que é necessário submetê-las ao exame e à crítica, a fim de depurá-las e melhorá-las” (17). Inobstante esta vetusta observação, Ripert, escrevendo em 1953, afirma que “os juristas, encarregados de ensinar e de aplicar uma ciência de conservação da ordem estabelecida, têm o espírito conservador”, atribuindo-o à idade e à classe social a que pertencem, ao interesse pessoal em conservar o conhecimento adquirido, à preguiça natural do homem, mas também à compreensão da “importância que representa para a sociedade a ordem estabelecida e o perigo em que se incorre ao modificá-la” (18). Se encontram-se causas negativas nesta enumeração, sobressai como fator positivo o senso de responsabilidade dos juristas, em virtude da consciência que possuem dos riscos inerentes à modificação da estrutura jurídica reguladora da vida social.

É justamente este senso de responsabilidade, aliado ao hábito de observar e estudar a mudança das instituições, que lhes permite bem apreender e bem julgar o *modus faciendi* segundo o qual se deve realizar a transformação do direito, relevante aspecto concernente à relação entre direito e história, reclamando consideração e análise.

Efetivamente, deve o direito atentar às diferentes condições de cada sociedade, nos diferentes momentos históricos. As relações sociais modificam-se continuamente, por vezes de modo vertiginoso em nossos dias, exigindo um constante trabalho de adaptação do direito, sob pena de tornar-se ineficaz sua ação disciplinadora do convívio. Mas tudo é questão de grau, de senso de medida. Não será por certo a inflação le-

(17) Bravard-Verièrès, P. *De l'étude et de l'enseignement du droit romain et des résultats qu'on peut en attendre*. Cf. Gaudemet, Jean. *Études juridiques et culture historique*. *Archives de philosophie du droit*. Paris, 1959, p. 11-2, nota 2.

(18) Ripert, Georges. “Évolution et progrès du droit.” In: Balladore Pallieri, G. et alii. *La crisi del diritto*. Padova, Cedam, 1953. p. 2-3.

gislativa que propiciará a adaptação do direito ao processo histórico. "A abundância das leis pode ser uma necessidade em tempos em que o intervencionismo se impõe. Mas se constitui uma necessidade, é temerário considerá-la um progresso" (19). Ao contrário, a extrema mobilidade da legislação, a existência de leis temporárias ou excepcionais "apressadamente preparadas e freqüentemente votadas na desordem das idéias" constitui uma das causas da crise do direito (20).

Já Maine aludia aos dois perigos a que se encontram expostos a sociedade e o direito que a rege. Um deles consiste em que o direito possa desenvolver-se com excessiva rapidez (21). O outro "obstruiu ou retardou o progresso da maior parte da humanidade. A rigidez do direito primitivo, oriunda principalmente de sua associação ou identificação com a religião, submeteu a humanidade em massa aos conceitos relativos à regulação reinantes à época em que seus costumes assumiram pela vez primeira forma sistemática" (22). Depois de registrar que poucos povos deixaram de assumir tal concepção, Maine afirma que

(19) Ripert, op. cit., acima, nota 18, p. 10.

(20) Ibid.

(21) C'est ce qui eut lieu dans les codes des républiques grecques les plus progressives, qui se débarrassèrent avec une étonnante facilité des formes gênantes de la procédure et des termes techniques inutiles, et cessèrent aussitôt d'attribuer une valeur superstitieuse aux règles et prescriptions rigides. Quoique l'avantage immédiat que les citoyens retirèrent de ces réformes put être considérable, elles n'ont pas en définitive été utile au genre humain. ... L'intelligence grecque, avec sa mobilité et son élasticité, était incapable de se renfermer dans l'étroit vêtement d'une formule légale; et si nous pouvions en juger par les tribunaux populaires d'Athènes, que nous connaissons assez exactement, les tribunaux grecs montraient une forte tendance à confronter le droit et le fait. Ce qui nous reste des orateurs et des lieux communs d'éloquence judiciaire conservés par Aristote dans sa *Rhétorique*, montre que les questions de droit pur étaient constamment discutées avec toutes les considérations qui pouvaient influencer l'esprit des juges. On ne pouvait produire par cette méthode un système durable de jurisprudence. Un peuple qui n'hésitait jamais à modifier les règles du droit écrit, quand elles étaient contraires à un idéal parfait dans un cas particulier, ne pouvait, s'il léguait à la postérité un corps de principes juridiques, lui léguer qu'une collection d'idées du juste et de l'injuste telles qu'elles régnaient à son époque. ... Maine, Henry Summer, *L'ancien droit*. Trad. sur la 4e. éd. anglaise. Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874, p. 71-3.

(22) Ibid., p. 74.

"na maior parte do mundo, a perfeição do direito é identificada com a observância do plano que se supõe ter sido traçado pelo legislador primitivo" (23).

Transparece, pois, que a evolução cultural *lato sensu* sofre decisiva influência do direito, que pode conferir-lhe a estabilidade necessária sobre que se apóie o progresso social, ou uma rigidez excessiva, incompatível com aquele. Tanto uma como a outra situação "não se restringem, de maneira alguma, à infância da sociedade humana; persistem até a atualidade" (24). Neste sentido, pode-se afirmar que a história do direito deve ser vista como parte da história cultural, eis que uma cultura não pode ser imaginada sem lei (25).

Não há uma fatalidade no progresso do direito. Afere-se o progresso de qualquer ciência pela consecução das finalidades que se propõe realizar. As ciências físicas alcançam o progresso na medida em que possibilitam o conhecimento e utilização da matéria, e as ciências sociais na proporção em que propiciam um melhor relacionamento entre os homens. Já "o verdadeiro progresso do direito consiste em não se elaborar novas normas a não ser para assegurar um ordenamento mais harmônico" (26). Para que haja progresso, é mister evitar os dois extremos sinalados: o imobilismo, tradutor de um estado de espírito marcadamente conservador ou indiferente à mutação social, e a elaboração apressada ou prematura das normas legais que são os dois caminhos da perda do direito, sendo suas conseqüências, via de regra, funestas.

Em nossa época, principalmente nas últimas décadas, a rapidez e, por vezes mesmo, o inesperado das modificações, abrangendo os mais diversificados aspectos da vida humana, é de tal ordem, que a marcha do direito, por mais rápida que fosse, não lhes poderia acom-

(23) Ibid.

(24) Friedrich, op. cit., p. 270-1.

(25) "... a história de certas culturas e, mais especialmente, as culturas greco-romana e ocidental, é a história das leis que governam as comunidades suas componentes." Ibid., p. 267.

(26) Ripert, op. cit., p. 11.

panhar o ritmo. Antes de legislar deve-se constatar a modificação ocorrida ou o novo fato surgido, seguindo-se uma criteriosa análise valorativa, para que se possa chegar à escolha das diversas regulações possíveis e avaliar-se o respectivo impacto sobre a realidade social. É necessário que as idéias sedimentem-se, gerando a convicção que a edição de uma nova lei se impõe. Só após o cumprimento destas fases por que há de passar a consciência dos indivíduos e dos responsáveis pela elaboração legal, agindo dialeticamente uma sobre a outra, haverá condições de bem legislar. E todas estas operações do espírito demandam tempo e, entretanto, os fatos não cessam de evoluir. Em tais condições, pode-se dizer que cabe ao direito atualizar-se o máximo possível já que a atualização total é irrealizável, face ao tempo de maturação que requer, incompatível com a urgência em editar novas leis sem a indispensável reflexão.

Estas observações poderão parecer teóricas e, por conseqüência, insuficientes para mostrar o íntimo relacionamento entre a transformação histórica e o esquema jurídico segundo o qual ela se opera, ou inobstante o qual ela se realiza. Todavia, considerações análogas já foram feitas por eminente magistrado no sistema da **common law** de construção predominantemente indutiva e de características marcadamente pragmáticas. Com efeito, afirma Holmes que **“a vida do direito não tem sido lógica, mas experiência.”** Registre-se a ênfase atribuída à experiência, aos aspectos empíricos e veja-se como se manifestam: **“as sentidas necessidades do tempo, as teorias morais e políticas prevalentes, as intuições concernentes à ordem pública, confessadas ou inconscientes, e mesmo os preconceitos que os juizes compartilham com seus concidadãos, tiveram muito mais importância do que o silogismo na determinação das regras segundo as quais os homens deveriam ser governados. A lei consubstancia a história do desenvolvimento de uma nação através de muitos séculos e não pode ser tratada como se contivesse unicamente os axiomas ou corolários de um livro de matemática”** (o grifo é nosso) (27).

(27) “The life of the law has not been logic: it has been experience.” . . . The felt necessities, of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men have had a good deal more to do than the syllogism in determining the

Dois aspectos merecem destaque no pensamento de Holmes. O primeiro respeita à estreita relação existente entre o direito e a história, eis que a experiência a que alude o juiz americano “é experiência histórica”, sem o que não poderia haver qualquer espécie de direito (28). O segundo, decorrente do primeiro, põe-nos em guarda contra a tendência à matematização, à formalização do sistema jurídico — as instituições são insuscetíveis de tratamento desvinculado da realidade em que se incrustam, que visam a regular e cujas influências sofrem. É o direito “condicionado pelas realidades do meio em que se manifesta”, mas “age também como elemento condicionante”. Reflete a realidade social subjacente e simultaneamente a condiciona (29). É possível que esta evidência seja mais sensível no direito inglês ou americano, que, como integrantes do sistema da **common law**, inobstante a existência de diferenças específicas, caracterizam-se por serem predominantemente jurisprudenciais — é o juiz que, à medida que vai solvendo os litígios que lhe são progressivamente apresentados, o vai paulatinamente elaborando, em sua maior parte (30).

rules by which men should be governed. The law embodies the story of a nation's development through many centuries, and it cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics.” Holmes, Oliver Wendell. **The Common Law**. Boston, Little, Brown, c1963. p. 5.

(28) Friedrich, op. cit., p. 256-7.

(29) “A interação entre todos os componentes de um complexo cultural é um dos fatos de maior significação na vida social.” Rosa, Felipe Augusto de Miranda. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970, p. 57.

(30) O sistema inglês compõe-se fundamentalmente de regras de direito corporificadas “através das decisões emitidas pelos tribunais superiores da Inglaterra”, o que lhes confere um nível de generalidade menor relativamente às regras existentes nos sistemas romanistas, pois a “legal rule” inglesa coloca-se ao nível da espécie “sub judge”, surgindo para solucioná-la. Ademais, os ingleses “não adotam verdadeiramente as regras formuladas pelo legislador senão quando forem objeto de aplicações jurisprudenciais.” A diferença da regra jurídica pertencente aos sistemas romanistas, editada pelo legislativo e caracterizada pela generalidade e abstração, “a regra jurídica inglesa encontra-se em condições de propiciar uma solução imediata a um litígio.” No que tange ao ordenamento americano, para que se tenha uma idéia de sua similitude com o sistema inglês, basta que se lembre que os juristas “não consideram como regra plenamente normal de seu direito senão a regra jurisprudencial, formulada ao nível concreto do litígio a ser decidido”, e capaz de solucioná-lo. David, René. **Les grands systèmes de droit contemporains**. Paris, Dalloz, 1964, n. 289, 319, 320, 322, 394.

Todavia, a evidência da recíproca interação entre direito e realidade social é igualmente perceptível no sistema romanista, bem como em qualquer ordenamento jurídico particular.

Constata-se, entretanto, que, por vezes, esta relação natural e salutar é artificialmente desfeita, tanto no plano teórico quanto no prático. No primeiro caso, temos concepções jurídicas deficientes, ignorantes da vida, pairando no plano da abstração. No segundo, surgem ordenamentos jurídicos estabelecendo o relacionamento humano em bases insatisfatórias, marcadamente apoiados na coerção estatal, e passíveis de rompimento pela força das contradições sociais que tutelam. Jhering, embora partidário de uma certa fixidez no direito, por entender que a produção jurídica copiosa e rápida é de fraca força moral, não ignorava o desenvolvimento excepcional e rápido do direito sob a impulsão de forças violentas<sup>(31)</sup>. Tais erupções são precedidas de longo tempo de preparação, vale dizer, de longa desconformidade entre direito e realidade histórica.

Não se imagine, porém que o ângulo de análise adotado implique em menosprezo ao aspecto lógico-formal do direito, à sua consideração como "ciência das normas"<sup>(32)</sup> e nem que se esqueça que o trabalho do jurista exige o seu conhecimento acurado, visando ao trabalho de aplicação e de interpretação. O que se quer afirmar é a impossibilidade de redução do direito "a uma técnica consistente em um arranjo de princípios e de exceções". Mesmo "os mestres do normalismo jurídico nunca pretenderam que a norma legal seja um mero produto de uma inteligência indiferente às contingências sociais"<sup>(33)</sup>.

(31) "... Le droit ne rencontre que rarement des circonstances où sous l'influence d'impulsions soudaines et violentes, il prend une allure rapide et, que l'on me permette l'expression, où il lance volcaniquement hors de son sein de nouvelles couches toutes faites. Ces éruptions vives elles mêmes sont toujours précédées d'un long temps de préparation." Von Jhering, R. *L'esprit du droit romain*... Trad. de O. de Meulenaere. 3. ed. rev. cor. Paris, Lib. A. Maresq., 1886. v. 1, p. 70.

(32) Gaudement, Jean. *Études juridiques et culture historique Archives de philosophie de droit*. Paris, 1959.

(33) *Ibid.*

Ademais, nos nossos dias é inconcebível que os juristas se limitem à simples exegese dos artigos dos códigos. Uma parcela razoável dentre eles realiza o estudo das instituições, procurando desvelar-lhes as origens e os fins, as ambições e as deficiências. Desta tendência resultou um notável alargamento do horizonte jurídico, permitindo observar e "melhor apreender a amplitude das trocas constantes e das relações recíprocas entre a norma legal e a sociedade que deveria observá-la... **Visto sob este ângulo, o direito apresenta-se como um aspecto da vida social! É a um tempo seu quadro e seu produto. Orienta-a, mas também a exprime.**" Assim procedendo, é possível perceber-se a distância "que por vezes separa a regra teórica de sua formulação prática". Pondo em evidência os laços existentes entre o direito e os demais dados sociais "a história ensina ao legislador os limites de seu poder, ao juiz e ao jurista os perigos de uma lógica implacável"<sup>(34)</sup>.

Nesta perspectiva pode-se afirmar que, para bem compreender as teorias e normas jurídicas, é mister considerá-las em conexão com o meio em que nasceram, cujas tendências, interesses, e mesmo preconceitos criados pela força da tradição forçosamente refletem. Mas, se o direito sofre o influxo das contingências históricas, atua também como agente de sua transformação. Sob o primeiro aspecto, manifesta-se a função conservadora da norma legal, refletindo "uma determinada ordem social cuja regulação, cujo controle e cuja proteção se destina a realizar", protegendo, enfim, os valores socialmente aceitos. Sob o segundo, revela-se a sua função transformadora, traduzindo "necessidades sentidas pelos órgãos legiferantes", ou respondendo "ao consenso de grupos que se antecipam ao processo histórico", apresentando-se como agente modificador da sociedade<sup>(35)</sup>.

Consideradas nesta perspectiva as relações entre direito e história, evidencia-se o caráter dinâmico do fenômeno jurídico. O exame atento e despido de preconceitos dos fatores históricos é capaz de conduzir o raciocínio e, por consequência, a ação, a uma perspectiva lúcida, em que as diferentes forças sociais em jogo mostrem-se em rigoro-

(34) Gaudemet, op. cit., p. 15-7. (O grifo é nosso.)

(35) Rosa, F. A. de Miranda, op. cit., p. 61-2. (O grifo é nosso.)

so inventário, de maneira a que seja possível manipular-se o seu todo através do direito agindo de modo condicionante, exercendo a sua **função transformadora**, em busca de seu fim supremo — a realização do convívio harmônico entre os homens. Que se olhe, pois, a história, não para explicar e justificar instituições superadas pela força dos fatos, mas visando ao encontro daquelas adequadas ao presente, sem que se esqueça que vida é uma constante projeção no sentido do futuro. Não significa isto que se olvide a importância da **função conservadora**, pois sem a permanência da ordem social não se pode, logicamente, conceber a sua transformação. Importante é, sobretudo, que o direito não seja simplesmente condicionado por fatores cuja significação não se aferiu de modo preciso — o que poderá ocorrer por desconhecimento, ou por distorção da realidade, através da falsa imagem a que alude Collingwood.

### 2.1 A Escola Histórica Alemã — análise do pensamento de Savigny

A importância da Escola Histórica Alemã é inegável e por demais conhecida, devendo-se à circunstância de ter conduzido a investigação no sentido da determinação das forças modeladoras do direito, tendo ocasionado o ressurgimento do interesse histórico característico dos estudos jurisprudenciais do século XIX, sob a forma de minuciosas investigações, abrangendo remotos períodos da história do direito (36).

Todavia, a concepção defeudida por Savigny, por ser estática, estrema-se daquela que vem de ser exposta.

Afirmava Savigny que, até onde alcançava a história, reveste o direito civil um caráter determinado, peculiar a cada povo, constituindo, juntamente com sua língua, costumes e constituição política, um todo inseparável, cuja unidade deriva da “crença comum do povo”, do “sentimento uniforme de necessidades íntimas”, ficando excluída “toda idéia de uma origem meramente acidental e arbitrária” (37). Há

(36) Bodenheimer, Edgar. *Ciência do direito; filosofia e metodologia jurídica*. (Jurisprudence; The Philosophy and Method of the Law.) Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 87-90.

(37) Savigny, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Trad. de Adolfo G. Posada. Buenos Aires, ed. Atalaya, 1946. Original alemão. p. 43.

uma dependência natural do direito relativamente ao costume e ao caráter de cada povo, que se conserva com o passar do tempo, à semelhança do que ocorre com a linguagem. Para ambos, como sucede com as demais tendências de cada povo, não há um só momento de repouso, mas constante movimento, sob o influxo de uma necessidade intrínseca, como qualquer outra manifestação primitiva. “O direito progride com o povo, aperfeiçoa-se com ele, e finalmente perece quando o povo perde sua individualidade”. “O direito vive na crença comum do povo” mas seu progresso interno é mais difícil de discernir-se nos tempos de maior cultura. Na medida em que progride a civilização, as múltiplas atividades de cada povo vão-se especializando e o que, a princípio, formava um conjunto, divide-se em múltiplos ramos, um destes focando aos juristas. “Deste modo, o direito, juntamente com a linguagem, aperfeiçoa-se, ganha aspecto científico, e o que antes vivia na **consciência popular converte-se daí em diante em matéria da competência dos juristas, que, deste modo, vêm a representar o povo**”. A partir deste momento, “sem deixar de haurir sua vida da vida do povo, produz-se simultaneamente outra vida, como obra especial da ciência, a cargo dos juristas” (38). E o próprio Savigny sintetiza suas idéias, escrevendo que “todo o direito tem sua origem naqueles usos e costumes, aos quais costuma-se denominar com assentimento universal, embora sem grande exatidão, direito consuetudinário; isto significa que o **direito origina-se, em primeiro lugar, dos costumes e crenças populares, e, após, da jurisprudência; sempre, portanto, em virtude de uma força interior e silenciosa, jamais em virtude do arbítrio de qualquer legislador**” (39).

É sabido que Savigny escreveu sua célebre monografia em 1814, em resposta à proposição feita pelo professor de direito civil da universidade de Heidelberg — Thibaut que, através de um opúsculo intitulado “Sobre a necessidade de um direito comum para a Alemanha”, defendia a necessidade de realizar-se a codificação das leis e costumes dos vários estados germânicos tendo por base o direito romano e o código napoleônico (40). O propósito confessado por Savigny era de

(38) Ibid., p. 46-7. (O grifo é nosso.)

(39) Savigny, op. cit. acima nota 38, p. 48. (O grifo é nosso.)

(40) Bodenheimer, op. cit. acima nota 36, p. 88; Mata-Machado, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do direito*. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972. p. 240.



oposição à obra codificadora, por entender que o sentido sistemático, peculiar aos códigos, confere ao direito uma nota de arbitrariedade, pois "seus elaboradores não levam em conta o desenvolvimento histórico do Direito", do que resultaria "estagnação das pesquisas científicas e a imobilização dos trabalhos dos juristas, que se fixa em fórmulas e se automatiza" (41). É conhecido o exagero a que chegou a Escola da Exegese na França, levando seus corifeus a orgulharem-se de nada conhecer de direito, exceção feita ao Código de Napoleão (42). Uma tal concepção conduziu, temporariamente, a uma paralisia do fenômeno jurídico. Dir-se-ia, portanto, que assistia razão a Savigny ao manifestar-se em tão decisivo desacordo com a obra codificadora. Não é, porém, menos verdade que ela acabou por impor-se na maioria dos ordenamentos jurídicos ocidentais, integrantes da família de direito romano-germânica (43), tendo os códigos facilitado de modo considerável o acesso às fontes formais e os exageros a que deram origem têm sido, de certo modo, atenuados pelos estudos concernentes à aplicação e interpretação dos preceitos legais, bem como pelas pesquisas sociológicas, atingindo as fontes materiais de onde brota o jurídico, sem olvidar as normas costumeiras e a influência recíproca que se estabelece entre estas e as normas codificadas.

Hoje, com a perspectiva temporal de que se dispõe, é possível emitir-se um juízo sobre a concepção de Savigny. De modo sintético, pode-se dizer que a investigação dos elementos históricos na formação das normas legais constitui o ponto alto a transparecer positivamente em sua obra. Todavia, como **todo** o direito dimana dos usos e costumes, que devem ser auscultados pelos juristas, como detentores da confiança popular encarregados de traduzi-los tecnicamente, assim explicando-se como "aquela grande massa de detalhes particulares pode nascer espontaneamente dos costumes, sem arbitrio nem desígnio preconcebido" (44), patenteia-se que o chefe da Escola Histórica Alemã considerava os fatores históricos sob o prisma da **função conservadora** da norma legal. Ademais, se é inegável a formação costumeira de certas regras jurídicas, não se pode reduzir toda a gênese do direito a esta forma, co-

(41) Mata-Machado, op. cit., p. 240.

(42) Ibid., p. 241.

(43) David, René, op. cit. acima nota 30, p. 27-8.

(44) Savigny, op. cit., p. 47.

mo também resulta impossível restringir a atividade do jurista à sua captação, por incompatível com a urgência com que, nos nossos dias de movediça evolução social, apresentam-se os fatos à regulação jurídica.

Já a visualização das relações entre história e direito, tal como vem sendo exposta, revela sua fecundidade especialmente em perspectiva futura, eis que "a história, pelo fato de iluminar o passado, ilumina o presente, e pelo fato de iluminar o presente, ilumina o futuro" (45). Suas virtualidades mostram-se no trabalho hermenêutico, na esfera de aplicação judiciária do direito. Aludimos hipótese de surgimento de litígios inconciliáveis, para cuja composição seja necessária a intervenção do aparelho judiciário do estado. Todavia, a experiência mostra que a maioria das relações jurídicas estabelecem-se e resolvem-se em conformidade com as regras em vigor, dispensando a intervenção de qualquer autoridade estatal. Embora se deva "reservar um lugar especial à justiça contenciosa, necessária como instituição", não se pode esquecer que "as partes podem, na maioria das vezes, dispensá-la recorrendo a formas de justiça privada (como, por exemplo, a arbitragem), ou regulando seus direitos de forma amigável" (46), pois os tribunais devem aplicar a lei em consonância com as condições atuais de cada sociedade, sob pena de incorrerem no erro de considerá-las isoladamente ou **in vácuo**. Por esta forma, as normas legais, estabelecendo padrões de comportamento futuro, adaptam-se às novas condições surgidas com o passar do tempo. Neste sentido, M. Ballot-Beaupré, Presidente da Corte de Cassação da França, referiu-se à adaptação da legislação napoleônica às condições modernas, mediante a interpretação judicial: "Nós não indagamos o

(45) Cardozo, Benjamin N., *A natureza do processo e a evolução do direito*. (The Nature of the Judicial Process and The Growth of the Law.) Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo, ed. Nacional de Direito, 1956. p. 28. "Se alguma vez parecesse verossímil que o espírito histórico (o espírito que se esforçou por compreender o direito clássico de Roma, as Doze Tábuas, a Lei Sállica e o direito de todas as eras e climas) era fatalístico e inimigo de reformas, esse tempo já ficou no passado... Atualmente, podemos considerar a tarefa da pesquisa histórica como explicativa e, portanto, iluminadora da pressão que o passado deve exercer sobre o presente e o presente sobre o futuro. Hoje, estudamos o dia de anteontem, a fim de que o de ontem não venha a paralisar o de hoje, e o de hoje não venha a paralisar o de amanhã". Maitland "Collected Papers". v. 3, p. 438. Cf. Cardozo, op. cit., p. 28-9. O grifo é nosso.

(46) Rigaux, François. *Droit international privé*. Bruxelles, F. Larcier, 1968. p. 28.

que o legislador quis há um século, mas o que haveria de querer caso soubesse quais seriam as nossas condições presentes". Assim também Kohler: "Falar de uma interpretação exclusivamente correta, que seria o verdadeiro sentido da lei, desde o início até o fim de seus dias, é inteiramente errôneo" (47).

### 3. Comprovações no plano do Direito Internacional Privado

Pode-se comprovar a vinculação entre direito e história, nos termos em que vem sendo exposta, mediante um exame da evolução das regras de direito material ou substancial, que atribuem imediatamente, sem o permeio de quaisquer outras regras, efeitos jurídicos aos fatos por elas previstos. Entretanto, a comprovação é suscetível de ser estendida ao campo do Direito Internacional Privado, cujas regras não atingem a matéria social a não ser através das normas materiais ou substanciais, que se limitam a indicar, para dar tratamento jurídico aos fatos que constituem seu objeto. Tais fatos caracterizam-se por não se limitarem a uma só esfera normativa, entretendo vinculações com mais de um sistema jurídico autônomo (48).

Nos Estados Unidos, a posição do **American Law Institute** é bastante clara a este respeito, entendendo que as regras de Direito Internacional Privado destinam-se a regular as relações jurídicas ultrapas-

(47) Cardozo, op. cit. acima nota 45, p. 46-7.

(48) No âmbito do Direito Internacional Privado, a matéria concernente à regulação das relações privadas internacionais constitui um objeto específico. "A situação privada internacional desdobra-se em um espaço internacional, localizando-se seus elementos constitutivos de um lado e de outro de fronteiras nacionais", de onde decorre a multiplicidade de sistemas jurídicos nacionais potencialmente capazes de serem chamados a regê-la. Problema semelhante põe-se, face à existência dos assim chamados conflitos interterritoriais, cuja gênese encontra-se em atribuir à constituição de vários Estados "competência legislativa a subdivisões territoriais, em matéria de direito privado", como sucede nos Estados Unidos da América do Norte, no Canadá e no México. Todavia, "a analogia entre os dois problemas é tal, que a maioria das obras americanas quase que não faz distinção entre os conflitos interfederais (*interstate conflicts of laws*) e conflitos internacionais (*international conflicts of laws*), embora os últimos distingam-se dos primeiros pela ausência, nestes, de uma fonte de direito que se imponha ao respeito dos Estados nacionais, bem como de uma jurisdição que lhe seja comum". Rigaux, op. cit. acima nota 46, p. 87-9.

sando a fronteira de mais de um Estado, sendo este definido como "uma unidade territorial tendo um sistema jurídico distinto". Vale dizer, as regras de Direito Internacional Privado sedimentadas no **Restatement Second** aplicam-se tanto aos casos mantendo vínculos com mais de um Estado da federação americana, quanto àqueles cujos elementos encontram-se disseminados entre sistemas jurídicos diversos, pertinentes a Estados soberanos, apesar de que os últimos possam, eventualmente, carecer de soluções diferenciadas (49). Efetivamente, mesmo ao nível das regras indiretas de Direito Internacional Privado, que não alcançam senão mediatamente os interesses humanos, a atuação dos dados históricos é suscetível de ser demonstrada, evidenciando-se, simultaneamente, as funções conservadora e transformadora de teorias e regras pertinentes a este ramo da ciência jurídica.

Em algumas hipóteses, tais dados são facilmente perceptíveis. Assim, a grande difusão do princípio nacional (da nacionalidade utilizada como **elemento de conexão**) para reger a matéria referente ao estatuto pessoal, no século XIX, na Europa e na América Latina, "foi encorajada pelo despertar das nacionalidades e tornado possível pela codificação do direito privado nacional". Nos dias de hoje, nos limites do Mercado Comum Europeu, a nacionalidade é o critério mais cômodo à regulação do estatuto pessoal porque "a liberdade de circulação tende a crescer a mobilidade da mão-de-obra e, conseqüentemente, as mudanças de domicílio e de residências nos limites da Comunidade Européia". Trata-se, portanto, de critério que, nas condições históricas atuais, propicia uma maior estabilidade jurídica, capaz de permitir aos Estados integrantes da aludida comunidade harmonizar as soluções nesta matéria (50).

(49) Restatement of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft, pt. 1. Philadelphia, Pa., The American Law Institute, 1967. par. 2, 3, 10.

(50) Rigaux, op. cit. acima nota 46, n. 266, p. 339-41. Estes exemplos e os demais que se seguem, referentes ao Direito Internacional Privado, foram objeto de estudo do autor, em tese de doutorado: Azevedo, Plauto Faraco de. *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les Anglo-américains et leurs antécédents Hollandais*. Préf. de François Rigaux. Louvain, Centre de Droit International, 1971 agora, ao serem retomados, foram restringidos ou ampliados, conforme o aconselhou a conveniência, a fim de servirem como subsídio comprobatório das relações existentes entre o direito e a história.

Em outros casos, a influência dos dados históricos sobre teorias e regras jurídicas, bem como o influxo por estas exercido sobre aqueles não se apresenta a um exame desaperecebido, exigindo mais cuidadosa análise.

### 3.1 A Escola Estatutária Holandesa e a "comitas gentium"

Quem examinar o Direito Internacional Privado, na Holanda do século XVII, vai encontrar a influência decisiva da Escola Holandesa dos Estatutos, cuja característica fundamental é a territorialidade, vale dizer, a tendência a aplicar somente a *lex fori*, a lei local. Este estado de espírito foi apreendido por Batiffol em uma fórmula curta e incisiva, afirmando que os holandeses "tendiam a um particularismo nacional hostil à aplicação das leis estrangeiras" (51). O significado desta inclinação só pode ser compreendido mediante o conhecimento de suas coordenadas históricas.

Estas revelam que a Escola Holandesa integrava um movimento de pensamento mais amplo denominado Teoria dos Estatutos que se desenvolveu na França, na Itália, na Holanda e na Alemanha, suscitando uma literatura especial, tendo em vista a solução de conflitos de leis interterritoriais, face à existência de leis e costumes diversos dentro de cada país. Tratava-se de um conjunto de regras, tendo por finalidade solver os conflitos de leis à época existentes dentro dos Estados, e, em segundo lugar, os conflitos internacionais (52). A Teoria dos Estatutos dominou o Direito Internacional Privado desde a segunda metade do século XIII até o fim do século XVIII, passando por diversos estágios (53). O que lhe confere unidade é o método empregado, de vez que pretendia solver toda a problemática do Direito Internacional Privado mediante o exame da regra de direito: a territorialidade ou extraterritorialidade dos estatutos encontrava-se na exclusiva dependência do exame de seu texto, prescindindo-se de regras especiais contendo critérios indicativos da lei aplicável (54).

(51) Batiffol, Henri. *Droit international privé*. 4. éd. Paris, Lib. Générale de droit et jurisprudence, 1967. p. 262.

(52) Lainé, Armand. *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts*. . . Paris, F. Pichon, v. I, 1888, p. 45, 47.

(53) *Ibid.*, p. 48.

(54) "Sans avoir besoin de prescriptions spéciales réglant le conflit des lois, on les trouve contenues dans le texte des statuts; elles sont là, on n'aura qu'à les découvrir". Gutzwiller, Max. *Le développement historique du droit international privé*. In: *Recueil des cours*, IV, 1929. p. 312.

Situada a Escola Holandesa em relação à Teoria dos Estatutos, deve-se explicitar que sofreu aquela, inicialmente, a influência da Escola Francesa dos Estatutos. Representava esta a expressão jurídica de idéias feudais dominantes à época, traduzindo-se pela "soberania feudal dos costumes, fonte da territorialidade estrita e absoluta do direito" (55). O poder do senhor feudal "identifica-se com a propriedade do solo" e, na esfera de abrangência em que exercitava seu poder, não havia de sua parte disposição de aceitar ingerências externas representadas pela aplicação de uma lei diferente da local. Tal estado de coisas manteve-se até o século XVI porque "a feudalidade, arruinada do ponto de vista político, mantinha-se intacta nos costumes e no domínio do direito" (56). Bertrand d'Argentré foi o jurista cujas idéias vieram a refletir este clima histórico. Segundo ele, todas as leis são estritamente territoriais, não ultrapassando a extensão do respectivo território, mas aí impondo-se de forma incontrastável. Tais são os estatutos reais, que comportam uma exceção, constituída pelos estatutos pessoais, referentes a certas pessoas, admitindo aplicação extraterritorial, "isto é, permanecem aplicáveis a estas pessoas mesmo fora do território" (57). Todavia, a aplicação extraterritorial dos estatutos, na teoria de d'Argentré era muito limitada, de vez que os estatutos pessoais (passíveis de aplicação extraterritorial) subordinam-se aos reais (aplicáveis tão-somente nos limites do território, de forma soberana e exclusiva), considerando-se que, toda vez que os estatutos pessoais tocassem nas coisas (bens imóveis), convertiam-se em estatutos reais (insuscetíveis de aplicação extraterritorial).

Esboçadas as características gerais da Teoria dos Estatutos, bem como da Escola Estatutária Francesa através do pensamento de d'Argentré, cabe se indiquem as causas de sua influência na Holanda do século XVII, onde dominava, no plano do Direito Internacional Privado a Escola Estatutária Holandesa. Nenhum jurista estudou melhor do que Lainé o quadro histórico em que se encontravam imersas as províncias que hoje integram a Holanda.

(55) Lainé, op. cit. acima nota 52, p. 269.

(56) *Ibid.*, p. 270-5.

(57) *Ibid.*, p. 316.

A época trazia a marca da prosperidade, traduzida por um comércio intenso. Na medida em que este se desenvolvia, mostrava-se a necessidade de editar normas de Direito Interuacional Privado, visando à regulação das relações jurídicas de direito privado desbordando os limites de cada uma das províncias (conflitos interprovinciais), como também daquelas que ultrapassavam as fronteiras das províncias holandesas globalmente consideradas (conflitos internacionais). Às últimas, pela vez primeira, aludiu e ofereceu soluções Huber (58).

A par do desenvolvimento comercial, constituía traço marcante da época o desejo veemente de independência política, nascido de uma louga ocupação estrangeira, tendo as províncias holandesas pertencido sucessivamente "a seus condes, aos duques da Borgonha e aos reis da Espanha". Reagindo contra tal estado de coisas, os holandeses tratavam de salvaguardar os privilégios detidos por suas províncias, dentre os quais destacava-se a autonomia jurídica de que gozavam. Nestas condições, compreende-se o entusiasmo com que foram aceitas na Holanda as idéias de d'Argentré, firmando-se o princípio da territorialidade (59). Observe-se que, sob este ângulo, se evidencia a **função conservadora** do direito, na medida em que sofre a influência da história.

Mas a territorialidade do direito não poderia ser mantida integralmente, sob pena de fecharem-se as províncias holandesas, sobre si mesmas, renunciando às potencialidades do comércio internacional. Era, pois, necessário um princípio capaz de contrabalançar a tendência territorialista, correspondendo a uma abertura para o exterior. Deste movimento dialético surgiu a **comitas gentium**, como explicação da necessidade de, em determinadas circunstâncias, aplicar direito estrangeiro, de maneira a propiciar o desenvolvimento do comércio, mercê da apresentação de soluções razoáveis no plano do Direito Internacional Privado.

Diga-se, de passagem, que a expressão **comitas gentium** gerou uma estéril controvérsia doutrinária a propósito de sua tradução. Sem

(58) Huber, Ulrich. *Praelectiones juris romani et hodierni*. 1689. tomo 2, livro 1, tít. 3. In: Davies, D. J. Llewelyn. *The Influence of Huber's de Conflictu legum on English Private International Law*. *British Year Book of International Law*, 1937, p. 49-78.

(59) Lainé, op. cit. acima nota 52, p. 398-9.

entrar em seus detalhes, apenas querendo dar uma idéia de seu alcance, basta que se lembre que pretenderam alguns devesse ser traduzida por cortesia ou benevolência internacional e, portanto, insuscetível de fornecer uma explicação juridicamente aceitável da aplicação do direito estrangeiro, já que deve esta repousar sobre critérios de justiça, e não sobre a cortesia potencialmente exercitável entre soberanos.

Registrada essa controvérsia vocabular, releva ir além dessa perspectiva, de natureza circunscrita, buscando o significado histórico daquela expressão. Encontra-se este na medida em que se percebe que respondia a um movimento histórico integrado por tendências contraditórias. Diante da realidade com que se defrontaram os juristas holandeses, a **comitas gentium** surgiu como resposta jurídica positiva ao alargamento da vida, às necessidades do comércio, que não mais se podiam comensurar aos limites estreitos da territorialidade. Patentia-se, naquela fórmula, a **função transformadora** do direito, pois, sem negar o nacionalismo, o desejo de independência política, vivo à época, representou uma abertura no sentido do internacionalismo nascente e já perceptível na obra de Grotius.

### 3.2 O jury system e a elaboração tardia do Direito Internacional Privado inglês

Na verdade, o Direito Internacional Privado, formado por normas indiretas, distanciadas dos interesses humanos, tendo sido qualificadas por um autor norte-americano de modo manifestamente exagerado (para não dizer inadequado), de normas vazias e exângües, exprimindo a indiferença do Estado em relação à solução do **litígio** (60), inobstante este distanciamento — e, neste sentido, é sugestiva, em que pese ser inadequada a posição de Currie — apresenta-se fértil em exemplos conducentes à demonstração da íntima relação existente entre direito e história e das recíprocas influências que constantemente se operam entre ambos.

(60) Com efeito, afirma Currie que "a choice-of-law rule is an empty and bloodless thing" ... "actually, instead of declaring an overriding public policy, it proclaims the state's indifference to the result of litigation". Currie, Brainerd. *On the Displacement of the Law of the Forum*. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duke University press, 1963. p. 52.

Pode-se encontrar a prova desta vinculação mesmo no plano judiciário, no sistema da **common law**. No **Ward's case** <sup>(61)</sup>, decidido em 1625, o foro inglês foi chamado a conhecer de um litígio em que o autor, de nacionalidade inglesa, reclamava de outro súdito inglês o pagamento de uma dívida, fundada em uma fatura extraída em Saint Mary Le Bow, em Londres. Inobstante a alegação do autor, na verdade, a fatura havia sido extraída em Hamburgo. Esta circunstância, denunciadora do fenômeno da fronteira, estranha ao foro inglês, ensejava os problemas peculiares ao Direito Internacional Privado — o problema preliminar de escolha do foro apto a conhecer e decidir o litígio (o chamado conflito de jurisdição) e o problema posterior, de escolha da lei aplicável (o chamado conflito de bens no espaço), já que o caso mantinha contato com dois ordenamentos jurídicos autônomos pertinentes a dois Estados soberanos — Inglaterra e Alemanha.

Para resolver o primeiro, declarou o juiz que, para assegurar a jurisdição ao foro inglês, era necessário considerar que Hamburgo se encontrava em Londres. Mediante a utilização desta ficção, pode o magistrado inglês considerar procedente o pedido. Impõe-se a atenção sobre o artifício empregado que prima, aliás, pelo pitoresco da linguagem da época: “apesar de que nós sabemos que Hamburgo se encontra além do mar, enquanto juizes não tomamos em consideração que esta cidade se encontre além do mar” <sup>(62)</sup>. Que dizer da justificativa empregada para assegurar a jurisdição do foro inglês sobre o caso? Vista fora de seu contexto histórico, dir-se-ia que o magistrado era um original, um inglês amante de excentricidades dando vazão a suas inclinações pessoais no desempenho de suas atribuições. Todavia, a investigação leva a constatações bastante diferentes, reveladoras do senso prático do juiz britânico assim como de seu espírito de justiça.

A espécie constitui exemplo de esforço para harmonizar a idéia de justiça com a tradição histórico-jurídica inglesa, vale dizer, para conciliar as funções **transformadora** e **conservadora** do direito.

(61) Latch 3 (1625)

(62) “Et si en verity nous sciamus... Hamburg ouster le mere, we come judges ne prisamus notice gest ouster le mere.” Latch 3 (1625).

Ocorre que a formação do Direito Internacional Privado inglês deve ser considerada lenta, tardia mesmo, se comparada com o desenvolvimento desta disciplina jurídica em outros Estados da Europa continental. Constata-se que foi somente após o século XVII que a lei estrangeira passou a ser admitida, ainda que raramente e de maneira velada, pelos tribunais ingleses <sup>(63)</sup>, podendo-se afirmar que data da metade do século XVIII o nascimento do Direito Internacional Privado inglês <sup>(64)</sup>, o que se explica pela ausência dos chamados conflitos interterritoriais existentes na França e na Itália, durante a Idade Média, tendo em visto o estabelecimento de um governo fortemente centralizado após a conquista normanda, em 1066, propiciando o estabelecimento de uma supremacia completa dos tribunais reais sobre os tribunais locais. Tendo jurisdição sobre todo o território, os tribunais reais terminaram por estabelecer, de modo definitivo, no século XII, uma lei comum a todo o reino, a **common law**.

No que tange aos chamados conflitos internacionais, entre os quais se situa o **Ward's case** supra referido, a regra estabelecida e vigente até o início do século XVII era de que tais casos não poderiam ser julgados nos limites da **common law**. Tal regra explica-se em função das características do sistema judiciário então em vigor na Inglaterra. A administração da justiça, em matéria cível ou criminal, realizava-se segundo o **jury system**, fundado em uma antiga constituição inglesa, e segundo o qual um cidadão não poderia ser atingido em sua pessoa, liberdade ou propriedade, senão mediante o consenso unânime de doze de seus vizinhos e iguais.

Tratava-se de juizes recrutados na vizinhança que deveriam ter **conhecimento pessoal** da matéria litigiosa. Tal sistema impedia o conhecimento de litígios originados de fatos ocorridos, ao menos em parte, no exterior (conflitos internacionais), pois seria impossível supor-se que tais juizes deles tivessem conhecimento pessoal <sup>(65)</sup>.

(63) Nussbaum, Arthur. **Principles of Private International Law**. New York, Oxford University press, 1943. p. 15.

(64) Sack Alexander N. **Conflicts of Laws in the History of the English Law**. In: **Law a Century of Progress 1835-1935**. 1937. v. 3, p. 398.

(65) Sack, op. cit. acima nota 64, p. 344, 345, nota 40, 346.

Mas, é necessário que, modificando-se as condições sociais, embora o direito não as possa acompanhar *pari passu*, esteja em medida de, com prudente brevidade, traçar-lhes adequada disciplina. É justamente o que vai verificar-se no âmbito do Direito Internacional Privado inglês, no século XVII. Por volta de 1605, o regime social e econômico, fundado sobre a propriedade da terra, a agricultura e outras ocupações de caráter local, havia-se modificado, apresentando como característica marcante a existência de diferentes sortes de propriedades pessoais, situadas não somente na Inglaterra como no exterior. Tendo em vista tal situação, o *jury system* foi gradualmente modificado, passando a decidir sobre matérias de que seus membros não tinham conhecimento pessoal, aceitando o depoimento de testemunhas, vindo o processo orientado pelo testemunho a converter-se na principal maneira de informação judiciária (66).

Conhecidas as circunstâncias em que foi decidido o *Ward's case*, o campo de investigação se ilumina, a ficção empregada mostra-se inteligível, e o direito evidencia-se, no plano judiciário, em uma perspectiva dinâmica de auto-superação, pondo-se em relevo sua função transformadora.

### 3.3 As coordenadas histórico-jurídicas da doutrina norte-americana contemporânea.

Também a consideração das tendências atuais do Direito Internacional Privado americano revela-se em medida de lançar luzes sobre o tema em exame, oferecendo provas das assertivas teóricas feitas.

A existência deste ramo do direito supõe a possibilidade de aplicação, em determinadas hipóteses, de direito estrangeiro, para reger os fatos mantendo contato com mais de uma esfera legislativa autônoma ou soberana. As hipóteses em que efetivamente aplicar-se-á direito estrangeiro ao invés da *lex fori* não são passíveis de determinação a priori, face à abstração característica do dado indicativo da lei aplicável (elemento de conexão), contido na consequência jurídica da norma de Direito Internacional Privado. Apenas mediante a aplicação des-

(66) *Ibid.*, p. 348, 357.

ta concretiza-se o elemento de conexão, permitindo a determinação do direito material, nacional (local) ou estrangeiro, apto a reger a espécie.

Importa, porém, sublinhar que, se a existência do Direito Internacional Privado implica a possibilidade de aplicação de direito estrangeiro, deve este ser considerado, em tese, em pé de igualdade com a *lex fori*, isto é, com a legislação a que se encontra o juiz adstrito e que serve de ponto de referência para qualquer raciocínio lógico nesta matéria. Só uma visão miope, embasada no chauvinismo jurídico, pode considerar que a *lex fori* deva ser vista em um plano superior à lei estrangeira. A paridade das duas classes de leis — local e estrangeira — encontra-se à base de toda a construção neste domínio jurídico. Trata-se de uma premissa de raciocínio a um tempo indiscutível e rudimentar. Como conciliá-la, pois, com o princípio da predominância da lei local (*lex fori*) expresso pela moderna doutrina norte-americana? Neste aspecto, como nos demais já considerados, apenas a investigação histórica é capaz de propiciar uma explicação satisfatória. Efetivamente, a consideração isolada do princípio enunciado conduziria ao engano, talvez ao menosprezo por uma corrente doutrinária caracterizada pela féaldade e seriedade científicas, capaz mesmo de sugerir novos rumos de desenvolvimento do Direito Internacional Privado.

O princípio da predominância da lei local (*lex fori*) é defendido por Currie (67) e Ehrenzweig (68), cujas obras refletem, simultaneamente, a decepção relativamente a regras inflexíveis, e o esforço no sentido de encontrar um novo caminho capaz de conduzir a soluções mais satisfatórias. No pensamento de Cavers (69) os problemas concernentes ao fundamento da aplicação do direito estrangeiro e do método de solução dos litígios consistentes de fatos que transcendem os limites de um ordenamento jurídico autônomo ou soberano são indissociáveis. Colocando-se na perspectiva da *common law*, entende que, para tutelá-los, aplica-se o método indutivo a um falso problema: a busca do sistema

(67) Currie, op. cit. acima nota 60.

(68) Ehrenzweig, Albert. *A Treatise on the Conflict of Laws*. St. Paul, Minn., West Publishing, 1962.

(69) Cavers, David F. A. Critique of the Choice-of-law Problem. *Harvard Law Review*, 47, 1933.

jurídico indicado pela norma de Direito Internacional Privado, sem que se tenha em conta o conteúdo do direito material assim escolhido, nem tampouco os efeitos que pode acarretar à solução do litígio. Por isso, propõe uma análise minuciosa de todos os dados de fato e de direito apresentados pelos casos concretos, a fim de que possa selecionar a norma ou normas materiais capazes de propiciar-lhes satisfatória regulação, pendendo nitidamente no sentido da equidade (70).

Para que se possa compreender a real significação de tais tendências é preciso refazer a linha de pensamento que as originou.

Em primeiro lugar, é necessário que se tenha em mente que o sistema norte-americano é, à semelhança do que sucede com o ordenamento jurídico inglês, originariamente jurisprudencial. Tal caráter não perdeu seu significado, face às exigências do mundo atual, que determinaram o estabelecimento, na Inglaterra, no século XIX, de uma regra do precedente (*stare decisis* nos Estados Unidos), desconhecida nos séculos anteriores, e o desenvolvimento considerável da legislação (*statute law*), no século atual, característico do intervencionismo do estado moderno (71). Apreendendo de forma lapidar o espírito do direito anglo-americano, afirma René David que “ver no direito antes a busca da justiça do que um conjunto de regras, é uma maneira de pensar que condiz bem com o método de elaboração do direito prevalente nos países da “*common law*” (72). Entretanto, mesmo um tal sistema não pode prescindir da ordenação garantidora da certeza jurídica. Nos Estados Unidos, o aumento crescente de decisões, em todas as matérias, determinou a fundação do *American Law Institute*, em 1923, tendo por obje-

(70) *Ibid.*, p. 176-80, 192-3. (O grifo é nosso.)

(71) David, José. Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 15: 7, 1970.

(72) “Aux Etats-Unids d’Amérique surtout on ne considère plus que la tâche des juristes soit d’appliquer des règles préparées à l’avance; c’est bien plutôt, enseigne le sociologisme de Roscoe Pound, de découvrir par une manière de “social engineering” ce qui est bon pour la société”. David, op. cit. acima, nota 71, p. 6. Com efeito, já escrevia Beale que “The genius of the common law does not lend itself to codification. The common law itself is too flexible and too subject to change with the changing necessities of the people to be comfortably confined in dogmatic form”. Beale, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York, Baker, Voorhis, 1935, v. T. p. 43.

tivo a organização e exposição do direito à época em vigor. Cumpriu o Instituto sua missão, em vários ramos do direito, respeitando os traços fundamentais da *common law*, sobretudo seu modo de expressão jurisprudencial, visando a ordenar a massa de decisões judiciais, seja quando haviam exprimido a lei, seja quando haviam aplicado a lei estabelecida legislativamente (*statutes*). Estabelecido o objetivo geral de mitigar “a incerteza ou a falta de clareza da lei”, que poderia alterar a forma de expressão e desenvolvimento tradicionais da *common law*, conduzindo à adoção de diplomas legais estabelecidos legislativamente (73), esclarece Beale, o principal elaborador do primeiro *Restatement*, na parte referente ao Direito Internacional Privado, que tal exposição da *common law* “não tem a força de um código, devendo ser encarada como o seria pelos advogados de um estado se proviesse da mais alta corte desse estado. Em outras palavras, ela é presumivelmente a verdadeira expressão da lei” (74).

Tendo sido a matéria referente aos conflitos de leis condensada, sistematizada, através do primeiro *Restatement*, em 1934, sua aplicação produziu, com o tempo, soluções injustas. Na impossibilidade de indicar-se aqui um grande acervo de tais situações, pode-se tomar, a título de exemplo significativo, o caso *Walton v. Arabian Oil Co.* (75) decidido, em grau de apelação, em 1956, visto apresentar importância geral, do ponto de vista das atuais tendências da doutrina norte-americana, e particular, relativamente ao pensamento de Currie, que lhe dedicou acurada análise.

Leo Walton, cidadão americano, residente no Estado de Arkansas, encontrando-se temporariamente na Arábia Saudita, foi seriamente ferido à ocasião em que seu automóvel colidiu com um caminhão de propriedade da *Arabian American Oil Co.*, sociedade incorporada no Estado de Delaware, com permissão de comerciar no Estado de Nova Iorque, mas desenvolvendo, sobretudo, atividades comerciais em larga escala na Arábia Saudita.

(73) *Restatement of the Law of Conflict of Law*. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1934, par. 9.

(74) Beale, op. cit. acima, nota 72, p. 43.

(75) United States Court of Appeals, Second Circuit, 1956, 233 F.2d. 541 apud Von Mehren, Arthur Taylor & Trautmann, Donald Theodore. *The Law of Multistate Problems*. Boston, Little & Brown, 1965. p. 91-4.

Walton ajuizou ação no foro de Nova Iorque contra a **Arabian American Oil Co.**, solicitando indenização por invalidez permanente, que lhe acarretava a perda de salários em sua profissão de piloto de linha.

A norma de Direito Internacional Privado, do Estado de Nova Iorque, apta a reger a espécie, indicava como aplicável a *lex loci delicti*, in casu a norma de direito material estrangeira, da Arábia Saudita. Entretanto, o autor não a invocou durante o julgamento de primeira instância, nem em grau de recurso. Tampouco alegou ou produziu qualquer prova neste sentido a ré. De outro lado, resultava que, segundo a lei material de Nova Iorque, a ré havia sido negligente e, portanto, responsável em relação ao autor. A negligência era manifesta, pois, no momento em que o acidente ocorrera, havia espessa cerração e o caminho de propriedade da ré transitava flagrantemente pelo lado esquerdo da estrada, tendo apenas um de seus faróis iluminados, e encontrando-se o autor normalmente atento. Todavia, o tribunal de primeira instância não acolheu a pretensão do autor, dizendo que não tomaria conhecimento da lei da Arábia Saudita, tendo sido confirmada a decisão em grau de recurso.

A decisão explica-se pela concepção anglo-americana segundo a qual a lei estrangeira é um fato e, como tal, deve ser provada. Como ficou explicitado, a regra de Direito Internacional Privado, existente no Estado de Nova Iorque, concernente aos atos ilícitos extracontratuais, estipula que se lhes aplique a lei material do lugar de sua ocorrência (*lex loci delicti*), no caso a lei da Arábia Saudita.

Apesar da regra geral, segundo a qual a lei estrangeira é considerada como fato, devendo ser provada, as regras processuais civis aplicáveis ao caso, emanadas tanto da União, quanto do Estado de Nova Iorque, permitiam ao Tribunal de Segunda Instância conhecer a lei estrangeira. O Tribunal, aliás, já havia assim procedido em caso precedente, aplicando a lei inglesa, que não havia sido nem invocada, nem provada.

Neste caso, porém, o Tribunal decidiu adotar entendimento diverso, alegando que não lhe seria lícito alargar por demais a interpretação da norma processual civil do Estado de Nova Iorque, de vez

que a compreensão das normas de direito material da Arábia Saudita, atinentes à matéria, não seria fácil. Ademais, justificava sua decisão porque, já na primeira instância, solicitara-se, de modo insistente, que o autor fizesse a prova da lei material estrangeira indicada. A despeito dessa insistência, decidira o autor contar fosse aplicada a lei material do Estado de Nova Iorque para solver o litígio (76). Alegou, ainda, que o caso apresentava princípios tão rudimentares concernentes ao ato ilícito extracontratual que deveria o Tribunal presumir sua existência na lei material da Arábia Saudita. Com isto não concordou o Tribunal, face à existência de um sistema jurídico diferente da *common law*, no qual não seria impossível a inexistência da obrigação do patrão em razão de atos negligentes cometidos por seus empregados. Por isso, entendia necessário que o autor tivesse feito a prova da lei material da Arábia Saudita atinente à matéria. Por tais fundamentos e, estimando que o autor tinha-se deliberadamente absterido de estabelecer um elemento fundamental do litígio, confirmava o julgamento de primeira instância.

Enunciados os aspectos mais importantes do caso, pode-se ter dúvida de falar em denegação de justiça, considerando-se a pertinácia do autor de não subministrar a prova da lei estrangeira, embora tivesse o Tribunal admitido que esta exigência era de certo modo injusta, pois o autor se limitara a passar pela Arábia Saudita, quando ocorrera o acidente, ao passo que a ré, desenvolvendo atividades comerciais em larga escala neste Estado, encontrava-se em condições muito mais favoráveis para obter informações concernentes à sua legislação. Entretanto, o mínimo que se pode dizer é que a decisão é frustrante.

Currie afirma que, neste caso, a lei material do Estado de Nova Iorque (*lex fori*) foi afastada pela mera lógica do sistema: a pretensão de Leo Walton foi rejeitada "porque a regra de Direito Internacional Privado do Estado de Nova Iorque foi lida como uma ordem ao Tribunal de aplicar a lei da Arábia Saudita ou nenhuma outra". Entretanto, os dados do caso deixavam entrever a possibilidade de aplicação da lei material do Estado de Nova Iorque, do Estado de Arkansas ou, ainda, do Estado de Delaware (77). Com efeito, o caso mantinha conta-

(76) "He chose to rely on the applicability of New York 'law'" Von Mehren & Trautman. op. cit. acima nota 75, p. 93.

(77) Currie, op cit. acima nota 60, p. 3-5, 74.



tos, além da Arábia Saudita, com estes três Estados — com o primeiro a título de *lex fori* e também em virtude da permissão concedida à ré de nele realizar atos de comércio; com o segundo, por ser o Estado de origem e residência do autor; e, com o terceiro, por ter sido nele incorporada a ré.

Mas, a observação fundamental do autor, que permite ligar seu pensamento à posição assumida por Cavers, consiste na afirmativa de que aquilo que mais choca, no litígio, é que a lei material da Arábia Saudita “suplantou” (“displaced”) a *lex fori* (material) sem que o tribunal local tivesse podido conhecer as disposições desta última (78).

Expostas as linhas gerais do pensamento de Currie e a análise que fez do caso *Walton v. Arabian Oil Co.*, compreende-se tenha criticado as regras contidas no primeiro *Restatement of the Law of Conflict of Law*, considerando-as insatisfatórias, e tenha afirmado que, se resultados semelhantes ao desse caso, devidos à aplicação mecânica das regras de Direito Internacional Privado (“instances of mechanical application of the rules”) foram evitados, isto deve ser atribuído à sensibilidade dos tribunais (79).

No mesmo sentido situa-se Cavers quando se propõe a examinar a “natureza do problema que, segundo se pensa, um caso de Direito Internacional Privado suscita” (80). Que sucede quando um litígio desta natureza se apresenta? O Tribunal limita-se a procurar o “sistema jurídico cuja lei deverá reger o caso em questão”, segundo a indicação feita pela regra de Direito Internacional Privado aplicável ao caso. Não se procura “uma regra material apropriada” (“an appropriate substantive rule”). O Tribunal aceitará a indicação da regra material sem conhecer seu conteúdo e, mediante tal designação, decidirá a espécie (81). Por isso, é insustentável a aplicação aos casos concretos de regras de Direito Internacional Privado operando automaticamente, através

(78) Currie, op. cit. acima nota 60, p. 48-9. (O grifo é nosso.)

(79) Currie, Brainerd. Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., 1963. p. 179-81.

(80) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 178.

(81) Ibid.

de critérios indicativos da lei aplicável (elementos de conexão) abstratos, pois, deste modo, uma vez feita a indicação do sistema jurídico em que se encontra a regra material aplicável à espécie, “o exame minucioso desta regra pelo Tribunal, salvo para fins de aplicação, é, deste ponto em diante, proibido” (82). Nestas condições, determina-se, por exemplo, o domicílio de uma pessoa, o lugar da situação de um bem ou da conclusão de um contrato, “mas, uma vez que a determinação é realizada, seu efeito sobre a escolha da lei é mecânico” (83). Julga Cavers que tal maneira de proceder é insuficiente, devendo o Tribunal valorizar todas as circunstâncias do caso *sub judice*, bem como os diferentes resultados capazes de serem produzidos pelas diferentes normas materiais pertinentes aos sistemas com que o litígio apresenta vinculações (84). É preciso que a escolha da regra material a ser aplicada ao litígio não fique à mercê da indicação automática feita por um princípio seletivo abstrato, mas que resulte da busca de uma decisão justa. Por isso, devem as normas de Direito Internacional Privado conter variáveis que lhes permitam adaptar-se à complexidade das situações a que se aplicam, cuja natureza não pode ser antecipada (85).

O movimento doutrinal norte-americano contemporâneo é expressivo de uma verdadeira rebelião em relação às regras expostas no primeiro *Restatement of the Law of Conflict of Law*, tendo conduzido o *American Law Institute* a um trabalho de revisão, a fim de conciliar duas tendências em choque — a certeza jurídica, assegurada pelas normas contidas no primeiro *Restatement* e a equidade, defendida pela doutrina, como reação a essas regras, por ela consideradas demasiadamente rígidas, através do *Restatement of the Law Second* (86).

(82) “The court must blind itself to the content of the law to which its rule or principle of selection points and to the result which that law may work in the case before it”. Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 180.

(83) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 188.

(84) “The court is not idly choosing a law; it is determining a controversy. How can it choose wisely without considering how that choice will affect that controversy? Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 189.

(85) Cavers, op. cit. acima nota 69, p. 193-5.

(86) *Restatement of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft*. Philadelphia, Pa., The American Law Institute, 1967.

Dentre os seus objetivos, releva o de evitar a existência de normas muito gerais e de dar preferência à enunciação de um maior número de regras caracterizadas pela flexibilidade, de modo a deixar uma grande margem de elaboração aos tribunais. Em síntese, buscou o **Restatement Second** estabelecer regras precisas apenas nos domínios em que tal política legislativa é possível e desejável, na suposição de que, nos demais, regras amplas e flexíveis devem bastar (87). A matéria atinente à propriedade tipifica o primeiro aspecto pela precisão das regras que se lhe referem, enquanto que aquelas referentes à matéria contratual e aos atos ilícitos ("wrongs") constituem exemplos do segundo, pois, nestes dois setores, o que se pode fazer é estabelecer um princípio geral, como o da aplicação da lei do Estado com o qual o caso guarda mais estreita vinculação "(such as application of the local law of the State of most significant relationship)", que servirá como simples dado orientador, deixando larga margem à ação dos tribunais (88).

Refazendo-se, por esta forma, a trilha histórica do pensamento norte-americano, no tocante ao Direito Internacional Privado, pode-se apreender o verdadeiro significado da doutrina contemporânea neste setor do direito.

O primeiro **Restatement of the Law of Conflict of Law** representou um movimento de autopreservação do modo de expressão caracteristicamente jurisprudencial da **common Law**, no sentido de evitar a desorganização decorrente do casuismo excessivo, pondo em relevo a **função conservadora do direito**.

Mas, a experiência mostrou que essa sistematização legal conduzia, em várias hipóteses, a decisões marcadas pela rigidez. Surgiu, então, o princípio da predominância da **lex fori** como força contrária a tal estado de coisas, culminando com a tendência à equidade, visando a recolocar nas mãos do judiciário o desempenho de sua função eminentemente criadora, reassumindo a jurisprudência, no campo dos conflitos de leis, o papel de fonte formal do direito que sempre lhe coube de

(87) Reese, Willis L. M. *Conflict of Laws and the Restatement Second*. **Law and Contemporary Problems**, 28(4): 681, 1963.

(88) *Restatement Second*, 1967, par. 6. Comment on Subsection (2) "c".

modo incontestado no sistema da **common law**, mas que lhe fora momentaneamente tolhido. Estas tendências opostas, mas complementares, de sistematização e de criação jurisprudencial, expressam-se na obra conciliadora do **Restatement Second**. E, neste passo, entrelaçam-se as **funções conservadora e criadora do direito**, pois, ao mesmo tempo que o sistema jurídico norte-americano retoma seu modo característico de expressão, é também perceptível um movimento em direção ao futuro, visando à obtenção de decisões mais em harmonia com o sentido da justiça.

Finalmente, impõe-se a observação que a importância do movimento doutrinal norte-americano contemporâneo, a revisão crítica da metodologia a ser aplicada à solução dos casos de Direito Internacional Privado, que lhe confere sua maior significação, vai além do sistema da **common law**, devendo constituir-se em tema de relevante interesse mesmo nos Estados de direito codificado, de origem romanista, porque, mesmo nestes, essa disciplina jurídica continua a ser, em larga medida, produto da elaboração jurisprudencial.

#### 4. **Comprovação no plano do Direito Material, através do Direito do Mar**

Se a recíproca interação existente entre direito e história é suscetível de ser demonstrada mesmo no plano das normas indiretas de Direito Internacional Privado, não seria no direito material, regulador imediato dos interesses humanos, que se haveria de encontrar dificuldade de corroborá-la.

Na impossibilidade de pesquisá-la nos vários ramos do direito, o que não comportariam os limites da presente pesquisa, pode-se escolher um setor do Direito Internacional Público, até há poucas décadas constituído por um conjunto de regras de tal forma sedimentadas pela força da tradição, que dir-se-iam imutáveis ou insuscetíveis de reflexão criadora. Trata-se do Direito do Mar (89).

(89) As presentes considerações fundam-se na conferência do Professor René-Jean Dupuis, proferida na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, a 23-3-72, tendo sido seu texto francês por nós fixado e reconstituído, acompanhado de sumário em língua portuguesa, e publicado na *Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, 3(6): 85-96, 1973.

Durante muito tempo pensou-se que o meio marinho havia sido definitivamente tutelado por um conjunto de regras estabelecidas por eméritos juristas e, em particular, por Grotius, permanecendo tal situação até as últimas décadas, quando percebeu-se que o **princípio da liberdade**, estabelecido pelo jurista holandês, não mais podia embasar o regime jurídico dos mares, face à mudança das relações sociais, decorrentes das novas técnicas, incidentes sobre o meio marinho. Os fatores de ordem técnica vieram a permitir a sua utilização sob múltiplas facetas, suscitando problemas de ordem econômica apenas passíveis de solução mediante uma nova regulamentação jurídica.

Constata-se que o direito do mar, nos dias de hoje, mudou sob três pontos de vista em relação aos traços que o distinguiam há apenas cerca de vinte e cinco ou trinta anos.

Em primeiro lugar, o regime jurídico clássico era **unidimensional** — era um direito de superfície, por ser o mar concebido essencialmente como uma via de navegação. Hoje, apresenta-se como **pluridimensional**, face à utilização não apenas de sua superfície, mas de seu fundo, de seu leito e de seu subsolo.

Em segundo lugar, o direito do mar tinha, essencialmente, por objeto o movimento por concernir aos navios. Concebia-se o mar como via de comunicação e todas as suas utilizações supunham o movimento. Todavia, desde a antigüidade, era também considerado um repositório de riquezas, que se imaginava apenas constituído pelas reservas vivas, capazes de utilização através da pesca. Hoje, porém, mercê do desenvolvimento tecnológico, alargou-se tal concepção, tendo-se em vista também as riquezas minerais — estanho, cobre, alumínio, magnésio, petróleo, determinando que um novo tipo de **utilização fixa** do mar assumira relevo.

Compreende-se, assim, a premência e a importância da pergunta formulada a 1.º-11-67, pela vez primeira, nas Nações Unidas: “a quem pertence o fundo do mar?”. Desde então essa indagação, feita pelo embaixador de Malta — A. Pardo, tem sido renovada, e sua solução é objeto de constantes cogitações do Comitê do Mar das Nações Unidas. A relevância da questão explica-se em virtude da evolução verificada

nas relações do homem com o mar. Não deixou este de ser visto como **jus communicationis** — é, mais do que nunca, uma via de comunicação, permitindo a aproximação entre os homens e a integração de um mundo em crescente interdependência, facilitando o transporte e a troca de bens necessários à satisfação de múltiplas necessidades humanas. Mas é inegável que o avanço da tecnologia veio pôr ao alcance do homem o aproveitamento mais cabal de suas riquezas vivas, em função do desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de pesca, bem como dos recursos minerais contidos em seu subsolo. Tanto no que tange às primeiras, como aos últimos, o **princípio da liberdade do mar** mostra-se insuficiente. É necessário que a liberdade, neste setor, como alhures, seja disciplinada pelo direito, para que não seja desvirtuada, deixando de perseguir os fins concernentes ao interesse geral, voltando-se para interesses particulares, por deterem estes maior força capaz de lhes assegurar o exercício da liberdade em seu exclusivo benefício <sup>(90)</sup>.

Efetivamente, em um mundo cuja população deverá dobrar até o ano dois mil e que deverá fazer face ao problema da alimentação de tal contingente populacional <sup>(91)</sup>, é impossível que se permita que a

(90) “Dès lors, puisqu'on ne peut pas partager la mer, elle est à tout le monde. Mais, en réalité, elle n'a jamais été à tout le monde. Elle a toujours été aux plus puissants... C'était donc la liberté pour les grandes puissances maritimes d'y faire ce qu'elles voulaient. Voilà pourquoi je dis qu'à l'heure actuelle, Grotius est mort parce que la liberté des mers est morte aussi et que c'était lui qui en avait proclamé le principe dans une consultation (et non pas dans un poème), qu'il avait donné à la Compagnie des Indes Néerlandaises, afin de rassurer les scrupules des actionnaires de cette vertueuse société.” Dupuis, op. cit. acima nota 89, p. 89.

(91) “Sabemos hoje que a população do mundo dobra de trinta e cinco em trinta e cinco anos (cada 28 anos na África; 24 na América Latina). No ritmo presente, seremos 4 bilhões, em 1975, e 8 bilhões, no ano 2010. A Terra, sob a mais justa distribuição de recursos concebível, não poderá alimentar tanta gente. Essa a conclusão de Paul e Anne Erlich, dois ecologistas de reputação impecável, cuja obra, **Population, Resources, Environment** (População, Recursos, Ambiente), foi publicada este mês nos EUA e analisada pelo economista Robert L. Heilbroner. (O Futuro como História, Elementos de Macroeconomia, A Luta pelo desenvolvimento, Elementos de Microeconomia, Grandes Economistas, Zahar Editores, Rio) no New York Review of Books (23 de abril de 1970).” Os cálculos apresentados no relatório têm escala global, pon-do a claro a dramática situação a que terá que fazer face a humanidade em futuro próximo, acrescendo a importância do encontro de um regime jurídico capaz de pro-

pesca desordenada venha dilapidar os recursos vivos de determinadas regiões, tendo em vista objetivos imediatistas, com prejuízo para tais zonas, a curto prazo, mas com manifesto inconveniente para a humanidade em geral em perspectiva temporal já próxima. É, portanto, indispensável que o direito tutele de modo racional a exploração da fauna marinha.

Quanto às riquezas minerais suscetíveis de serem extraídas do fundo do mar, o princípio da liberdade também não pode ser entendido como potencialmente exercitável apenas pelos Estados tecnicamente mais avançados ou economicamente mais desenvolvidos, pois isto importaria em denegá-lo em benefício puro e simples dos mais poderosos. Neste contexto, a convenção de Genebra de 1958<sup>(92)</sup>, referente à plataforma continental que define os direitos dos Estados costeiros sobre tal zona, mostra-se insuficiente e superada pela força dos fatos. Não mais se trata da plataforma continental, mas do fundo do mar além dos limites sobre que se estende a jurisdição dos Estados ribeirinhos<sup>(93)</sup>

---

toger os recursos vivos existentes no mar, eis que existem remédios aplicáveis a tal situação, "mas de custo proibitivo. O mais famoso é a chamada Revolução Verde, o desenvolvimento de um certo tipo de semente capaz de aumentar a presente produção por acre de terra em 300%. ... Acontece, porém, que essas sementes requerem maciços investimentos em fertilizantes e irrigação. Se a Índia sozinha usasse fertilizantes ao nível per capita da Holanda, por exemplo, consumiria metade dos fertilizantes em existência no mundo. ... A irrigação, a outra componente da "revolução", apresenta dificuldades ainda maiores. E. A. Mason, do Laboratório de Oak Ridge, preparou uma estimativa de custo. Seriam criados "complexos agropecuários", movidos a energia nuclear. Vinte e três fábricas teriam de tornar-se operacionais anualmente, cada qual servindo três milhões de pessoas, dentro dos índices de crescimento populacional. A construção dessas fábricas tomaria cinco anos. Para cobrir a demanda presente, o mundo começaria a montar 125 unidades. Se não surgissem problemas insuspeitados e a tecnologia no papel, passasse à prática, isso custaria 135 bilhões de dólares." Francis, Paulo. *Certezas da dúvida*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1970. p. 173.

(92) Convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental. In Quéneudec, Jean-Pierre. *Droit maritime international (recueil de textes)*. Paris, A. Pedone, 1971. p. 25-9.

(93) "C'est donc tout le problème du fond des mers qui a été ainsi posé comme celui d'une assise sur laquelle les états sont susceptibles d'acquérir des droits souverains." Dupuis, op. cit. acima nota 89, p. 91-2.

Como conseqüência de tal estado de coisas, vemos emergir, como terceiro traço tipificador do regime jurídico do mar, nos nossos dias, a noção de soberania, a que o direito não reservava grande espaço, porque o fator técnico ainda não propiciara a apropriação das riquezas marítimas. Até há pouco tempo julgava-se suficiente uma estreita faixa de mar territorial, fixada em três milhas marítimas, tendo em vista assegurar o monopólio da pesca aos Estados costeiros sobre essa zona, também destinada à proteção dos respectivos territórios. Tudo o mais constituía o alto mar, regido pela lei do pavilhão desfraldado por cada navio. Mas, desde o momento em que o mar passou a ser objeto de utilização fixa, a noção de soberania recuperou uma importância considerável, desencadeando a conhecida problemática de alargamento do mar territorial — a questão das duzentas milhas, que veio a tornar obsoleta a distinção entre mar territorial e alto mar.

Há, portanto, uma renovação no regime jurídico do mar, determinada pela mudança das relações sociais e orientada por dois grandes imperativos — a paz e o desenvolvimento harmônico de todos os povos. Assume, por esta forma, o direito sua função transformadora, visando a atender a novas necessidades humanas.

#### BIBLIOGRAFIA

ARISTOTE, *Politique*. Paris, "Les Belles Lettres", 1960.

AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Recherches sur la justification de l'application du droit étranger chez les Anglo-américains et leurs antécédents Hollandais*. Louvain, Centre de Droit International, 1971.

BATIFFOL, Henri. *Droit International privé*. 4. éd. Paris, Lib. Générale de droit et jurisprudence, 1967. p.

BEALE, Joseph H. *A Treatise on the Conflict of Laws*. New York, Baker, Voorhis, 1935. v. 1.

BODENHEIMER, Edgar. *Ciência do direito; filosofia e metodologia jurídicas*. Jurisprudence; The Philosophy and Method of the Law. Rio de Janeiro, Forense, 1966.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo e a evolução do direito*. The Nature of the Judicial Process and the Growth of the Law. Trad. de Lêda Boechat Rodrigues. São Paulo, ed. Nacional de Direito, 1956.

- CAVERS, David F. A Critique of the Choice-of-Law Problem. *Harvard Law Review*, 47, 1933.
- COING, H. Savigny et Collingwood ou: histoire et interprétation du droit. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1959.
- CURRIE, Brainerd. "On the Displacement of the Law of the Forum". In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duke University press, 1963.
- Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Laws. In: *Selected Essays on the Conflict of Laws*. Durham, N. C., Duk University press, 1963.
- DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. Paris, Dalloz, 1964.
- Les caractères originaux de la pensée juridique anglaise et américaine. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 15: 7, 1970.
- DAVIES, D. J. Llewelyn. The Influence of Huber's de Conflictu Legum on English Private International Law. *British Year Book of International Law*, 1937.
- DUPUIS, René-Jean. Évolution du droit de la mer. *Revista da Escola de Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos*, São Leopoldo, 3 (6): 85-96, 1973.
- EHRENZWEIG, Albert. *A Treatise on the Conflict of Laws*. S. Paul Minn., West Publishing, 1962.
- FRANCIS, Paulo. *Certezas da dúvida*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1970.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. *Perspectiva histórica da filosofia do direito* Die Philosophie des Rechts in historischer Perspektive. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1965.
- GAUDEMET, Jean. Études juridiques et culture historique. *Archives de Philosophie du Droit*, Paris, 1959.
- GROTIUS. "Prolégomènes sur les trois livres du droit de la guerre et de la paix". In: — *Le droit de la guerre et de la paix*. Paris, Guillaumin, 1867.
- GUTZWILLER, Max. Le développement historique du droit international privé. *Recueil des Cours*, La Haye, 4, 1929.
- HOEBEL, E. Adamson. "A natureza da cultura". In: SHAPIRO, Harry L., ed. *Homem cultura e sociedade*. 2. ed. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1972. Original inglês.
- HOLMES, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston, Little, Brown, c 1963.
- LAINÉ, Armand. *Introduction au droit international privé contenant une étude historique et critique de la théorie des statuts et...* Paris, F. Pichon, v. 1 1888, v. 2 1892.

- LEMMERTZ, José. *Psicanálise e psicoterapia*. Porto Alegre, 1966.
- LIMA, Hermes. *Introdução à ciência do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958.
- MAINE, Henry Sumner. *L'ancien droit* Trad. sur la 4e. éd. anglaise. Paris, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874.
- MALINOWSKI, Bronislaw. *Uma teoria científica da cultura* A Scientific Theory of Culture and other Essays. 2. ed. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970.
- MATA-MACHADO, Edgar de Godoi da. *Elementos de teoria geral do Direito*. Belo Horizonte, ed. Vega, 1972.
- NUSSBAUM, Arthur. *Principles of Private International Law*. New York, Oxford University press, 1943.
- PLATON, La république. In: *Oeuvres complètes*. Paris, Gallimard, c 1950.
- PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro, ed. Borsoi, 1954, v. 1.
- QUENEUDEC, Jean-Pierre. *Droit maritime intertional* (recueil de textes). Paris, A. Pedone, 1971.
- REESE, Willis L. M. *Conflict of Laws and the Restatement Second*. *Law and Contemporary Problems*, 28, 1963.
- RESTATEMENT of the Law of Conflict of Law. St. Paul, Minn., American Law Institute, 1934.
- RESTATEMENT of the Law Second. Conflict of Laws. Proposed Official Draft. Philadelphia, Pa., American Law Institute, 1967.
- RIGAUX, François. *Droit international privé*. Bruxelles, Ferdinand Larquier, 1968.
- RIPERT, Georges. "Evolution et progrès du droit". In: BALLADORE PALLIERI, G. et alii. *La crisi del diritto*. Padova, Cedam, 1953.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro, Zahar ed., 1970.
- SACK, Alexander N. *Conflicts of Laws in the History of the English Law*. In: *Law a Century of Progress 1835-1935*, 1937, v. 3.
- SAVIGNY, F. de. *De la vocacion de nuestro siglo para la legislacion y la ciencia del derecho*. Trad. de Adolfo G. Posada. Buenos Aires, ed. Atalaya, 1946. Original alemão.
- VON JHERING, R. *L'esprit du droit romain...* Trad. de O. de Meulenaere. 3. ed. rev. cor. Paris, Lib. A. Mareseq. 1886, v. 1.
- VON MEHREN, Arthur Taylor & TRAUTMAN, Donald Theodore. *The Law of Multistate Problems*. Boston, Little, Brown, 1965.