

LUIZ VIANA FILHO

**DIREITOS DOS ESTRANGEIROS
NO BRASIL**

HISTORICO
E
SITUAÇÃO PRESENTE



BAHIA — 1938

LUIZ VIANA FILHO

Direitos dos Estrangeiros no Brasil:
historico e situação presente.⁴

(Ponto XIV do programa de
Direito Privado Internacional da
Faculdade de Direito da Bahia.)

**Tese para concurso de professor
cátedrático da cadeira de Direito
Privado Internacional.**

BAHIA — 1938

A' memoria de

Luiz Viana

Adriano Gordilho

Frederico Pontes

é dedicado este trabalho

CAPITULO I

O direito dos estrangeiros e o direito Internacional Privado—O direito Brasileiro.

Entre os pontos do Direito Internacional Privado sobre os quais jamais se harmonizaram os doutrinadores está o do seu objeto, que uns vêm mais lato e outros mais restrito, conforme a especulação de raciocínio a que dão preferencia. Refirimo-nos ao fato porque um dos pontos da discordia é justamente a questão da condição jurídica dos estrangeiros, que se discute se é ou não parte do objeto do Direito Internacional Privado.

Tres correntes dominam hoje a materia. A primeira, limitada ás finalidades primitivas desse direito, restringe o seu campo á questão de solucionar os conflitos entre leis de Estados diferentes. Nem por isso, no entanto, desconhece a questão da condição jurídica dos estrangeiros, que estuda juntamente com o Direito Internacional Privado, mas como um simples presuposto desse direito e não como parte integrante dele, e seu objeto immediato. Defendem-na nomes da maior autoridade. Assim Westlake, Wheaton,

Fiori, Armijon e Schaffner, dentre os autores estrangeiros. Entre os nacionais estão Pimenta Bueno, Aroldo Valadão e Espinola, que explica o seu ponto de vista declarando que «havendo uniformidade legislativa nos varios Estados, desapareceria a razão de ser do direito internacional privado, pouco importando que algum deles não reconhecesse aos estrangeiros os direitos assegurados aos nacionais». (1) O que não aconteceria, acrescenta o mesmo autor, se se verificasse o fato de ser universalmente admitido o estrangeiro ao gozo e exercicio dos mesmos direitos dos nacionais.

A segunda corrente assinála perfeitamente a modificação e o desenvolvimento do direito internacional privado, que, acompanhando a propria evolução das relações internacionais, alargou o seu campo de ação, cuidando especialmente da condição jurídica dos estrangeiros, que passou a preocupar de tal modo alguns internacionalistas, como Pillet e Niboyet, na França, Zittelman, na Alemanha, e Rodrigo Otavio, no Brasil, que muitos viram nesse áspeto do direito internacional privado o seu objetivo unico. No Brasil esta opinião foi sustentada por Gomes de Castro, que chegou mesmo a definir o direito internacional privado como o conjunto de regras e principios que definem e regulam a situação jurídica dos estrangeiros. (2)

(1) — Eduardo Espinola—Direito Internacional Privado p. 22.

(2) — Gomes de Castro Direito Internacional Privado, p. 23.

A ultima corrente, dando ao direito internacional privado um objetivo triplice, ainda mais ampliou o seu raio de ação. O seu iniciador foi Jitta (3), seguindo-se logo Pillet, que sistematizou a materia, apontando para o direito internacional privado tres ordens de questões. O direito internacional privado, diz Pillet, nos apresenta tres questões diferentes: questão da condição dos estrangeiros, questão de conflito entre as leis de países diferentes, questão da influencia que devem exercer os direitos adquiridos nas relações internacionais de ordem privada. (4) No Brasil essa opinião foi esposada por Clovis Bevilacqua, que assim resume o triplice objetivo do direito internacional privado: a) A condição juridica dos estrangeiros; b) O conflito das leis; c) O exercicio em um país de direitos legitimamente adquiridos em outro. (5) Em Portugal fez-se seu paladino o internacionalista Machado Vilela, que considera os tres problemas seguintes como o objeto do direito internacional privado; a) O problema dos direitos estrangeiros; b) O problema dos conflitos de leis; c) O problema do valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiros. (6)

(3) — Cf. Ilmar Penna Marinho — Direito Comparado, Direito Internacional Privado, Direito Uniforme, p. 216.

(4) — A. Pillet — Droit International Privé, vol. I, p. 99.

(5) — Clovis Bevilacqua — Principios Elementares de Direito Internacional Privado, p. 92.

(6) — Machado Vilela — Direito Internacional Privado, Vol. I, p. 7.

A essas tres correntes de opinião poderíamos acrescentar ainda uma outra representada por Niboyet, que, considerando o direito internacional privado como o ramo do direito publico, incluye entre os seus objetos a fixação da nacionalidade dos individuos. (7)

Convem agora examinarmos os motivos em que se baseam aqueles que discordam do objetivo triplice do direito internacional privado e que tem a nossa preferencia.

Surville, por exemplo, combatendo a inclusão dos direitos dos estrangeiros entre os objetivos do direito internacional privado, declara nascer o conflito das leis em virtude da variedade das legislações, e que, portanto, mesmo que houvesse uma assimilação completa entre nacionais e estrangeiros para o gozo dos direitos privados, isso não impediria serem diversas as legislações e por isso mesmo de existir o direito internacional privado. (8) Defendendo o mesmo ponto de vista, mas invertendo o raciocinio, Eduardo Espinola pensa que «havendo uniformidade legislativa nos varios Estados, desapareceria a razão de ser do direito internacional privado». A essas duas opiniões, que discutiremos adeante, soma-se a de Arminjon. Talvez impressionado pela dificuldade em

(7)— J. P. Niboyet — Manuel de Droit International Privé, 2.^a ed., p. 1.

(8)— F. Surville — Cours Elementaire de Droit International Privé, p. 192.

separar do direito internacional a questão da condição do estrangeiro, o professor da Universidade do Cairo assim resume a questão:

«Seu objeto (do direito internacional privado) se limitava a resolver o conflito das leis ou das competencias estrangeiras e a determinar o efeito dos julgamentos, das decisões, dos atos administrativos ocorridos dentro de outro sistema juridico. Anexou-se-lhe as disposições de cada legislação relativas á aquisição, á perda e á mudança de nacionalidade, assim como a condição dos estrangeiros, materias ás quais só é applicavel a lei do sistema juridico dentro do qual devem ser resolvidas. A verdadeira razão dessa intromissão está nas necessidades do ensino». (9)

Não nos parecem razoaveis as conclusões dos illustres internacionalistas. Sobretudo Surville e Espinola assentam o raciocinio na propria conclusão, que, se confundindo com a premissa, os leva a um verdadeiro circulo vicioso. Assim é que Espinola afirma desaparecer a razão de ser do direito internacional privado desde que houvesse uniformidade entre as varias legislações, mesmo que algumas delas negassem aos estrangeiros determinados direitos. E chega a

(9) — P. Arminjon, *Precis de Droit International Privé*, vol. I, p. 30.

essa conclusão justamente porque se assim fosse não haveria mais conflitos de leis, pois todas seriam iguais. Ora, isso sómente seria verdadeiro se o objeto do direito internacional privado se limitasse ao problema do conflito de leis. Para nós, porém, que sustentamos um triplice objeto para o direito internacional privado o argumento será improcedente, pois embora desaparecido um dos objetivos do direito internacional privado ele ainda continuaria a existir em função dos seus dois outros objetos. Do mesmo modo Surville, que também parte da mesma premissa de Espinola. Diz ele que se houvesse a assimilação completa entre nacionais e estrangeiros nem por isso deixaria o direito internacional privado, pois a diversidade das legislações reclamaria as suas soluções. Vê-se que o prof. da Universidade de Poitiers incide no mesmo engano de Espinola, e que consiste em iniciar o raciocínio antecipando os limites do direito internacional privado afim de excluir desse ramo do direito tudo quanto estiver fóra desses limites marcados a priori.

Em parte, porém, ambos têm razão. E' que respeitada a classica divisão do direito em publico e privado, o objeto do direito internacional privado não está sujeito a qualquer demonstração, pois é puramente convencional. Sem cometerem nenhum erro, ambos poderiam considerar o conflito das leis como o objeto unico do direito internacional privado. O que não lhes seria dado, no entanto, era sujeitarem essa afirmativa á prova de uma demonstração. A razão unica que se poderia invocar em favor da uni-

dade do objeto desse ramo do direito seria de ordem historica, pois, incontestavelmente, até os meados do seculo XIX os jurisconsultos limitavam ao conflito das leis o objetivo do direito internacional privado. Isso, porém não impediu que graças ao grande desenvolvimento da materia dos fins do seculos passados até hoje se ampliasse grandemente o seu raio de ação, e de tal modo que novas questões viessem a incidir dentro dos seus limites. E é justamente o que acontece com a materia de que tratamos. Talvez mesmo por motivos de ordem didatica, como aponta Arminjon, a questão da condição juridica dos estrangeiros, primeiro, e depois a do valor dos direitos adquiridos ou declarados por sentença em país estrangeiro, identificaram-se de tal modo com o direito internacional privado que foi impossivel deixar de as incluir nos seus programas. As tres questões associaram-se tão solidamente, que ficaram compreendidas dentro do mesmo direito. Não ficaram, entretanto, aí os motivos que trouxeram para o direito internacional privado essas duas novas ordens de questões. E que acima dessas razões de ordem pedagogica destacadas por Arminjon atuaram fortes motivos de ordem ideologica. Como um direito ainda em formação, em pleno desenvolvimento, o direito internacional privado colocou os seus objetivos num plano mais alto do que aquele em que haviam surgido as suas primeiras normas. Não se satisfez em ser uma simples guilhotina de conflitos, para usar da frase de Jitta. Buscou motivos mais largos, ainda mais uteis á vida da sociedade internacional dos individuos. Animou-o então o idéal de ser

o defensor da personalidade jurídica dos estrangeiros. Daí incorporar-se ao seu objeto a questão da condição jurídica dos estrangeiros e o problema dos direitos adquiridos em outro Estado. E de tal vulto foram as suas conquistas relativamente á condição jurídica dos estrangeiros que já nenhum Estado poderia pretender hoje negar aos estrangeiros um mínimo de direitos capazes de assegurarem a preservação da sua personalidade. E se o fizesse, se ao estrangeiro fosse recusada a capacidade do gozo e do exercício de qualquer direito, nesse momento desapareceria o direito internacional privado se o seu objeto fosse exclusivamente a solução dos conflitos de leis, pois estes teriam desaparecido. Não devemos, porém, argumentar, na materia, por absurdo. O que o estado atual do direito nos revela é que seria impossível a qualquer Estado negar ao estrangeiro um mínimo de direitos atribuídos á personalidade humana. E são esses direitos que o direito internacional privado procura alargar quanto possível, reduzindo a um mínimo impossível de evitar, por enquanto, as diferenças existentes entre nacionais e estrangeiros. Esse escopo do direito internacional privado, mais do que qualquer artifício de raciocínio, é que lhe marca os limites, o objeto. Foi esse idéal que fez com que a ele se incorporassem novas questões, ampliando os seus objetivos. O direito que até certa época se limitava a resolver os conflitos de leis chamou a si, dando-lhes maior vigor, questões entregues a outros ramos do direito e que com ele de tal modo se identificaram, que hoje seria impossível dissociá-las. O

fenomeno, aliás, não é inédito, pois no campo do direito são frequentes essas translações de materias pertencentes a determinado ramo do direito para outra divisão do direito. Materias até ha pouco incorporadas ao direito civil já hoje estão compreendidas no direito constitucional, onde até normas de conflitos de leis se vão encontrar.

Mas, para opôr aos motivos de ordem historica que restringem o campo do direito internacional privado, temos o fáto geral, constante, invariavel, de se encontrar atualmente em todos os tratados e programas dessa disciplina a questão da condição do estrangeiro e a do valor dos direitos adquiridos em país estrangeiro. Disso não fogem sequer aqueles que combatem o objeto tríplice do direito internacional privado, e que se vêm obrigados a tratar nos seus compendios dessas duas questões, que lhes é impossível desconhecer no estudo do assunto que vemos.

E' que o objeto do direito internacional privado não póde ficar limitado por motivos de ordem historica. O seu objeto está, sim, nas suas finalidades. E estas sómente poderão ser fixadas pela pratica, pelo uso, pelo pensamento da maioria. O objeto de qualquer direito, ou melhor de qualquer divisão do direito, não repousa em razões de ordem filosofica, mas apenas em motivos de ordem convencional traçados pelo idéal que anima as suas conquistas, a sua evolução. E é dentro desse criterio que não vemos como negar ao direito internacional privado o

triplice objetivo acima apontado. Não fosse assim e os trabalhos dedicados ao seu estudo, os programas da sua disciplina, e as próprias convenções internacionais feitas em seu nome tratariam de matéria bem mais restrita do que aquele de que realmente cogitam. Em nenhuma dessas manifestações do direito internacional privado, porém, deixaremos de encontrar normas referentes ás tres ordens de questões a que acima nos referimos. Pensar de modo contrario seria substituir a realidade pela ficção, ou represar uma torrente que cada vez mais se avoluma e que já se vai tornando irreprimivel.

Aliás, apesar de podermos concordar em que o objeto primitivo do direito internacional houvesse sido a solução dos conflitos de leis, devemos assinalar, que só foi possível o direito internacional privado onde se reconheceu a condição jurídica do estrangeiro. Sómente onde se fez alguma concessão ao estrangeiro, reconhecendo-o como capaz do gozo e do exercicio de determinados direitos é que foi possível a existencia de conflitos de leis. Isso, no entanto, sem que inicialmente existisse o direito internacional privado, que só aparece no seculo XIV, apesar da opinião tão divulgada de já ser reconhecido dos romanos, e contestada por Pillet com apoio em Meili e Wachter. (10)

Foram as necessidades commerciaes, mais tarde apoiadas pela doutrina de confraternisação da Igre-

(10)—Pillet, Droit International Privé, vol. I, p. 22.

ja, (11) e ainda posteriormente pelas idéas da Revolução (12) que obrigaram a concessão de determinados direitos aos estrangeiros, até certa época quasi que inteiramente excluídos da comunhão jurídica. Esses direitos, porém, até o seculo XIV, não cogitavam de nenhuma norma de conflito, limitando a atribuirem ao estrangeiro capacidade para o exercicio de direitos, que lhe eram então recusados. Atribuída, entretanto, essa capacidade ao estrangeiro não tardou em surgir a pergunta sobre qual o sistema juridico a que deveriam ficar submetidos os atos praticados pelo estrangeiro. Nasceu aí o direito internacional privado. Se o objecto era solucionar os conflitos de leis, nem por isso é possível sepára-lo da condição jurídica do estrangeiro, da qual depende inteiramente. Desse modo a tal ponto identificaram-se as duas questões—conflito de leis e condições jurídica do estrangeiro—que para mais facilmente alcançar as suas finalidades teve o direito internacional privado de incluir entre os seus objetos o problema da condição jurídica do estrangeiro, a que se liga indissolavelmente a sua eficiencia e o seu progresso.

No Brasil, que só no seculo XVI se incorporou ao mundo civilizado, foram desconhecidos os rigôres primitivos em relação ao estrangeiro. Nem por isso, porém, deixaram os direitos destes de sofrer modifi-

(11) -- Fiori. *Le Droit International Privé*, vol. I, p. 18.

(12) — Weiss, *Droit International Privé*, p. 247.

cações com o correr do tempo, e cuja evolução, até hoje, estudaremos no presente trabalho, procurando fixar as idéas dominantes no nosso direito, não só no passado como na actualidade.

De acôrdo com a própria tradição do direito português, que não conheceu os rigores das legislações medievais em relação ao estrangeiro, a formação jurídica brasileira foi feita toda ela no sentido de reconhecer ao alienígena, no campo do direito privado, a sua equiparação ao nacional, salvo raras exceções. Póde-se dizer que apesar da desconfiança com que foi olhado o estrangeiro nos tempos coloniais sempre se lhe reconheceu como capaz de ter direitos e de exerce-los. Sobre o assunto tivemos oportunidade de encontrar na coleção de Ordens Regias do Arquivo Publico da Baía um curioso documento. Trata-se de uma Carta Régia de 25 de outubro de 1721 em que se manda que seja executada na Baía a setença que fôra pronunciada contra Joseph Torres, residente na Baía, a pedido de D. Gerardo Zevecotti, procurador de D. Paulo Methuin, ex-Embaixador da Inglaterra em Portugal, e em cujo favor passára aquele uma letra de 22.000 cruzados contra pessoa desconhecida, sobre Barcelona. (13)

Notou, pórem, e com razão, Rodrigo Octavio, que a legislação propriamente brasileira se inicia na Carta da Abertura dos Portos, em 28 de janeiro de

(13) — Arq. Pub. da Baía. Col. de Ordens Regias.

1808. É a primeira lei feita no Brasil para o Brasil. (14)

Dai por diante cada vez mais se acentúa essa tendência liberal do nosso direito em face do estrangeiro. Isso até o primeiro quartel do século XX quando novas necessidades e as próprias modificações jurídicas de após guerra desviam sensivelmente essa antiga róta do direito nacional, que toma uma atitude de desconfiança e de defesa perante o estrangeiro, sujeitando-o a varias restrições. Até esse momento, porém, a evolução brasileira se faz no sentido da equiparação do estrangeiro ao nacional.

Nesse rumo está a Resolução de 5 de dezembro de 1812 anexa á Portaria de 16 de agosto de 1823 e referida no Aviso de 3 de dezembro de 1831, determinando que os estrangeiros se deviam conformar com as leis do país segundo as normas de direito publico adotadas por todas as nações. (15)

Mais tarde, proclamada a Independência, a Constituição de 1824 viria a esposar os mesmos principios, não estabelecendo qualquer distinção entre os naturais do país e os alienígenas. Nem sempre, porém, o silencio da Constituição foi interpretado pelas autoridades subalternas dentro do mesmo ponto de vista benéfico aos estrangeiros. Essas divergências, embora aparentemente sem importância, dinamizaram o

(14) — Rodrigo Octavio. *Le Droit International Privé dans la Legislation Bresilienne*. p. 86.

(15) Rodrigo Octavio. *Direito do Estrangeiro*. Pg. 133.

direito do estrangeiro dando lugar a varios atos interpretativos, que vieram por fim a dar o sentido exato do silêncio constitucional. Ora restringindo, ora explicando o direito dos estrangeiros, êsses atos e leis posteriores á Constituição traçaram os limites da ação dos que buscavam as terras do Brasil. Assim é que dentre as restrições feitas aos direitos dos estrangeiros pôde Rodrigo Octavio (16) notar as seguintes :

- a) não poderem ser diretores de collegios, sem licença do Governo.
- b) não poder em requerer «habeas-corpus» mesmo, em seu proprio favor. Tal restrição, que havia sido firmada pela jurisprudência, foi revogada lei 2.033 de 20 de setembro de 1871. (Reforma Judiciaria).
- c) Não poderemos ser tutores.
- d) Não poder em ter parte ou interesse em embarcação brasileira, ás quais estava reservado o privilégio da navegação de cabotagem.
- e) Não poderem entrar ou permanecer no Brasil sem passaporte, sendo que de 1842 a 1855 era necessário o título de residência e o visto das autoridades competentes para viajarem pelo interior do país.
- f) Não podiam obter concessões relativas á mineração, o que foi revogado pela lei 1507 de 26 de setembro de 1867.

(16) — Idem. Pg. 135 e segts.

A essas restrições ainda se acrescentaram mais tarde as proibições de exercerem as funções de corretores e leiloeiros.

De referência, porém, à sua posição perante a justiça do país, a situação dos estrangeiros ficou plenamente esclarecida após o Aviso de 14 de setembro de 1833, firmado por Aureliano Coutinho, e no qual se declarou que podiam citar e ser citados, cabendo ao Brasil, nos termos das normas gerais do Direito Internacional, administrar justiça a quantos a solicitassem.

Apesar disso fomos obrigados a suportar a Conservatória Inglesa até 1844, máu grado ter o Código Criminal entrado em vigor desde 1832. Instituição existente em Portugal a partir de 1450 tivemos de tolera-la até o meado do século XIX. Diz Pereira Pinto ter sido a sua adoção, no Brasil, motivada por deferência do Conde de Linhares para com Lord Strangford. (17) Consistia na existência de um Juízo Privativo para as causas em que fôsem parte súditos britânicos, odiosa exceção também pretendida pela França, mas energicamente repelida por Feijó, que, em termos peremptórios respondeu à nota enviada pelo Ministro Edouard Pontois. (18)

As questões relativas aos direitos dos estrangeiros, entretanto precisavam ser melhor cuidados

(17) — Pereira Pinto. Apontamentos para o Direito Internacional. Vol. 11.

(18) — Rodrigo Octavio - obj. cit. Pg. 26

pelo nosso direito positivo. Para suprir as deficiências existentes foram firmados pelo Brasil vários acórdos internacionais e convenções consulares de grande importância para época. Não impediram porém, que, mesmo em torno da própria interpretação das novas normas adotadas pelo país, surgissem divergências, sobretudo com os representantes das nações estrangeiras e que pretenderam dar ás estipulações firmadas uma amplitude que de nenhum modo se poderia justificar. Denunciados os primeiros acórdos internacionais, outros fôram entabulados e concluídos, como veremos oportunamente.

Das questões referentes aos direitos dos estrangeiros aquelas que maior importância tiveram foram as relativas á entrada, residência e expulsão; capacidade; arrecadação de herança e sucessão; casamento; nacionalidade e condição da mulher brasileira casada com estrangeiro; condição jurídica dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil. Assuntos estes que estudaremos separadamente para a melhor sistematização da matéria e melhor compreensão do desenvolvimento do nosso direito.

CAPITULO II

**As principais questões no direito brasileiro:—
Entrada, residencia e expulsão de estrangeiros.—Os consules e a arrecadação da herança dos estrangeiros.—O Estado e a herança vaga.—Casamento de estrangeiros.— Nacionalidade da mulher casada.— Os filhos de estrangeiros nascidos no Brasil.—**

No campo dos direitos dos estrangeiros no Brasil poucos aspéto terã apaixonado tanto o sentimento liberal e formalístico dos nossos juristas quanto êsse do direito de entrada e permanência dos estrangeiros no país, embora desde os primeiros anos da nossa Independencia politica o pensamento do Governo, sempre uniforme, jamais admitisse a igualdade concedida aos estrangeiros como uma restrição á soberania nacional no que se refere á regulamentação da entrada e permanência no territorio nacional dos não nacionais.

Apesar de não ser a materia regulada por qualquer norma de direito positivo, quer interno quer internacional, era assunto pacifico, durante, a vigência

da Constituição Imperial, que á nação estava reservado o direito tanto de regulamentar a entrada como de decretar a expulsão daqueles que julgasse nocivos á vida nacional. Adotávamos no particular os principios geralmente aceitos por todas as nações cultas e tambem sustentados pela doutrina dos internacionalistas de maior autoridade, que, embora pensando não ter nenhuma nação o direito de se fechar systematicamente á colaboração estrangeira, reconhecem a legitimidade e até a necessidade em que estão os Estados de se defenderem contra a permanência de elementos indesejaveis dentro do seu territorio. (7)

Nêsse sentido se firmou a doutrina brasileira, que pelas suas figuras mais representativas aceitou e consagrou os mesmos principios defendidos pelos tratadistas estrangeiros. Assim o classico Ribas, que escrevia:

«Segundo os principios do direito das gentes nenhuma nação póde ser compelida a receber estrangeiros no seu territorio, e só recebe quando julga que a sua admissão nenhum inconveniente lhe póde causar.» E acrescentava, quanto á expulsão: «Esta faculdade de obrigar o estrangeiro, julgado perigoso, a ausentar-se do territorio nacional independentemente de processo e indenisação judicial, é o que se chama direito da deportação». (19)

(19) — Antonio Joaquim Ribas. Direito Administrativo Brasileiro, 1866. p. 308.

Tambem no mesmo sentido se manifestava Pimenta Bueno, futuro Marquês de S. Vicente, e que dizia no seu «Direito Internacional Privado» — o primeiro trabalho brasileiro acerca da materia — : (20)

«O estrangeiro, como temos visto, não tem entrada no territorio por direito proprio, sim por concessão do Governo deste e sob a condição de que não se tornará prejudicial ao bem do Estado.»

A êles, ainda no Imperio, se viria reunir o lapidar Lafaiete, que assim se expressaria :

«A liberdade pessoal do estrangeiro fica em regra sob a garantia das leis que protejem a dos nacionais. Sem embargo, o Estado conserva sempre o direito, corollario de sua soberania, de expulsa-lo do pais, quando ocorrem causas justificativas, como se conspira contra as instituições, se perturba a tranquillidade publica, se desobedece ás autoridades, ou se exerce profissão imoral». «Todavia a razão e a bõa política requerem que no uso de tal faculdade se proceda sempre com a maior prudencia». (21)

(20) — Pimenta Bueno. Direito Internacional Privado. p. 92.

(21) — Lafaiete, Principios de Direito Internacional, vol. I p. 231.

Desse modo o ponto de vista do Governo brasileiro tinha o apoio expresso dos juristas nacionais, que emprestaram o prestígio da sua autoridade á attitude governamental, manifestada em varios atos officiaes e sempre orientada na mesma diretriz de firmar a legitimidade da expulsão e a competencia do Govêrno Imperial para a decretar.

O primeiro ato que conhecemos do Governo Brasileiro pertinente á materia é pouco posterior á Independência. Traz a data de 12 de novembro de 1822 e a assinatura de José Bonifacio, que recomendava maior vigilancia quanto aos passaportes concedidos ao estrangeiros para percorrerem o interior do país, pois a titulo de naturalistas muitos faiscavam observando as riquezas do país. Mandava exigir atestado consular e, se necessario, uma fiança, que respondesse pela sua conduta.

Pouco depois—consequencia dos ódios deixados pelas lutas da Independencia—o nosso jacobinismo se voltava contra os portugêses. Era a Portaria do Ministro da Justiça de 3 de janeiro de 1824, que mandava expulsar do Brasil todos os lusitanos, que tendo aqui chegado após a promulgaçãõ do dec. de 14 de janeiro de 1823 não houvessem prestado juramento de fidelidade á causa nacional, assim como aqueles aqui aportados depois do dec. de 20 de novembro de 1823 e que havia revogado aquele. Eram as primeiras manifestações da nossa soberania e por, isso mesmo, exageradas. O exemplo dado pelo Govêrno rapidamente se espalhou pelo país, que,

ainda sôb os estímulos da emancipação recente, logo aceitou e imitou as medidas tomadas pela Côrte. Assim, no Maranhão, em 1825, o seu Presidente expulsou o jornalista português João Antonio Garcia de Abranches, diretor do «Censor», e que combatia a nova ordem de cousas estabelecido no Brasil. A medida, embora tivesse a justificá-la a audácia do comentador, era violenta pela falta de competência da autoridade que a pronunciára. E a repetição de tais atos poderia criar para o Brasil uma situação de desconfiança no estrangeiro. Daí ter o Governo Imperial, em nota de 3 de setembro de 1825, censurado o Presidente por intermédio do Ministro Estevam Ribeiro, declarando que sómente ao Governo Central caberia tomar medidas dessa natureza. Não impediu, pôrem, que outras violências se consumassem contra estrangeiros, arrogando-se autoridades subalternas o direitô de expulsão. O fato motivou a Decisão n.º 52 do Ministerio da Justiça, em 4 de novembro de 1834. Era dirigida ao Juiz de Paz da Villa de Rezende e nela se declarou que «a medida de fazer-se sair para fóra do Imperio quaisquer estrangeiros turbulentos e imorais será adotada só pelo Governo com muita parcimonia».

Nessa Resolução estavam traçadas as normas que iriam nortear sempre o Governo Brasileiro. Reconhecia-se a legitimidade da ação do Executivo na expulsão de qualquer estrangeiro que perturbasse a tranquilidade e a moralidade pública, ao mesmo tempo que se firmava o principio de ser tal ação exclusiva do Executivo Central, que dela usaria com

parcimónia afim de não perturbar as relações internacionais do Brasil ou apresentar o país como infenso á colaboração estrangeira. Não ha exagêro em dizer-se que, de um modo geral, temos nos mantido dentro dos mesmos princípios.

Já anteriormente, aliás, a Decisão do Governo de 4 de novembro de 1833, nº 659 do Ministerio da Justiça, então occupado por Aureliano Coutinho, determinára os limites em que devia ser entendida a ordem relativa aos estrangeiros entrados sem passaporte dizendo não se dever transigir «a respeito daqueles que tendo ingressado no Imperio sem passaporte se mostrarem vadios, desordeiros e turbulentos, principalmente os que se envolverem em questões e negócios políticos do país, promovendo e desafiando rixas e rivalidades, que tanto cumpre extinguir a bem da prosperidade do mesmo país, o qual não deve tolerar hóspedes, que tendo nele penetrado contra as leis, e sendo, não obstante suportados pelo caráter hospitaleiro da nação, tem abusado e continuam a abusar». A mesma Decisão mandava que se observasse o disposto no Dec. de 2 de dezembro de 1820, devendo ser impedido de desembarcar e conservado em custodia qualquer estrangeiro que pretendesse entrar no territorio nacional sem estar munido de passaporte. Não se limitou, porém em tratar dos que não tivessem passaporte, acrescentando: «quando reconheça (Vmcê) que alguns mesmo dos que entram com passaporte, então nos casos acima mencionados, informe a tal respeito circunstanciadamente, pois o Governo Imperial está na firme resolução de,

quando seja necessario, praticar acerca deles o mesmo que praticam os governos livres da Europa e da America a respeito dos Estrangeiros, cuja residencia nos seus países se torna perigosa ou inconveniente». A invocação dos exemplos americano e europeu davam á attitude brasileira um sabôr especial de civilização. Não nos limitamos entretanto a exigir do estrangeiro o passaporte, reservando-se o Governo o direito de expulsa-los quando julgasse necessario. Em 1842 era criado o titulo de residência obrigatório para todos os estrangeiros. Vigorou até 1855 quando, a 10 de janeiro, o Dec. 1531 insentou os estrangeiros dessa obrigação, permitindo que viajassem pelo interior do país com apresentação do passaporte que houvessem trazido e na falta dele com o do Ministro, Consul ou Vice-Consul da sua nação, tendo o visto das autoridades brasileiras. Outrosim mandava criar um livro para o registro das entradas e saídas de estrangeiros em cada uma das Chefaturas de Policia do país, ao mesmo tempo que determinava ás autoridades, que, havendo dúvida sôbre o passaporte e não sendo suprimido pelo atestado do representante do Governo de que fosse súdito o estrangeiro, obrigasse o navio que o trouxe a «reexporta-lo, dando conta disso ao Governo».

Tal era o direito em vigor no Brasil quando se deu a proclamação da Republica. Uma nova fase ia viver o direito dos estrangeiros, que seria agitado pelas idéas liberais que haviam inspirado os instituidores do regime republicano.

O ponto de partida seria a própria Constituição de 1891, que ditada por esse espírito liberal da Republica não guardaria em relação ao estrangeiro o silencio da Carta de 1824: expressamente o equiparou aos nacionais, num gesto largo e derramado do nosso sentimentalismo. Apenas um gesto a que a prática não poderia dar sanção.

Assim é que o art. 72 da Constituição de 1891 em que se consignou a Declaração de Direitos, dispôz taxativamente: «A Constituição assegura a *brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz* a inviolabilidade dos direitos etc» . . .

Esse inciso constitucional estaria fadado, desde que ao Judiciário se entregára o poder de apreciar os atos do Executivo, a modificar inteiramente a doutrina e a jurisprudência brasileira, dividindo tanto juristas como magistrados em dois campos opostos. Rui Barbosa foi o inspirador da corrente que vio no dispositivo constitucional um entrave á expulsão dos estrangeiros, que sómente poderiam ser deportados após a regulamentação do assunto por lei ou convenção. Em defesa da tese da igualdade de estrangeiros e nacionais, mesmo em face da Constituição do Imperio, Rui se bateu pelo principio da não deportação dos estrangeiros, embora reconhecesse os inconvenientes do reconhecimento desse direito aos estrangeiros e pleteiasse a sua revogação. (22)

(22) — Rui Barbosa. Comentarios á Constituição. vol. V Pg. 190, Edição Homero Pires.

Não fôra êsse pórem, o espirito da legislação republicana, que no Código Penal admira nos arts. 400 e 403, a pena de expulsão para os estrangeiros.

Um assunto até então encarado dentro dum mesmo ponto de vista pela doutrina e pela jurisprudência ia ser objeto de larga controvérsia. Contra a tese da igualdade, sustentada pelo Cons.^o Rui Barbosa, levantou-se Barbalho, um dos nossos mais lucidos comentadores, que, depois de fazer um paralelo entre as Constituições do Império e da República, faz essa pergunta: «Será completa a equiparação do estrangeiro ao nacional, quanto aos direitos que a Constituição garante no seu art. 72?» Barbalho, respondendo êle próprio á interrogação que lançára, fixou varias exceções a essa igualdade absoluta entre nacionais e estrangeiros e dentre estas podem ser deportados os estrangeiros. E, discutindo os votos vencidos no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento dos habeas-corpus n.^o 322 e 388 de 6 de junho de 1892 e 21 de junho de 1893 respectivamente, observou Barbalho ao contestar ser a não deportação do estrangeiro uma das garantias individuais asseguradas pela Constituição:

«Mas, 1.^o essa garantia não se pôde considerar tão extensiva que por amor dela venha a pereclitar o estado que as concede. Fôra realmente inepcia assegurar ao estrangeiro o direito de a seu salvo,

praticar actos que ponham em risco a ordem, a segurança e a existencia mesmo do Estado e de sua forma de governo». (23)

Ao texto expresso da lei o eminente constitucionalista sobrepunha, como razão suprema, a defesa do Estado.

Tambem Rodrigo Octavio e Eduardo Espinola admitiram a possibilidade da expulsão do estrangeiro dentro do nosso sistema juridico. Aquele referindo-se expressamente á duvida sucistada antes da promulgação da lei de 1907 manifesta-se partidario dos que se batiam pela necessidade de uma lei que regulasse a matéria, acompanhando o voto de José Higino, que afirmava só «ser licita e constitucional» a expulsão de estrangeiro quando se verificasse uma das duas hipoteses seguintes :

a)—em virtude de lei, que tenha determinado os casos em que é permitida a deportação e as formas a observar na decretação de tal medida.

b)—em virtude de tratados internacionais que provejam e regulamentem a deportação de subditos das potencias estrangeiras contratantes, porquanto os tratados internacionais são tambem leis do paiz, e, sob o regimen da vigente Constituição (art.

(23) — João Barbalho. Constituição Federal Brasileira. Pg. 300.

48, 16), sendo celebrados sempre ad referendum do Congresso, oferecem as mesmas garantias da lei». (24)

Eduardo Espinola escrevendo quando já estava regulada a matéria, e sem se referir ao conflito anterior, emite a opinião seguinte:

«Da mesma fôrma que aos Estados é reconhecido o direito de proibir o ingresso em seu respectivo territorio de estrangeiros que, por qualquer motivo, se tornem indesejaveis, assim tambem se lhes não pôde recusar o direito de expelir do seio de seus nacionaes aquelles estrangeiros que se tenham constituido elemento perturbador da ordem e segurança social». (25) As divergências da doutrina refletiram-se nas vacilações da jurisprudência, que, nos primeiros anos da Constituição de 1891, levada pela palavra persuasiva de Rui Barbosa chegou a firmar-se na orientação de negar ao Governo o direito de Expulsão dentro da legislação vigente. Não foi essa, porém, a sua diretriz inicial. Antes, no julgamento do habeas-corpus impetrado em favor de Nicolau Ancora e outros (habeas-corpus

(24) Rodrigo Octavio. Direito do Estrangeiro. Pg. 145.

(25)—Eduardo Espinola. Direito Internacional Privado.
Pg. 110

322 de 6-6-1892) e de outro em favor de José de Castro Coelho (habeas-corporis 388 de 31-6-1893, decidiu o Supremo Tribunal Federal que o Governo tanto podia proibir a entrada de estrangeiros como expulsão aqueles cuja «presença pôde causar perigo á tranquillidade publica ou outros quaesquer males». (26)

Decorrido um ano a jurisprudência iria encaminhar-se para a opinião defendida nos votos vencidos dos habeas-corporis acima citados e proferidos pelos Ministros Cons^o. Barradas, José Higyno, Macedo Soares, Amphilophio Botelho Freire de Carvalho e Barros Pimentel. (27) Aos que iam ser deportados como implicados na Revolta da Armada concedeu o Supremo Tribunal os habeas-corporis impetrados, firmando o seu modo de encarar o art. 72 da Constituição. Nesse ponto de vista se manteve a jurisprudência nacional, até a promulgação da lei 1641 de 7 de janeiro de 1907 e que imprimiria novos rumos á debatida questão.

Apesar de já haver sido objeto, anteriormente, do decreto 1566, de 13 de outubro de 1893, que regulára a entrada e expulsão de estrangeiros durante a vigência do Estado de Sitio, mas logo revogado pelo decreto 1609 de 15 de dezembro do mesmo ano,

(26) -- Rodrigo Octavio. Direito do Estrangeiro. Pr. 143.

(27) — Idem Pg. 144.

a expulsão de estrangeiros pela primeira vez estava tratada numa lei especial, que lhe traçava as normas fundamentais. Nela se determinavam as causas, que poderiam motivar a expulsão, estabelecia-se a maneira de agir do Executivo e se permitia e regulava o recurso para o Judiciário. O seu ponto central, e que visava contornar o dispositivo constitucional, era aquele em que, dispondo sobre os que não podiam ser expulsos do país, procurava atender ao inciso da Constituição, determinando que não podia ser expulso «o estrangeiro que residir no territorio da Rpublica por dois anos continuos». (art. 3º) Com essa redação se dava limites certos e determinados á expressão «estrangeiros residentes no paiz», empregada no art. 72 da Constituição. Estes dora avante seriam aqueles que no Brasil estivessem por mais de dois anos, ficando os demais, exceção dos casados com brasileira e dos viuvos com filho brasileiro, sujeitos á expulsão, quando motivada, e que seria efetivada por ato expedido pelo Ministro da Justiça.

A nova lei vinha pôr termo à discussão, suprimindo o motivo central da divêrgencia existente entre os juristas brasileiros. E o Supremo Tribunal Federal, dentro dos seus termos, manteve os princípios por que se batêra e que via consagrados na lei de 1907.

Mas, se a questão fôra derimida nesse seu aspêto de conflito entre o Executivo e o Judiciario, continuava tão viva quanto dantes no que se referia ao interesse nacional de expulsar os estrangeiros nocivos á ordem e á moral publica fosse qual fosse o seu tempo de residência no país. Sob esse prisma o

entrave constitucional ainda perdurava com o mesmo vigor. Só uma emenda á Constituição poderia modificar a situação. Mas, enquanto tal não acontecia, buscou-se um novo estratagema para ilidir o preceito do art. 72. E pela lei 2.741, de 8 de janeiro de 1913, foram revogados os arts. 3 e 8 da lei 1641. O primeiro referia-se áqueles que não podiam ser expulsos e fixava em dois anos o prazo necessário para que o estrangeiro se equiparasse ao nacional, tornando-se residente para os efeitos das vantagens do art. 72. O ultimo facultava o recurso para o proprio Executivo e para o Judiciario.

Reagiu, porém, o Judiciário, que pela palavra de Pedro Lessa não deixou vingasse o expediente e fez com que a lei 2741 fosse interpretada dentro do espirito da Constituição. Nesse sentido ficou estabelecido que se a residência do estrangeiro já se não caracterizava pelos dois anos de estada no país, nem por isso deixava de vigorar a distinção constitucional entre estrangeiros residentes e estrangeiros não residentes, com a concessão áqueles das mesmas garantias concedida aos nacionais. Apenas a residência seria entendida «de acordo com os principios e theorias do direito». (28)

Outra restrição ainda sofreria, por parte do Judiciário, a lei 2741. Pronunciou-a o eminente Juiz Pires e Albuquerque, que, alem de estabelecer a necessidade de processo regular por autoridade judici-

(28)—E. Espinola. Direito Internacional Privado Pg. 112.

aria para que os crimes de vadiagem, lenocínio e mendicidade servissem de fundamento á expulsão, julgou inconstitucional o dispositivo que suprimira o recurso para o Judiciario. O Supremo Tribunal, em acordão de 14 de janeiro de 1914 confirmou a importante sentença. (29)

A jurisprudência parecia encaminhar-se para uma posição de estabilidade. Em novembro de 1917, julgando o habeas corpus nº 4422, mais uma vez a Côrte Suprema declarava que o estrangeiro residente não podia ser expulso do país. Não tardou porém em ser modificada essa róta, que parecia a que melhor interpretava a letra constitucional. Já em 1919 a maioria do Tribunal votava pela expulsão dos estrangeiros, mesmo os residentes. Criava-se assim, em torno do assunto, uma instabilidade, que, muito embora pudesse ser compreendida pela mudança de Juizes na Suprema Côrte, impressionava mal, sobretudo tratando-se de matéria em que eram interessados os não brasileiros.

Na legislação ordinária mais uma vez se iria buscar um paliativo para a situação. Votou-se, então a lei 4247 de 6 de janeiro de 1921 e que se propunha a imprimir uma orientação definitiva á questão. Tinha como pontos cardeais a não expulsão dos es-

(29) — Rodrigo Octavio. Dicionario de Direito Internacional Privado. nº 563. O mesmo Juiz, em janeiro de 1907, julgára inconstitucional o nº 1 do art. 2º da lei 1641. (Rev. de Direito, vol. 3º, pag. 541)

trangeiros residentes por mais de cinco anos no país e o recurso para o Judiciário, onde apenas se poderia arguir a falsidade do motivo alegado para a expulsão. Além disso a lei 4247 regulava a entrada dos estrangeiros no Brasil, vedando a entrada aos aleijados, cegos, mutilados, loucos, portadores de moléstias incuráveis ou contagiosas graves, prostitutas e maiores de 60 anos quando não provem estes que têm renda ou pessoa capaz de garantir a sua subsistência. Também enumerou a lei as causas que poderiam justificar a expulsão, determinando poderem ser expulsos: — a) aqueles que houverem sido expulsos de outro país. b) aqueles que forem tidos pela policia de outro país como elementos perigosos á ordem publica. c) aqueles que praticarem atos de violencia para impôr seita politica ou religiosa. d) aqueles considerados nocivos a' ordem publica e á segurança nacional. e) aqueles que se houverem evadido de outro país, onde hajam sido condenados por crime de homicidio, furto, roubo, bancarrôta, falsidade, contrabando, estelionato, moeda falsa ou lenocínio, ou houverem sido condenados pelos mesmos crimes por Juiz brasileiro. Aquele que depois de expulso tornasse ao país ficaria sujeito á pena de dois anos de prisão e nova expulsão ao concluir a pena.

Enquanto vigorou a lei de 1921 nenhuma alteração sofreu a questão, sendo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal uniforme no reconhecimento da constitucionalidade da lei 4247.

Não tardou, porém, a Reforma da Constituição.

Era a velha aspiração duma corrente da opinião nacional, que por ela se batêra, anos antes, sob a orientação doutrinaria de Rui Barbosa, de quem a Reforma a ser efetuada ainda receberia a contribuição dos estudos que deixára. Dentre estes estava a sua antiga tese que sómente a Reforma da Constituição solucionaria legalmente a situação com que se defrontára a nação ao ser interpretado o art. 72.

E o presidente Artur Bernardes, a quem coube a iniciativa da Reforma, na mensagem enviado ao Congresso Nacional sobre o importante assunto assim se referiu á expulsão dos estrangeiros:

«A questão da egualdade de direitos dos estrangeiros e nacionaes não pôde ter um caracter tão absoluto como a letra da Constituição parece prescrever.

.....
Preferivel será porem que a Constituição prescreva os limites daquela egualdade, em attenção sómente á segurança publica, a deixa-la ao arbitrio instavel da jurisprudencia.»

A palavra presidencial, embora verdadeira e honesta, não exprimia, talvez, em toda a sua realidade a causa determinante da sua attitude. Não eram apenas as necessidade anteriores e os ensinamentos de Rui Barbosa que punham em marcha essa velha idéa. Havia alguma cousa de mais sutil, ainda imper-

ceptível, mas que já influa no animo dos dirigentes: a reação do nosso jacobinismo contra o estrangeiro. O fenomeno, até então mal definido e sem contornos que o fizessem resaltar á primeira vista, apenas aflorava. Iria, pórem, se tornar forte e irreprimível, afirmando-se vigorosamente na Constituição de 1934. Na Reforma outro dispositivo iria traduzir esse movimento — o § 17 do art. 72. referente ás minas.

Por fim a solicitação governamental se consubstanciou no § 33 do art. 72 da Constituição Federal e que ficou assim redigido:

«É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os subditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica».

Já agora nenhuma duvida mais poderia subsistir sobre o assunto, que ficava inteiramente esclarecido e regulado de acordo com os interesses do país. A Soberania nacional afirmava-se no sentido da expulsão de todos os estrangeiros cuja presença fosse prejudicial aos interesses da nacionalidade. Desaparecia do direito nacional a questão que tanto apaixonara as letras juridicas.

Vitorioso o movimento revolucionario de 1930 não nos afastaríamos da estrada porque enveredaríamos. O decreto 19482, de 12 de dezembro de 1930, que deveria vigorar pelo prazo de um ano, logo limitou a entrada de estrangeiros no territorio nacional ao mesmo tempo que tratou da localização

dos trabalhadores nacionais. Dentre as medidas adotadas para limitar a entrada de estrangeiros estabelecia o mesmo decreto que somente seriam visados os passaportes dos estrangeiros que já fôsem residentes no Brasil, daqueles cuja entrada fosse solicitada pelos interventores ou que tivessem certa de chamada com colocação certa, ou de agricultores constituídos em família. Aos que se desejassem demorar mais de 30 dias no país se exigiria a prova de trazerem mais de dois contos, se menores de 12 anos, e mais de tres contos, se maiores de 12 anos. Logo que se extinguiu o prazo pelo qual deveria vigorar foi este decreto revigorado pelo decreto 20917 de 7 de janeiro de 1932, até 31 de dezembro do mesmo ano.

Depois disso foi a matéria tratada no decreto 24.215 de 9 de maio de 1934, que dispôs sobre a entrada de estrangeiros no Brasil, proibindo a entrada daqueles que fossem: a) aleijados; b) cegos ou surdos-mudos; c) doentes mentais; d) portadores de enfermidade incuravel e que os incapacitasse para o trabalho; e) toxicomanos; f) sofredores de lesão organica de gravidade; g) menores de 18 anos ou maiores de 60 anos; h) cigano ou nomade; i) analfabeto; j) prostitutas; k) nocivos á ordem publica; l) expulsos anteriormente do Brasil; m) condenados ou processados em outro país por crime que permita a extradição do Brasil.

Para a sua melhor execução foi a materia objeto dum regulamento aprovado pelo Dec. 24.258 de 16 de maio de 1934.

Completa o historico da materia a Constituição de 1934, que deu competencia privativa à União para legislação sobre «entrada, expulsão de estrangeiros» (art. 5, XIX letra *g*) e determinou que a «entrada de imigrantes no territorio nacional sofrerá as restrições necessarias á garantia da integração ethnica e capacidade fisica e civil do imigrante, não podendo, pórem, a corrente imigratoria de cada pais exceder, anualmente, o limite, de pois por cento sobre o total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os ultimos cincoenta anos.»

A Constituição, apreciando a materia, dava as linhas mestras a serem seguidas pela legislação ordinaria. Queria com isso não só evitar discussões em torno do assunto como afirmar categoricamente o espirito que a norteára no sentido de salvaguardar o país de conflitos advindos da imprevidência com que até então se fazia a colonização do território nacional. Cada vez mais nos distanciavamos da orientação primitiva do nosso direito em face do estrangeiro.

ESTADO E CAPACIDADE DO ESTRANGEIRO

Motivo de profundas divergencias entre os doutrinadores do Direito Internacional Privado, a questão da capacidade dos estrangeiros tambem dividiu os juristas brasileiros. E, fato curioso, embora nomes dos mais autorizados propendessem para a adoção da lei do domicilio como reguladora do estado e capacidade,

a nossa legislação, tendo determinado como competente a lei nacional, não mais se afastou dessa diretriz. Mantemo-la até hoje, apesar da opinião contrária de juristas nossos da maior nomeada, como Rodrigo Octavio e Eduardo Espinola, e das dificuldades nascidas desse nosso ponto de vista, por constituirmos como que uma exceção no direito Americano.

No nosso direito positivo a matéria foi tratada pela primeira vez no decreto 737 de 25 de novembro de 1850 e cujo art. 3º assim dispôs:

«As leis e uzos comerciais dos países estrangeiros regularão:

1º—As questões sobre estado e idade dos estrangeiros residentes no Imperio, quanto á capacidade para contratar, não sendo os mesmos estrangeiros comerciantes matriculados na fôrma «do art. 4º do Cod. Com. Todavia os contratos não serão nulos provando-se que verterão em beneficio do estrangeiro.»

Era o reconhecimento da lei nacional do estrangeiro para regular a sua capacidade, embora dentro da imperfeição natural a uma legislação, que se iniciava, se não estabelecesse a mesma norma para aqueles que sendo estrangeiros fossem matriculados como comerciantes.

Não muito tempo depois, em 1860, a lei 1096, de 10 de setembro, regulando os direitos civis e politicos dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil

estabelecia que o direito que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros «poderá ser também aplicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Imperio durante a menoridade sómente e sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pelo art. 6º da Constituição». Era a reiteração do mesmo principio da adoção da lei nacional como competente para regular a capacidade.

Tal dispositivo, revelando a confusão de idéas ainda reinante sobre o assunto, não tem sido objeto de consideração por parte dos comentadores brasileiros, que vêm nessa exclusão dos comerciantes matriculados um simples «defeito de redação». (30) Eduardo Espinola, ao tratar da materia, lembra a opinião de Teixeira de Freitas, que diz ter abandonado «por inuteis» essas expressões de decreto 737.

Os dois textos do nosso direito positivo que acabamos de transcrever, constituem a origem das normas subseqüentes que viemos a incorporar á nossa legislação. Teixeira de Freitas na confecção da «Consolidação das Leis Civis» foi buscar no decreto 737 a razão dos artigos 408,409,410, «onde o insigne codificador deu aos principios uma redação mais logica» (31)

Fê-lo, aliás procurando vêr na expressão «estrangeiros residentes» a exclusão daqueles que fóssem

(30)—Eduardo Espinola, *Internacional Privado*, pg. 391.

(31)—Rodrigo Octavio, *Direito do Estrangeiro*, pg. 156.

domiciliados no Brasil e aos quais se applicaria a lei do domicilio, que era da preferêcia do emérito jurista. Rodrigo Octavio, porém, com muita razão, chama a atenção para mostrar que a fórmula usada é mais genérica do que estrangeiros domiciliados, devendo estes estarem compreendidos entre os residentes.

Carlos de Carvalho também foi buscar na mesma fonte o texto do art. 25 da sua «Nova Consolidação» e que ficou assim redigido:

«O estado e a capacidade civil dos estrangeiros residentes no Brasil serão regulados pelas leis da nação a que pertençam»

Apesar de partidário da lei do domicilio para regular a capacidade dos estrangeiros, por mais conveniente aos interesses do país, Carlos de Carvalho reconheceu ser a tradição do nosso direito no sentido da competencia da lei nacional. E realmente é uma das mais fortes tradições do sistema legislativo brasileiro. Tanto assim que já, por duas vezes, delegados brasileiros a reuniões internacionais deixam de subscrever as conclusões adotadas pelo fato de haver prevalecido o principio da lei do domicilio. Em 1889 era Andrade Figueira que se recusava a assinar a Convenção de direito civil, que adotara o principio da lei do domicilio. (32). Em 1913 era Candido de Oliveira que se recusava a concordar com os delegados do Uruguai e Paraguai, que com ele formavam a 5ª

(32) — Eduardo Espinola. obr. cit. pg. 392.

estabelecia que o direito que regula no Brasil o estado civil dos estrangeiros «poderá ser também aplicado ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Imperio durante a menoridade sómente e sem prejuizo da nacionalidade reconhecida pelo art. 6º da Constituição». Era a reiteração do mesmo principio da adoção da lei nacional como competente para regular a capacidade.

Tal dispositivo, revelando a confusão de idéas ainda reinante sobre o assunto, não tem sido objeto de consideração por parte dos comentadores brasileiros, que vêm nessa exclusão dos comerciantes matriculados um simples «defeito de redação». (30) Eduardo Espinola, ao tratar da materia, lembra a opinião de Teixeira de Freitas, que diz ter abandonado «por inuteis» essas expressões de decreto 737.

Os dois textos do nosso direito positivo que acabamos de transcrever, constituem a origem das normas subsequentes que viemos a incorporar á nossa legislação. Teixeira de Freitas na confecção da «Consolidação das Leis Civis» foi buscar no decreto 737 a razão dos artigos 408,409,410, «onde o insigne codificador deu aos principios uma redação mais logica» (31)

Fê-lo, aliás procurando vêr na expressão «estrangeiros residentes» a exclusão daqueles que fóssem

(30)—Eduardo Espinola, *Internacional Privado*, pg. 391.

(31)—Rodrigo Octavio, *Direito do Estrangeiro*, pg. 156.

domiciliados no Brasil e aos quais se applicaria a lei do domicilio, que era da preferêcia do emérito jurista. Rodrigo Octavio, pórem, com muita razão, chama a atenção para mostrar que a fôrma uzada é mais genérica do que estrangeiros domiciliados, devendo estes estarem compreendidos entre os residentes.

Carlos de Carvalho tambem foi buscar na mesma fonte o texto do art. 25 da sua «Nova Consolidação» e que ficou assim redigido:

«O estado e a capacidade civil dos estrangeiros residentes no Brasil serão regulados pelas leis da nação a que pertençam»

Ápesar de partidário da lei do domicilio para regular a capacidade dos estrangeiros, por mais conveniente aos interesses do país, Carlos de Carvalho reconheceu ser a tradição do nosso direito no sentido da competencia da lei nacional. E realmente é uma das mais fortes tradições do sistema legislativo brasileiro. Tanto assim que já, por duas vezes, delegados brasileiros a reuniões internacionais deixam de subcrever as conclusões adotadas pelo fato de haver prevalecido o principio da lei do domicilio. Em 1889 era Andrade Figueira que se recusava a assinar a Convenção de direito civil, que adotára o principio da lei do domicilio. (32). Em 1913 era Candido de Oliveira que se recusava a concordar com os delegados do Uruguai e Paraguai, que com ele formavam a 5ª

(32) — Eduardo Espinola. obr. cit. pg. 392.

Comissão da Reunião Internacional de Jurisconsultos, e eram partidários da lei do domicílio como competente para regular a capacidade (33).

Depois o Código Civil regulou a matéria de modo definitivo, aceitando as mesmas normas até então vigentes no Brasil, e dando-lhes uma forma melhor e mais precisa. A lei nacional lançava novas e fortes raízes no direito brasileiro.

OS CÔNSULES E A ARRECADAÇÃO DE HERANÇA DOS ESTRANGEIROS

Firmado o princípio da competência da lei nacional para regular a capacidade do estrangeiro nenhuma dúvida poderia existir quanto à vocação hereditária e à capacidade de testar, assim como a extensão dos direitos dos herdeiros.

O mesmo, porém, já se não dava em relação à arrecadação da herança dos estrangeiros, matéria em que a tolerância nacional nem sempre foi correspondida pela cortezia dos países mais interessados. Isso porque no tratado, que firmáramos com a Inglaterra, em 1827, fôra estipulada a competência dos seus Agentes Consulares para administrarem as heranças dos seus súditos falecidos sem testamento. Da simplicidade dessa cláusula fôram tiradas as mais latas

(33) — Eduardo Espinola. obr. cit. pg. 923.

consequências, não só pelos próprios cônsules britânicos como pelos das demais nações, que tinham tratados com o Brasil em que se consignára a cláusula da nação mais favorecida. Apesar da limitação oposta pelo próprio Tratado áquela competência dos Agentes Consulares, que tinham a sua ação limitada a «quanto o permitissem as leis dos países respectivos», eles se «arrogaram, diz Rodrigo Octavio, a faculdade de apôrem sêlos nas ditas heranças, de as administrarem e de entregarem os objetos ou produtos delas a quem, pelas leis de suas nações, pertencessem, sem a menor intervenção da autoridade brasileira, senão quando algum credor ou outro interessado recorria a ela pelos meios contenciosos».

Para evitar a continuação dêsse estado de cousas, que não só perturbava o funcionamento da justiça como feria a nossa soberania, foi assinado o decreto 160, de 8 de maio de 1842 que, obrigatoriamente, entregava ao Juiz de Ausentes a arrecadação, inventário e administração das heranças jacentes. Tal decreto, como era natural, foi motivo de múltiplas reclamações por parte dos representantes estrangeiros, que viram as suas queixas expressas nos Relatórios do Ministério dos Negocios Estrangeiros de 1848 e 1847.

Resolveu então o Govêrno, para atender a essas reclamações e sempre orientados no sentido da proteção ao estrangeiro, evitando, tanto quanto possível, as desinteligências, promulgar o decreto n.º 855, de 8 de novembro de 1851, que vigora ainda hoje. As-

sinou-o Paulino de Souza. Tinha como ponto central sujeitar a intervenção dos cônsules à condição da reciprocidade, que seria estabelecida por meio de notas reversais em virtude das quais mandaria o Governo, por decreto, fôsse o decreto n.º 855 executado em relação à nação com que houvesse trocado as notas. Estabelecia ainda, e de modo claro, a maneira por que se deveria proceder quando fôsse aplicável o decreto n.º 855, determinando que a intervenção do Agente Consular se daria quando o estrangeiro, falecendo sem testamento, não tivesse cônjuge ou herdeiro presente, ou, se falecido com testamento, fossem estrangeiros os herdeiros e estivessem ausentes, assim como os testamenteiros. (art. 2.º) Se, porém, qualquer herdeiro fôsse brasileiro não se daria a intervenção do Agente Consular. Naquele caso procederia o «Juiz dos Defuntos e Ausentes com o respectivo Agente Consular à arrecadação da herança cuja guarda será confiada ao mesmo Agente». «No caso do óbito ocorrer em lugar onde não houvesse Agente Consular a arrecadação se faria na presença de duas testemunhas da nação do de cujos» e na falta dêstes de dois negociantes, que seriam os administradores da herança. (art. 6.º)

Entrado em vigor o decreto n.º 855 sómente dez anos mais tarde seria estabelecida a primeira Convenção Consular em que foi tratada a matéria (Convenção com a França, de 1860, e promulgada pelo dec. n.º 2787 de 26 de abril de 1861.). A Inglaterra, nota Pereira Pinto, sob a alegação de não o permitirem as leis inglêsas, recusou-se a admitir a

reciprocidade para os brasileiros, que, em casos idênticos, viessem a falecer no Reino-Unido. (34)

A' Convenção com a França, entretanto, logo se seguiram outras com a Suíça, Itália, Espanha e Portugal, que fôram postas em vigor respectivamente, pelos decretos n.º 2955, de 24 de julho de 1862; n.º 3085, de 28 de abril de 1863 e n.º 3136, de 31 de julho de 1863; e n.º 3145, de 27 de agosto de 1863. Em todas elas, além de outros assuntos tratados, se estabelêceu que nos casos de não haver interessado brasileiro ou de outra nacionalidade que comparecesse perante a justiça brasileira, a herança jacente seria acautelada, administrada e arrecadada pelo Agente Consular, que liquidaria o espólio. Do mesmo modo se procederia quando todos os herdeiros estrangeiros fossem menores ou incapazes e da mesma nacionalidade.

Durante a vigência dessas Convenções, que estiveram em vigor até 20 de agosto de 1874, não foi tranquila a interpretação dada aos seus têrmos pelos interessados, pretendendo a França, a Itália, Portugal, Espanha e Suíça, que a faculdade conferida aos Agentes Consulares para as heranças jacentes fôsse extendida a todas as sucessões de estrangeiros aqui falecidos e cujas nações tivessem tratados com o Brasil. Nêsse sentido as nações acima referidas enviaram uma nota ao Govêrno Brasileiro, nota em que pretendiam fosse ampliado para todas as nações que

(34) — Pereira Pinto. Apontamentos, pg. 286 do vol. II.

tinham tratados com o Brasil o disposto no art. 7 da Convenção de 1860 com a França e no qual se dizia o seguinte:

«Fica além disso entendido que o direito de administrar e liquidar as sucessões dos francêses falecidos no Brasil pertencerá ao Cônsul da França ainda quando os herdeiros sejam menores, filhos de francêses nascidos no Brasil, em reciprocidade da faculdade que têm os cônsules do Brasil em França de administrarem e liquidar as sucessões dos seus nacionais e em casos identicos».

E à pretensão juntavam a interpretação dada ao dispositivo e que era a de estarem nele compreendidas todas as sucessões dos seus nacionais, desde quando se dava aos Cônsules brasileiros na França a faculdade de «administrarem e liquidar as sucessões dos seus nacionais». Coube ao Cons.^o Dias Vieira responder a nota de 1.^o de maio de 1874, o que fez em 29 de julho do mesmo ano, mostrando que a intervenção dos Cônsules não se dava em razão da nacionalidade do de cujus e sim em razão da falta de interessado presente, motivo por que não podia o Brasil aceitar a interpretação pretendida, prevalecendo afinal o ponto de vista brasileiro pela declaração de 21 de junho de 1866 que interpretou artigo 7 da Convenção com a França. (35) Era perfei-

(35) — Pereira Pinto, ob. cit. vol. IV pg. 248.

tamente justo o modo pelo qual a Chancelaria encarava o assunto. De outro modo teríamos estabelecido uma situação de diminuição para a Justiça Nacional, pois em tanto importava reconhecer normalmente o seu afastamento das sucessões de estrangeiros de determinadas nacionalidades.

Mal haviam, porém, deixado de vigorar as Convenções de que tratamos e logo fôram entabuladas as negociações para uma nova série de acordos internacionais. Vieram estes a se concretizar nas Convenções com a Inglaterra (1873); Paraguai (1872); Portugal (1876); Itália (1877); França (1878); Espanha (1878); Suíça (1879); Holanda (1879); Alemanha (1882); Bélgica; (1883). (36) Elaboradas para vigorarem por prazo certo todas elas foram oportunamente denunciadas pelo Governo brasileiro. A última denunciada foi a Convenção com o Paraguai e que deixou de vigorar em 1890.

Desse modo voltou a imperar o regime do decreto 855 para os países que tivessem estabelecido a reciprocidade com o Brasil, e quanto aos demais os espólios dos seus nacionais deveriam ser regidos pelo disposto no decreto 2433, de 15 de junho de 1859. Os países que haviam trocado notas reversais com o Brasil eram a Itália, França, Suíça, Espanha, a Alemanha, Bélgica e Portugal, sendo que em relação a este último surgiram várias dúvidas por não

(36)—Sobre a materia convem consultar Rodrigo Octavio, Direito do Estrangeiro, pg. 57 e sgts.

ter sido promulgado o decreto que o deveria pôr em vigor, o que só foi feito pelo decreto 3.492, de 13 de novembro de 1899, que mandou fossem «definitivamente aplicadas aos agentes consulares de Portugal as disposições a que se refere o art. 24 do regulamento mandado executar pelo dec. 855 de 8 de Novembro de 1851». (37)

Todos esses acórdos, porém, fôram denunciados pelo Governo do Brasil em 15 de Abril de 1907, deixando de vigorar em 15 de junho seguinte. Dessa data em diante vigorava tão sómente o dec. de 1859.

O ESTADO E A HERANÇA VAGA

A questão da devolução da herança vaga, hoje perfeitamente regulada pelo Código Civil, que tendo determinado deferir-se a sucessão ao Estado no caso de não haver descendentes, ascendentes, cônjuge sobrevivente ou colateral até o sexto grão (Cod. Civ. Arts. 1603 e 1612) estabeleceu no art. 14 que em relação ás sucessões ficaria «guardado o disposto neste Código acerca das heranças vagas abertas no Brasil.» nem sempre foi encarada de modo tranquilo dentro do nosso direito. E' que não havia lei sobre o assunto. Ficou por isso a matéria entregue á interpretação dos órgãos competentes, que tiveram de opinar conforme os princípios gerais do direito. Con-

(37)—Eduardo Espinola, obr. cit. pg. 712

sultado sobre a devolução da herança vaga de estrangeiro teve o Conselho de Estado ocasião de firmar o princípio da devolução da herança ao Estado, de acordo com os votos dos Viscondes de Maranhape e Uruguai e de Euzebio de Queiroz, que faziam parte da secção dos negócios estrangeiros. Fizeram-no, porém, sob o fundamento de ser o Estado na ordem da vocação hereditária estabelecida pelas Ordenações o 5º e último mencionado. A justificação embora não seja izenta de censura, como diz Rodrigo Otávio, tem sido adotada por juristas que têm aceito o Estado como um verdadeiro herdeiro, até em concorrência com parentes do de cujus. (38) Parece-nos, entretanto, melhor a solução aceita e defendida pelo Prof. Rodrigo Otávio. Realmente o «Estado não sucede, arrecada, e faz seus os bens vagos, os bens que não têm dono. E' ato de soberania, e, desde que se trate de soberania o estatuto é o real.» (39) E, se não fôsse pelo domínio eminente que lhe assiste em todos os bens situados no seu território, a herança, já que pelo nosso direito e sucessão é regulada pela lei nacional do de cujus, deveria ser devolvida ao país da nacionalidade do falecido e não ao Estado em que se encontram os bens.

Como diz Planiol o «Estado não é um herdeiro;

(38)—Jean Aubertin. *L'Etat Heretier*. pg. 67

(39)—Carlos de Carvalho, apud Rodrigo Octavio, *obr. cit.* pg. 45

êle succede ao defunto não em virtude duma vocação hereditaria: é o seu direito de soberania que êle exerce. «É a mesma a lição de Demolombe: «o Estado não é um herdeiro, pois ele herda a título de vacância, o que vale dizer em virtude de um título que supõe necessariamente que não ha herdeiros». O parecer do Conselho de Estado, porém, foi aceito pelo Imperador e posto em vigor pelo Aviso do Ministro da Fazenda José Maria da Silva Paranhos, Visconde do Rio Branco, de n.º 212, de 13 de maio de 1861. (40) Nesse sentido se firmou a jurisprudência brasileira até ser a matéria satisfatoriamente esclarecida pelo código civil.

CASAMENTO DE ESTRANGEIROS

Num estudo retrospectivo dos direitos dos estrangeiros no Brasil não é possível deixar de tratar da questão do casamento dos estrangeiros, pois constitue capítulo em que as idéas religiosas da época criaram uma situação de evidente constrangimento para aquelles que não professassem a religião official do país, o que frequentemente occorria com estrangeiros protestantes. Era a matéria regulada pelo Concilio Tridentino e pela Constituição do Arcebispado da Baía, que fôram mandados observar pelo decreto de 3 de novembro de 1827. Tratava-se de matéria religiosa, e basta dizer-se isso para se saber os rigores e os preconceitos, que a

(40)—Azevedo Castro. Convenções consulares. pg. 448.

deviam cercar, estabelecendo uma situação de direito em completa discordância com a tradição liberal das nossas instituições. O fato, porém, é que se criara no Brasil, para os estrangeiros não católicos, um doloroso dilema: ou casar-se perante um pastor diverso da sua religião ou arcar com todas as consequências duma união não reconhecida pela lei. Rodrigo Octavio, destacando os inconvenientes surgidos dessa situação, focaliza o caso de Catarina Scheid, protestante, e que se casara perante um pastor protestante com um português católico. Abandonada pelo marido e querendo legalisar a sua situação encontrou fechadas todas as portas da justiça brasileira, indo até ao Conselho de Estado, onde, em parecer de 27 de abril de 1854, assinado por Paulino de Souza, Abrantes e Maranguape, nada mais se fez senão *lamentar* o fato e ensinar que o remédio estava na *secularização* do casamento, que o Conselho de Estado não assumiu a responsabilidade de propor.

Em parte foi atenuada essa situação com a lei n. 1144, de 11 de setembro de 1861, que veio a ser regulamentada pelo decreto n. 3069, de 17 de Abril de 1863. Deu-se então validade aos casamentos dos católicos quando os seus pastores estivessem habilitados. Essa lei, acentua Rodrigo Octavio, «de fôrma alguma satisfação ás legítimas aspirações do paiz.»

Sómente com a República, dada a separação da Igreja do Estado, foi possível legislar sobre a matéria com a isenção de ânimo e o espírito de tolerância necessário.

No novo regime a primeira lei que cuidou do casamento foi o decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, que instituiu o casamento civil obrigatório. O casamento dos estrangeiros no Brasil foi objeto do art. 48 de dec. n. 181, assim redigido:

«As disposições relativas ás causas de impedimentos e ás formalidades preliminares são applicáveis aos casamentos de estrangeiros celebrados no Brazil.» (dec. 181, cap. V, art. 48)

Contra esse dispositivo se manifestou acicamente Clovis Bevilacqua, que viu na adoção do principio o império absoluto da lei territorial. «Compreende-se, diz o eminente jurista, que, se a lei pessoal de estrangeiro contiver alguma disposição perturbadora da ordem publica e da moral, encontre obstaculos á sua applicação. Nesse conflito cederá forçosamente á lei alienígena. Mas elimina-la de um modo absoluto e proclamar o principio inexoravel da territorialidade não é, certamente, proprio de nações cultas que se respeitam e se estimam reciprocamente, nem digno de homologação da verdadeira justiça.» (41) A crítica de Clóvis Bevilacqua era inteiramente procedente, pois sendo ponto pacifico a competência da lei pessoal para regular a capacidade, nada autorizava que, em matéria de tal relevância, viessem abrir uma exceção justificada. O próprio Governo, porém, parece

(41)—Clovis Bevilacqua, Direito da Família. pg. 131.

ter sentido os inconveniêntes, que nos adviriam nas relações internacionais da consagração do que ficára estabelecido pela letra da lei, e respondendo a uma nota do Govêrno alemão, em 11 de outubro de 1890, por intermédio do Ministério das Relações Exteriores, depois de ouvido o Ministério da Justiça, declarou que «o art. 48 do Dec. nº 180 desse mesmo ano, se refere aos casamentos celebradós perante autoridades brasileiras e impõe sómente a estas obrigação de observarem, nos atos do casamento civil, as disposições da mesma lei relativas ás causas de impedimentos e ás formalidades preliminares por isso que os estrangeiros gozam no Brasil dos mesmos direitos civis que os nacionais. Assim, pois, em regra, a autoridade brasileira só applica a lei local á fórma do casamento entre estrangeiros, observando, porém, a lei nacional dos contraentes em relação á capacidade para as núpciais e seus efeitos jurídicos, salva as exceções impostas pelo direito de cada nação.» (42) No mesmo sentido foi a respostas dada pelo Govêrno brasileiro á indagação que sobre o assunto lhe fizera o Ministro Inglês. Com o tempo o direito brasileiro veio a fixar-se em definitivo no rumo preconizado pela nossa chancelaria.

Dúvida idêntica surgiu em tórno do casamento consular dos estrangeiros no Brasil, agora devido ao silêncio da lei 181. Ainda desta feita coube ao Itamaratí ser o porta voz do nosso pensamento nesse

(42)—Rodrigo Octavio, obr. cit. pag. 186

particular. Subordinando a matéria á reciprocidade consignou o Ministério das Relações Exteriores que não seria lícito supôr que o Brasil, dando aos seus Agentes no Exterior competência para celebrarem o casamento dos seus nacionais deixasse de reconhecer iguais direitos aos subditos das nações que reconhecessem a validade dos atos praticados pelos nossos representantes.

Em torno do casamento dos estrangeiros no Brasil vários outros problemas, além do da celebração e validade, têm surgido, merecendo a atenção da jurisprudencia, e deles trataremos oportunamente.

A NACIONALIDADE DA MULHER CASADA

Em contrário ao que terminou por aceitar o nosso direito, a primeira tendência que tivemos foi no sentido de atribuir á mulher a nacionalidade do marido. Apesar do silêncio da Constituição do Império foi essa, durante algum tempo, a opinião da doutrina, e da legislação. O primeiro ato official que conhecemos sobre a materia, no Brasil, é o Aviso do Ministerio da Fazenda, sendo ministro o Marquês do Paraná. Tem a data de 17 de abril de 1856. Nele se declarou que o consul português não podia arrecadar a herança de D. Rita Constança, viuva do Capitão brasileiro Joaquim Bonina, porque apesar de nascida portugêsa tomára a nacionalidade do ma-

rido. (43) Posteriormente Pimenta Bueno também esposou o mesmo ponto de vista, manifestando-se partidário, de acôrdo com a nossa legislação, da aquisição da nacionalidade do marido pela mulher. Veio em seguida a lei 1096 de 10 de setembro de 1860. Daria á questão, embora, talvez, sem o perceber, um aspeto novo dentro do nosso direito. E' que não atribuiria á mulher casada no Brasil a nacionalidade do marido, mas apenas, unificando o regimen civil da familia, a sujeitaria á condição do marido. Clovis Bevilaqua é de opinião que a lei era inconstitucional. (44) Parece-nos, porém, que a lei não feria a Constituição. A questão resume-se em saber se é possível alguém ter o seu estado civil regulado sem atenção e sem modificação da sua nacionalidade. Se o é — e na nossa opinião seria o caso da mulher casada uma exceção—não ha como inquirir a lei 1096 de inconstitucional. Foram, porém, muito longas as duvidas trazidas pela lei de 1860. Na Republica, antes do Codigo Civil, ainda foi objeto de controversias. E o Supremo Tribunal, em 1907, sustentou a sujeição da mulher à condição do marido sem perda na nacionalidade. (45)

No Imperio, mesmo depois da lei de que vimos tratando, o Govêrno ainda reafirmou o principio da

(43)—Azevedo Castro, *Covenções Consulares*, pg. 353

(44)—Clovis Bevilaqua, *obr. cit.* pag. 201

(45)—E. Espinola, *Direito Internacional Privado*, pg. 170

aquisição da nacionalidade do marido pela mulher casada. O Aviso de 31 de janeiro de 1869 determinou que D. Henriqueta Carolina Ferrão perdia o lugar de professora, que exercia, pelo fato de se ter casado com um cidadão português. (46) A tese não pôde deixar de sofrer as maiores reservas, pois contraria o que fôra taxativamente estabelecido pela Constituição sobre aquisição e perda de nacionalidade.

Com o Código Civil o debate foi encerrado: a mulher, pelo casamento, não sofre alteração na lei reguladora do seu estado. Rodrigo Octávio, no entanto, sentindo os inconvenientes da situação criada por essa orientação, teve ocasião de propôr ao Congresso Jurídico de 1922 fôsse o casamento considerado uma fôrma de naturalização para a mulher estrangeira que casasse com brasileiro, permitida a sua declaração de querer conservar a propria nacionalidade. (47)

OS FILHOS DE ESTRANGEIROS NASCIDOS NO BRASIL

Como já tivemos ocasião de vêr a propósito da lei 1096 os filhos de estrangeiros nascidos no Brasil sempre fôram motivo — até que afirmassemos plenamente a nossa soberania — de preocupações para o Govêrno, Ocasionava-as, principalmente, a divergên-

(46) - Pereira Pinto, Apontamentos, vol. IV, pag. 245

(47) -- E. Espinola, obr. cit. pg. 173.

cia existente entre a nossa Constituição e as dos países europeus, aquela adotando como norma geral o princípio dos jus soli e estas a estabelecerem o critério do jus sanguinis. Tal discordância deu origem a que os filhos de estrangeiros nascidos no Brasil tivessem frequentemente duas nacionalidades: a que lhes atribuía a Constituição do Brasil em virtude do lugar do nascimento, e a que lhes conferia (quando era este o caso) a Constituição do Estado de que era súdito o pai, em virtude do jus sanguinis.

Ainda em 1846, a Austria, Espanha e a Dinamarca, enviavam, sobre o assunto, uma nota ao Governo brasileiro. Respondeu-a o Conselho de Estado em nota de 7 de março do mesmo ano firmada por Bernardo Pereira de Vasconcelos, Francisco de Paula Souza, o Visconde de Mont'Algre e José Cesario Miranda Ribeiro, e na qual se mandou observar o § 1.º do art. 6.º da Constituição do Império, que, segundo o declarava o Conselho, era «imperativa e não facultativa.» (48)

A firmeza do Governo, expressa na nota acima, não bastou para evitar continuassem os seus representantes a quererem atribuir, mesmo dentro do território nacional, a nacionalidade dos pais estrangeiros aos filhos aqui nascidos. Assim é que o cônsul francês pretendeu arrecadar a herança de J. E. Chardon, francês, e que falecera deixando dois filhos menores nascidos no Brasil, fundamentando a sua atitude no fato de

(48) — Pereira Pinto, Apontamentos, Vol. IV, pg. 239.

serem francêses os referidos menores. Coube, porém, ao Visconde de Maranguape colocar a questão nos seus justos termos, mandando, pela nota de 4 de novembro de 1858, que fôsse cumprida a Constituição e afastada a intromissão do cônsul francês visto serem brasileiros os herdeiros menores.

Nem sempre pôde o Govêrno manter uma attitude de intransigência quanto á matéria. Muitas vezes tivemos, em atenção ás circumstancias da politica internacional, de adotar uma posição de sacrificio da nossa própria soberania. Assim em relação ao serviço militar dos filhos de estrangeiros nascidos no Brasil. Sobretudo quando registrados pelos pais nos consulados da sua nacionalidade, criava-se para êsses filhos de estrangeiros nascidos no Brasil uma situação de dupla nacionalidade, que apresentava sérios inconvenientes. É evidente que cabia ao Brasil mandar aplicar ao caso a lei territorial, que de nenhum modo poderia ser prejudicada. Não o permitia, porém, a nossa fraqueza. Por isso, antes que o assunto viesse a ser objeto de acôrdo com alguns países, mantivemos uma situação de retraimento, permitindo até para evitar choques maiores, deixasse de ser cumprida a lei brasileira que era a normalmente competente para regular a matéria, sobretudo no Brasil. Consequência dessa diretriz é o Aviso de 22 de agosto de 1876 e referente a Luiz Jorge Roth, filho de estrangeiro e nascidos no Brasil. O Aviso era do Ministerio da Guerra e mandava que fôsse isento do serviço militar. Tambem o Aviso de

1.º de agosto de 1884, tratando dos filhos dos colonos de Santa Leopoldina seguiu a politica de izenta-los do serviço militar, sobretudo quando estivessem registrados nos consulados respectivos. (49)

Quanto ao estado civil dos menores filhos de estrangeiros e nascidos no Brasil a lei, talvez para atenuar a situação que se criava com os frequentes casos de dupla nacionalidade e para não impôr de um modo violento a lei territorial, que deveria predominar, deu uma feição singular ao assunto, estabelecendo pela lei 1096 de 1860, que a lei reguladora do estado civil dos estrangeiros poderia «ser tambem aplicada ao estado civil dos filhos desses mesmos estrangeiros nascidos no Império durante a menoridade sómente». O princípio adotado, sem apresentar qualquer vantagem, ainda deixava o assunto entregue á opção entre a lei nacional do menor e a do pai, pois era facultativo reger-se ou não o estado civil dos menores pela lei nacional do pai. Sem resolver a questão a lei em apreço apenas procurava contornar a materia sem a coragem precisa para enfrenta-la e dar-lhe uma solução conforme aos principios gerais do direito. Ao envez disso, entretanto, preferiu-se uma solução tímida e que mais serviu para colocar os menores visados sob a tutela de duas leis, trazendo a incerteza quanto ao seu estado civil, do que para imprimir á questão um rumo seguro e definitivo. Além disso não se esclareceu a quem cabia êsse di-

(49) — Azevedo Castro, Convenções Consulares, pg.

reito de opção entre a lei nacional do menor e a lei nacional do pai, o que, em determinados casos, poderia trazer dificuldades, principalmente em relação á capacidade para contratar. Não há, pois, como deixar de censurar o sistema posto em vigor pela lei de 1860, que, felizmente, já deixou de produzir qualquer efeito.

CAPITULO III

O estrangeiro e as Constituições brasileiras

Marcos primaciais da evolução do sentimento jurídico e social do país, as Constituições brasileiras refletem as diversas fases por que tem passado o pensamento nacional em relação ao estrangeiro. Da Constituição do Imperio, de 1824, até á Carta outorgada em 1937, fôram varias as modificações sofridas pelo nosso nacionalismo, que ora se mostrou menos infenso aos filhos de outras terras, e ora os encarou com extrema desconfiança. Nas Constituições iremos encontrar com perfeita nitidez a marcha e o desenvolvimento da opinião brasileira de referênciã a este assunto. Se a Constituição do Império, como veremos adiante, quasi silencia sobre a situação juridica dos estrangeiros, bem diferentes foi a posição assumida nesse particular pela Constituição de 1934, onde se encontram bem vivas as marcas da nova orientação tomada em relação aos estrangeiros. A apreciação isolada de cada uma das Constituições que temos tido durante a nossa vida de nação independente dará idéã mais exata do modo por que se processou essa evolução.

A CONSTITUIÇÃO DO IMPÉRIO

A Constituição do Império, como já tivemos oportunidade de dizer, não conheceu o problema da situação jurídica dos estrangeiros. Apenas de referência aos direitos políticos tratou da matéria. Fê-lo, porém, dando mostra da diretriz liberal que orientava os seus autores. E tal era o seu modo de encarar a matéria que Rui Barbosa, máu grado o disposto no art. 179 da Constituição, que, apenas se referia aos «cidadãos brasileiros», não teve dúvida em sustentar que em face da Constituição do Império não era legítima a expulsão de estrangeiro.

Por disposição expressa da Constituição ao estrangeiro apenas era vedado suceder na Côrrea (art. 119) e ser Ministro. (art. 136). Para ser senador (art. 45, 1º) ou para pertencer ao Conselho de Estado (art. 140) exigia-se apenas ser «cidadão brasileiro». Estaria nessa expressão compreendido o naturalizado? A pergunta á primeira vista talvez pereça ociosa. Não o é no entanto, se atendermos ao art. 91, que assim dispôs:

«Tem voto nestas eleições primarias:

1º) Os cidadãos brasileiros, que estão no gôzo de seus direitos políticos.

2º) Os estrangeiros naturalizados».

Vê-se que neste artigo a Constituição fez uma evidente distinção entre os «cidadãos brasileiros» e os «estrangeiros naturalizados». Julgou necessario

mencionar uns e outros por achar que a primeira expressão não compreendia os últimos, apesar do artigo 6.º, n. 5, que, discriminando quais os cidadãos brasileiros, incluiu expressamente os estrangeiros naturalizados. Como, pois interpretar a Constituição nesse particular, atendendo a que ela ao mesmo tempo que estabelecia poderem ser «nomeados para o cargo de Ministro de Estado ou Conselheiro de Estado» os Senadores e Deputados (art. 29) dispunha que nenhum estrangeiro, mesmo naturalizado, podia ser Ministro e que para ser Senador bastava ser «cidadão brasileiro»? Quer parecer-nos, já que por amor à discussão levantamos a questão, que o art. 91 constitue uma flagrante falha de técnica legislativa, devendo o art. 136 ser considerado como uma exceção aberta ao art. 29.

Nesses parcos dispositivos se resume a atenção da Constituição do Império para a situação jurídica do estrangeiro. Não vão além dos direitos políticos. Isso, porem, não impediu que o silencio constitucional fôsse sempre interpretado como a equiparação do alienigena ao nacional, salvo nos casos em que se considerava em jôgo a propria soberania nacional. Assim, em materia de direitos civis foi estabelecida uma absoluta igualdade entre nacionais e não nacionais. Esta a norma do direito brasileiro durante a Monarquia e que a Republica ainda mais ampliaria.

A CONSTITUIÇÃO REPUBLICANA DE 1891

Destinada a ser a lidima expressão dos sentimentos liberais daqueles que haviam trabalhado pela proclamação da Republica, a Constituição de 24 de fevereiro de 1891 tornaria ainda mais explicito êsse nosso sentimento de fraternidade diante do estrangeiro.

Para isso o primeiro grande passo dado foi o art. 72 sobre a «Declaração de Direitos» e no qual se mencionou categoricamente o estrangeiro como participe das mesmas garantias concedidas aos nacionais:

«A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes:»

Apenas se exigia a condição da residência para a equiparação entre nacionais e estrangeiros, ressalvadas algumas exceções notadas por Barbalho. Tal disposição, principalmente na parte referente a expulsão de estrangeiros, foi motivo de largas controvérsias, que conforme vimos só terminaram com a Reforma de 1926.

Tratou a Constituição ainda do estrangeiro naturalizado, exigindo mais de quatro anos de cidadão brasileiro para ser Deputado e mais de seis anos

para Senador. Apenas para Presidente da Republica se exigia ser brasileiro nato. A concessão de tais direitos áqueles que se naturalizassem era uma prova de que o Brasil se dispunha a abrir inteiramente as suas portas aos que para aqui viessem trabalhar e se identificassem com os interêsses do país. Não tinhamos reservas para quantos quizessem cooperar no desenvolvimento da nacionalidade. Aos que se naturalizassem dava a Constituição, depois de certo tempo, todos os direitos políticos, exceto o de ser Presidente da República.

Adotando normas de tal liberalidade para com os estrangeiros collocavamo-nos—nota Barbalho— «no concerto das nações que têm nisto attendido aos votos da consciência juridica universal». Seguimos nesse passo a Constituição Argentina, que estabelecia dar aos estrangeiros «os beneficios da liberdade a todos os homens que queiram habitar o solo argentino».

Carlos Maximiliano considera o estatuto brasileiro «um dos mais liberais do mundo». E justifica a sua opinião mostrando que enquanto «quasi todos os outros amparam o cidadão contra os abusos do Executivo; o nosso protege tanto o nacional como o estrangeiro residente no país, contra qualquer dos poderes constitucionais».

Alias, do mesmo modo que Barbalho, Carlos Maximiliano tambem é de opinião que pôde ser expulso o estrangeiro, pois se «o brasileiro não pôde jamais ser desterrado para fóra do país (art. 80, § 2º,

nº 2), é um direito de soberania, reivindicado pelos povos mais livres da terra, o de expulsar o alienígena». Pensava o eminente constitucionalista que o estrangeiro podia ser privado da residência desaparecendo desse modo a sua equiparação ao nacional.

As exceções existentes na equiparação de nacionais e estrangeiros não impedem, porém a Constituição brasileira de 1891 fosse realmente uma das mais liberais do mundo e constituísse um motivo do orgulho da cultura jurídica do Brasil.

A REFORMA DE 1926

Não tardaria, porém, em se modificar o sentimento nacional para com o estrangeiro. Disso se incumbiriam as próprias circunstâncias da vida nacional. Procurado por grande número de emigrantes e capitais estrangeiros, estabeleceu-se dentro do próprio país uma concorrência entre os nacionais e estrangeiros na qual estes, dadas as suas condições de melhor instrução ou então as facilidades que lhes eram concedidas pelos capitais dos seus compatriotas, levaram sempre a melhor. Some-se a isso, em certos trechos do país, a arrogância do estrangeiro diante duma população mestiça e por êle considerada como inferior, e não será difícil descobrir a origem dos complexos que se fôram formando contra os que não eram nacionais. E o tempo faria com que cada vez mais se acentuasse uma generalizada desconfiança deante do alienígena, que passou, em regra, a

ser visto como o aventureiro inescrupuloso para quem os fins justificam os meios e a quem a latente desestima popular emprestou os mais asperos, os mais deshumanos sentimentos.

Não admira, portanto, que ao ser realizada a Reforma da Constituição, em 1926, fossem incluídos com o apoio de toda a nação dispositivos que restringiam a igualdade até então existente entre os nacionais e os estrangeiros residentes. Assim é que foi introduzido o § 33 do art. 72 e que encerrou a antiga discussão existente sobre a expulsão de estrangeiros. Ficou explícita a possibilidade de serem os alienígenas lançados fóra do país quando «perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica». Além dêsse, porém, outro dispositivo constitucional visaria os não nacionais. Foi o § 17 do art. 72, também adotado pela Reforma de 1926. É a seguinte a sua redação :

« § 17 . . . b) As minas e jazidas mineiras necessarias á segurança e defesa nacionais e as terras onde existirem não podem ser transferidas a estrangeiros ».

A política, que, então, apenas se esboçava, prosseguiria avançando sempre até alcançar o seu apogeu na Constituição outorgada em 1937.

A CONSTITUIÇÃO DE 1934

As forças de reação contra o estrangeiro e que há muito viviam em estado de latência no organismo nacional iriam encontrar na elaboração da Constituição

brasileira de 1934 o ambiente propício á sua plena afirmação. De toda a Constituição redigida após a revolução de 1930 resuma êsse espirito de desconfiança para com o estrangeiro e que havia conquistado largamente a intelligência do país. Sobretudo no campo político devia manifestar-se essa nova tendencia do espirito juridico da nação. Assim é que mesmo aos estrangeiros naturalizados era negada grande soma de direitos até então sempre reconhecidos áqueles que adotavam a nacionalidade brasileira. Aos brasileiros natos reservava-se o exercicio de várias funções polítticas e judiciarias tais como as de Deputado, (art. 24) Juiz Federal, (art. 80) Senador Federal, (art. 89) Ministro da Córte Suprema (art. 74), Procurador Geral da República (art. 95 § 1.º) até então permitidas aos estrangeiros naturalizados.

Além dessas, varias outras restrições foram impostas aos estrangeiros, estabelendo favores especiais aos nacionais, que em caso algum podem ser extraditados do Brasil a pedido de qualquer país. (art. 113, n.º 31).

Tambem no campo económico foram estabelecidas várias disposições tendentes a estabelecer uma situação de privilegio para os filhos do país. Assim o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, bem como das aguas a da energia hidráulica, cujas autorizações e concessões sómente a brasileiros podiam ser conferidas, nos termos do § 1.º do art. 119 e cuja redação é a seguinte:

« § 1.º — As autorizações ou concessões serão conferidas exclusivamente a brasileiros ou a emprêsas organizadas no Brasil, ressalvada ao proprietário preferência na exploração ou coparticipação nos lucros ».

Do mesmo modo as emprêsas jornalísticas :

« Art. 131 E' vedada a propriedade de emprêsas jornalísticas políticas ou noticiosas a sociedades anonimas por ações ao portador e a estrangeiros. Estes e as pessoas jurídicas não podem ser acionistas das sociedades anonimas proprietarias de tais emprêsas. »

Ainda no mesmo sentido é o art. 132:

« Os proprietarios, armadores e comandantes de navios nacionais bem como os tripulantes na proporção de dois terços, pelo menos, devem ser brasileiros natos, reservando-se tambem a estes a praticagem das barras, portos, rios e lagos. »

Encerra este ultimo artigo disposição que visa não só a proteção económica do nacional como a preservação de certos conhecimentos referentes a geografia nacional aos brasileiros natos. Não se pôde negar a sabedoria da medida, mas bem se pôde fazer o estudo comparativo entre as duas Constituições anteriores e esta de que nos ocupamos.

Dispositivo mais rigoroso e por isso mesmo ainda mais contrastante com a tradição do nosso direito é o do art. 133, que assim dispôs:

«Excetuados quantos exerçam legitimamente profissões liberais na data da Constituição, e os casos de reciprocidade internacional admitidos em lei, sómente poderão exercê-las os brasileiros natos e os naturalizados que tenham prestado serviço militar ao Brasil; não sendo permitida, exceto aos brasileiros natos, a revalidação de diplomas profissionais expedidos por intitutos estrangeiros de ensino.»

E' que a Constituição de 1934 não sómente pela negação de varios direitos políticos e o exercicio de determinadas funções a todos aqueles que não fossem brasileiros natos afirmou o seu espirito nacionalista. Foi sobretudo pela proteção economica do nacional, reservando-lhe o privilégio do exercicio de certos emprêgos ou estabelecendo a proporção em que devia figurar em serviços públicos, que a Constituição mais patenteou o pensamento altamente nacionalista que a inspirou. A essa orientação obedeceram os artigos 135 e 136:

«Art. 135—A lei determinará a percentagem de empregados brasileiros que devem ser mantidos obrigatoriamente nos serviços publicos dados em concessão, e nos estabelecimentos de determinados ramos de comercio e industria.»

Art. 136— As emprêsas concessionarias ou os contratantes sob qualquer titulo, de serviços publicos federais, estaduais ou municipais, deverão:

a) constituir as suas administrações com a maioria de diretores brasileiros, residentes no Brasil ou delegar poderes de gerencia exclusivamente a brasileiros;

b) conferir, quando estrangeiras, poderes de representação a brasileiros em maioria, com faculdade de substabelecimento exclusivamente a nacionais.»

Embora, pórem, aí estivessem pontos essenciaes do novo pensamento que orientava os Constituintes brasileiros, outros referentes á defesa nacional tambem assinalaram a mesma diretriz nacionalista. A estes podemos filiar o art. 166, que determinou o «predominio de capitais e trabalhadores nacionais» dentro de uma faixa de cem kilometros ao longo das fronteiras, e tambem a proibição da concentração de imigrantes em qualquer ponto do territorio da Uniao. São disposições que podendo passar despercebidas em outra Constituição devem ser olhadas dentro do sistema juridico brasileiro como marcos duma nova fase do pensamento nacional deante do problema dos direitos do estrangeiro. Apesar de se não poderem, em rigôr, classificar como normas reguladoras dos direitos dos não nacionais, elas fazem parte dum conjunto de dispositivos que revelam a evolução juridica do país nesse particular. Cercam o nacional de

privilegios ao mesmo tempo que, em certos aspéto, o fazem em função dos altos interesses da segurança nacional.

Dois outros itens da Constituição de 1934 merecem a atenção dos que a quizerem estudar nas suas relações com o estrangeiro. O primeiro deles atende a uma velha aspiração de justiça e visa evitar a repetição dum fato frequente na história do povoamento do país: o sacrificio dos desbravadores do interior brasileiro. É o art. 125 e que ficou assim redigido:

«Todo brasileiro que não sendo proprietario rural ou urbano, ocupar, por dez anos continuos, sem opposição nem reconhecimento de dominio alheio, um trecho de terra até dez hectares tornando-o produtivo por seu trabalho e tendo néle a sua morada, adquirirá o dominio do sólo, mediante sentença declaratoria devidamente transcrita.»

Aos basileiros reservou-se o beneficio de tão justo dispositivo.

Incorporando ao direito constitucional brasileiro, a norma que mandava regular pela lei brasileira a vocação hereditaria da sucessão dos estrangeiros casados com brasileira ou tivessem filhos sofreu uma pequena alteração:—seria derogada quando o estatuto do *de cujos* fosse mais favoravel ao conjuge ou aos orfãos brasileiros. (art. 134).

Os dispositivos que acabamos de examinar, e que não pôdem deixar duvida quanto às diretrizes visadas pelo legislador constituinte, não foram impedimentos a que, na mesma Constituição em que era facultado proibir a imigração «em razão da procedencia», figurasse o art. 113, que assegurou «a *brasileiros e a estrangeiros residentes no País* a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistencia, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: 1.º) Todos são iguais perante a lei. «A equiparação entre nacionais e estrangeiros ficava porem sujeita a tais restrições que já ninguém se animou a proclama-la. A propria Constituição opunha tais ressalvas à igualdade prometida, que se não viu no texto constitucional senão um gesto de cortezia. . . O Brasil não se podia esquivar da onda nacionalista que cada vez mais acentuava as fronteiras dos países, isolando os Estados e criando um ambiente generalizado de desconfiança entre os povos.

O rigorismo adotado pela Constituição de 1934 em relação aos estrangeiros rapidamente foi assimilado pelas Constituições dos Estados elaboradas após a revolução de 1930. É isso, talvez, sinal de que os princípios esposados sobre o assunto pela Constituição Federal correspondiam realmente ao sentimento da nação. Principalmente no campo dos direitos políticos foram reservadas para os brasileiros natos várias funções. Assim é que fazem depender da condição de ser brasileiro nato a elegibilidade para as Assembléas Estaduais e para Governador do Estado todas as Constituições: Amazonas (arts. 12 e 62 respectiva-

mente) Pará (arts. 5 e 33, letra a) Maranhão (arts. 13 e 53, letra a) Piauí (arts. 20 e 61 § 5º, 1) Ceará (arts. 5º e 29, e 1) Rio Grande do Norte (arts. 5º § Unico, letra a) 34 § 3º, letra a) Goiás (arts. 7 e 35, 1) Matro-Grosso (arts. 4 § 2º e 28) S. Paulo (arts. 4 § 2º e 26), Paraná (arts. 7 e 39), S. Catarina (arts. 5 e 37), Rio Grande do Sul (arts. 15 e 53), Minas Gerais (arts. 4 § 1º e 31), Baía (arts. 5, 1 e 27 1), Espírito Santo (arts. 14 e 35), Rio de Janeiro (arts. 3 § 1º e 28), Paraíba (arts. 14 e 44, § 2º), Pernambuco (arts. 11, 1º e 48 § 6º) Alagôas (arts. 11 e 47), Sergipe (arts. 17 e 35). Também exigem a condição de ser brasileiro nato para ser elegível Prefeito ou Vereador algumas Constituições dos Estados. Nesse rol temos as Constituições da Baía (art. 62, I), Espírito Santo art. 95), Paraná atr. 99), S. Catarina (art. 95, letra a), Goiás (art. 66), Mato-Grosso (art. 69), Piauí (art. 108, § 5º, letra a), Rio Grande do Norte (art. 80, § 2º, letra a), Amazonas (art. 115), Paraíba (art. 93), Pernambuco (art. 95), Alagôas (art. 190),

Outro cargo que varias Constituições Estaduais reservaram para os brasileiros natos foi o de Juiz de Direito.

Alem dos dispositivos que acabamos de enumerar, figuram nas Constituições de alguns Estados outros que melhor ficariam se inscritas na Carta Federal da qual, em alguns casos, são uma simples repetição. E' o caso das Constituições de Sergipe, S. Catarina e Mato-Grosso que nos artigos 107, 165 e 80, respectivamente, adotaram o mesmo principio es-

tabelecido no art. 125 da Constituição Federal e que dá, sob certas condições, o domínio do solo aos «brasileiros». A Constituição de S. Catarina, aliás, foi mais longe: usou a expressão «brasileiro nato».

Na questão da concessão de terras nenhuma Constituição foi mais categórica na sua afirmação de colocar o nacional numa situação de privilegio do que a do Amazonas. É dela o seguinte artigo:

«Art. 141, § 2.º — Aos brasileiros que pretendam localizar-se em terras amazônicas, serão sempre concedidas vantagens superiores às que forem deferidas, sob qualquer pretexto, aos alienígenas».

A Constituição de S. Catarina permitindo a inscrição dos professores particulares, cujas escolas fossem registradas no Departamento de Educação, no Montepio dos Funcionários Públicos (art. 160) reservou tal favor exclusivamente para os brasileiros.

Temos aí um esboço das principais normas traçadas pela Constituição Federal de 1934, e pelas Constituições dos Estados, depois elaboradas, de referência aos direitos dos estrangeiros no Brasil, inclusive aqueles que tenham, por naturalização, adquirido a nacionalidade brasileira. E mais uma vez podemos acentuar as modificações introduzidas no sentido de nos orientarmos para um nacionalismo, que mais se destaca quando posto em confronto com

a róta tradicional do liberalismo e dá fraternidade brasileira, que, em outros tempos, foram o apanágio da nossa cultura.

CAPITULO IV

Historico do Codigo Bustamante — O direito do estrangeiro no direito Americano

No estudo dos direitos do estrangeiro no Brasil não se pôde omitir a análise cuidadosa do direito internacional Americano codificado, pois muitas das suas normas estão hoje incorporadas ao nosso direito positivo. Disso a expressão mais alta é o Código Bustamante — a maior conquista do direito internacional privado — e obra paciente do idéalismo americano. Mas, para a sua compreensão, para o conhecimento da marcha seguida até se alcançar os elevados objetivos colimados, torna-se necessário o estudo histórico da Codificação do direito internacional na America. Por êle se verá, não só no campo do direito internacional público, como no direito internacional privado, tão intimamente ligados nessa questão dos direitos dos estrangeiros, o modo por que evoluiu o pensamento americano de referência aos estrangeiros.

A situação dos estrangeiros, no que se refere aos seus direitos, desde cêdo preocupou os Governos Americanos, pois, dadas as grandes correntes emi-

gratórias que se dirigiam para o Novo Continente foram frequentes as questões em que eram interessados individuos não nacionais. E, não só inspirado na sua própria tradição liberal como influenciado pelo Código Napoleão, o espirito americano foi encontrar na igualdade de direitos civis entre nacionais e estrangeiros a solução mais em acôrdo com os seus sentimentos. Assim é que ao se reunir, em 1826, o Congresso do Panamá convocado pelo génio de Bolívar, os plenipotenciários da Colómbia, da America Central, do Perú e dos Estados-Unidos Mexicanos, pelo artigo 24 do tratado que firmaram a 15 de julho, estipularam o seguinte:

«Se um cidadão ou cidadãos duma das Repúblicas aliadas preferir ficar no território de outra, mesmo sem mudar a sua qualidade de cidadão do país do seu nascimento ou que tenha adotado, esse cidadão ou os cidadãos gozarão igualmente, em qualquer território das partes contratantes onde residam, de todos os direitos e prerogativas dos naturais «do país no que se refere á administração da justiça e á proteção ás suas pessoas, bens e propriedades. Por conseguinte não lhes será interdito, sob qualquer pretexto, de exercer sua profissão ou occupação, nem de dispôr entre vivos ou por ato de última vontade os seus bens moveis ou imoveis como lhes convier, sob a condição de se submeterem

em todos os casos aos encargos e leis a que estejam sujeitos os naturais do país em que se encontrarem».

O pacto, embora se refira apenas aos nacionais de quatro Estados da America, já marca os rumos que seriam invariáveis na evolução do direito internacional na America. Bustamente assinalou que essa doutrina generosa se encontra com pormenores em várias convenções posteriormente assinadas na America. Disso são exemplos os artigos 1.º e 2.º do tratado de comércio e navegação que, em 1848, assinaram os representantes da Nova Granda, Equador, Perú, Bolívia e Chile, no Congresso de Lima; o tratado firmado no Congresso de Santiago do Chile, em 1856 pelo Chile, Perú e Equador; e o tratado de que foram partes a Bolívia, o Perú, Colómbia, Equador, Guatemala e Venezuela. (50)

Até á reunião da Conferencia de Lima, em 1877, nenhuma das conferências internacionais realizadas na America tinha tido a importancia alcançada por esse Congresso. Nela foi convencionado o primeiro tratado para estabelecer regras uniformes em matéria de direito internacional privado. E era tal a importância dada ao direito dos estrangeiros, que o artigo 1.º ficou assim redigido :

(50) — Bustamente. La Comission des Jurisconsultes de Rio Janeiro. Trad. Goulé. p. 100

«Os estrangeiros gozam na República dos mesmos direitos civis que os nacionais».

Não se fazia nenhuma restrição e nem sequer se sujeitava a matéria á reciprocidade.

A Codificação na America iria tomar novo impulso com a organização das Conferências Pan-Americanas, das quais a primeira se realizaria em Washington, em 1889. Nela não seria esquecida a matéria de que vamos tratando. Assinou-se a Convenção sobre «Os direitos dos estrangeiros», cujo artigo 1.º determinava que os estrangeiros gozavam dos mesmos direitos civis que os nacionais e devem fazer uso deles no fundo, fórma ou processo e recursos absolutamente dentro dos mesmos termos que os nacionais. Era a reiteração do mesmo ponto de vista anterior, que cada vez mais se precisava, ampliando-o e esclarecendo-o.

Novos fatos internacionais iriam, porém, fazer que as vistas da America, embora sem renegarem as conquistas já alcançadas em favor dos estrangeiros, se voltassem tambem para um outro aspéto da situação jurídica dos estrangeiros: os deveres dos Estados para com eles e os deveres deles para com os Estados.

Era que o imperialismo de certos Estados europeus, não compreendendo a generosidade da América para com os seus nacionais, desejava estabelecer verdadeiras situações de privilegio para os seus nacionais.

Era urgente opôr uma barreira ás reclamações diplomáticas indevidas, escreve Urrutia. (51) Caberia à Segunda Conferência Pan-Americana cuidar do assunto. Reunida no Mexico, em outubro de 1901. assinalou-se sobretudo pela proposta do representante brasileiro, o malogrado Dr. José Hijino Duarte Pereira, que havia recebido do Ministro das Relações Exteriores do Brasil instruções reservadas de que convem destacar o seguinte trecho:

«Não temos, felizmente, interêsses políticos em jogo, e a nossa situação será mais elevada sempre que o Brasil puder intervir para dissipar atritos e fazer triumphar as regras de direito».

«Neste terreno, muito pôde fazer o Congresso, e ele será digno de aplausos, se encerrar os trabalhos votando um «Codigo de direito Internacional Americano. Dele pôde ter iniciativa o Delegado brasileiro». (52)

De acôrdo com estas instruções o delegado brasileiro aprêsentou um projeto cujo artigo 1.º estipulava o seguinte :

(51) — Francisco José Urrutia. *Le Continent Americain et le Droit International*. p. 72

(52) — Eduardo Espinola e A. Marques dos Reis. *A Codificação do Direito Internacional. Separata das Pandectas*. p. 36

«A Comissão executiva da Secretaria Internacional das Republicas Americanas nomeará uma comissão de 3 juristas encarregados de organizar, no intervalo desta para a futura Conferencia, um Codig-o de Direito Publico Internacional e um Codig-o de Direito Internacional Privado, que rejam as relações entre os diversos países da America».

Aprovada, com modificações, a proposta brasileira quando já falecera José Hijino, a Conferência votou, entre outras, as Convenções sobre «os direitos dos estrangeiros» sobre «reclamações por perdas e danos pecuniarios». Ambas continham importantes dispositivos sobre os direitos dos estrangeiros, e não só sobre os direitos mas também sobre os deveres. Ratificára o artigo 1.º da Convenção de Washington acrescentando apenas esta restrição: «salvo o disposto pela Constituição de cada país», o artigo 2.º da primeira das convenções citadas definia a posição dos Estados signatarios perante os estrangeiros que buscavam os seus territórios, e declarava: «Os Estados não têm nem reconhecem a favor dos estrangeiros outras obrigações ou responsabilidades além das que se acham estabelecidas pela sua Constituição e por suas leis em favor dos seus nacionais». Por conseguinte os Estados não são responsaveis pelos danos sofridos pelos estrangeiros, por causa de atos faciosos ou de individuos particulares, e em geral dos danos causados por casos fortuitos de qualquer es-

pécie, considerando-se tais os atos de guerra, seja civil ou nacional, salvo nos casos em que a autoridade constituída haja sido remissa no cumprimento dos seus deveres». Com isso se visava criar uma situação que puzesse termo aos abusos ocorridos quanto a estrangeiros cujos Estados reclamavam do Estado em que se encontravam o resarcimento de danos pelos quais estes nenhuma responsabilidade poderiam ter. Eram fatos dos quais se encontravam «dolorosos exemplos na historia de algumas Republicas latino-Americanas». O texto da Convenção, porém, era feito de modo a não permitir qualquer dúvida. O artigo 3º submetia as reclamações dos estrangeiros aos tribunais ordinários do país e afastava a via diplomática que só em casos excepcionais poderia ser invocada. (53)

O tratado sobre as «Reclamações por perdas e danos pecuniarios» consagrou a arbitragem como o meio normal de se solverem os conflitos em que se não chegasse a uma solução amigavel, ao mesmo tempo que sugeria a escolha da Côte Permanente de Haya para as partes que a aceitassem para derimir os conflitos ocorridos.

Diante das duas convenções que acabamos de

(53)—Assinaram esta Convenção a Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Chile, Republica Dominicana, Equador, Estado Unidos da America, Guatemala, Honduras, Haiti, Mexico, Nicaragua, Paraguai, Perú, Salvador e Uruguai. O Brasil não assinou por ter falecido o seu representante, dr. José Hijino.

resumir é possível afirmar que em ambas se tinha evidenciado uma segura orientação do direito americano no sentido de fazer respeitada a soberania dos países no Novo Continente ao mesmo tempo que se reconhecia ao estrangeiro todos os direitos necessários ao pleno desenvolvimento das suas atividades, com a completa segurança da sua personalidade.

Não se deteve, entretanto, aí o esforço Americano para aperfeiçoar cada vez mais o seu sistema jurídico no campo internacional. Em 1906, no Rio de Janeiro, reunia-se a Terceira Conferência Pan-Americana, cujo maior título seria organizar uma comissão de juriconsultos para elaborar os projetos dos Códigos de Direito Internacional Público e Direito Internacional Privado. Como bem observou Alexandre Alvarez não se tratava duma comissão de simples juriconsultos ou de plenipotenciários, mas sim de juristas nomeados pelo respectivos Governos. (54) E o representante da Guatemala, insistindo por que cada vez mais se fixasse a matéria referente aos alienígenas, propôs que nos códigos a serem elaborados pela comissão criada pela Terceira Conferência Pan Americana fossem incluídas as matérias referentes a «definir claramente as condições, direitos e obrigações dos estrangeiros e fixar os requisitos que devem satisfazer as reclamações destes, para que se tornem admissíveis, quer resultem de contratos,

(54) A. Alvarez La Codification du droit International. p. 244.

quer resultem de danos e prejuizos causados por perturbações internas».

De acôrdo com os termos da Convenção de 1906 a Comissão de Jurisconsultos se deveria reunir no Rio de Janeiro em 1907. Motivos vários, entretanto, impediriam a reunião, que sômente em junho de 1912 se realizaria. O Govêrno brasileiro encarregára dois eminentes juristas da elaboração dos Códigos de Direito Internacional Publico e Direito Internacional Privado, aquele redigido pelo dr. Epitacio Pessoa, e este pelo Cons.^o Lafaiete Pereira, e que seriam apresentados pelo Brasil para servirem de base de estudos á comissão de Jurisconsultos.

O trabalho do dr. Epitácio Pessoa dedicava o capítulo V do Livro II á regularização da situação jurídica dos estrangeiros, estabelecendo as normas que deveriam, na matéria, vigorar no direito americano. Delas as mais importantes eram as contidas nos artigos 74, 75 e 76, que estavam assim redigidos:

«art. 74.—Os Estados teem o direito de estabelecer por meio de leis as condições de entrada e residencia aos estrangeiros no seu territorio.

§ Unico — Em tempo de paz todavia, poderão os nacionais de um Estado entrar no território de outro ou dele sair, com a sua fortuna e bens, independentemente de passaporte».

«art. 75. — Os nacionais de cada Estado, residentes no território dos outros, gozarão aí de todos os direitos civis que estes asseguram aos seus próprios nacionais, respeitadas as restrições porventura exaradas nas Constituições Políticas».

«art. 76. — Não obstante o disposto no artigo antecedente, é licito aos Estados, por motivos de ordem ou segurança pública, expulsar o estrangeiro domiciliado, residente ou simplesmente de passagem pelo seu território.»

O Código, nos artigos seguintes, ainda sobre a situação jurídica dos estrangeiros, traça as normas que devem ser obedecidas de referência á expulsão, sujeita-os a jurisdição e leis locais, ressalvadas as disposições do direito internacional público e privado, isenta-os do serviço militar e dos empréstimos forçados, imposto ou requisição militar, e manda estender-lhes as disposições que permitem a punição dos nacionais que tornem espontaneamente ao país depois de haverem cometido crimes especificados para esta hipótese pela lei nacional.

Tambem o Código elaborado pelo Cons^o Lafayette Pereira deu normas á condição dos estrangeiros, equiparando-o ao nacional para o gozo dos direitos civis, nos termos do artigo 6^o, que era o seguinte:

«art. 6º. — Os estrangeiros gozam dos mesmos direitos civis que gozam os nacionais, nos países em que têm domicílio, ou por onde passem ou onde residem; salvo exceção expressa em lei e os casos em que segundo princípios do Direito Internacional Privado, lhes são applicaveis as suas leis pessoais; podem, pois, livremente exercer-los e para os fazer valer, invocar a ação das autoridades e tribunais locais».

Em ambos os projetos se nota a indetentidade de vistas quanto ao gozo dos direitos civis pelos estrangeiros, que ficariam para estes efeitos equiparados aos nacionais, ressalvadas as normas constitucionais.

Apesar do esforço e do cuidado com que haviam sido traçados, os projetos brasileiros seriam afastados das cogitações da Comissão dos juriconsultos. Motivaria o fato uma proposta das delegações do Chile e da Argentina no sentido de ser nomeada uma comissão que, recolhendo as opiniões das varias delegações sobre as dificuldades expostas pela propria proposta e outras que seriam declinadas, estudaria até que ponto seria possível um acôrdo geral. A proposta fazia abstração dos projetos brasileiros, que desse modo—aprovada a proposta—ficaram virtualmente desprezados. (55) Novas comissões seriam

(55) — Bustamante. La Commission des Juriconsultes pag. 15.

nomeadas para um trabalho preparatório. Foram em numero de seis as designadas, e que se deveriam reunir em várias cidades americanas, ficando cada uma delas incumbida de determinada matéria. Dava-se preferencia a um trabalho fragmentado, em que o pensamento teria de aparecer sem a unidade necessaria, e que, mesmo para base de estudo, não poderia oferecer as vantagens dum trabalho global, uniforme, com uma unica orientação, como eram os valiosos projetos dos delegados brasileiros.

A' 5.^a Comissão, que se deveria reunir em Montevideo, com a presença de um delegado do Brasil, dois do Paraguai e um do Uruguai, ficou o estudo da capacidade e condição dos estrangeiros, e tambem o direito de familia e sucessões. Logo no Rio de Janeiro, a 27 de Julho de 1912 se reuniu a Comissão para a distribuição da materia entre os seus membros, cabendo aos delegados do Paraguai, drs. Euzebio Ayala Cecilio Báez a parte referente á capacidade e condição dos estrangeiros. Ao reunir-se a Comissão em Montevideo o delegado brasileiro, dr. Candido de Oliveira, apresentou um projeto sobre toda a materia que fôra confiada ao estudo da Comissão e no artigo 3.^o estabelecia que o direito internacional não conhece diferença entre nacionais e estrangeiros quanto ao gozo e aquisição de direitos civis ou de carater puramente privado, resolvendo os conflitos surgidos da concorrência de leis de países diversos sem atender á nacionalidade das partes interessadas. Ainda no artigo 6.^o das disposições pre-

liminares reafirmava gozarem os estrangeiros dos mesmos direitos civis concedidos aos nacionais do país onde estejam domiciliados, residentes ou de passagem.

A todos os esforços americanos para a breve codificação do direito internacional viria antepor-se um obstáculo intransponível; a guerra de 1914. Era como um hiato surgido na vida da civilização ocidental, que interrompia toda a sua atividade no sentido do domínio do direito sobre a força para dar lugar a profundas modificações e desconfianças entre os países e tornando inexecutável qualquer ação no sentido da codificação de normas de caráter internacional. Somente um longo período de paz poderia fazer que se restabelecesse a confiança no direito, permitindo que a ação dos juristas não fosse alguma coisa sem ressonância na opinião pública e limitada ao âmbito estreito das conferências, mas a concretização das esperanças e dos desejos das próprias nacionalidades, no sentido de serem as relações de caráter internacional reguladas por normas de direito positivo. E foi compreendendo essa situação que os Governos e os Institutos Americanos detiveram as suas atividades para só as retomarem quando fosse oportuno.

Essa oportunidade, entretanto, somente mais de dez anos depois se ofereceria, sendo marcada para março de 1923 a 5.^a Conferência Panamericana, que se reuniria em Santiago do Chile. O tempo decorrido e as modificações provenientes indicavam, porém, que já se não poderia retomar com bom êxito

as atividades interrompidas senão refundindo em novos moldes, e de acôrdo com as circunstancias criadas pelos acontecimentos que abalaram o mundo, quanto já se havia realizado até então no campo da codificação do direito internacional. Limitou-se por isso a 5.^a Conferencia Panamericana a um trabalho preparatório, indicando apenas os rumos e as medidas que se deveriam tomar para se atingir os objetivos visados. Foi dentro dêsse pensamento que o Conselho Diretor da União Panamericana, por proposta do seu Presidente, Charles E. Hughes, apresentada na reunião de 2 de janeiro de 1925, solicitou do Instituto Americano de Direito Internacional a sua cooperação na codificação do direito internacional. Aceita a solicitação que lhe era feita foi escolhida a cidade de Havana para servir de séde das reuniões que se deveriam realizar para estudo e coordenação da matéria a ser examinada pela Comissão de Jurisconsultos e por esta remetida á 6.^a Conferencia Panamericana.

No campo do Direito Internacional Público, dando preferencia ao sistema de Convenções isoladas sobre cada materia, a Comissão do Instituto Americano de Direito Internacional apresentou trinta projetos assinados pelos Snrs. James Brown Scott Alejandro Alvarez, Luiz Anderson, Pierre Hudicourt, José Matos, Rodrigo Octavio e Antonio S. Bustamante, e que deveriam servir para «a preparação de um Código de Direito Internacional Publico». Dentre êles

estava o de n.º 13 sôbre os «Direitos e deveres internacionais das pessoas naturais e jurídicas». O projeto apresentado adotava uma técnica até então desconhecida dos demais projetos e convenções existentes no direito internacional americano, especificando cada um dos principais direitos dos estrangeiros. Era esta a redação do art. 1.º do projeto:

«Art. 1º — Toda pessoa natural ou jurídica goza no territorio de cada uma das Republicas Americanas, principalmente, dos seguintes direitos:

1º—A liberdade de entrar no território de qualquer República Americana e de residir no mesmo sempre que observe as leis locais e os regulamentos de polícia, sem prejuizo das leis de imigração e do direito de expulsão;

2º—A inviolabilidade da propriedade, isto é, que ninguem pode ser privado do domínio ou de qualquer outro direito patrimonial, sem uma sentença judicial legalmente promulgada e mediante justa e previa indenisação;

3º—O direito de reunir-se e de associar-se para os fins que não sejam contrarios a constituição ou ás leis do país;

- 4º—A liberdade de imprensa;
- 5º—A liberdade de consciência;
- 6º—A liberdade de cultos;
- 7º—A liberdade de comércio, de navegação e de indústria, sempre que se observem as leis respectivas de cada República;
- 8º—Nenhum estrangeiro poderá ser julgado por tribunais que não sejam os reconhecidos como competentes pela lei da República onde resida e estabelecidos anteriormente à data dos delitos que se pretendam julgar; não poderá ser julgado sem processo legal e em virtude de uma lei promulgada anteriormente à data do fato de que é acusado, salvo se a nova lei for mais favorável».

A comissão não se contentára com as fórmulas gerais, suscetíveis de serem interpretadas ao sabor dos interesses, e inaugurava ou pretendia inaugurar no direito convencional americano uma nova técnica, mencionando cada um dos direitos que julgava essenciais ao pleno desenvolvimento material e moral do homem. Não era isso, aliás, novo ao sistema legislativo brasileiro, cuja Constituição de 1891 assegurava aos estrangeiros residentes no país direitos que mencionava expressamente. (art. 72)

Outra, porém, foi a orientação seguida pela comissão designada para estudar e elaborar normas de direito positivo para o direito internacional privado e constituída pelo Snrs. Antonio S. Bustamente, Rodrigo Octavio, José Matos e Eduardo Sarmiento Laspiur. Solicitada pelo Conselho Diretor da União Panamericana a preparar «um projeto ou série de projetos que compreendam os princípios e regras de direito internacional privado para serem considerados pela Comissão de Jurisconsultos» tratou a Comissão, reunida em Havana, de orientar os seus trabalhos no sentido de ser preparado um código e não uma série de projetos. Desse trabalho havia sido incumbido o eminente jurista prof. Antonio Sanchez de Bustamente y Sirven, cujo trabalho sofreu pequenas alterações por parte da comissão. E a 23 de dezembro de 1925 o Presidente do Instituto Americano de Direito Internacional, James Brown Scott, remetia á união Pan-Americana o projeto de Código Internacional Privado, que viria a ser aprovado pelas nações americanas sob a denominação de Código Bustamente, ao Presidente do Conselho Diretor da União Panamericana.

Antes de entrarmos no exame do projeto apresentado, na parte pertinente ao direito dos estrangeiros, convem ressaltar que sobretudo á habilidade com que se houve a Comissão de Havana se deve ter alcançado a America esse brilhante triunfo. Em primeiro lugar soube a Comissão contornar o grande obstáculo da codificação do direito americano e que era a questão da lei pessoal, procurando um sistema

capaz de conciliar os interesses e pensamentos em oposição, e que consistiu em não «impor um critério determinado que obrigue a certas nações a alterar a sua legislação interior, contra a sua tradição ou contra as suas convicções jurídicas, mas em deixar integro a cada Estado o direito soberano e independente de regular, como lhe pareça, os limites da sua competência legislativa, aplicando os demais Estados às relações jurídicas de caráter pessoal desses estrangeiros o direito que a nação de sua procedência indicou». Desse modo, dentro duma fórmula feliz, foi posto á margem êsse grande escolho que há muito embaraçava um entendimento geral sôbre a codificação, sobretudo quando se arraigaram pontos de vista como o dos juristas platinos, que na defesa integral do seu sistema, como diz Rodrigo Octavio, dão a «impressão de que se lhes obliterou no espirito o conceito da personalidade da lei». Alem disso, para facilitar a ação dos que tivessem de transformar o projeto em norma de direito positivo, obrigando todas as nações americanas que o subscrevessem, a Comissão fez acompanhar o projeto de um tratado destinado a pôr em vigor o Código Bustamante. Por último, ainda como medida destinada a afastar qualquer impedilho á codificação projetada, foi incluída no tratado a que nos referimos uma cláusula, que permitia a qualquer Estado sinatário formular reserva sobre um ou mais artigos do Código que não aceitassem e que não os obrigaria. São aspêtos, que poderíamos chamar de políticos, da codificação e que pela sua importância não devem ser esquecidos. Foi com eles

que se conseguiu a realização dum dos mais antigos ideais do direito americano e que pequenas dificuldades, resentimentos e intransigências, fizeram que fosse protelado durante tão largo tempo.

O projeto apresentado pelo Prof. Bustamante cuidou largamente da situação jurídica dos estrangeiros. Na introdução com que precedeu ao notável trabalho o eminente jurista declara que todas regras de um Código, «determinando os limites no espaço da competência legislativa dos Estados, necessitam assentar na presunção de que cada indivíduo pode, exercer fóra do seu país direitos de diversas ordens isto é, na suposição de que a convivência jurídica dos Estados impõe a igualdade civil de nacionais e estrangeiros, completada pela segurança política, idêntica para uns e outros». (56) Em seguida, classificando os direitos do homem dentro do Estado, divide-os em sociais e políticos e subdivide aqueles em voluntarios e necessários e estes em público e civicos, mostrando que aos estrangeiros sómente estes últimos, os civicos, pôdem ser negados, constituindo justamente a «barreira que separa o nacional do estrangeiro e que reduzida aos seus verdadeiros limites, não se opõe de modo algum á igualdade de gozo dos direitos civis e á idêntica segurança política». (57) São suficientes êsses dois trechos para se aquilatar da importância do estudo dos direitos dos

(56) — Eduardo Espinola e A. Marques dos Reis, obr. cit. pag. 359.

(57) — Idem.

estrangeiros no conhecimento do direito internacional privado.

Logo no Título Preliminar do projeto foi traçada a situação jurídica dos estrangeiros, dispondo os artigos 1 e 2 do seguinte modo :

«Art. 1 — Os estrangeiros que pertencem a qualquer dos Estados contratantes gozam, no território dos demais, dos mesmos direitos civis que se concederem aos nacionais».

«Cada Estado contratante pôde recusar por disposição legislativa o gozo de um direito civil aos estrangeiros em cujo Estado não se outorgue, presentemente ou no futuro, esse direito aos nacionais do primeiro».

«Art. 2 — Os estrangeiros que pertencerem a qualquer dos Estados contratantes, gozarão também no território dos demais da segurança política idêntica a dos nacionais, salvo as limitações que em cada um estabeleça a constituição» :

«A segurança política idêntica não se entende, salvo disposição especial na legislação interna, ao desempenho de funções públicas e ao direito de sufrágio».

O texto dos artigos acima mencionados, que poderá parecer ao observador menos avisado a repetição ou consagração das normas anteriormente adotadas pelo direito internacional americano, vem, entretanto, oferecer um aspéto inteiramente novo, que é a parte final do art. 1.º. É que, depois da afir-

mação solene da igualdade entre estrangeiros e nacionais no gozo dos direitos civis, o projeto, para se não afastar da realidade, estabeleceu a fórmula, a maneira por que aos estrangeiros seriam negados certos direitos civis sem a violação do Código que se ia votar. Como notou o Prof. Bustamante, apesar das declarações iniciais do art. 1.º «é inegavel que certos direitos civis podem ter uma estreita ligação com interesses públicos, e a legislação nacional os concebeu ou regulamentou de modo que eles não apresentam êsse aspéto. A título de exemplo, indiquemos a pesca nas aguas territoriais, o comércio de cabotagem, a propriedade de certas categorias de minas, o gozo e a exploração de determinados serviços públicos». (58)

Dentro desse pensamento o eminente autor do projeto agiu em absoluta harmonia com a realidade e de modo a permitir que nenhum Estado fosse privado desse direito, muitas vezes essencial a sua existencia, de retirar dos estrangeiros certos direitos civis ou siquer obrigado a procurar modos para iludir a igualdade que sempre se prometeu, mas que raramente se terá concedido plena e lealmente.

Decorrente ainda da igualdade entre nacionais e estrangeiros é o artigo 317 do projeto, determinando que «nenhum Estado contratante organizará ou manterá no seu territorio, tribunais especiais para

(58) — Bustamante. La Commission des Jurisconsultes. Trad. Paul Goulé. p. 103

os membros dos demais Estados, contratantes», assim como o artigo 319, que estipulou não se puder basear o competência internacional *rationae personae* «na condição de nacionais ou estrangeiras das pessoas interessadas».

As principais normas relativas ao estrangeiro e contidas no projeto Bustamante; que deveria ser submetido ao estudo da 2.^a Conferência de Jurisconsultos, a realizar-se no Rio de Janeiro, e aprovado pela Comissão reunida em Havana por designação do Instituto Americano de Direito Internacional na sua sessão de Lima.

Antes da reunião da Comissão dos Jurisconsultos, no Rio de Janeiro, efetuou-se a sessão do Instituto Americano de Direito Internacional, em Montevideo, em março de 1927, e de cujo programma de trabalhos constava a apreciação dos projetos de Direito Internacional Público e Privado elaborados em Havana pelo Comissão nomeada em Lima. Iniciada a sessão foi julgado, entretanto não ser conveniente a apreciação dos referidos projetos desde que iam ser dentro de pouco tempo submetidos á apreciação, talvez dos mesmos juristas, na Reunião do Rio de Janeiro, embora a sessão de Montevideo tivesse carater particular e a do Rio de Janeiro congregasse representantes dos governos americanos (59). Outras matérias foram, então, tratadas sendo apre-

(59) — Rodrigo Octavio. A Sessão de Montevideo do Instituto Americano de Direito Internacional, in *Pandectas (Separata)* - A Codificação do Direito Internacional. p. 381.

sentada pelo dr. L. A. Podestá Costa uma iniciativa no sentido de ser codificada a matéria referente á responsabilidade do Estado por danos sofridos pelos estrangeiros, e que deveria ser levada á apreciação da Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro. Aprovada, a proposta do jurista argentino veio a se converter no «Projeto sôbre a responsabilidade do Estado por danos á pessoa e aos bens de estrangeiros». O projeto começa determinando que os Estados deviam conceder aos nacionais e aos estrangeiros o gozo dos direitos essenciaes á vida (inviolabilidade da pessoa, de consciencia, de domicilio e de correspondência) e aos bens (possibilidade de adquirir e dispôr do produto do trabalho.), cabendo á Constituição de cada Estado determinar a fórma e processo que devem assegurar tais direitos. Em relação aos danos, o projeto obedecia aos següintes principios: a)—O estrangeiro fica submetido preferentemente á legislação e jurisdição local antes da internacional, pela qual a responsabilidade do Estado, nos casos em que existisse, antes de direito interno e só subsidiariamente de direito internacional. b)—Os danos sofridos pelos estrangeiros seriam classificados em danos singulares, quando visassem determinadas pessoas, e gerais, quando produzidos sem ter como objetivo pessoa ou cousa determinada. c)— Os danos singulares produzem a responsabilidade do Estado quando oriundos de fatos ilícitos provenientes da execução de mandatos dos poderes públicos ou de atos dos funcionarios ou agentes da administração em exercício do seu cargo e dentro da sua jurisdição,

ficando, porém o Estado isento de responsabilidade quando os atos são praticados por indivíduos rebeldes, salvo se o prejudicado provar que o fato se verificou por culpa das autoridades. d) — Os danos gerais não acarretam a responsabilidade do Estado. e) — E' imediata a responsabilidade do Estado quando o estrangeiro prejudicado é alheio á sorte do país, seja porque venha ser excluído violenta ou injustamente pelas autoridades (expulsão ilegal do estrangeiro ou ataque contra êle pela sua qualidade de estrangeiro ou de determinada nacionalidade) ou porque seja alheio a sorte comum dos habitantes (Chefes de Estado, agentes diplomáticos, ou consulares, tripulantes de navios de guerra, depredações no mar livre por navios rebeldes, ou fóra das fronteiras terrestres por incursão de forças ou queda de projetis).

O assunto já havia sido tratado anteriormente nas Conferências Pan-americanas do Mexico, Rio de Janeiro e Buenos-Aires, mas em nenhuma delas se havia encarado a matéria com a clareza e a coragem com que o fez o jurista argentino, que nela se especializára. Ao envez da solução fácil da remessa dos casos surgidos referentes a danos, sofridos por estrangeiros para o Tribunal de Arbitragem de Haya — que embora representando um avanço no sistema jurídico americano, constituia uma diminuição para o direito dos Estados americanos — o projeto Podestá Costa sujeitava os casos ocorrentes a legislação interna do país onde se verificasse o fato, e só excepcionalmente intervinha o direito internacional. Além disso era a matéria sistematizada, definindo-se com firmeza os

casos em que havia ou não responsabilidade do Estado para com o estrangeiro, que houvesse sofrido qualquer dano.

Submetido, porém, á Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro não logrou a iniciativa Podestá Costa se converter em um dos 12 projetos de Direito Internacional Público aprovados pela Comissão.

Não deixou, entretanto, de ser objeto de exame pela Comissão a situação jurídica dos estrangeiros, sendo elaborado o projeto sobre a «Condição dos estrangeiros».

Realmente, inaugurados os trabalhos da Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro a 18 de abril de 1927 pela palavra do insigne ministro Octavio Mangabeira, cuidou a Comissão de imprimir ás suas sessões o máximo de eficiência. Para isso muito influuiu a proposta do ilustre delegado do Perú — o Ministro Victor Maúrtua-no sentido de serem os trabalhos divididos por quatro sub-comissões, dentre quais uma incumbida de estudar os assuntos referentes ao Direito Internacional Publico e outra destinada ao exame dos problemas de Direito Internacional Privado. A primeira dessas comissões escolheu para preparar os seus trabalhos um «Comité» composto dos srs. Epitacio Pessoa, James Brown Scott, Saavedra Lamas, Cesar Salaya, A. Alvarez e Julio Bastos e á qual coube examinar não só os projetos aprovados em Montevidéo e elaborados em Havana, como aqueles que haviam sido apresentados na capital do Uruguay, e dentre os quais são de destacar o pro-

jecto do jurista Podestá Costa e os do dr. Epitacio Pessoa e do dr. A. Alvarez, servindo esse vasto material levado á apreciação da sub-comissão de base aos estudos que procedeu. Pertinente aos estrangeiros foi aprovado o Projeto de Convenção N.º 3 sobre a «Condição dos Estrangeiros.» e que começava por dar aos Estados o direito de regularer por leis as condições de entrada e residencia dos estrangeiros em seu territorio. Concedia aos nacionais de cada Estado que se encontrassem no território de outro o gozo de todas as garantias individuais e de todos os direitos civis que o Estado assegura aos seus nacionais, embora reserve ao Estado o direito de expulsão, que deve ter as suas condições estipuladas em lei. O artigo 4º, que submete os estrangeiros, assim como os nacionais, á jurisdição e ás leis locais, «sob reserva das limitações expressas estipuladas nas convenções e tratados», como nota Bustamante, (60) deve ser entendido apenas como referente ao Direito Internacional Público, pois se estendido o seu texto ás questões de Direito Internacional Privado produziria a derrogação de princípios básico desse departamento de direito, trazendo além do mais uma perigosa confusão. O projeto isentava os estrangeiros do serviço militar, mas permitia o seu recrutamento para prestarem serviços de polícia, bombeiros ou agente para protegerem o local do seu domicilio contra catastrofes ou perigo não provenientes da

(60) — A. S. Bustamante, La Comission des Jurisconsultes. p. 202.

guerra, obrigando-os, além disso, a contribuírem para os empréstimos forçados, salvo se destinados a apoiar atos contra a sua Pátria e se absterem de atividade política própria dos nacionais.

Eram princípios já aceitos pela doutrina ou pelos tratados internacionais não oferecendo, no fundo, nenhum aspeto original.

A' Comissão de Direito Internacional Privado estava destinado, porém, um papel de maior relevo, cabendo-lhe opinar sobre o Código redigido em Havana pela Comissão designada pelo Instituto Americano de Direito Internacional, e no qual se reafirmava a mesma orientação do direito americano em relação ao estrangeiro, equiparando-o ao nacional no gozo dos direitos civis a estes concedidos.

Provocou, porem, debates a redação que havia sido dada ao artigo 1.º do projeto apresentado pelo Instituto Americano á União Panamericana, por julgarem que traduzia os sentimentos liberais da America e por pensarem outros que era uma expressão reacionaria. Era a seguinte a redação do projeto do Instituto: «Os estrangeiros que pertencerem a um dos Estados contratantes gozarão, no territorio dos demais dos mesmos direitos civis que aqueles concedidos aos nacionais. Cada Estado contratante pôde recusar por disposição legislativa o gozo de um direito civil ao estrangeiro de cada Estado, si esse direito é recusado atualmente ou no futuro aos nacionais do primeiro.» Nela o primeiro ponto a notar é a apparencia de reciprocidade que contem, mas que, em realidade, como

faz resaltar o seu autor, é tão sómente a possibilidade da represalia ou retorsão por parte do Estado que vê recusado aos seus nacionais certos e determinados direitos. Quanto ao outro aspéto suscitado —o da liberdade ou reacionarismo da norma adotada em relação ao estrangeiro—Bustamente, defendendo o seu ponto de vista, mostra diferença sutil, mas real, que existe entre gozo e exercício de direitos civis, opinando porque se mantenha íntegro êsse aspéto da soberania, permitindo mesmo as represalias que possam acarretar e que seria injusto pretender impedir ou desconhecer. E' que, como já tivemos oportunidade de observar, não sendo possível pretender uma igualdade absoluta entre nacionais e estrangeiros no gozo de direitos civis—tantos são dentre estes aqueles intimamente ligados aos interêsses publicos e apenas concedidos aos nacionais—tambem não é possível formular uma norma em que se declare, inicialmente, a desigualdade entre nacionais e estrangeiros, pois implicaria na applicação da lei estrangeira e na inexistencia dos problemas de limites no espaço da competencia legislativa. Fruto da discussão travada em torno da questão foi ser modificada a parte final do artigo 1.º, que ficou assim redigida: «Cada Estado poderá, por motivos de ordem publica, recusar o exercício de determinados direitos civis aos subditos dos demais Estados contratantes, ou subordinar o gozo desses direitos a certas condições especiais, podendo nesses casos estes Estados tambem recusarem o exercício desses direitos aos subditos dos outros contratantes.» A nova formula aprovada pela Comissão de

jurisconsultos oferecia, inicialmente, aos estrangeiros a segurança de que sómente por motivo de ordem pública lhe seriam negados certos direitos civis concedidos aos nacionais, ao passo que a redação apresentada pelo Instituto deixava ao criterio exclusivo do Estado a recusa aos subditos dos demais Estados contratantes do gozo de qualquer direito civil, sem que essa recusa fôsse submetida a qualquer restrição ou condição. Além disso permitia que o gozo de certos direitos civis por parte dos subditos dos Estados contratantes fosse subordinado a condições especiais, podendo em ambos os casos os Estados cujos subditos eram privados de direitos civis applicarem normas de represália. Não há dúvida que a redação primitiva dava aos Estados contratantes uma capacidade de ação no cerceamento de direitos aos estrangeiros que os poderia levar, insensivelmente, a abusos que tornassem letra morta as conquistas até então feitas nesse terreno do direito internacional privado. E isso quando é do espirito atual da legislação internacional que só excepcionalmente são negados aos estrangeiros os direitos civis concedidos aos nacionais. Daí a vantagem apresentada pela redação da Comissão de Jurisconsultos, que obriga os Estados a justificarem as restrições feitas aos direitos dos estrangeiros com imperativos de ordem pública, cujos limites são já, mais ou menos, definidos no campo internacional.

O artigo 2.^o é como que um complemento do 1.^o, tendo sofrido por parte da Comissão de Jurisconsultos simples modificações de forma. Nele se

concedeu aos estrangeiros garantias idênticas às concedidas aos nacionais, pois de nada valeria a igualdade atribuída entre alienígenas e nacionais se se não cercasse essa igualdade de segurança, de garantias de ordem pública, capazes de assegurarem a plena eficácia desse equiparação. Exceuíam-se as limitações constitucionais e, de referência aos direitos políticos, salvo disposição em contrario da legislação interna, o desempenho de funções públicas e o direito de sufrágio.

Não se esqueceu também o projeto de dividir as leis dos Estados contratantes em três classes, «para o exercício dos direitos civis e das garantias individuais». As que se aplicam as pessoas em razão do seu domicilio ou de sua nacionalidade e a seguem mesmo no estrangeiro, sendo denominadas pessoais ou de ordem pública interna. As que obrigam a todos que permaneçam no territorio do Estado, que são de ordem pública internacional. E, por ultimo, as que apenas se aplicam pela vontade ou interpretação das partes contratantes, e denominadas voluntarias ou de ordem privada.

O projeto determinava ainda que as normas constitucionais eram de ordem pública internacional e que todas as regras de proteção individual e coletiva, estabelecida pelo direito político ou administrativo são também de ordem pública internacional, salvo se a própria norma estabelece o contrario.

No artigo 7.º, porém, estava o ponto nevrálgico dos trabalhos da Comissão. Era a velha questão da

lei pessoal e que já tanto embaraçara os trabalhos americanos de codificação devido a intransigência dos dois grupos formados e que defendiam com ardor desusado as suas convicções doutrinárias. A fórmula de transação adotada pelo projeto do Instituto Americano fôra assim redigida:

«Cada Estado contratante aplicará aos nacionais dos outros as leis de ordem pública interna do seu domicílio ou de sua nacionalidade, segundo o sistema adotado pelo estado a que pertençam».

Contra tal redação se bateu Bustamante, mostrando os inconvenientes que acarretaria, sobretudo pela omissão de múltiplas hipóteses, que poderiam facilmente ocorrer. Duas novas fórmulas foram então trazidas a debate: uma elaborada na reunião de Montividéo do Instituto Americano, e outra do delegado uruguayo José Pedro Varela. A estas o Prof. Bustamante opôs três fórmulas de conciliação, de redação diferente, mas que no fundo tinham o mesmo objetivo de fazer que cada um dos Estados contratantes mantivesse íntegra a sua legislação interna nesse particular. Não era fácil, porém, mesmo dentro desse pensamento de inalterabilidade das normas de cada Estado, conseguir o apoio de todas delegações para uma declaração expressa em favor de qualquer fórmula conciliatória. E, foi diante dessa dificuldade, e afim de evitar a parada dos trabalhos da Comissão, que, após a intervenção do delegado argentino, dr.

Saavedra Lamas, que, segundo o testemunho de Bustamante, não acreditava, nem estava disposto a que se votasse um código completo na reunião do Rio de Janeiro, se resolveu passar adiante, deixando para depois o debate da questão que tanto apaixonava. Não demorou, entretanto, que se tornasse ao assunto, sendo então aprovada a 2.^a das formulas apresentadas pelo Prof. Bustamante e que tinha a seguinte redação:

«Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicilio ou as da nacionalidade, conforme o sistema que adotar ou vier a adotar a sua legislação interna.»

Podia-se dizer que a codificação americana internacional havia nesse momento atravessado o seu Rubicão. E o fazia numa fórmula ampla e feliz, em que poderiam caber tanto os domiciliados no Estado que tivesse de aplicar a lei pessoal como aqueles que se achassem fóra das suas fronteiras.

Por último, mas já fóra das «Regras gerais», o código, tratando da situação jurídica dos estrangeiros, como já tivemos ocasião de referir, vedava a existência de tribunais especiais para o julgamento dos nacionais dos Estados contratantes, (art. 315) assim como basear-se a competência «rationae materiae» e «rationae personae» na condição de serem ou não estrangeiras as pessoas interessadas, com prejuizo destas. (art. 317)

Aprovado pela Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro o projeto de Código de Direito Internacional Privado foi remetido à 6ª Conferência Panamericana, que se realizou em Havana, em 1928, e cujos trabalhos pertencem, não ao histórico, mas à situação presente do direito internacional privado na America.

Bastaria que nos detivessemos aqui para se vêr o progresso feito pelo direito americano em relação aos direitos dos estrangeiros. Atravez o um largo periodo de esforços e de observação conseguimos dar às normas jurídicas pertinentes aos alienigenas uma exatidão e uma claresa que só é possível conseguir com o auxilio do tempo. Desde a norma referente ao gozo dos direitos civis pelos estrangeiros, em que nos afastamos das redações amplas e utópicas — distanciadas das realidade — até á consecução duma fórmula de conciliação para as doutrinas do domicílio e da nacionalidade, tudo representa um grande avanço da codificação do direito internacional privado americano, que se afirma como uma das maiores conquistas da intelligencia contemporânea. Aos estrangeiros, dentro de normas claras e verdadeiras, se concederam os mais amplos direitos sem que fossem esquecidos os interesses dos Estados nas atuais contingências da humanidade, mas também os defendendo quanto possível, contra o desrespeito aos

direitos que lhe são assegurados. Esse o espírito preponderante do projeto Bustamente em face dos estrangeiros:

Não se prometeu muito, mas se prometeu com honestidade.

CAPITULO V

A Constituição outorgada em 10 de Novembro de 1937 e os estrangeiros

Em face da legislação vigente no país tem sofrido profundas modificações a situação do estrangeiro dentro do direito brasileiro. Sob os influxos da Constituição outorgada em 1937, após a dissolução do parlamento, e do Código Bustamante, que regula todas as relações de direito internacional privado entre os súditos dos Estados signatários, verificaram-se essas transformações. Em quatro fontes, principalmente, deveremos ir buscar os dispositivos legais que regulam a situação jurídica dos estrangeiros no Brasil: a Constituição outorgada em 10 de novembro de 1937; o Código Civil, o Código Bustamante, e a Convenção Panamericana sobre a condição dos estrangeiros (Decreto n.º 18.956, de 22 de outubro de 1929) que são, para o estudo dos direitos atuais dos estrangeiros no Brasil, normas de direito positivo de maior relevo.

A CONSTITUIÇÃO OUTORGADA EM 10 DE
NOVEMBRO DE 1937 PELO SR.
GETÚLIO VARGAS

A Constituição outorgada pelo sr. Getúlio Vargas em novembro de 1937 pouco se desviou da róta seguida pela Constituição de 1934 de referência aos direitos dos estrangeiros, sendo de notar que vários dispositivos foram mantidos sem qualquer alteração. Assim, é que de referência aos direitos políticos passivos foi mantida a exigência de ser brasileiro nato o seu pretendente quando se tratasse do Presidente da República ou membro do Parlamento e do Conselho Federal anunciado.

Quanto ás restrições de caráter civil foram conservadas as já existentes na Constituição anterior. Dentro desse criterio não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como ás pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos», (letra g, n.º 15, art. 122). E' esta uma das exceções abertas á igualdade de direitos entre nacionais e estrangeiros. Aliás a Constituição apenas assegurou «aos brasileiros e estrangeiros residentes no país o direito á liberdade, á segurança individual e a propriedade, *nos termos seguintes:*» Bem se vê que na Constituição se não acenou com uma igualdade impossível de ser

realizada dentro do espirito de nacionalismo, de desconfiança, em que vivem os povos.

Além dessa muitas outras restrições são impostas aos estrangeiros no campo dos direitos civis, devendo-se salientar as relativas aos bancos de depósitos e companhias de seguro, que só poderão funcionar no Brasil se forem brasileiros os seus acionistas. (Art. 145) Aos brasileiros natos se conservou o privilegio de serem proprietários, comandantes e armadores de navios nacionais, assim como a praticagem das barras, portos, rios e lagos, bem como comporem dois terços da tripulação dos navios nacionais. (art. 149). Também ao brasileiro, dentro de determinadas condições, se reservou o direito de adquirir o domínio de certa área de terra por ele cultivada.

Se, entretanto, nenhuma modificação existe nos dispositivos até aqui mencionados, em confronto com a Constituição de 1934, o mesmo não acontece com o estatuido em relação ao aproveitamento industrial das minas e jazidas minerais, das aguas e da energia hidráulica, ainda que de propriedade privada, que depende de autorização federal. E' que enquanto o § 1.º do art. 119 da Constituição de 1934 dispunha que as autorizações ou concessões só deveriam ser conferidas «exclusivamente a brasileiros ou a empresas organizadas no Brasil», o § 1.º do art. 143 da Constituição de 1937 — talvez devido a pressa com que foi confeccionada — quebrou a expressão imperativa e exclusivista usada pela Constituição anterior,

declarando que a «autorisação poderá ser concedida a brasileiro ou empresas constituídas por acionistas brasileiros». Por que não seguiu a Constituição a mesma técnica anterior, afastando dúvidas e afirmando de modo peremptório, categórico o seu desejo de sómente conceder aos nacionais ou a empresas organizadas no Brasil a autorisação para o aproveitamento industrial das minas, jazidas minerais; quédas d'agua e da energia hidráulica? Tê-lo-á feito positivamente, afim de tornar anódino o texto constitucional, ou será um simples esquecimento da claresa e da precisão que devem ter as leis? Desde que a Constituição estabeleceu que a autorisação poderá ser concedida a brasileiro, nada impede que também o seja a qualquer estrangeiro, pois de nenhum modo estaria violado o texto constitucional com tal concessão. A concessão a brasileiro ou empresa organizada no Brasil deixou de ser regulada por um dispositivo obrigatório para ser tratada por uma norma facultativa, que poderá ou não ser atendida por aquele a quem incumbir a sua aplicação. Em matéria de tal relevância, porém, é fácil compreender quanto há-de inconveniência, de prejuizo, na imprecisão da forma dada pelo legislador ao seu pensamento. Mas, o que não há como contestar é a diferença existente entre as expressões claras e precisas da Constituição de 1934 e a redação vacilante, duvidosa, ambígua, da Constituição vigente, qualquer que seja a interpretação que se queira dar á norma de que nos ocupamos.

O uso da expressão «poderá ser concedida» envolve a lei de evidente caráter facultativo, que será bastante para trazer sérios embaraços a sua justa interpretação, restando apenas aguardar-se que o tempo e a hermenêutica oficial venham a dar o sentido exato do texto constitucional.

Outro dispositivo que deve merecer uma análise cuidadosa é o que se refere a sucessão de estrangeiros. Encerra o art. 152, que regula a matéria na Constituição outorgada em 1937, o mesmo espírito da Constituição de 1934, que, modificando, em parte, o artigo 14 da Introdução ao Código Civil, determinou fosse aplicada a lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cuius*. O dispositivo, em primeiro lugar, incide na mesma crítica feita por Clóvis Beviláqua ao artigo 14, parte final, do Código Civil, mostrando que da orientação tomada pelo direito brasileiro poderia advir o inconveniente da quebra da unidade da sucessão, o que se verificaria quando o estrangeiro nas condições previstas pelo código viesse a falecer no estrangeiro, onde era domiciliado, pois o Juiz estrangeiro, naturalmente indiferente as disposições do nosso direito, veria não cumprida no Brasil a sua sentença sobre a sucessão. O mesmo se daria em relação ao estrangeiro que nas condições previstas deixasse bens no estrangeiro, pois, no caso, a sentença do Juiz brasileiro é que não seria cumprida em relação a estes

bens. (61) A crítica parece-nos procedente, embóra dela divirja Carvalho Santos, que acha justo o princípio, que fôra estabelecido pelo nosso Código Civil. (62) Até aí, entretanto, se trata de simples orientação doutrinária, competindo ao legislador brasileiro escolher o princípio que lhe parecesse mais em acôrdo com as nossas conveniências, e a nossa tradição. Firmado o princípio de prevalecer a lei nacional em favor do cônjuge brasileiro é dos filhos do casal, sempre que não lhes sejamais favoravel o estatuto do *de cuius*, ao Juiz brasileiro cabe tão sómente applica-lo em obediência a lei vigente no país. Mas, examinado esse aspécto da questão, outro se nos afigura ainda de importância maior, pois se afasta da discussão doutrinária para tomar lugar na própria applicação do direito. Queremos no referir a divergencia existente entre o inciso constitucional que regula, no Brasil, a sucessão do estrangeiro que tiver cônjuge ou filho brasileiro, e o disposto no artigo 144 do Código Bustamante, que está assim redigido :

«As sucessões legítimas e as testamentárias, inclusive a ordem de sucessão, a quota dos direitos sucessórios e a validade intrínseca das disposições, reger-se-ão, salvo as exceções adiante estabelecidas»

(61) — Clóvis Beviláqua. Direito Civil, vol. I. p. 135

(62) — Carvalho Santos. Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. I. p., 170.

das, pela lei pessoal do *de cuius*, qualquer que seja a natureza dos bens e o lugar em que se encontrem».

A claresa da redação não deixa dúvida quanto á inaplicação — confrontados os dois textos — da lei brasileira aos nacionais dos países que aderiram ao Código Bustamente. Caberia, pois, fazer-se a pergunta de qual a lei que deveria ser preferida pelo Juiz brasileiro diante dêsse conflito entre a lei interna e a lei internacional. Nesse conflito não teríamos dúvida em prefirir a lei internacional, mandando aplicar a lei pessoal do *de cuius*. Resolve, porém, a questão outro dispositivo do Código Bustamente, o artigo 4º, que determina serem os preceitos constitucionais de ordem pública internacional. Diante disso, estando esse preceito referente ás sucessões incorporado, atualmente, ao nosso direito constitucional, não pôde vacilar o Juiz brasileiro sobre á sua aplicação a quantos estejam no caso previsto pela Constituição. Não será, entretanto, a incorporação de normas de direito civil ao direito constitucional um meio de ilidir o Código aprovado na Conferência Panamericana de 1928?

Mas, dentro da mesma ordem de idéias, outra pergunta nos ocorre. Devem os tribunais dos países, que adotaram o Código Bustamente, aceitar a sentença do Juiz brasileiro, proferida de acôrdo com a nossa Constituição, mesmo que colida com dispositivos da legislação do país chamado a homologar a sentença? Parece-nos que, embora considerada de

ordem pública internacional, a norma estabelecida pela Constituição brasileira em relação ás sucessões de estrangeiros é dessas que «não passam a fronteira do Estado que as dita», (63) podendo, portanto, o Juiz estrangeiro deixar de aceitar a sentença que a aplicar, sem que se afaste do espirito do Código Bustamante, ou mesmo da sua letra.

De acôrdo com o mesmo pensamento de reservar certos direitos aos brasileiros natos e naturalizados que hajam prestado serviço militar no Brasil, a Constituição reservou a estes a exclusividade do exercício das profissões liberais, exceto os que já a exercessem no Brasil e os casos de reciprocidade internacional, e só permitindo a revalidação de diplomas aos brasileiros natos. Sôbre o assunto assinamos, em 1897, uma Convenção com o Chile, que estabelecia a liberdade de exercício de profissão por parte dos cidadãos de uma das partes contratantes no território da outra, resalvando-se, porém, o caso de ser exigido por lei a condição de ser nacional do próprio país, como o exige a Constituição vigente.

A redação do artigo merece contudo ser examinada, pois encerra uma expressão, que necessita ser esclarecida. Queremos no referir ao tópico em que resalva os casos de «reciprocidade internacional admitidos em lei». Como deveremos entender tal ex-

(63)—Bustamante. Derecho Internacional Privado. vol. I. p. 197.

pressão? Em primeiro lugar devemos assinalar que só se poderá referir aos estrangeiros, pois os naturalizados, mesmo os que não houverem prestado serviço militar no Brasil, já estarão fóra da órbita de proteção da nacionalidade anterior. Ora, quanto aos estrangeiros não diplomados no Brasil e que desejarem exercer profissão liberal no Brasil apenas duas hipóteses nos ocorrem: a) já estar o estrangeiro exercendo a profissão liberal no Brasil, e, portanto já tendo revalidado o seu diploma. b) pretender iniciar o exercício da profissão, mas sem ter ainda revalidado o seu diploma.

No primeiro caso estará incluído nos «casos de exercício legítimo na data da Constituição». No último nada poderá pretender em face da parte final do artigo, que só aos brasileiros natos permite a revalidação. Vê-se, portanto, que o dispositivo não poderá ter eficácia em relação aos estrangeiros diplomados fóra do Brasil.

Restam, porém, os estrangeiros, que não exercendo profissão liberal na data da Constituição pretendam diplomar-se por estabelecimento de Ensino Superior do Brasil. A estes poderá aplicar-se o inciso constitucional, referente aos «Casos de reciprocidade internacional admitidos em lei». Mas, ainda aí, podem surgir justas dúvidas. Se o autor da Constituição tivesse usado tão sómente as expressões «reciprocidade internacional» seria facilmente compreendido o seu pensamento, que iria abranger tanto os casos de reciprocidade diplomática, como os de reci-

procidade de fáto ou legislativa. Mas, subordinada a expressão ao complemento «admitidos em lei», o aplicador da lei poderá vacilar quanto a extensão precisa que deva dar ao enunciado constitucional. Imagine-se que o Brasil assine um Tratado ou uma Convenção concedendo aos nacionais de outro país, em caso de reciprocidade, o gozo de tais direitos. Poderão eles, em face dêsse acôrdo internacional, exercer, realmente, no Brasil, profissão liberal? Parece-nos que não. Dentro dos termos da Constituição a reciprocidade só se tornará efetiva: quando na legislação interna de cada um dos Estados contratantes houver disposição legal assegurando o gozo de tais direitos. E' a reciprocidade, que na frase de Niboyet, «tem uma cabeça internacional, mas dois pés nacionais». (64) Êsse, ao nosso vêr, é o único tipo de reciprocidade que se poderá enquadrar nos dispositivos da Constituição atual. Fóra dessa hipótese não será dado a qualquer estrangeiro, nas condições acima mencionadas, exercer profissão liberal no Brasil, mesmo que o seu país conceda iguais direitos aos nacionais do Brasil ou que com êle tenha o Brasil qualquer Tratado ou Convenção nesse sentido. O essencial é que tal direito seja objeto da lei interna do Brasil e em correspondência com idêntica lei interna do Estado estrangeiro de que se trate. Outro direito reservado aos brasileiros,

(64) — Niboyet. La notion de réciprocité dans les traités diplomatiques de Droit International Privé. Academie de Droit International. Recueil des Cours. Vol. 52.

quando não estiver o país em estado de emergência, é o da livre circulação no território nacional. O mesmo artigo que concedeu tal direito estipula que os estrangeiros se podem fixar no território nacional em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis exercer livremente a sua atividade». O dispositivo visa evitar os inconvenientes das Constituições do Império e da República, em 1891, e que provocaram graves divergências entre os constitucionalistas brasileiros de referência a expulsão de estrangeiros residentes no Brasil. Não só, porém, quanto a permanência no Brasil de estrangeiros residentes provê o n.º 2 do art. 122 da Constituição. Estatue também sôbre a aquisição de imóveis e livre exercício de atividade, que, sendo assegurados a todos os brasileiros, poderão, em lei, ser vedadas aos estrangeiros.

Essas, em resumo, as diretrizes seguidas pela Constituição outorgada em 1937 em relação ao estrangeiro, que está excluído do exercício de certos direitos, mesmo civis, e cuja concessão exclusiva aos nacionais foram considerada necessária aos altos interesses do país.

CAPITULO VI

O Codigo Civil e o Codigo Bustamante — A lei pessoal.— Direito de familia.— Solenidades do casamento. — Divorcio. — Sucessão. — Sucessão legitima. — Sucessão testamentaria. — Capacidade do testador e validade intrinseca do testamento. — Requisitos formais do testamento. — Efeitos do testamento. — Herança vaga. — Bens moveis e imoveis. —

Até á incorporação, ao nosso direito, das normas expressas no Código Bustamante, a situação jurídica dos estrangeiros, em face do Direito Internacional Privado, era regulada, na sua maior parte, pelos dispositivos da Introdução do Codigo Civil, que, hoje, ressalvados os preceitos constitucionais, apenas se aplicará integralmente em relação aos estrangeiros que não forem nacionais dos Estados que aderiram ao Código aprovado na Conferencia Panamericana de 1928. Em relação aos nacionais destes, pois, salvo as reservas feitas pelo Brasil, deverá prevalecer o mesmo Codigo, servindo o nosso Codigo Civil apenas de elemento subsidiario nos casos cuja solução lhe estiver aféta de acôrdo com o Código Bustamante.

Daí, ao nosso vêr, a necessidade dum estudo paralelo dos dois Códigos, afim de se conhecer quais os dispositivos que devam ser applicados em relação a cada caso occorrente. Não nos devemos, porém esquecer que, em qualquer caso, a primeira pergunta a formular deverá ser sobre a nacionalidade do estrangeiro, para que se saiba se é ou não nacional de um dos países adherentes ao Código de Havana.

A LEI PESSOAL

Uma das questões que mais embaraçam a marcha progressiva do direito internacional privado americano foi a lei pessoal. Extremados em duas correntes antagonicas e apaixonadas, como já tivemos oportunidade de ver, jámais havia sido possível chegar-se a um acôrdo entre os Estados Americanos, que se mantiveram intransigentes dentro dos seus pontos de vista, embóra, no Brasil, se verificasse o fáto curioso de ser a maioria dos mais eminentes estudiosos do assunto favoraveis á lei do domicilio como competente para regular a lei pessoal do individuo. Ferreira Coelho, comentador do Código Civil, dizia ser «até incrível que a última expressão da razão humana, um Código de um país adiantado da America determine dentro do território nacional, seja observada lei estrangeira para regular atos executados no país, e que o cidadão dêste país leve como bagagem utilisável para o território das outras nações, escolhidas para seu domicilio, a lei da terra que re-

gistrou o seu nascimento». (65) Apesar disso, porém, o direito positivo nacional nunca se dispôs a transigir sobre a matéria, criando uma situação insolúvel nas tentativas de codificação do direito americano. Não menos intransigentes aliás se mantiveram os juristas platinos, que, conforme o testemunho de Rodrigo Otávio, «se apresentam irrestíveis na defesa integral do seu sistema, dando mesmo a impressão de que se lhes obliterou no espírito o conceito da personalidade da lei. Para eles só se pôde reconhecer em cada território a eficácia de uma lei, a lei territorial». (66)

Para transpôr essa muralha chinesa, que era o embaraço maior da codificação americana, foi necessário um grande trabalho de paciência e habilidade do ilustre autor do Código Bustamante, que por fim viu aprovada uma das formulas por êle propostas a apreciação da Comissão de Jurisconsultos do Rio de Janeiro (1927). E' o atual artigo 7 do Código, e que está assim redigido:

«Cada Estado contratante aplicará como leis pessoais as do domicilio, as da nacionalidade ou as que tenha adotado ou adote no futuro a sua legislação interna».

(65) — Ferreira Coelho. Código Civil, Vol. II. p. 160.

(66) — Rodrigo Octavio. A sessão de Montevideo. In Pandectas Brasileiras.

A fórmula, embora anódina, era a única capaz de evitar o mau êxito dessa grande realização do direito americano, pois permitiu a cada Estado manter-se dentro das trincheiras próprias. Nenhum cedeu. A situação permaneceu a mesma, cada um satisfeito com a posição mantida. E, como a definiu o Prof. Philonenko, numa frase de muito espírito, o acôrdo consistiu em que todos concordaram em que ninguém está de acôrdo.

Diante disso prevalece em relação á lei pessoal, no Brasil, o artigo 8º do Código Civil: (Introdução)

«A lei nacional da pessoa determina a capacidade civil, os direitos de família, as relações pessoais dos cônjuges e o regime dos bens no casamento, sendo lícito quanto a este a opção pela lei brasileira.»

Em relação aos estrangeiros devemos, porém, lembrar a exceção notada por Clóvis Bevilacqua em relação ao direito cambiário, pois, conforme nota o ilustre jurista, o Código Civil não derogou o estabelecido no § Único do artigo 42 da lei 2.044, de 31 de dezembro de 1908, sendo bastante a capacidade pela lei brasileira para que alguém se obrigue por letra de cambio. E' uma disposição especial, diz Clóvis Bevilacqua, que não é atingida pelo preceito da lei geral. (67) E' o que Paulo de Lacerda resume dizendo que a lei nacional do estrangeiro regula a

(67)—Clóvis Bevilacqua. Código Civil. vol. I. p. 122.

capacidade para de obrigar-se cambiariamente, mas, se o julga incapaz, prevalecerá a lei brasileira. (68) O Código Bustamente não fez qualquer referência expressa á matéria pelo que nos parece dever continuar a prevalecer, mesmo em relação aos nacionais dos países aderentes ao Código, as anteriores disposições do direito brasileiro.

Nos casos de não ter o indivíduo nacionalidade, ou de se lhe atribuírem duas, por conflito, não resolvido, entre as leis do país do nascimento, e as do país de origem, será aplicada a lei do domicílio, e, em falta desta, a da residência, salvo se uma das duas nacionalidades em choque fôr a Brasileira, caso em que prevalecerá a lei nacional. (art. 9 do Cod. Civ.).

Se, entretanto, se tiver de aplicar o Código Bustamente será diversa a solução para um dos casos previstos no artigo 9 do nosso Código Civil, — a dupla nacionalidade em que não seja interessado o Brasil. E' que em face do artigo 9 do Código Bustamente prevalecerá a lei daquela das nacionalidades discutida em que tiver domicílio a pessoa de que se trate, ou, na falta dêsse domicílio, a nacionalidade indicada pelos princípios aceitos pela lei do julgador. (artigo 11).

Firmados êstes pontos gerais sôbre a lei pessoal a ser aplicada aos estrangeiros, no Brasil, outras sur-

(68)—Paulo M. de Lacerda. A cambial no Direito Brasileiro. p. 361.

jem, sobretudo relativas aos direitos de família, sucessão, heranças vagas, e bens. São assuntos que pela sua relevância passaremos a estudar separadamente.

DIREITO DE FAMILIA

Se de um modo geral o estrangeiro está sujeito quanto á sua capacidade ás prescrições da sua lei nacional nas relações jurídicas que se prendem ao direito de família, nem por isso deixa de estar, em determinados casos, obrigado ás normas do direito brasileiro para o seu exercício no Brasil. Assim em relação ao casamento.

Capacidade e impedimentos matrimoniais. Nos termos da lei civil brasileira, que é normalmente competente para determinar a lei que deve regular a capacidade dos estrangeiros para contraírem matrimonio, á lei nacional de cada um dos futuros cônjuges caberá falar sôbre a capacidade dos mesmos. E' a norma aceita pelo artigo 8 do Código Civil, e que vigora em relação áqueles que por efeito da nacionalidade não estejam submetidos ao Código Bustamente, de que falaremos em seguida. Entretanto, apesar dessa norma de caráter geral, outra deve também ser atendida: o artigo 17 da Introdução do Código Civil. Estabelece este inciso, que as leis, atos, e sentenças de outro país, bem como as disposições e convenções particulares, não terão eficácia, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Nêsses termos a lei na-

cional dos cônjuges, que é normalmente competente para reger as questões relativas á idade, autorizações necessárias, impedimentos, oposições, vicio de consentimento e prazos de viuvez (69) deixará de ser observada sempre que incidir em um dos casos estabelecidos pelo artigo 17 da Introdução. Assim, a lei nacional do futuro cônjuge não só deixará de ser cumprida quando negar capacidade em virtude de princípio considerado contrário á ordem pública ou aos bons costumes, como quando atribuir capacidade em face de preceito considerado pela lei brasileira como contrário aos bons costumes ou á ordem pública. Da última hipótese serve de exemplo a capacidade atribuída por certas legislações para o casamento entre aqueles que tiverem parentesco civil. Da primeira devemos lembrar os casos de incapacidade por morte civil ou voto religioso, que de nenhum modo poderiam ser esposados pelo Juiz brasileiro, que os desconheceria. Dada, porém, a vacilação existente na doutrina e nas legislações em tórno da extensão exáta que se deva dar ao conceito de ordem pública e bons costumes, a dificuldade, nota Carvalho Santos, está em saber-se quais os impedimentos que são de ordem pública ou contrários aos bons costumes.

Convém, por isso, um exame de cada um dos impedimentos determinados estabelecidos no artigo

(69)—Tito Fulgencio. *Symthesis de Direito Internacional Privado*. p. 94.

183 do Código Civil, afim de saber quais os que devem ser observados pelos estrangeiros que se casarem no Brasil, mesmo que a sua lei nacional não contenha idêntico dispositivo. Antes, porém, podemos dizer que os estrangeiros estão sujeitos aos impedimentos da sua lei nacional, salvo aqueles considerados contrários à ordem pública e aos bons costumes, e ainda aos da lei brasileira que tenha por fundamento a ordem pública e os bons costumes.

De referência aos impedimentos do artigo 183 do Código Civil temos que devem ser considerados de ordem pública todos aqueles compreendidos nos números I a VIII do artigo. Basta a leitura dos mesmos impedimentos para se compreender de logo os motivos de ordem pública que os inspiraram. Referem-se aos casamentos entre ascendentes e descendentes, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, natural ou civil; entre afins em linha réta, seja o vínculo legítimo ou ilegítimo; entre o adotante e o cônjuge do adotado ou o adotado com o cônjuge do adotante; entre irmãos, legítimos ou ilegítimos, germanos ou não e os colaterais, legítimos ou ilegítimos, até o terceiro grau inclusive; entre o adotado com o filho superveniente ao pai ou à mãe adotiva; entre as pessoas casadas; entre o cônjuge adúltero com o seu co-réu, como tal condenado; entre o cônjuge sobrevivente com o condenado como delinquente no homicídio, ou tentativa de homicídio, contra o seu consorte. São casos em que evidentemente teve o legislador a intenção de resguardar a ordem pública e os bons costumes da sociedade, e que, portanto, não poderiam

ser violados dentro do seu território, mesmo pelos estrangeiros, sem provocar abalos na organização social, que defendem. Além disso, porém, e para deixar eloquentemente demonstrada a sua intenção, o mesmo legislador estipulou no artigo 207 do Código Civil, que seriam nulos e de nenhum efeitos os casamentos contraídos com infração de qualquer dos numeros I a VIII do artigo 183.

Quanto ao impedimento do numero IX, em que pese a opinião em contrário de Carvalho Santos, preferimos o parecer de Eduardo Espinola, que o considera de ordem pública, não se podendo casar, no Brasil, aqueles que estiverem coatos ou forem incapazes de consentir ou manifestar o consentimento de modo inequivoco.

Pela mesma razão deve ser considerado de ordem pública o dispositivo numero X, que veda o casamento do raptor com a raptada, enquanto esta não estiver fóra do seu poder e em lugar seguro. Pontes de Miranda, aliás, pensa que só se devia considerar assim quando um dos cônjuges fosse brasileiro.

De referência a idade dos cônjuges estipula o numero XII, que se não podem casar os menores de 16 annos e os menores de 18. A primeira vista o dispositivo parece dever enquadrar-se entre aquelles que não são de ordem pública, ficando a idade dos nubentes ao critério da sua lei nacional. Razões de ordem publica, todavia, aconselhariam, ensina Eduardo Espinola, que se impedisse o matrimonio de

uma menor de dez anos, ainda que a sua lei nacional, por não fixar limites, pudesse autorizá-lo. Queremos crer que deva ser observada a lei nacional dos conjugues, quando a idade por ela estabelecida não venha a ferir as normas de boa moral, que não poderiam tolerar as núpcias de quem fosse, pela idade, evidentemente incapaz para o matrimonio. E' dispositivo que convem ficar sobretudo ao criterio do seu applicador, cabendo a ele julgar até que limite deve ser permitida a idade minima para o casamento no Brasil, mesmo entre cônjuges capazes pela sua lei nacional.

O impedimento de que trata o nº XIII é desses que visam não a situação dos cônjuges, mas o resguardo do interesse dos herdeiros, que poderão ser prejudicados com uma nova união matrimonial antes de se fazer o inventário dos bens do casal e de lhes ser dada a partilha. São acordes as opiniões quanto a não ser impedimento, que se deva estender, no Brasil, aos estrangeiros, salvo se o consignar a lei nacional do cônjuge. Admitem, alguns porém, uma exceção se entre os herdeiros, que a lei visa defender, se encontre brasileiro. Não nos parece razoavel a exceção, pois, de acôrdo com as normas de direito internacional privado admitidas pelo direito brasileiro, não se teria como a justificar, desde que se não a poderia enquadrar em algum dos casos previstos pelo artigo 17 da Introdução.

Não se afastando do raciocínio adotado para o impedimento anterior, tem sido esposado por juristas

brasileiros que o impedimento XIV, que trata de evitar a turbatio sanguinis, deverá, excepcionalmente, ser aplicada a conjuge estrangeiro, independentemente da sua lei nacional, se o marido falecido era brasileiro ou se o noivo é brasileiro. Para chegarem a tal conclusão admitem que no primeiro caso o filho que possa nascer do matrimónio dissolvido será brasileiro porque o era o pai, o mesmo acontecendo em relação ao segundo caso quanto ao filho do matrimónio a ser realizado em virtude da nacionalidade do futuro marido. Não é procedente a argumentação diante do nosso direito, onde prevalece, como norma geral, em relação á nacionalidade, o *jus soli*. E' que, adotado o principio do *jus soli*, é sempre incerta a nacionalidade do nascituro, podendo a lei lhe assegurar determinados direitos, nunca, porém, lhe attribuir uma nacionalidade que é inteiramente incerta, sujeita como está—salvo poucas exceções— ao lugar do nascimento. Assim é que tanto seria brasileiro o filho postumo de estrangeiro e de viuva estrangeira que no Brasil casasse com estrangeiro, e a cujo casamento não teria imposto o impedimento do nº XIV, se viesse a nascer no Brasil, como não o seria o filho postumo de pai brasileiro se o nascimento viesse a ocorrer no estrangeiro. Diante disso não nos parece aceitavel presumir uma nacionalidade para o nascimento afim de impôr ao matrimónio de estrangeiro no Brasil o impedimento de que trata o nº XIV. E, já que se não póde incluir o inciso entre aqueles que visam a ordem publica e os bons costumes, não poderá ser aplicado á mulher estrangeira.

Os numeros XV e XVI impedem o casamento entre o «tutor ou curador e os seus descendentes, ascendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com pessoa tutelada ou curatelada, enquanto não cessar a tutela ou curatela, e não estiverem saldadas as respectivas contas, salvo permissão paterna ou materna manifestada em documento autentico «ou em testamento,» assim como «entre o Juiz, ou escrivão e seus descendentes, irmãos, cunhados ou sobrinhos, com orfão ou viuva, da circunscrição territorial onde um ou outro tiver exercicio, salvo licença especial da autoridade judiciária superior.» Em ambos os casos não ha motivo de ordem pública ou bons costumes que autorizem a sua applicação a cônjuges estrangeiros. Quando, porém, um dos conjuges fôr brasileiro estará normalmente sujeito a tais impedimentos, não em virtude de visar a lei proteger o tutelado, curatelado, orfão ou viuva, mas por ser a sua lei nacional. Póde surgir uma pergunta: se o cônjuge estrangeiro tem parente brasileiro compreendido entre aqueles que, nos termos dos numeros XV e XVI, impedem o casamento deve-se-lhe aplicar o dispositivo? Parece-nos que não, pois nem só não haveria motivo de ordem pública ou de bons costumes que justificasse tal applicação, como nem sequer se poderia alegar que o impedimento visa beneficiar tais parentes. Ainda nessa hipótese apenas á lei nacional do cônjuge se terá de atender.

Sóbre os impedimentos e a capacidade dos estrangeiros a observar quando se desejem casar no

Brasil os casos ocorrentes deverão ser resolvidos dentro dessas normas, cabendo ao Juiz brasileiro julgar dos casos em que se devem ou não respeitar os impedimentos estabelecidos pela lei estrangeira em relação aos seus nacionais. Isso sempre que o impedimento, com tivermos ocasião de referir, venha a infringir os principios pertencentes a ordem pública e aos bons costumes.

Mesmo em relação aos estrangeiros que por sua nacionalidade devam estar sujeitos ao Código Bustamante não variam os preceitos a serem obedecidos. Variam, porém, os fundamentos porque devem ser respeitados determinados impedimentos da lei brasileira para que se efetue o casamento. Tais impedimentos vigorarão, não em virtude do estabelecido pelo artigo 17 da Introdução, mas devido a um preceito do proprio código, que reconhece aos Estados sinatários o direito de applicarem á lei local «quanto aos impedimentos que, por sua parte, estabelecer e que não sejam dispensaveis.» (Cod. Bustamante, art. 38).

Solenidades preliminares e celebração do casamento.—O casamento de estrangeiros envolve não somente questões relativas á capacidade e impedimentos, mas tambem sobre as solenidades preliminares a serem observadas e ao modo de se efetuar a celebração do casamento.

As solenidades preliminares, no nosso direito, compreendem o que se denomina a habilitação para o casamento, e que consiste na publicação de pro-

clamas pelo oficial do Registro Civil, após a apresentação a essa autoridade do documentos enumerados no artigo 180 do Código Civil. Resta saber se o estrangeiro que se deseja casar no Brasil está ou não sujeito a essa publicação. Entende-se geralmente que se trata de matéria relativa à forma extrínseca do ato, sendo competente a lei brasileira para a regular. (art. 11 da introdução do Cod. Civ.) Sendo assim deverá ser feita a publicação nos termos da lei brasileira, podendo ser dispensada se assim o entender a autoridade competente. Em relação aos estrangeiros sujeitos ao Código Bustamante deverão provar que satisfizeram as exigências da sua lei nacional «em tudo quanto se refira à capacidade para celebrar o matrimônio, ao consentimento ou conselhos paternos, aos impedimentos e à sua dispensa.» (art. 36 e 37 do Cod. Bustamante.) Parece-nos que aos estrangeiros nessas condições caberá fazer tal prova no momento da habilitação, ficando à autoridade local aprecia-la com completa liberdade.

Ha países que exigem, para a validade do casamento dos seus nacionais no estrangeiro, a publicação de proclamas no seu país de origem. A's autoridades brasileiras, porém, não compete á verificar se tal formalidade foi cumprida, ficando ao criterio dos nubentes efetua-la ou não.

Sôbre a forma da celebração do casamento não ha opiniões divergentes no direito brasileiro. A solenidade será realizada pela autoridade competente nos termos da lei brasileira, obedecendo quanto ela

dispuzer sôbre as formalidades que a devem cercar. Para a validade do casamento perante a lei brasileira é quanto basta. Aliás o casamento assim realizado será reconhecido geralmente, pois a norma aceita pelo direito internacional privado é a da aplicação da *lex loci celebrationi*, embora alguns Estados neguem validade ao casamento dos seus nacionais realizados no estrangeiro para fraudar a lei ou se celebrado sem obediência a cerimonia religiosa exigida pela sua lei nacional. Em nenhuma das hipoteses, pórem terá a autoridade brasileira de entrar nessas indagações.

Se o casamento é celebrado por autoridade diplomatica ou consular poderá ser realizado sem a observancia das formalidades preliminares e de fórmula impostas pela lei brasileira, não sendo tambem necessaria a observancia dos impedimentos da lei brasileira, que não intervirá de nenhum modo no contrato matrimonial.

Regime dos bens do casamento.—Sob dois aspectos deve ser encarada, no Brasil a situação dos bens no matrimonio de estrangeiro: bens de casal cujo casamento se realizou fóra do Brasil, e bens de casal cujo consorcio se efetuou no Brasil. Quanto aos primeiros a sua situação será a estabelecida no momento da celebração do casamento, em conformidade com a lei competente para regular a matéria. O regime dos bens adotados nessa ocasião não pôde sofrer alteração, mesmo que venha a haver mudança de nacionalidade de ambos ou de qualquer dos conjuges. Nesse sentido tem sido uniforme o parecer da

jurisprudencia brasileira. (Veja-se Revista de Direito, Vol. 28, pag. 183; idem Vol. 35 pags. 502 e 506.) Seguimos nesse passo as mesmas normas aceitas pela Convenção de Haia e pelo Instituto de Direito Internacional.

Quando, porém, o casamento de estrangeiros se realize no Brasil, a que lei estarão sujeitos os bens do casal? Nesse particular os principios de direito internacional privado admitidos pelo Codigo Civil sofrem um evidente desvio da doutrina, como observa Clovis Bevilacqua. Assim, estipulando o Codigo que a lei nacional da pessoa determina o regime dos bens no casamento, logo abriu uma exceção, permitindo a opção pela lei brasileira. Não se sabe em que principio se inspirou o legislador brasileiro para seguir tal critério, pois nenhuma vantagem se percebe nessa exceção. Apenas criou um caso a mais para motivos de conflito no campo do direito internacional privado. Sobretudo por que, abrindo a exceção, não o fez o Codigo com a clareza que seria de desejar, deixando duvida não só quanto á extensão que lhe deve ser dada, como quanto ao meio de ser manifestada a opção. Entende Clovis Bevilacqua que os estrangeiros que se casarem no Brasil poderão, no pacto antenupcial, declarar que aceitem a comunhão de bens, nos termos da lei brasileira. Interpretação diversa dá ao dispositivo Carvalho Santos, que pensa poderem os estrangeiros optar por qualquer dos regimes de bens aceitos pela nossa lei civil. Do mesmo parecer é Eduardo Espinola. Em verdade, essa

parece a melhor intelligencia do Codigo, pois, segundo as suas palavras, a opção não se dá quanto ao regime brasileiro, mas quanto á lei brasileira. Fica, portanto, ao estrangeiro o direito de escolher o regime que de acôrdo com a lei brasileira mais lhe agradar. Poderá, porém, faze-lo mesmo que o vede a sua lei nacional? E' este um ponto controvertido. Entendem uns que a opção somente se poderá dar se a consentir a lei nacional do cônjuge, ao passo que outros opinam em favor da opção, seja ou não permitida pela lei nacional do cônjuge. Não prevalecesse esta última interpretação e o texto da nossa lei se tornaria inteiramente anodino e desnecessário, pois a opção se realizaria não em virtude da exceção que taxativamente estabeleceu o legislador brasileiro, mas por força do principio geral, que manda observar a lei nacional do cônjuge. Por isso, sejam quais forem os inconvenientes que se apontem ao sistema preferido pela nossa lei, pôdem os estrangeiros optar pela lei nacional, permita-o ou não a sua lei nacional. Tais principios sofrem, naturalmente as exceções relativas á ordem publica e aos bons costumes, não podendo estipular-se, no Brasil, regime que os venha contrariar. Quando e como pôrem, deve ser estabelecido o regime dos bens? De referências á oportunidade de ser estabelecido o regime dos bens no casamento variam as legislações, permitindo algumas que na constancia do matrimónio seja alterado o regime a que estejam sujeitos os bens do casal. Nada impede que dessa faculdade usem, no Brasil, os cônjuges cuja lei nacional assim dispuzer. Ape-

nas devem respeitar o estabelecido no artigo 261, devendo ser feita a transcrição da convenção no registro de imóveis do domicílio dos cônjuges. Sôbre o modo de ser estabelecido regime dos bens de estrangeiros, que se casem no Brasil, duas hipóteses podem ocorrer: ou o estrangeiro prefere a sua lei nacional, ou opta pela lei brasileira. No primeiro caso nenhuma dúvida existe, entendendo-se que permaneceram sujeitos á sua lei nacional sempre que não declarem de modo expresso o desejo de optarem pela lei brasileira. Se, entretanto, preferirem a lei brasileira, dividem-se as opiniões, julgando alguns que tal preferencia deverá constar de pacto antenupcial e opinando outros ser bastante que conste de modo expresso no assento do casamento. Nenhum dispositivo legal exige pórem, que a opção pela lei brasileira se faça por pacto antenupcial. Daí pensarmos ser bastante a menção expressa da opção pela lei brasileira para que tal se verifique, exigindo-se o pacto apenas para aqueles casos em que é necessario nos termos da lei brasileira.

O Divórcio—Alem das dificuldades naturalmente decorrentes de matéria tão cercada de pontos de vista morais, o divorcio, no Brasil, sofre ainda os percalços da imprecisão da nossa lei civil, que entregou o assunto á solução da norma de carater geral sobre a competencia da lei pessoal para regular a capacidade da dissolução do vínculo conjugal. Isso mesmo notou Clovis Bevilacqua, que acusa o nosso Código Civil de ter deixado sem solução al-

gumas questões relativas ao divórcio. (70) De posse dêsse preceito de caráter geral, combinado com outros princípios do nosso direito, coube á jurisprudencia e á doutrina firmar os rumos nacionais em relação a matéria tão delicada. Duas questões sobretudo interessam á situação dos estrangeiros que se encontrem no Brasil: *a)* o reconhecimento da sentença estrangeira, que decretou o divórcio; *b)* a possibilidade de pleitearem perante Juiz brasileiro o divórcio admitido pela sua lei nacional.

O primeiro caso desdobra-se em varias outros de relevância para um estudo sistematizado. A primeira questão a resolver-se é sôbre a necessidade ou não da homologação da sentença estrangeira que pronuncia o divórcio a vínculo. São grandes as divergências na matéria. A Côrte de Apelação do Distrito Federal, em mais de um caso, tem se pronunciado pela desnecessidade da homologação, quando se trate apenas de firmar o estado civil do estrangeiro divorciado (Rodrigo Octavio, Dicionario de Direito Internacional ns. 544, 1211 e 1212.) Não foi, porém, o princípio aceito pelo Supremo Tribunal Federal, que, apesar do voto em contrário do eminente Pedro Lessa, sustentou a necessidade da homologação da sentença para produzir efeitos em relação á capacidade do divorciado. (idem, nº 1213.) A questão, se encarada isoladamente, parece exigir a solução proposta por Pedro Lessa desde que não carece de exequatur a sentença

(70) --Clovis Bevilacqua. Cod. Civ. Vol. I. p. 118,

estrangeira sobre estado e capacidade. No caso, porém, de sentença estrangeira que pela decretação do divórcio atribue novo estado ao divorciado, o direito brasileiro — dentro das normas que o orientam — não se poderá contentar com a simples indagação de saber se o estrangeiro está ou não divorciado e capaz. Para reconhecer essa capacidade e sancioná-la precisa o direito brasileiro de outros e maiores esclarecimentos, que sómente pela homologação lhe poderão ser dados. Não basta a simples certidão da sentença que decretou o divórcio. Ao Juiz brasileiro caberá indagar as próprias circunstâncias em que foi decretada a sentença, inclusive os motivos que lhe deram origem, afim de os apreciar em face da nossa organização social e dos nossos costumes. E isso sómente pela homologação poderá ser realizado. A explanação das várias teses envolvidas pelo problema do divórcio mostrará melhor essa necessidade.

Ainda ligada á questão do reconhecimento é o problema de saber-se em que casos poderá a sentença produzir todos os seus efeitos. Duas hipóteses devem ser encaradas separadamente: ou os cônjuges eram ambos estrangeiros, ou um deles era brasileiro. No caso de serem ambos os conjuges estrangeiros da mesma nacionalidade e haver sido o divórcio pronunciado por autoridade competente, nenhuma duvida ocorre, e a sentença deverá ser homologada, produzindo, no Brasil, todos os seus efeitos. Se fôrem, entretanto, de nacionalidades diversas — e uma delas não admitir o divórcio — como resolver? Vari-

am as opiniões, reconhecendo uns a competência da lei do marido para reger o divórcio, e outros a opinarem pela aplicação cumulativa das leis pessoais de ambos os cônjuges. A questão, que poderá parecer de somenos interesse, é relevante. Deve o Juiz brasileiro contentar-se com a aplicação da lei pessoal do marido? E, mesmo no caso afirmativo, poderá reconhecer a capacidade para contrair matrimônio de mulher divorciada segundo a lei pessoal do marido, mas cuja lei repele o divórcio? Á primeira pergunta responde Eduardo Espinola, reformando opinião anterior, e divergindo de Rodrigo Octavio e Clovis Bevilaqua, que deve ser exigida a aplicação das leis pessoais de ambos os conjuges, não se podendo casar, no Brasil, o marido que houver obtido divórcio, que a lei pessoal da mulher repele. (71) Não nos parece razoavel a solução. Em relação ao marido estrangeiro, divorciado de estrangeira, nenhum motivo nos ocorre para lhe negar a capacidade obtida nos termos da sua lei pessoal, e que em nada fêre os preconceitos ou normas orientadoras da organização da familia brasileira. Seria um exagêro desnecessário e que apenas poderia servir para protelar uma união que se iria realizar em país proximo e á qual teriamos de reconhecer completa validade.

Quanto á mulher, cuja lei pessoal não reconhece o divórcio proferido em conformidade com a lei do

(71)— Eduardo Espinola. Direito Internacional Privado, p. 490.

marido, continuará incapaz para contrair novas nupcias. E' esta opinião consagrada pela doutrina brasileira.

Se, pórem, era brasileiro um dos conjuges divorciados serão diversas as soluções. Como declarou Pedro Lessa, «o divorcio de um brasileiro, ou de uma brasileira, em caso nenhum é tolerado.» Mas, embóra não tolerado, uma situação de fáto se apresenta quando, sendo estrangeiro o marido e brasileira a mulher, o divórcio é decretado pelo Juiz estrangeiro nos termos da lei do marido, que muitas legislações reconhecem como a competente para reger o divórcio. Na doutrina, tanto Rodrigo Octavio, como Clovis Bevilaqua, acham regular o divórcio assim pronunciado, apesar de não produzir efeitos sobre a capacidade matrimonial da mulher. No Supremo Tribunal Federal tres correntes se formaram em torno do palpitante assunto. Uma achando que o divórcio assim decretado nenhum efeito poderia produzir no Brasil, por contrario á ordem pública, e na qual se inscreviam Sebastião Lacerda, Amaro Cavalcante e Viveiros de Castro. Outra homologava a sentença para que produzisse todos os efeitos. Defendiam-na Guimarães Natal e Pires e Albuquerque. Predominou, pórem, a opinião de Pedro Lessa, que, reconhecendo ser mais conforme ás nossas instituições jurídicas a não homologação da sentença, deparava-se, entretanto, com uma situação de fáto, que tinha como consequencia o desamparo da mulher brasileira. E, para remediar a situação, buscou a solução intermediaria: a homologação da sentença apenas para produzir efeitos patrimoniais. Dêsse parecer, entre outros, foram tambem

Godofredo Cunha, André Cavalcante, Pedro Mibieli, Leoni Ramos e Edmundo Lins. Nesse sentido firmouse a jurisprudência brasileira, que, admitindo efeitos patrimoniais para a sentença de divórcio de estrangeiro casado com brasileira, nega a ambos os conjuges a capacidade para convolarem novas núpcias no Brasil, acompanhado a lei nacional a mulher em qualquer parte. Si, porém, o marido é brasileiro não poderá ser decretado o divórcio, pois não o admitiriam nem as leis pessoais dos conjuges, nem a lei pessoal do marido.

Vejamos agora a segunda questão que formulamos: a possibilidade de pleitearem os estrangeiros, perante Juiz brasileiro, o divórcio admitido pela sua lei pessoal. Informa Eduardo Espinola, estudando a hipótese, que «nesse ponto é firme a doutrina, e está definitivamente assentada a jurisprudencia dos tribunais». Realmente a jurisprudência dos tribunais brasileiros se tem firmado no sentido de negar aos estrangeiros, mesmo que o admita a sua lei pessoal, a possibilidade de pleitearem o divórcio perante Juiz brasileiro. Tal uniformidade, porém, já se não verifica em relação á doutrina, onde os escritores divergem quanto a ser ou não ferida a nossa ordem publica com a decretação do divórcio de estrangeiros por Juiz brasileiro. Pensa Clovis Bevilacqua, por exemplo, que a decretação do divórcio num país, cuja legislação o repele, viria «diretamente contrariar o direito social desse país.» (72) Opinião diametral-

(72)—Clovis Bevilacqua. Direito Internacional Privado.
p. 238

mente oposta é a de Carvalho Santos, para quem «podem os tribunais brasileiros decretar o divórcio de estrangeiros de acôrdo com a lei nacional deles.» (73)

O Código Bustamante estabeleceu nos seus artigos 52 e 54, que a lei do domicílio conjugal regularia o divórcio, cujas causas, não podendo ser anteriores á aquisição do dito domicílio, ficariam sujeitas á apreciação da lei do lugar em que fosse requerido. São estes, princípios inteiramente discordantes da tradição brasileira, e que por isso mesmo não puderam ser aceitos pelos representantes do Brasil, que lhes negaram a sua aprovação.

Sucessão. — Questão sempre destinada a provocar debates no campo do direito internacional privado é a das sucessões. A matéria é, regulada, no direito brasileiro, pela Constituição, o Código Bustamante e o Código Civil. Três leis e cada uma delas a esposar princípio diverso. E' o bastante para que se veja de logo os percalços a que está sujeito o assunto.

Estabelecêra o nosso Código, como já tivemos oportunidade de vêr, o princípio geral, e preferido pela doutrina, de serem as sucessões reguladas pela lei nacional do *de cujus*, admitindo, porém, excepcionalmente, que prevalecesse a lei brasileira se fosse

(73)—Carvalho Santos. Cod. Civ. Brasileiro Interpretado. Vol. I, p. 117.

este casado com brasileira ou deixasse filhos brasileiros. O inciso provocou críticas. Hoje, porém, a Constituição vigente ainda mais se afez ao princípio da territorialidade, determinando que a vocação para suceder será regulada pela lei nacional em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal, sempre que lhes não seja mais favorável o estatuto do *de cujus*. Além da crítica feita ao Código, o texto constitucional merece outras pela imprecisão com que foi escrito, repetindo, aliás, dispositivo idêntico da Constituição de 1934. (art. 134) A redação do Código era melhor. Assim, enquanto o Código abria a exceção para o caso de ser brasileira a mulher ou se houvesse filhos brasileiros, a Constituição fala no cônjuge brasileiro e nos filhos do casal. Ora, o Código, abrindo a exceção, invoca razões de ordem política, que, justas ou não, visavam proteger o nacional. E a Constituição? Não devia ser outro o seu objetivo. Mas, se os filhos do casal, embora seja brasileira a mulher, não forem brasileiros? Nesse caso a lei constitucional terá aberto uma exceção injustificada, pois terá derogado o princípio geralmente aceito pela doutrina para abrir uma exceção em favor de quem não tem sequer a qualidade de nacional. Feito isso devemos agora examinar como deverá ser regulada a sucessão de estrangeiro, no Brasil, determinando casos e hipóteses em que devem prevalecer a Constituição, o Código Bustamante e o Código Civil. Para tal a primeira coisa a fazer é analisar separadamente a sucessão legítima e a testamentária.

Sucessão legítima. — Em relação á sucessão de estrangeiros no Brasil três hipoteses se podem verificar: a) estrangeiro não casado com brasileira ou solteiro. b) estrangeiro casado com brasileira ou com filhos desse casal. c) estrangeiro nacional de um dos Estados aderentes ao Código Bustamante.

No primeiro caso, abra-se ou não a sucessão no Brasil, estará sujeita á lei pessoal do *de cuius*, ressalvado o que dispõe o Código Civil sôbre as heranças vagas abertas no Brasil.

Quanto ao segundo será competente a lei brasileira, nos termos do art. 152 da Constituição, salvo se ao conjuge brasileiro ou aos filhos do casal fôr mais favoravel o estatuto do *de cuius*.

De referencia á terceira hipótese que fórmulamos já tivemos ocasião de vêr que será a sucessão regulada em conformidade com o prescrito na Constituição, pois, de acôrdo com a propria norma estabelecida no Código Bustamante, os preceitos constitucionais são de ordem publica internacional. (art. 4). Isso se o estrangeiro se enquadra numa das alternativas por ela estipuladas em favor da lei nacional, mas, se não é este o caso, a sua sucessão será regulada pelo Código Bustamante, que dá competencia á lei pessoal:

Não basta, porém, saber qual a lei que rege a sucessão. Se esta determina as pessoas sucessiveis, a ordem da vocação hereditária, a quota reservada aos herdeiros necessários, as restrições que se podem impôr á legítima, sem a concorrência de qualquer

outra lei, o mesmo já não se dá em relação aos casos de indignidade e desherdação, nos quais teremos de atender não só á lei da sucessão como á lei que regular a capacidade dos sucessíveis. Sôbre os casos de indignidade para suceder são divergentes os modos de encarar qual a lei a ser aplicada, se a da sucessão ou se a do sucessível. Nenhuma das duas poderá, porém, ser afastada, devendo a capacidade ser reconhecida por ambas afim de que possa o sucessível exercer o seu direito de herdeiro. E' que se por um lado não é possível reconhecer um direito aquele a quem não reconhece como herdeiro a lei reguladora da sucessão, pois o fáto viria quebrar a universalidade da sucessão, tambem não se poderia reconhecer capacidade áquele que não a tenha segundo a sua lei pessoal, visto como seria entregar a capacidade do sucessível á lei incerta da sucessão. Além disso, os casos de indignidade se prendem de tal modo, no Brasil, ás normas e costumes em que assenta a família, que se não poderia desconhecer sem ferir princípios essenciais da nossa organização social. Portanto, mesmo que se não applicasse a lei nacional do brasileiro chamado a herdar no Brasil como reguladora da sua capacidade de suceder, deveríamos applica-la por incidir nas normas pertinentes á ordem pública e aos bons costumes. Tanto assim que o Codigo Bustamante, tratando da matéria, estipulou que, apesar de regulada pela lei pessoal do herdeiro, a capacidade para suceder, as incapacidades seriam de ordem publica internacional sempre que os Estados contratantes as considerassem como tais. (arts. 152 e

153) Há, entre o raciocínio que desenvolvemos e o Código Bustamante, uma inversão, pois enquanto admitimos a lei da sucessão como competente para regular, conjuntamente com a lei pessoal do herdeiro, a capacidade deste para suceder, o código prefere a lei pessoal do herdeiro, que, em relação aos súditos dos Estados aderentes ao Código, terá de ser observada. Não nos parece, entretanto, a melhor solução. Como se reconhecer, no Brasil, o direito á sucessão regida pela lei brasileira áquele que esta mesma lei considera indigno de suceder? Como deferir a herança áquele cuja lei pessoal o exclue, por indigno, da sucessão? Foi diante desses obstaculos que optamos pela competencia cumulativa da lei da sucessão e da lei de herdeiros nas sucessões abertas no Brasil.

Quanto ás causas de desherdação deverão obedecer á lei pessoal do *de cuius*. Nela não está envolvida a capacidade do sucessivel perante a sua lei pessoal, e sim perante a lei pessoal do sucedido, que em conformidade com ela deve ser declarada a desherdação. Perante o Código Bustamente outra é a solução, pois foi dada como competente a lei pessoal do herdeiro para regular a capacidade para suceder, por testamento ou sem ele.

Sucessão testamentária; — Na sucessão testamentária três aspetos principais devem ser estudados: a capacidade do testador e as condições de validade intrinseca do testamento, os requisitos formais de que se deve revestir o testamento e os efeitos que pôde produzir o testamento.

Capacidade do testador e condições de validade intrínseca do testamento. — Perante o direito brasileiro, de acôrdo com o disposto nos arts. 14 e 8 da Introdução do Código Civil, a capacidade do testador e a validade intrínseca das disposições do testamento são regidas pela lei nacional do *de cuius*, salvo as exceções abertas em favor do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal. A regra, tão simples no seu enunciado geral, toma, às vezes, no campo internacional, âspetos que a fazem exigir solução discutida. Dá-se o caso, em regra, quando o testador, após a feitura do testamento, muda de nacionalidade ou sofre modificações na sua capacidade de testar. Cabe aqui a distinção feita por Pontes de Miranda, que distingue entre capacidade de exercício e a capacidade de direito. (74) Aquela é a capacidade sob o seu aspeto geral, a capacidade de ter e exercer direitos, a capacidade encarada quanto às condições de idade, condições físicas do indivíduo, e incontestavelmente regida pela lei competente no momento em que foi feito o testamento, valendo o testamento mesmo que uma nova lei ou um novo fáto venha a tornar o testador incapaz. Isso mesmo que a nova lei venha a considerar valido o testamento que de acôrdo com a lei do momento em que foi feito não o era, pois se aplicará o preceito romano: *Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis conualescere...* Diversa,

(74)—Pontes de Miranda. Trat. de Direito Internacional Privado. pg. 311

pórem, será a solução se se trata, não mais da capacidade de exercício, mas da capacidade do direito de testar. Aí já não prevalecerá a lei de momento em que foi feito o testamento, mas a lei do momento em que se deu a morte, e sob a qual se abriu a sucessão, e que será a competente para regular a capacidade de direito de testar. Assim, por exemplo, se o indivíduo muda da nacionalidade ou se, por qualquer outra circunstancia, fica sujeito a uma nova lei. E' o caso de um inglês, cuja lei lhe dá ampla liberdade de testar e que se naturaliza brasileiro ou se casa com brasileira. O testamento anteriormente feito será rôto, pois a lei brasileira lhe nega essa liberdade. E' a lição de Clovis Bevilaqua, que, aliás, censura a violencia da nossa lei. (75) Acompanha-o Eduardo Espinola. (76) Discorda Fiori, que pensa ser o testamento valido, mesmo que uma nova lei assim não o considere, desde que haja sido feito em obediencia á lei do momento em que foi feito. (77) E Pontes de Miranda, resumindo a questão, esclarece: «Se ocorrer que a lei nova tire, não a capacidade testamentária, mas a capacidade de direito, então será nenhum o acto testamentário, pelo apagamento da própria pessoa que testou: não se poderia falar de direitos subjetivos de quem desgraçadamente, deixou de ser sujeito.» (78)

(75)—Clovis Bevilaqua. Cod. Civ. Vol, I, p. 140.

(76)—Eduardo Espinola. Dir. Internacionol Privado. pg. 699

(77)—Fiori, obr. cit. p. 282.

(78)—Pontes de Miranda, obr. cit. pg. 316

O Código Bustamente não altera nem esclarece a situação, estabelecendo apenas que a capacidade para dispôr por testamento regula-se pela lei pessoal do testador. (art. 146)

Requisitos formais. — Quanto á fôrma de que se deve révestir o testamento determina a lei brasileira, no artigo 11 da Introdução, que será a da lei do lugar onde se praticar o ato, «Assim, observa Eduardo Espinola, será valido no Brasil, não só o testamento de qualquer estrangeiro em qualquer das fôrmas admitidas pela lei do Estado onde o ato se praticar, mas ainda o que assim constitua o brasileiro». (79)

Surgem, porém, dificuldades quando se confundem as questões de fôrma com as de fundo. Muitas vezes aquilo que para uma legislação é uma questão de fôrma para outra é uma questão de fundo. São os conflitos de qualificação.

É o caso do testamento conjuntivo ou de mão comum, que a jurisprudência francesa considerou como pertinente á fôrma do testamento, enquanto a maioria da doutrina o considera como vinculado á validade intrinseca do testamento. No Brasil se pôde dizer que tem sido unanime a opinião no sentido de considerar nulo o testamento conjuntivo feito pelo brasileiro em país onde seja permitida tal fôrma de testar. Em relação aos estrangeiros, no Brasil, poderão testar em qualquer das fôrmas admitidas no

(79) -- Eduardo Espinola, obr. cit. pg. 701.

nosso direito, desde que essa fôrma não envolva uma questão de fundo considerada como tal pela lei nacional do testador. E' o caso do testamento olografo lembrado por Fiori, e que embóra admitidos pela lei italiana, como o é pela brasileira, não poderá ser feito pelo estrangeiro cuja lei o veda expressamente, pois se deverá entender tal dispositivo como uma limitação á regra *locus regit actum*. (80)

De acordo com tais principios poderemos concluir que o testamento do estrangeiro feito perante autoridade brasileira deverá obedecer ás formas prescritas pela lei brasileira, desde que tal fôrma não envolva uma questão de fundo considerada como tal pela lei nacional do testador, sendo validos, no Brasil, aqueles que, feitos no estrangeiro, obedecerem ás mesmas condições.

De acôrdo com tais conclusões parece-nos lógico admitir, com Pontes de Miranda, (81) que os estrangeiros cuja lei o permita façam, no Brasil, em fôrma brasileira, testamento conjuntivo.

Efeitos do testamento.— Quanto aos efeitos, póde o testamento válido quer na sua fôrma quer em relação á capacidade do testador e ás suas disposições intrínsecas, deixar de produzir efeito. Isso se dá sempre que contrariar dispositivo considerado de ordem pública ou devido á competencia da *lex rei sitae* o país onde se tiver de cumprir. Pelo mesmo

(80) — Fiori, obr. cit. vol. IV, pg. 256.

(81) — Pontes de Miranda, obr. cit. vol. II, pg 325.

princípio a lei não respeitará a incapacidade, que ofender preceito de ordem publica. O fato verifica-se principalmente em relação aos bens imoveis, sofrendo a unidade da sucessão as limitações derivadas da *lex rei sitae*. No Brasil é o caso dos fideicomissos alem do segundo grão, (art. 1739 do Cod. Civ.) as incapacidades por morte civil, ou voto religioso. Mas, se se aplicar o Código Bustamante? Não fez o Brasil qualquer reserva. Não seguiu o exemplo da delegação argentina, que aceitou o sistema da unidade das sucessões «com a limitação derivada da *lex rei sitae*, em materia de bens imoveis». Caberá assim á jurisprudencia, em conformidade com o artigo 1.º do Código Bustamante, estabelecer quais os direitos que por motivo de ordem pública serão recusados aos estrangeiros, relativamente aos efeitos dos testamentos.

Isso ressalvadas as proibições impostas pela Constituição Federal em relação a certos bens, que não poderão pertencer a estrangeiros, e que, como preceitos constitucionais, são de ordem pública internacional.

Herança vaga — O estudo da herança vaga do estrangeiro renova, como já vimos, um velho motivo de dúvidas no direito brasileiro. Hoje essas duvidas ainda persistem. E já não têm o caráter meramente especulativo de outrora pois o fundamento invocado para a arrecadação por parte do Estado influirá na solução da questão. Move-se o debate, em regra em torno dessa interrogação: — a que título arrecada o

Estado a herança vaga? A título de herdeiro ou de ocupante das cousas *res nullius*, que se encontram no seu território? As soluções têm variado. Clovis Bevilaqua, por exemplo, não aceita nem uma nem outra solução. «Se o direito do Estado, diz ele, fosse hereditario, idêntico ao dos individuos, teriam razão os que preferem o fisco do país, de que o *de cuius* era nacional. Mas a devolução da herança vaga ao fisco se opera, não em virtude de um direito hereditario, nem tão pouco em consequência de um direito de ocupação fundada na soberania, mas sim, por ser o Estado a representação jurídica da sociedade em cujo gremio se acham o individuo e o respectivo patrimônio.» (82) Rodrigo Octavio pensa não ser «por força do direito successorio que tais bens se adjudicam ao Estado, mas em virtude do princípio da soberania, que se traduz no dominio eminente do Estado sobre todas as cousas que em seu territorio, existem.» (83) As duas opiniões, embóra divergentes, excluem ambas a sucessão a título de herdeiro. Fiori, contrariando Gianturco, Ricci, Pacifici-Mazzoni e Borsari, acha que o fisco «não sucede a título de herdeiro, mas pelo motivo de deverem ser adquiridas, pelo Estado em cujos territorio se encontram, as cousas sem dono.» (84) Juridicamente ambas as

(82) — Clóvis Bevilaqua. Cod. Civ. vol. I, p. 137

(83) — Rod. Octavio. Direito do Estrangeiro, p. 45,

(84) — P. Fiori. Le Droit International Privé, trad. Ch. Antoine, vol. IV, p. 398.

soluções podem ser aceitas sem que com isso se transgrida qualquer norma consagrada pela doutrina. Mas, perante o nosso Código, como resolver? A matéria foi tratada no art. 14 da Introdução, que, abrindo uma exceção á competência da lei nacional do *de cuius* para reger a sucessão, determinou fosse «guardado o disposto neste Codigo acerca das heranças vagas abertas no Brasil.» A redação é evidentemente imperfeita. Entendida literalmente não sujeitou a herança vaga nem á lei da situação dos bens, no que atenderia á doutrina da ocupação pelo Estado das cousas *res nullius* que estivessem no seu territorio, e a excluiu da lei nacional do *de cuius*, que seria o reconhecimento da sucessão o título hereditário. Entregou-a á lei onde fosse aberta a sucessão e que póde, perfeitamente, não ser a nacional do *de cuius* e nem a da situação dos bens. Na prática a situação é realmente embaraçosa. Caberia á doutrina dar o sentido exáto da lei, ajustando-a a algum critério seguro e capaz de fazer com que se não ficasse permanentemente diante duma situação de dúvida e vacilações. Mesmo a doutrina se não conseguiu harmonizar dentro de qualquer principio. E se uns acham que o Estado arrecada a titulo hereditário, outros defendem ponto de vista contrário. Mas, na pratica como decidir? Com Rodrigo Octavio, que pensa ficarem sujeitos á lei brasileira apenas os bens da herança vaga aberta no Brasil, que arrecadaria a titulo hereditário, ou com Machado Vilela e Pontes de Miranda que estendem a arrecadação pelo Brasil do bens de heranças vagas sitos no Brasil mesmo ás sucessão abertas no estrangeiro? É

este também o pensamento de Carvalho Santos. (85) Creemos que a melhor interpretação a ser dada ao sistema adotado pelo nosso Código é a de que o Estado arrecada a título de herdeiro nos termos do artigo 1.603, que o inclui como o V na ordem da vocação hereditária, pois, tendo o Código estabelecido que se guardaria em relação às heranças vagas o disposto por êle, se não poderá pretender que arrecada a herança dos nacionais a título de herdeiro e a dos estrangeiros pelo domínio eminente que tem sobre os bens sítos no seu território. Aceito esse critério a consequência seria que o Brasil arrecadaria apenas as heranças abertas no Brasil, fosse ou não nacional o *de cujus*. Faria isso a título hereditário, qualidade que lhe seria atribuída pela lei do domicílio, e com a qual poderá pretender a sucessão dos próprios bens existentes no estrangeiro. Alega-se, então, que teríamos de levar o critério aos últimos extremos, devolvendo a Estado estrangeiro herança vaga não aberta no Brasil, quando assim determinasse a lei da sucessão. Informa Pontes de Miranda, que, no Brasil, «ainda não se devolveu a qualquer Estado estrangeiro sucessor *jure hereditario*.» (86) Não nos devemos arrecear da consequência. Apenas, como poderá acontecer em relação a bens de herança vaga sítos no estrangeiro, quando pretendidos pelo Brasil, a ques-

(85) — Carvalho Santos, obr. cit. vol. I, p. 178

(86) — Pontes de Miranda, Trat. de Direito Internacional Privado, vol. II, p. 309.

tão será desviada do terreno das sucessões para a lei relativo aos bens, que ficam sujeitos á lei da situação. No caso de encontrarem-se no Brasil os bens de herança vaga que se deve devolver ao Estado estrangeiro teremos de atender ao disposto no artigo 2.º da Introdução, que assim determina: «As pessoas jurídicas de direito publico externo não podem adquirir, ou possuir, por qualquer titulo, propriedade imovel no Brasil, nem direitos susceptíveis de desapropriações. . . » Se então os bens da herança vaga se enquadrarem nessa proibição, não podendo adquiri-los o Estado estrangeiro, pois a sucessão é um dos meios de aquisição, passarão a ser *res nullius* e ao Estado caberá arrecadá-los. Não há, no raciocinio, nenhum artificio. Apenas procuramos dar á redação do Código, inegavelmente imperfeita, uma interpretação capaz de sujeitá-la a um criterio que se enquadre nos principios gerais do nosso direito. Dai decorre, na pratica, o seguinte: a) as heranças vagas no Brasil ficarão sujeitos á lei brasileira, cabendo a herança ao Estado como o V colocado na ordem da vocação hereditaria. b) as heranças vagas abertas no estrangeiro ficarão sujeitas á lei da sucessão, cabendo ao Brasil arrecadar os bens que não possam ser devolvidos a Estado estrangeiro, nos termos do art. 2.º da Introdução e que passam a ser *res nullius*.

Vejamos agora como resolver se, dada a nacionalidade do *de cujus*, for applicavel á sucessão o Codigo de Havana. Julga Eduardo Espinola, que não

haverá modificação, permanecendo a mesma a situação do Estado em face das heranças vagas abertas no Brasil. (87)

E' o seguinte o artigo do Codigo de Havana:

«Art. 157. Na sucessão intestada, quando a lei chamar o Estado a título de herdeiro, na falta de outros, aplicar-se-á a lei pessoal do *de cuius*, mas se o chamar como ocupante de *res nullius* aplicar-se á o direito local».

E comenta Eduardo Espinola: «Quer isto dizer, ao que nos parece, que se a lei do lugar onde se abrir a sucessão admitir o Estado na qualidade de herdeiro, na falta de parentes, aplica-se a lei pessoal do *de cuius*, onde resulta que a herança passará para o Estado do falecido, se a sua lei também o considerar herdeiro; se a lei local considerar *res nullius* a herança dos que falecerem sem herdeiros legítimos ou testamentarios, passando, nesse caráter para o Estado, é essa lei que recebe aplicação, ainda que diversamente disponha a lei pessoal; se esta última, por sua vez, considerar *res nullius* a herança passarão os bens para o Estado em que se abrir a sucessão, ainda que a lei local chame o Estado a título de herdeiro».

(87) — Eduardo Espinola. Anotações ao Codigo Civil. vol. I, p. 287, ed. de 1929.

Eduardo Espinola, para concluir por não haver modificação na situação do Estado perante as heranças vagas abertas no Brasil, parte da idéa de que a lei brasileira as considera como *res nullius*, o que não nos parece verdadeiro. E admitido que a lei brasileira chama o Estado a título de herdeiro, a solução da questão, perante a Código Bustamante, será inteiramente diversa da que demos para os casos em que se aplica o Código Civil, se não admitirmos que o artigo 20 da Introdução do Código Civil encerra um preceito de ordem pública e que, portanto, fica ao Estado o direito de recusar ao Estado estrangeiro, de acôrdo com o art. 1.º do Código Bustamante, o exercício, no Brasil, do direito de suceder ás heranças vagas dos seus nacionais. Esta se nos affigura a melhor solução. Chamado o Estado estrangeiro a suceder a título de herdeiro, nos termos da lei brasileira combinada com o Código Bustamante, êle apenas arrecadará a parte da herança que não colidir com o disposto no artigo 20 da Introdução, passando a outra parte, se existir, á condição de *res nullius*, cabendo ao Brasil occupá-la.

A distinção feita pelo Código Bustamante, nota o seu proprio autor, veio suprir uma falta que se observa nos seus predecessores americanos.

BENS MÓVEIS E IMÓVEIS

Para um estudo sôbre a situação dos bens móveis e imóveis, no Brasil, em relação ao proprietario estrangeiro, podemos, inicialmente, classificar os bens

em três classes: I) aqueles que não podem pertencer aos estrangeiros nos termos da Constituição Federal; II) aqueles sujeitos a *lex rei sitae*; III) aqueles sujeitos a lei nacional do proprietário.

I)—A Constituição Federal, atendendo a razões de interesse publico, vedou aos estrangeiros a propriedade de determinados bens e a exploração de outros, que embora podendo ser incorporados á propriedade dos estrangeiros não podem ser por estes aproveitados economicamente, o que constitue restrição essencial ao direito de propriedade. Dentre os primeiros estão os navios, cujos proprietarios precisam ser brasileiros natos, conforme dispõe o artigo 149 da Constituição Federal. Entre os ultimos estão as minas e demais riquezas do sub-solo, bem como as quedas d'agua, nos termos do artigo 143 da Constituição.

II)—No periodo do direito estatutário duas regras dominavam toda a materia relativa aos bens. Uma applicada dos bens imóveis: *immobilia reguntur lege loci*. Outra referente aos moveis: *mobilia sequuntur personam*. Dentro desses dois polos pôde-se afirmar que girava toda a materia relativa aos bens, que, conforme a sua condição de imóveis ou móveis, ficavam sujeitos á lei do lugar em que se encontravam ou á lei pessoal do proprietario. Coube a Savigny insurgir-se contra a situação criada pelo sistema estatutário, pleiteando a unificação das normas a que deviam ficar subordinados tanto os móveis como os imóveis, abrindo apenas exceções para os móveis

que não tivessem uma situação permanente, e continuariam regulados pela lei pessoal do proprietário. Foi o que veio a prevalecer no Código Civil Brasileiro, que no artigo 10 da Introdução assim dispôs:

«Os bens, moveis ou imoveis, estão sob a lei do lugar onde situados; ficando, porem, sob a lei pessoal do proprietario os moveis de seu uso pessoal ou os que ele consigo tiver sempre, bem como os destinados a transporte para outros logares.

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

Essas as normas que em direito brasileiro regem os bens quando considerados *uti singuli*, os direitos que decorrem do proprio bem considerado individualmente, pois se considerado *uti universitas*, como parte dum patrimonio sujeito a determinada relação juridica, como no caso da falência, da sucessão, da tutela, se tratará de direitos em que o bem não é o objeto imediato do direito, e se aplicarão as normas juridicas a que estiver sujeita a falencia, a sucessão ou a tutela, salvo naquilo em que possam contrariar principios de ordem publica. Como assinála Bustamante deve-se distinguir «entre os bens considerados em si mesmo com objeto imediato de direito ativos e em relação com o direito privado e publico, e

aquelas instituições jurídicas em que a propriedade não é mais que um acidente e em certo modo uma consequência chamada a seguir dentre elas uma lei geral, de mais importância e transcendência para o caso, sem ferir em nada os interesses e os direitos fundamentais do Estado em que se encontram as cousas.» (88)

Considerado, porém, o bem individualmente prevalece a *lex rei sitae*, salvo as exceções abertas pelo proprio código e que estudaremos em seguida. Do principio concluiu Clovis Bevilacqua: (89)

a) E' a lei da situação das cousas a competente para classifica-las em móveis e imóveis.

b) A mesma lei decidirá se a coisa pode ou não ser objeto de direito real.

c) Qualquer possuidor, sem atenção á sua nacionalidade, poderá usar das ações possessórias admitidas no direito local.

d) As restrições legais do direito de propriedade aplicam-se, geralmente, sem que haja necessidade de indagar quem seja o titular do direito.

e) A transferencia da propriedade por ato entre vivos regula-se pelo direito do lugar onde a coisa está situada.

(88) — Bustamante. Derecho Internacional Privado. vol. II, pag. 114.

(89) — Clovis Bevilacqua. Código Civil, vol I pag. 126.

f) Os direitos reais sobre as cousas alheias entram no dominio da lei da situação.

Devemos notar, no entanto, que o artigo 13 da Introdução do Código Civil, attribuindo competencia normal á lei do logar onde fossem contraídas as obrigações para regular a substância e os efeitos das obrigações, estipulou excepcionalmente que se regerão sempre pela lei brasileira os atos relativos a imóveis situados no Brasil, assim como os atos relativos ao regime hipotecario brasileiro.

Mas, se a regra é a sujeição, de moveis e imóveis á lei da situação, vejamos agora quais os que se acham comprehendidos nas exeções declaradas pelo proprio Codigo Civil.

III)—A excessão aberta pela 2.^a parte do artigo 10 do Codígo Civil mereceu severas criticas. Uns por pensarem que se deveria fazer tábula raza extinguindo a distincção entre móveis e imóveis, devendo ser equiparados e sujeitos á mesma lei da situação, e outros por considerarem, e com razão, que a redacção aceita, emprestando á exceção extensão demasiada oferece margem para dúvidas, que se poderiam ter evitado. Dentre os primeiros está Pontes de Miranda, que considera a doutrina aceita pelo codigo como «das ultimas cinco das velhas doutrinas.» Se seria melhor termos adotado a doutrina unitaria, submetendo moveis e imoveis á lei da situação não cabe aqui analisarmos. Vejamos agora quais os bens que se deverão entender como sujeitos á lei do proprietario. Tres são as exceções admitidas pelo Codigo:

- I) os do uso pessoal do proprietário.
- II) os que ele tiver sempre consigo.
- III) os destinados a transporte para outros logares.

E' evidente, e nem sôbre o caso existe opinião divergente, que o nosso legislador se inspirou em Savigny para traçar as diretrizes do Código. E daí, justamente, surjem as dúvidas que têm motivado os ataques á redação do artigo, pois, adotada a expressão «os que ele tiver sempre consigo» disvirtuou-se o pensamento de Savigny, que «tinha em vista particularmente a bagagem que o viajante leva consigo, podendo num só dia transporta-la atravez de diferentes países, e, assim, tambem as mercadorias expedidas para país distante, que durante todo o tempo do transporte podem estar ocasional e momentaneamente situadas em diversos territorios.» (90) Por isso, se nenhuma divêrgencia existe quanto aos bens do uso pessoal do proprietário e aqueles destinados a transportes para outros logares, o mesmo se não dá em relação aos que ele tiver sempre consigo. E' que êstes constituem classes tão numerosa, compreendem tal número de bens, que chegaríamos a conclusão «absolutamente oposta ao pensamento de Savigny». que considerava as exceções por êle admitidas como relativamente raras. Provem o fato de termos empregado a palavra *tiver* ao envez da expressão *levar*, como o fez o Codigo Argentino, e que excluiu grande

(90) --E. Espinola. Direito. Internacional Privado, pg. 608.

número de bens, que embora o proprietário tenha sempre consigo não os leva sempre consigo, pois têm uma situação permanente ou mais ou menos fixa. Mas, não se têm limitado os interpretadores do nosso código a criticar o dispositivo. Vão mais longe e pretendem que se não dê ao dispositivo uma interpretação literal, mas em acordo com a fonte de origem, abrangendo apenas os bens que o proprietário leva sempre consigo. Eduardo Espinola, por exemplo, seguindo as pégadas de Machado Vilela, assim se exprime:

«Dizendo a lei — os bens que o proprietário leva consigo — não ha dúvida que se refere ás viagens do proprietário; ao passo que, adotando a formula — os moveis que êle consigo tiver sempre — tanto se poderá entender, que estão neste caso os que conduza em viagem, como os que consigo sempre estejam sem que se afaste de seu domicilio. Não ha razão para excluir estes últimos, nem é pensamento da lei excluirlos da competência normal da *lex rei sitae*.»

(91)

Vê-se aí que é pensamento de Eduardo Espinola dar ao dispositivo uma interpretação restritiva, entregando á competencia da lei da situação os bens,

(91).—E. Espinola. Anotações ao Cod. Civil Brasileiro vol. I pg. 231.

que embóra o proprietario os *tenha sempre consigo*, não permitam, pela sua natureza, que os *leve scmpre consigo*. Não é essa, aliás, uma voz isolada entre os hermeneutas brasileiros. Carvalho Santos chega a dizer que «Todos os comentadores são acordes em que, neste ponto, o artigo supra (Art. 10) não pôde ser interpretado literalmente, porque dá a entender que os bens móveis de uso pessoal de um estrangeiro, e os que consigo tiver sempre, como, por exemplo, joias, mobílias, automoveis, etc., ficam sob a sua lei pessoal. Quando não é isso o que o artigo supra dispõe». (92)

Não temos dúvida em adotar tal ponto de vista que, inegavelmente, bem se ajusta ao pensamento que inspirou o nosso legislador, pensamento que não deverá ser sacrificado em atenção a um descuido de redação. Daí acharmos que apenas ficam sujeitos á lei pessoal do proprietário os moveis que forem do seu uso pessoal e aqueles cuja natureza permita que tenha sempre consigo, mesmo quando em viagem, e os destinados a transporte, e nos quais estarão compreendidos aqueles que pelo destino a que estejam entregues devam ou estejam sendo transportados.

O Código Bustamante. Acontece com o direito brasileiro o mesmo que se verifica no direito cubano, que sujeita os moveis á lei pessoal do proprietário. Daí, como nota Bustamante, a necessidade de distin-

(92) -- Carvalho Santos Cod. Civ. Brasileiro. vol. I, pg. 147.

guir entre as subditos de Estados que aderiram á Convenção de Havana e aqueles que pertencem a Estados, que não adotaram o Código Bustamante. Em relação a estes últimos prevalece a lei civil tal como vigora no momento. Quanto aos primeiros «toda a classe de bens, seja qual fôr a sua natureza, está submetida á lei da situação» (93) como determina o artigo 105 do Código Bustamante, que prefere á nossa lei civil.

(93)—Bustamante. Derecho Internacional Privado, vol. II, pg. 117.

CAPITULO VII

Entrada e expulsão de estrangeiro

Dentre as modificações sofridas pela legislação brasileira para a sua adaptação ao Governo Autoritário vigente no país figuram os decretos-lei 406, de 4 de maio de 1938 e 392, de 27 de abril do mesmo ano, que trataram respectivamente da entrada e expulsão de estrangeiros no Brasil.

Entrada de estrangeiros. A legislação sobre essa matéria é da competência privativa da União, nos termos do artigo 16, n.º III da Constituição de 1934, e era até então regulada pelo decreto 24.215, de 9 de maio de 1934.

Regulando a entrada de estrangeiros no território nacional dispôs o decreto-lei 406, que não podem entrar no território brasileiro aqueles que estiverem nas seguintes condições: I) aleijados, mutilados, cegos ou surdos-mudos. II) indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres. III) apresentarem afecção nervosa ou mental de qualquer natureza, forem alcoolistas ou toxicomanos. IV) portadores de moléstias infecto-contagiosas. V) lesão orgânica com

insuficiência funcional. VI) Menores de 18 anos ou maiores de 60, salvo se acompanhados da família. VII) que não provarem profissão lícita ou posse e bens suficientes para a sua manutenção. VIII) que forem nocivos á ordem pública, á segurança nacional ou á estrutura das instituições. IX) que houverem sido anteriormente expulsos, salvo revogação do decreto de expulsão. X) que houver sido condenado por crime que determine a extradição. XI) que se dediquem á prostituição ou a explorem, ou tenham costumes manifestamente imorais.

Em comparação com o direito positivo anterior se vê serem pequenas as modificações trazidas com a nova lei. Nota-se apenas a não proibição da entrada de analfabetos, que não eram anteriormente recebidos no Brasil, e a proibição para aqueles que fossem nocivos á segurança nacional e á estrutura das instituições. expressões que se poderiam pensar enquadradas na ordem pública, como o fazia a lei anterior, mas que a atual preferiu mencionar taxativamente.

Expulsão de estrangeiro. Cessado com a reforma Constitucional de 1927 o longo debate suscitado pela expulsão de estrangeiros do Brasil a questão entrou numa fase tranquila, firmada a faculdade de Expulsão pelo Governo Federal. Dessa róta se não afastou a Constituição de 1937, que assegurou apenas aos brasileiros a «livre circulação em todo o territorio nacional», atribuindo á União a competencia para legislar sobre a «expulsão de estrangeiros do

territorio nacional». (Const. Fed. arts. 122, n.º 2 e 16, III) Foi a matéria, porém, regulamentada pelo decreto lei 392, de 29 de abril de 1938, que, dentro do espirito dominante no atual sistema politico do país, imprimiu ao assunto uma grande severidade, sobretudo em relação aos crimes de ordem politica, que passaram a ocupar lugar de maior destaque dentre os motivos que facultam a expulsão dos estrangeiros. Dos fatos que podem motivar a expulsão podemos fazer, de acôrdo com o referido decreto, a seguinte enumeração:

- a) E' passível de expulsão o estrangeiro que por qualquer motivo comprometer a segurança nacional a estrutura das instituições ou a tranquilidade pública.
- b) Depois de cumprida a pena que lhe houver sido imposta fica sujeito á expulsão o estrangeiro que incidir nos seguintes casos:
 - 1) Condenado ou processado pelo Tribunal ou Juizo competente como autor ou cúmplice nos crimes contra a existência, a segurança ou integridade do Estado e a estrutura das instituições; contra a economia popular, a dignidade pátria, o livre exercicio dos poderes politicos; bem como nos casos de conspiração, sedição, ajuntamento illicito e sabotagem; nos crimes eleitorais de caráter doloso e em qualquer outro crime de caráter politico.

- II) Nocivo á ordem pública, á segurança nacional ou á estrutura das instituições.
- III) Que houver sido condenado por crime de contrabando, moeda falsa, falsificação de títulos ou papeis de credito do Estado ou de estabelecimento de credito.
- IV) Condenado pelo comércio de mulheres, lenocínio corrupção de menores e estrupe.
- V) Que houver sido expulso de outro país.
 - b) Podem tambem ser expulsos aqueles que forem vagabundos, houverem entrado clandestinamente no país, estiverem fugidos de outro país ou considerados, pela policia de outro Estado, elementos perniciosos.

Como se vê pelo simples enunciado dos casos que motivam a expulsão de estrangeiro, a lei preocupou-se sobretudo com os crimes de natureza politica, que parecem constituir o seu objetivo primacial, o que não acontecia na legislação anterior. E' essa, talvez, uma das características da legislação relativa aos estrangeiros e inspirada no Governo Autoritario, que domina no Brasil. Além disso é de capital importancia verificar-se que os crimes enumerados no n.º I, todos êles de natureza política, não exigem, para a expulsão, a condenação mas o simples processo de estrangeiro como acusado de um desses crimes. Constitue o fáto uma aberração jurídica, pois se poderá perfeitamente verificar a hipótese de ser o estrangeiro acusado infundadamente, o que de nenhum

modo deveria servir de base á sua expulsão. Isso sobretudo quando ao Executivo federal ficou entregue a faculdade larga de apreciar a conveniencia ou não da expulsão. Bastaria essa faculdade, bem maior de que a de que acabamos de tratar, podendo o Governo expulsar aqueles estrangeiros que incidissem em um dos motivos admitidos no art. 1º do decreto-lei 392, comprometendo a segurança nacional, a estrutura das instituições ou a tranquilidade pública, para que se não incluísse na lei dispositivo tão chocante quanto esse da expulsão de estrangeiro em vista do simples processo originario de acusação muitas vezes infundada. E' um defeito que cumpre corrigir.

Quando fôr o caso, os Juizes e Tribunais deverão remeter ao Ministro da Justiça, no prazo de cinco dias, a cópia das sentenças proferidas contra os estrangeiros, ou tidos como tal e que do ato do Governo poderão recorrer para o Judiciário sob a alegação documentada de serem brasileiros. E' a unica hipótese em que é dado ao Judiciário apreciar a matéria referente á expulsão.

Em torno ao recente decreto sobre a expulsão de estrangeiros dividiu-se o Supremo Tribunal Federal ao julgar dois habeas-corpus impetrados em favor de estrangeiros ameaçados de expulsão, sendo um delles Richard Rolf Leopoldo. A dúvida levantou-se quanto a poder ou não o Poder Executivo realizar a prisão preventiva de alienigena nessas condições, tendo em vista o art. 1º do decreto lei 392 e assim redigido: «Enquanto não se consumir a expulsão, o mi-

nistro da Justiça e Negocios Interiores poderá ordenar ou manter a detenção, de expulsando ou, quando fôr o caso, mandar que continue preso.» Os ministros José Linhares de Carvalho Mourão opinaram pela legitimidade da prisão antes do ato da expulsão, sendo essa opinião rejeitada pelos demais membros, que seguiram os votos em contrario dos relatores, ministros Armando Alencar e Carlos Maximiliano. Êste ultimo, desenvolvendo o seu voto, afirmou que a lei distinguia entre os que eram expulsos por violentos e os que o eram por imorais, sendo que os primeiros podiam ser expulsos imediatamente, ou depois de condenados se houvessem cometido algum crime, mas quanto aos imorais, estes sempre teriam cometido crime devendo por isso cumprirem a pena antes de serem expulsos. E, esclarecendo o seu pensamento quanto á prisão de expulsando, acrescenta: «Ao ser expedido o decreto de expulsão, a prisão poderia já existir, nos quatro casos definidos no art. 2º da nova lei e cumprida a pena o delinquente seria solto; o texto de 1938 permite que—estando talvez logo depois da condenação e em consequência da mesma decretada a expulsão—continue em custodia e indesejavel.» Acha por isso que o § Unico do art. 11 nada tem com o art. 2º, não se podendo usar da prisão preventiva para tais casos. Aqueles que são acusados de crimes contra a moral sómente depois de cumprida a pena podem ser expulsos e não podem ser presos antes de decretada a expulsão.

Não tardou, porém o Governo usando da faculdade que lhe concede a Constituição, que entregou

em 10 de novembro, em revogar o decreto lei de 27 de abril, e a 8 de junho de 1938 já era publicado novo decreto sôbre a expulsão de estrangeiros. Por este último decreto-lei não podem ser expulsos os estrangeiros que tiverem mais de 25 anos de residencia no Brasil e aqueles que tiverem filhos vivos brasileiros, oriundos de núpcias legítimas, importando a alegação documentada de ser brasileiro na suspensão da expulsão. Apenas nestes dois últimos casos é admitido o recurso para o Judiciário (art. 8, § 20). O Presidente da República será o unico juiz da conveniência da expulsão ou da sua revogação, as quais se farão por decreto e serão processados no Ministério da Justiça e Negocios Interiores, ex-officio ou por iniciativa da polícia ou mediante representação fundamentada. «Enquanto não houver sentença definitiva o Ministro da Justiça e Negocios Interiores poderá usar da faculdade que lhe confere o art. 50», que permite «ordenar ou manter a detenção do expulsando, ou quando fôr o caso, mandar que continue preso.»

A expulsão se dá nos casos previstos pelos artigos 1.º e 2.º do Dec. lei 479 de 8 de junho de 1938.

CAPITULO VIII

Atividade política de estrangeiros

Se ao nacional não é permitido qualquer atividade político partidária após a dissolução de todos os partidos políticos, que já não podem propagar qualquer idéia ou criticar a ação do Governo, é perfeitamente comprêensível que se não admitisse ao estrangeiro o direito de realizar no país atividades políticas, criando uma situação privilegiada para o alienígena. Enquadra-se, portanto, perfeitamente dentro da mentalidade dominante no Brasil o decreto-lei 383, de 18 de abril de 1938 que proibiu a atividade política dos estrangeiros no país. Dêsse importante decreto vamos transcrever alguns dos seus artigos mais importantes e que darão, de logo, a idéia nítida do comportamento que se exige no Brasil dos estrangeiros. Diz o art. 1º: «Os estrangeiros fixados no território nacional e os que nele se acharem em caráter temporario não podem exercer qualquer atividade de natureza política nem imiscuir-se direta ou indiretamente nos negócios públicos do país.» Sobre-tudo é vedado aos estrangeiros se agremiarem de qualquer modo para fins políticos, mesmo referentes

á sua Patria, e nem siquer se fundirem com os nacionais para associações de caráter beneficente, pois aos nacionais não é permitido fazerem parte de sociedades estrangeiras de qualquer natureza. É nesse sentido o artigo 2º assim redigido: na sua parte 1ª «É-lhes vedado especialmente: I) Organizar, criar ou manter sociedades, fundações, companhias clubes e quaisquer estabelecimento de caráter político, ainda que tenham por fim exclusivo a propaganda ou difusão entre os seus compatriotas de idéas, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem». Também não podem desenvolver qualquer ação os representantes das sociedades dêsse caráter e que tenham séde no estrangeiro. Não podem exercer influencia junto aos seus compatriotas para obterem a adesão a princípios políticos. Não podem também usar flamulas, bandeiras, símbolos, estandartes, insígnias ou distintivos, não podendo outrosim realizar desfiles, passeatas, comícios ou reuniões de caráter político. Revistas, jornais, conferencias, entrevistas também lhe são vedadas.

Isso não os inibe, porém de manterem sociedades de caráter beneficente ou cultural, das quais, entretanto, não podem fazer parte brasileiros, natos ou naturalizados, ou mesmo filhos de estrangeiros nascidos no Brasil.

A medida visa principalmente evitar a formação no país de minorias étnicas, cuja tendência seria se desenvolverem por uma continuada assistência de ação de propaganda direta ou indiretamente estimu-

lada pelos Governos dos países de origem, e que poderia vir provocar um certo mal estar e inquietação, sobretudo quando os princípios políticos ou religiosos propagados por tais sociedades estrangeiras não se coadunassem com os sentimentos nacionais, como é o caso dos regimes de força do fascismo, cujas colónias são das maiores no Brasil.

O estabelecimento, no Brasil, dum sistema de propaganda em favor de idéias políticas dominantes nos países de origem concorreria para a unificação dos laços de solidariedade nas colonias estrangeiras, isolando os seus membros em associações, e impedindo a sua integração na sociedade brasileira.

CAPITULO IX

Naturalização

Entre os principios cardeais a que está subordinada a nacionalidade figura o de que a todo homem é dado mudar de nacionalidade. (94) A esse abandono da Patria de origem para a aquisição de uma nova se dá o nome de naturalização. Nela duas ordens de questões devem ser examinadas: a) as que se referem á realização do fenomeno juridico; b) as que decorrem da naturalização.

A) Regulando a nacionalidade brasileira o decreto lei 389 de 25 de abril de 1938 tratou da naturalização dos estrangeiros, estabelecendo novas normas acordes com o sistema politico que domina o país. Do liberalismo inicial da Republica, liberalismo considerado funesto pelo Prof. Rodrigo Octavio, e que permitiu aos Governadores concederem naturalização a quantos a requeressem, sem maiores formalidades, alem da grande naturalização tacita com que acolhemos todos os estrangeiros que se acharam no Brasil a 15 de novembro de 1889 e não manifestaram

(94) — Bustamante, obr. cit. p. 431, v. I

o desejo de conservarem a sua nacionalidade, pas-samos ao principio oposto, cercando a naturalização de um severo rigorismo, cumulando-a de cuidados, precauções, e até de arbitrio. Inicialmente declara a nova lei ser a naturalização um ato gracioso, podendo o governo conceder-la ou não, a seu juízo, e podendo revoga-la em qualquer momento. A doutrina não é nova, pois outros países já a adotavam anteriormente. O Brasil, porem, pertencia até então á corrente dominante na America e que considerava a naturalização como um direito do estrangeiro desde o momento em que preencha certas e determinadas formalidades. No entanto, émbora ato gracioso, a lei exige o cumprimento de certo numero de condições afim de poder ser submetido ao governo o pedido de naturalização. Dentre estas está a quitação com o serviço militar a cujo cumprimento estava anteriormente obrigado o requerente, que desse modo se não poderá valer da mudança de nacionalidade como um meio fraudulento de se eximir do cumprimento dos seus deveres militares.

São ainda requisitos para a obtenção da naturalização a capacidade civil, que será regulada pela lei nacional (art. 10 § 1.º), e que constitue uma exceção á regra geral do nosso direito, que sempre reconheceu a lei da nacionalidade do individuo como a competente para regular-lhe a capacidade. (95) Esse

(95) — Já assignalamos outra exceção referente ao Direito Cambiario.

critério, apesar de previsto pelo Código Bustamante, não nos parece o melhor, podendo originar casos de dupla nacionalidade desde que o país, cuja nacionalidade se considera perdida não reconheça a capacidade do seu nacional. Melhor parece-nos a solução da lei portuguesa, que exige ao naturalizando a capacidade perante as duas leis: a da Patria que perde e a da Patria que adquire. Condições exigidas para a naturalização são também: a residência no Brasil durante dez anos; saber a lingua portuguesa; ter profissão ou bens para a sua subsistência; provar bom procedimento civil e moral; não estar processado por crime contra a segurança nacional, a estrutura das instituições e a ordem publica; contrabando, moeda falsa, falsificação de papeis de credito do Estado ou estabelecimentos de credito; não professar ideologias contrarias ás instituições. O prazo de residencia por dez anos não se considera interrompido se houver ausência por menos de dois anos, a juizo do Governo. O prazo de residência necessario para a obtenção da naturalização poderá ser reduzido, a juizo do governo, se o requerente estiver numa dessas condições: tiver filho brasileiro, mulher brasileira, fôr filho de brasileiro, se fôr filho de estrangeiro naturalizado, mas nascido fóra do país antes da naturalização do pai, se tiver bens, capacidade científica, artistica, profissional, ou provar ter mais de vinte anos de bons serviços como empregado de legação ou consulado brasileiro.

Questão que interessa extraordinariamente á na-

turalização é a de se saber que valor atribuir àquela que se efetuar com evidente fraude à lei. Eduardo Espinola, estudando a materia, conclue que os internacionalistas, em regra, pendem para a validade da naturalização, mesmo feita para fraudar a lei, pois não seria possível precisar os casos em que houvesse realmente a intenção de se furtao naturalizando a alguma prescrição legal do país cuja nacionalidade quer abandonar. Em sentido contrario manifestam-se os civilistas, para os quais *Fraus omnia corrumpit*. No nosso direito é a materia regulada pelo dec. 21.798, de 7 de janeiro de 1931, e que modificou o decreto 6948 de 1908.

B) Nesse ponto entrosa-se a materia referente á naturalização e as consequencias decorrentes da mudança de nacionalidade. Nos ocuparemos das essenciais. Em primeiro logar devemos assinalar as modificações, mesmo de nacionalidade, que se pódem verificar em relação á mulher e filhos, caso o naturalizando seja o chefe da familia. O direito brasileiro, porém desconhece essa fórmula de naturalização. E já nem mesmo efeito civis poderá produzir a naturalização, desde que está derogada a lei 1096, de 1860, a que já nos referimos.

Outro ponto a indagar é quanto á naturalização subtraír ou não o naturalizando das obrigações anteriores, desde que a nova nacionalidade o considere incapaz para os atos que praticou anteriormente, de acordo com a lei da primitiva nacionalidade. Até pouco tempo atraz a materia era tratada pelo dec.

6948, de 1908, que determinava não se verificar a subtração do naturalizando quanto às obrigações contraídas no país de origem antes da mudança de nacionalidade. Hoje vigora o dec. 21.798, que estabelece o predomínio da capacidade no momento em que foi contraída a obrigação, salvo os casos de de ordem publica.

Não menos dificuldade oferecem os casos das relações jurídicas que entrando no domínio da lei pessoal se ligam a um fato anterior á aquisição da nova nacionalidade. E' o caso do filho natural, que muda de nacionalidade antes do reconhecimento da paternidade. Qual a lei que deverá regular a relação jurídica? A nova ou a velha, que era a sua lei pessoal no momento do nascimento?

No direito brasileiro parece-nos interessante, ao se abordar a naturalização, saber se são constitucionais as restrições de ordem varia que se vêm fazendo em relação ao estrangeiro naturalizado brasileiro. Alem dos casos taxativamente enumerados pela Constituição outorgada em 1937 os decretos-leis se incumbiram de estabelecer grande numero de restrições á atividade e á capacidade do naturalizado para o exercicio de determinados cargos. Sobretudo em relação á legislação trabalhista. E quanto aos cargos publicos não temos nenhuma duvida em afirmar que tais restrições são inconstitucionais, não podendo prevalecerem. Seria estabelecer exageradas diferenças entre o brasileiro nato e naturalizado, colocando este numa posição de inferioridade demasiada. Se a Cons-

tituição realmente creou tal distinção, que desde a Constituição de 1934 se vem acentuando, nem por isso será permitido ao legislador exceder-se. Se motivos de ordem publica ou de segurança aconselharam justamente a reserva para os brasileiros natos de certas funções publicas ou privadas, o fez apenas em carater excepcional, que se não deverá converter em regra normal pela proliferação com que vem sendo praticada.