

Interpretação do direito internacional privado

NEGI CALIXTO

Professor Assistente de Direito In-
ternacional Privado na Universidade
Federal do Paraná.

“O que procuramos ressaltar foi que uma interpretação *contra legem*, de todo intolerável, não exclui uma interpretação *praeter legem*, quando sobrevêm mutações profundas na ordem política e social, que levam o juiz a proceder a uma adaptação do direito às condições da realidade atual” (ALFREDO BUZUID, in Apresentação do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA, Saraiva, 1984, Coleção Clássicos do Direito Brasileiro).

“Importante na interpretação não é a *letra* da regra, mas a *intenção* de quem a elaborou, princípio ressabido que se aplica aos tratados. Do outro lado, imperiosa é a consideração aos efeitos implícitos da questionada norma jurídica internacional.

Sem dúvida, sabemos todos que as presunções lógicas e as conseqüências necessárias derivadas de qualquer norma formam igualmente parte delas, porque a vontade de observar uma regra induz a de cumprir igualmente aquela outra, sem a qual a primeira não teria sentido, ou que se encontre logicamente compreendida nela” (conf. DIONÍSIO ANZILOTTI, *Curso de Derecho Internacional*, trad. exp. da 5ª ed., ital. por LOPES OLIVAN, Madrid, 1935, p. 62).

“Se o tratado autoriza alguma coisa, não porque as partes quisessem apenas definir princípios gerais, mas porque pretendessem concretizar o que no seu texto estipularam, é evidente que ele permite também, ainda que só por se achar subentendido, aquilo que é indispensável para realizar o estipulado”

Palestra proferida no curso de extensão universitária sobre “Problemas Atuais de Interpretação do Direito”, realizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, de 19 a 29 de março de 1984.

(conf. INDWICK EHRLICH, "L'Interprétation des Traités", in *Recueil des Cours*, v. 24, p. 84) (trecho do voto do Min. ANTONIO NEDER, no pedido de Extradicação nº 333, Suíça, apud *Extradicações — Julgamentos e Legislação*. STF, Brasília, 1976, pp. 569 e 570).

"Aquele mesmo princípio hermenêutico (do efeito útil), agora associado ao da compreensão sistemática da lei, manda que se condene, na matéria em exame, uma restrição excessiva do conceito de tribunal excepcional" (trecho do parecer do Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, no pedido de Extradicação nº 347, Itália, ob. cit., pp. 174 e 175).

"Recordemos que a norma jurídica é um ser autônomo que envolve um sentido axiológico independente daquele que o legislador tenha inicialmente querido exprimir, um sentido que pode variar com o tempo. A primeira tarefa do juiz será, então, de maneira serena e equilibrada, captar a valoração independente da regra de direito, utilizando-se dos processos comuns de interpretação, que são todos válidos desde que associados; mas essa captação se integra com a apreciação que ele faz do caso concreto, quando resplandece a missão mais importante do juiz — *fazer Justiça!*" (LUIZ FERNANDO COELHO, *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*. Forense, 1981, p. 171).

"Assim, o *in claris cessat interpretatio* colide com a própria natureza da interpretação e seu predomínio — hoje felizmente em acentuado declínio — só se explicava por razões político-sociais, pelo afã obsessante de evitar a incerteza, o arbítrio, na aplicação da lei, afã esse que constitui um dos *leitmotiv* daquela encarnação, já superada, do liberalismo (ALÍPIO SILVEIRA, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, 1º vol., p. 41, RT, 1968).

SUMARIO

1. O direito
2. A excursão das posições doutrinárias do direito, quanto à interpretação
3. O direito internacional privado
4. A norma de direito internacional privado
5. Hermenêutica jurídica. Interpretação do direito
6. Interpretação da norma no direito internacional privado
7. Conclusão

1. O direito

Da excelência resultante de toda a divergência travada na conceituação do direito, restou-nos um saldo positivo de conhecimento de teorias ofertadas por escolas que marcaram, preponderantemente, a evolução filosófica.

Se há conceito que se possa acolher, sem dúvida, é o de RADBRUCH que o reconheceu como o conjunto das normas gerais e positivas, que regulam a vida social.

Envolto está, o direito, com a vida comunitária, com a sociedade. Desta depende o direito, razão por que JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO afirma que:

“O direito é uma ordem de sociedade. Uma ordem e não a ordem, repare-se, porque na sociedade outras ordens se encontram” (in *O Direito. Introdução e Teoria Geral*. Lisboa, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, 1978, p. 2).

Para se compreender o direito, necessariamente, há que conhecer a sociedade, como um ente que busca todas as normas de ansiedade, tendência, apetite e disposição de espírito.

Não se pode falar, hoje, em direito ou sociedade, sem falar nas relações jurídicas múltiplas ou extranacionais, cuja existência demonstra ser um fato social, originando o direito internacional privado (cf. QUINTIN ALFONSIN, in *Teoría del Derecho Internacional*, p. 13, Montevideu, 1955).

*Para tanto levou GILDA MACIEL CORREA MAYER RUSSOMANO a afirmar que:

“Aprofundando esse conceito, em síntese, podemos dizer: as relações concretas, ajurídicas, estabelecidas entre os indivíduos criam relações jurídicas que contêm elementos extranacionais, e estas relações constituem a matéria-prima do estudo do direito internacional privado” (in *Direito Internacional Privado do Trabalho*, 2ª ed., Forense, p. 4).

2. A excursão das posições doutrinárias do direito quanto à interpretação

Não há como conceituar o direito, em forma simplista, sem uma visão de todo o progresso de suas idéias no mundo social.

Para tanto, o jurista não pode deixar de conhecer a afirmação de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO de que o direito é uma realidade muito vasta.

E essa realidade e a sua penetração fazem que todas as metodologias conhecidas partam da sua evolução histórico-crítica, da Alemanha na figura ímpar de SAVIGNY, fundando a “Escola Histórica” e que afasta-se do entendimento que o sistema de direito não é exclusivamente um sistema de regras jurídicas, mas um nexu “orgânico” entre os *institutos jurídicos* que vivem na consciência comum, libertando-se da estrita prisão à palavra da lei, em favor de uma consideração mais vigorosa do fim da lei e do nexu de significações, fornecidas pela global intuição do instituto. SAVIGNY, pela sua idéia de sistema como sistema “científico” construído a partir dos conceitos jurídicos, deu a partida para a “jurisprudência dos conceitos” (cf. KARL LARENZ, *Metodologia da Ciência do Direito*, Lisboa, Ed. Fund. Calouste Gulbenkian, 1969, pp. 10 e 11).

Da “jurisprudência dos conceitos” do século XIX, com a “genealogia dos conceitos” de PUCHTA, passando pelo “método histórico-natural” de IHERING, ao “positivismo racionalista legal” de WINDS CHEID e à “teoria objetivista da interpretação” de BINDING, WACH e KOHLER, a predominância que se nota é a busca de uma afirmação ao instituto da interpretação da lei, como fundamental a toda sistemática jurídica, o que levou aos teorizadores da forma “objetivista” da interpretação a permitir que a lei, “uma vez promulgada, *pode*, como qualquer palavra dita ou escrita, ter para outros uma significação em que não pensava o seu autor — o que seria um truismo —, mas ainda que o juridicamente decisivo é, em lugar do que pensou o autor da lei, uma significação “objetiva”, independente dele e imanente à mesma lei” (KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 31).

Do ciclo que circunda o influxo do conceito positivista de ciência, demonstrada na “teoria psicológica do direito”, de BIERLING, na “jurisprudência pragmática” de IHERING, no esplendor da “jurisprudência dos interesses” de HECK e STOLL, surge a “teoria pura do direito”, de Kelsen, a mais grandiosa tentativa de fundamentação da ciência do direito como ciência que o nosso século veio até hoje a conhecer, na feliz observação de LARENZ.

Foi Kelsen quem viu a diferença fundamental que existe entre o legislador e o juiz, na interpretação da lei, porque aquele é “comparativamente muito mais livre” do que o juiz na criação do direito. De resto, comenta LARENZ, a teoria de Kelsen, na aplicação do direito através de um órgão jurídico, a interpretação, em termos de conhecimento, do direito aplicado liga-se sempre a um *acto de vontade*, por meio do qual o órgão aplicador efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas pela interpretação” (*ob. cit.*, p. 95).

Desse mesmo ciclo surge o Movimento do Direito Livre que tem em Bülow, Kantorowicz e Isay, os seus máximos representantes.

HERMAN KANTOROWICZ que, sob o pseudônimo de GNAEUS FLAVIUS, publicou a monografia intitulada *Der Kampf um der Rechtswissenschaft*

(A luta pela ciência do direito), em Heidelberg, em 1906, apregoa a mais absoluta liberdade e o poder de o juiz decidir a seu alvedrio, sem limites na lei, como observou o Professor ALFREDO BUZAD na apresentação da *Hermenêutica Jurídica*, de PAULA BAPTISTA (Saraiva, 1984).

Na primeira metade do século XX surgem a “teoria da ciência do direito”, de STAMMLER, o “neokantismo sudocidental-alemão e a teoria dos valores”, de RICHERT, LASK, RADBRUCH e SAUER, o “idealismo objetivo e dialética”, de BINDER e SCHÖNFELD, até a “teoria fenomenológica do direito”, de REINACH, WELZEL e HUSSERL, todas desenvolvidas por LARENZ (ob. cit.), passando às tendências metodológicas atuais, obrigatoriamente pela “jurisprudência dos interesses” à “jurisprudência das valorações”, até a crítica de FRANZ JERUSALEM à moderna ciência do direito.

Têm lugar de destaque, ainda, outras escolas proeminentes, que LUIZ FERNANDO COELHO desenvolve com a excelência de sua didática (in *Lógica Jurídica e Interpretação das Leis*, 2ª ed., Forense, 1981), a do pensamento argumentativo e tópica jurídica, com PERELMAN, na sua teoria da argumentação para equacionar soluções, superando a problemática indicada, e THEODOR VIEHWEG que, em *Tópica e Jurisprudência*, desenvolve os fundamentos de uma nova ciência do direito, voltada menos para os princípios do que para os problemas que concretamente preenchem o universo da juridicidade (cf. ob. cit., p. 160), a *Lógica do Razoável*, de LUÍS RECASÉNS SICHES, professor da Universidade Nacional do México, que é “o catalisador, na ciência jurídica latino-americana, das novas teorias em matéria de hermenêutica do direito, que se afastam da silogística e da concepção subsuntiva da decisão judicial, fundamentando-se na *prudência*, na equidade e no sentimento do justo, ubicados no equilíbrio da dimensão humana, que o autor denomina o *razonable*, em oposição ao *racional*, porque as decisões jurídicas, antes de serem racionais, segundo a perspectiva lógico-subsuntiva, são razoáveis, e denomina-se o *logos* do razoável vinculado à dimensão humana (cf. ob. cit., p. 150).

SICHES assim pensa: diante da norma aplicável ao caso concreto, o juiz deve antever mentalmente os resultados da aplicação da norma. Se houver concordância entre estes e os visados pela norma, deve o juiz aplicá-la; em caso contrário, deve ser declarado na sentença que a norma é inaplicável, por mais que se afigure como aplicável. O intérprete é assim fiel à norma e, uma vez declarada a inaplicabilidade, deve o magistrado procurar outra, mais conveniente, humana, para a solução do contencioso. No caso de não ser encontrada esta outra, deve-se declarar a ocorrência de uma lacuna na legislação.

O Professor LUIZ FERNANDO COELHO ainda põe em destaque a “Escola da Jurisprudência Sociológica”, que reflete o espírito norte-americano, com as expressões destacadas de OLIVER W. HOLMES, ROSCOE POUND, BENJAMIN CARDOZO e LUIZ BRANDEIS, e “que, inspirada na lógica experimental de JOHN DEWEY, a tese fundamental da escola é a necessidade da compreensão correta das realidades sociais em permanente fluxo

histórico, como atitude preliminar à interpretação das normas jurídicas expressas nos costumes, na lei e nos precedentes” (ob. cit., p. 260).

Por fim, destaque-se a produção científica do Professor LUIZ FERNANDO COELHO que, somada à “Introdução à Crítica do Direito”, última idéia projetada no mundo jurídico que concentra-se na desmistificação do idealismo ingênuo, para a construção de uma sociedade livre de homens livres, ou seja, desalienados, pôs em relevo o *pensamento jurídico concreto* de ALF ROSS, que, “fundado na perspectiva de um normativismo dialético, representa instrumento eficaz para a construção de raciocínios jurídicos adequados à realidade do direito” (ob. cit., p. 174).

Vale transcrever o que o eminente professor extraiu do pensamento jurídico concreto sobre a interpretação da norma:

“Recordemos que a norma jurídica é um ser autônomo que envolve um sentido axiológico independente daquele que o legislador tenha inicialmente querido exprimir, um sentido que pode variar com o tempo. A primeira tarefa do juiz será então, de maneira serena e equilibrada, captar a valoração independente da regra de direito, utilizando-se dos processos comuns de interpretação, que são todos válidos desde que associados; mas essa captação se integra com a apreciação que ele faz do caso concreto, quando resplandece a missão mais importante do juiz — *fazer Justiça!*”

A velha questão de como deve o magistrado conduzir-se em face da lei “injusta” nos parece inteiramente superada, e pasma que autores eminentes ainda tenham dúvidas teóricas sobre a sua solução; a nós se configura evidente que deve prevalecer a justiça, o que possibilita ao magistrado corrigir a lei ou declará-la inaplicável. Essa correção todavia não implica a prolação de uma sentença *contra legem*, pois, se a norma jurídica é portadora da valoração independente, importa descobri-la no contexto dos demais valores sociais, isto é, conduzir a norma de direito ao seu lugar no quadro geral das valorações; o que a hermenêutica tradicional considera, portanto, uma decisão *contra legem* nada mais é do que a exclusão a que o juiz procede das valorações “estranhas” que a norma possa constituir, porque contrárias aos *princípios gerais do direito*” (ob. cit., pp. 171/172).

3. O direito internacional privado

Não é somente um conceito de direito internacional privado — um conjunto de preceitos reguladores das relações de ordem privada da sociedade internacional (CLÓVIS BEVILAQUA) ou o direito que rege os fatos em translação, girando através do espaço ao redor de leis diversas ou os fatos situados entre leis espacialmente contrárias ou o direito que

concerne à atividade de uma lei além de sua órbita, além do território, além das pessoas, para que foi feita (HAROLDO VALLADÃO) — que irá colocá-lo no seio das posições doutrinárias do direito, quanto à interpretação das normas. Necessário se faz uma observação histórica.

Do espírito da territorialidade pelo feudalismo em que os indivíduos restringiam suas atividades aos limites estreitos das fronteiras demarcadas, as relações internacionais se intensificaram à medida que o homem desenvolveu, ampliou e aperfeiçoou os meios de comunicação, eis que a extraordinária mobilidade do homem sobre o globo terrestre e nos espaços aéreos fixou a causa e o efeito dessas relações (cf. GILDA RUSSOMANO, ob. cit., p. 3).

Mas, “à medida que o intercâmbio se avolumava, mais acentuado era o contato do alienígena com os ordenamentos jurídicos estranhos e mais intensos os conflitos de legislações. O territorialismo, contudo, haveria de abrandar-se a uma abertura de produzir-se para que fosse encontrada uma solução para o problema” (apud AGENOR PEREIRA DE ANDRADE, *Manual de Direito Internacional Privado*, S. Paulo, 1975, p. 11) e essa solução, talvez, alcançada estaria através da uniformização das normas de direito, com nivelamento das legislações, com o estabelecimento de uma ordem jurídica única, como sonhou o holandês JITTA.

Evidente, portanto, que a inexistência de poder supranacional ou de uma superjurisdição faz transparecer a existência de soberanias autônomas, com jurisdições independentes, ordem jurídica preponderantemente livre, para que cada país possa admitir como jurídico só aquilo que, como tal, entenda admitir e cada jurisdição atribua validade jurídica aos fatos, por forma própria, sem qualquer interferência jurídica das demais jurisdições e sem que exista órgão superior que possa manifestar-se, afirmativa ou negativamente, quanto às leis que surgem aqui e ali (cf. OSIRIS ROCHA, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, 1975, p. 4).

Razão por que, em face das numerosas situações em que se dá a confluência de várias ordens jurídicas, chegou JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO a afirmar que o direito internacional privado não é na verdade direito internacional, mas direito interno: cada país tem o seu próprio direito internacional privado e por ele resolve os conflitos que possam surgir, o que leva a concluir que as regras do direito internacional privado são regras formais, que caem na categoria das regras de remissão. Não se diz como se regula aquela situação, mas qual a lei que será competente para a regular, seja qual for o seu conteúdo (cf. ob. cit., p. 452).

Regras formais ou regras de remissão, o certo é que o direito internacional privado é o que sofre maior influência na interpretação de suas normas.

A autorização que se oferece ao juiz nacional para aplicar a norma estranha ou estrangeira oferece, também, a permissão para interpretá-la nos justos limites da construção adequada à realidade de cada caso interjurisdicional.

4. *A norma do direito internacional privado*

Quando o juiz nacional está diante de um fato internacional, ou interjurisdicional, isto é, quando dois meios sociais diferentes litigam em busca da solução à causa proposta, perseguirá a indicação do direito aplicável.

Aí a função da norma do direito internacional, privado.

Ela indicará o direito inerente à pessoa que entrou em contato com mais de um meio social.

ARMINJON já apontara como função auxiliar-judicial, e nisto se resume e se exaure a sua existência, como bem observou OSIRIS ROCHA (ob. cit., p. 13).

Nesse mesmo sentido a lição de AMÍLCAR DE CASTRO:

“As normas de direito internacional privado não se destinam a direta apreciação de qualquer relação humana existente entre as pessoas, ou da conduta destas; apenas auxiliam a apreciação do fato anormal, sem fornecer qualquer critério para essa apreciação, critério que é sempre dado pelo direito primário que indica” (in *Direito Internacional Privado*, Forense, 1977, p. 91).

Por isso, a norma tem função preponderante ao juiz nacional, mesmo sendo estranha, eis que se busca definição a uma causa litigada por meios sociais diferentes, por jurisdições independentes.

5. *Hermenêutica jurídica. Interpretação do direito*

Do latim, hermenêutica (o que interpreta, o que explica) é a busca do meio ou modo como se devem interpretar as leis, a fim de que se tenha delas o exato sentido ou o fiel pensamento do legislador, na conceituação clássica, porque nela estão encerrados todos os princípios e regras que devam ser judiciosamente utilizados para a interpretação do texto legal (cf. DE PLÁCIDO E SILVA, *Vocabulário Jurídico*).

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO acha que interpretar uma lei é determinar-lhe com exatidão seu verdadeiro sentido, descobrindo os vários elementos significativos que entram em sua compreensão e reconhecendo todos os casos a que se estende sua aplicação (cf. *Curso*, Parte Geral. Saraiva, 1964, p. 36).

Para FRANCISCO DE PAULA BAPTISTA a hermenêutica jurídica é o sistema de regras para interpretação das leis; e a sua importância e autoridade são imensas, derivando do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamento do legislador (§§ 1º e 2º do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. Saraiva, 1984). No entanto, superada está a formalização de PAULA BAPTISTA quando afirma não ter

lugar a interpretação sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa (*interpretatio cessat in claris*) (§ 3º).

Assim, como esclarece ALÍPIO SILVEIRA, o *in claris cessat interpretatio* colide com a própria natureza da interpretação, e seu predomínio — hoje felizmente em acentuado declínio — só se explicava por razões político-sociais, pelo afã obsedante de evitar a incerteza, o arbítrio, na aplicação da lei, afã esse que constituiu um dos *leitmotiv* daquela encarnação, já superada, do liberalismo (in *Hermenêutica do Direito Brasileiro*, 1º vol., RT, 1968, p. 41).

A hermenêutica não se refere somente à lei, mas ao direito contido na lei; o seu escopo é descobrir o direito, isto é, o conteúdo normativo contido nas formas de expressão do direito, assevera LUIZ FERNANDO COELHO (in ob. cit., p. 178), para quem epistemologicamente a hermenêutica se situa como parte da ciência do direito, cujo objeto é o estudo e a sistematização dos processos lógicos de interpretação, integração e aplicação do direito, correspondendo particularmente à dimensão dogmática do conhecimento jurídico.

Ao juiz, verdadeiro intérprete, está destinada a adequação da norma, ele é “o renovador inteligente e cauto, o sociólogo do direito. O seu trabalho rejuvenesce e fecunda a fórmula prematuramente decrépita, e atua como elemento integrador e complementar da própria lei escrita” (cf. CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, 1961, p. 26).

Enquanto a lei permanece no mundo estático, a função interpretativa é a dinâmica do direito (DEGNI, *L'Interpretazione della Legge*).

6. *Interpretação da norma no direito internacional privado*

Ao Supremo Tribunal Federal, como supremo intérprete, cabe a adequação da norma de direito internacional privado, nos casos específicos da sua competência.

A pesquisa debruçada sobre seus julgados demonstra quão utilizada é a hermenêutica.

Em todos os ramos visíveis do direito internacional privado, o juiz procurou interpretar a norma visando, antes de tudo, *fazer justiça*, como missão mais importante, não uma interpretação *contra legem*, como observou o Professor ALFREDO BUZAD, mas uma interpretação *praeter legem*, “quando sobrevêm mutações profundas na ordem política e social, que levam o juiz a proceder a uma adaptação do direito às condições da realidade atual” (na Apresentação do *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, de PAULA BAPTISTA).

Vejamos, nos casos práticos, o que o egrégio Supremo Tribunal Federal resolveu.

I — Matéria de extradição

A Corte enfrentou o debate sobre o instituto da *reciprocidade*.

A reciprocidade nada mais é do que a permissão do Estado em admitir a execução de sentenças estrangeiras, se o país de onde provêm admitir execução das decisões nacionais.

Instituto bastante criticado por CLOVIS BEVILAQUA (*Direito Internacional Privado*), por AMÍLCAR DE CASTRO (ob. cit.), a quem essa condicional não afina com o verdadeiro fundamento da atribuição de efeitos a fatos ocorridos no estrangeiro: no *forum*, a preocupação de justiça e utilidade deve subsistir ainda em falta de tratamento recíproco.

Instituto defendido por Rocco e AUBRY ET RAU, foi preterido por Clovis que defendia o seu banimento do direito, "porque substitui a idéia de justiça pela de conveniência, autoriza iniquidades manifestas, e empresta às relações internacionais uma estranha feição de ameaça e hostilidade" (ob. cit.).

A reciprocidade, no entanto, hoje é fonte reconhecida do direito extradicional.

a) Na Extradicação nº 272 — Áustria; Extradicação nº 273 — Polônia; e Extradicação nº 274 — Alemanha, países que buscavam o extraditando Franz Paul Stangl, o instituto veio à tona quando os três Estados requerentes fizeram declaração de reciprocidade.

A defesa sustentou a insuficiência do compromisso, porque ele envolve um ato internacional não referendado pelo Congresso.

Disse a defesa que as Constituições anteriores só impunham essa aprovação para tratados e convenções, mas a de 1967 (art. 83, VIII) a exige para "tratados, convenções e *atos internacionais*", por isso a oferta de reciprocidade, envolvendo a tácita aceitação do Brasil, dependeria do referendo legislativo.

O Professor HAROLDO VALLADÃO interveio no julgamento como Procurador-Geral da República e fez sua brilhante sustentação de parecer, declarando:

"No direito brasileiro, no tempo do Império, a extradição era ato administrativo, quer dizer, o Judiciário não intervinha. O Governo prendia e entregava.

Regia-se por quê?

Regia-se pela Circular do Barão de Cairu, de 1847, falando em promessa de reciprocidade, e pelos Tratados.

Veio a República, e que fez o eminente Pires e Albuquerque, Juiz da 2ª Vara do Rio de Janeiro?

Vieram pedidos de extradição sem Tratado e ele disse: "Sem tratado, não se dá, porque não há lei."

Já estávamos num regime em que o Judiciário controlava tudo. Logo, o Judiciário também controlava a extradição.

Disse mais Pires e Albuquerque: "A promessa de reciprocidade não vale, pois é, de fato, um tratado, que depende de aprovação pelo Congresso."

Acompanhando o Supremo Tribunal e Pires e Albuquerque, denegando efeito às promessas de reciprocidade, só reconhecendo a extradição mediante tratados, foi preciso fazer uma lei de extradição.

Essa Lei nº 2.416, de 1911, não falou em reciprocidade, e passamos, assim, a dar extradição independente das referidas promessas de reciprocidade. Só se exigiu num caso, art. 1º, para a extradição de brasileiro.

O projeto daquela lei, segundo esclareceu MENDES PIMENTEL, visou "dotar o País de uma lei reguladora da extradição, consoante a qual celebre o Governo brasileiro tratados de remissão "*delinquentium*" e atenda a solicitações de países não ligados ao nosso por convenções internacionais" (Rev. Forense, IV/77).

Assim, a extradição passaria a decorrer do tratado e da lei, *superadas as promessas de reciprocidade*.

E assim o entenderam todos os autores brasileiros que apreciaram, em obras especializadas, a Lei nº 2.416, de 1911. E os leio: ARTHUR DRIGGS, 1919, p. 12; COELHO RODRIGUES, I, 1927, p. 132; BENTO DE FARIA, 1930, p. 28. E, ainda, o Supremo Tribunal Federal no acórdão *laeder* do saudoso e eminente juiz, e especialista RODRIGO OCTÁVIO: "A falta de tratado não é, entretanto, obstáculo ao presente pedido de extradição, em face dos princípios liberais da nossa lei, que autoriza a extradição independentemente de reciprocidade só exigida quanto à extradição de nacionais" (art. 1º — Rev. Direito 92/75, e H. VALLADÃO, *Estudos de DIP*, p. 669, e *Bolet. Sociedade Brasileira Dir. Internac.* 7/107 e *Pareceres da Cons. Geral da República*, I/331).

Na mesma trilha, a lei atual, o Decreto-Lei nº 394, de 1938, não condicionou a extradição à existência obrigatória de tratado ou de promessa de reciprocidade. Só previu e exigiu esta para caso especial, da prisão preventiva antes do pedido formal, art. 9º

Nesse sentido, também JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Curso de Direito Penal*, 1º vol., pp. 294, *in fine*, e 295, *in fine*.

Agora o ilustre advogado chega a uma conclusão, *data venia*, tardia. Diz S. Exª: hoje, com a nova Constituição, as

ofertas de reciprocidade não valem nada, porque a Constituição diz que dependem de aprovação do Congresso tratados, convenções e outros atos *internacionais*. Já PIRES E ALBUQUERQUE mostrara que todos os atos internacionais dependiam de aprovação do Congresso, pois a palavra *tratado* compreendia também oferta de reciprocidade.

E a exigência da reciprocidade está superada.

Se a lei não fala em oferta de reciprocidade, como vai o Supremo exigí-la? (*Extradições — Julgamentos e Legislação*. STF, Brasília, 1976, p. 71).

O voto do eminente Relator, Ministro VICTOR NUNES LEAL, afastou a arguição da defesa, assim se expressando:

“A declaração de reciprocidade, na falta ou deficiência de tratado, é fonte reconhecida do direito de extradição (ANDRÉ MERCIER, “L’Extradiction”, *Recueil des Cours*, 1930, III, p. 185). Esse princípio já fora adotado em nosso País, no Império, pela Circular de 4-2-1847, do Ministério dos Negócios Estrangeiros; também foi mencionado, quanto à extradição de nacionais, na Lei nº 2.416, de 28-6-1911 (art. 1º, § 1º), e a lei atual o consagra (Decreto-Lei nº 394, de 28-4-38, art. 6º, § 3º, c/c art. 9º), segundo o entendimento do Supremo Tribunal (Extr. nº 232, 9-10-61, *DJ* 4-4-63, p. 70; Extr. nº 288, 7-12-62, R.F. 205/288, voto do Sr. Ministro GONÇALVES DE OLIVEIRA; Extr. nº 251, 30-9-63, *DJ* 5-12-63, p. 1.238, voto do Sr. Ministro EVANDRO LINS). Não ficou derogada a nossa lei nessa matéria, pois não tem esse alcance a circunstância de ser hoje necessário o *referendum* parlamentar para “atos internacionais” (Const. 1967, art. 83, VIII), diferentemente da Constituição anterior, que só o exigia para tratados e convenções.

O melhor entendimento da Constituição é que ela se refere aos atos internacionais de que resultem obrigações para o nosso País. Quando muito, portanto, caberia discutir a exigência da aprovação parlamentar para o compromisso de reciprocidade que fosse apresentado pelo Governo brasileiro em seus pedidos de extradição. Mas a simples aceitação da promessa de Estado estrangeiro não envolve obrigação para nós.

Nenhum outro Estado, à falta de norma convencional, ou de promessa feita pelo Brasil (o que não é o caso), poderia pretender um *direito* à extradição, exigível do nosso País, pois não há normas de direito internacional sobre extradição obrigatória para todos os Estados (MERCIER, ob. cit., p. 182). Dar ou recusar a extradição é direito inerente à soberania do Estado requerido (COELHO RODRIGUES, *A Extradição*, v. 1, 1930, p. 42). Ele não tem obrigação internacional de a conceder senão no limite dos seus compromissos (MERCIER, ob. cit., p. 180).

Nem a Convenção sobre o genocídio teria criado tal obrigação em face dos Estados não signatários (L. C. GREEN, "Political Offences, War Crimes and Extradiction", *The International and Comparative Law Quarterly*, abril, 1962, p. 329).

(...) Mesmo que o Tribunal consinta na extradição por ser regular e legal o pedido, surge outro problema, que interessa particularmente ao Executivo: saber se ele estará obrigado a efetivá-la. Parece-me que essa obrigação só existe nos limites do direito convencional, porque não há, como diz MERCIER, "um direito internacional geral de extradição".

Em conseqüência, a simples aceitação da oferta de reciprocidade não cria obrigação para o Brasil, não dependendo essa aceitação de *referendum do Congresso*. Na promessa de reciprocidade resulta obrigação para o Estado requerente, não para o Estado requerido.

Vou mais longe ainda: mesmo nos casos em que o Brasil seja o ofertante, uma vez que a reciprocidade já está prevista em lei e no costume internacional, que a nossa lei manda observar (Decreto-Lei nº 394/38, art. 9º, c/c art. 20, *in fine*; Cód. Penal, art. 4º), não se compreenderia fosse necessária nova chancela do Congresso para tal fim" (ob. cit., pp. 74/75).

A reciprocidade, portanto, fica ao entendimento interpretativo do julgador.

b) No julgamento do pedido de Extradicação nº 315, da República Federal da Alemanha, o Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, na qualidade de Procurador da República, hoje Ministro da Suprema Corte, assim examinou o instituto da reciprocidade:

"Conhecendo embora o precedente judiciário, que em nada se desgastou com a superveniência da Emenda Constitucional nº 1, argumenta a defesa no sentido de que o "ato internacional" extraditório não pode prescindir do *referendum* parlamentar.

A veemência da afirmação — cujo fascínio liminar sempre nos pareceu inegável — não acodem, todavia, elementos capazes de justificar a reforma das concepções até agora pacíficas na Suprema Corte.

Com efeito, a citação dos escritos de FRANCISCO CAMPOS, Despagnet, Saint-Aubin, bem como do Repertório La Pradelle Niboyet, a mais não serve que à demonstração do incontroverso, ou seja, de que, à falta de tratado específico, a extradição não é obrigatória, não conferindo o direito das gentes caráter juridicamente coativo e irrecusável à chamada promessa de reciprocidade.

Agindo dentro dos limites de sua soberania, a República se reserva o direito de, em tais casos, recusar a extradição — pela voz única do Poder Executivo — ou concedê-la, não havendo, nesta última hipótese, como prescindir da apreciação do pedido pelo Supremo Tribunal Federal.

Toda essa mecânica encontra, naturalmente, sua disciplina em legislação doméstica, cuja compatibilidade com a Lei Maior se acha de longa data afirmada por essa egrégia Corte. Nem o velho texto de 1938, nem tampouco o vigente Estatuto do Estrangeiro, concede abrigo à tese da intervenção parlamentar no processo extraditório.

A ponderação eloqüente — embora inválida — de que tal disciplina promanou, no passado e na atualidade, de decretos-leis, poderia ser respondida com a invocação, não menos eloqüente, do fato de não se encontrar Estado parâmetro onde o Poder Executivo dependa, caso por caso, de aprovação do Congresso para formular ou acolher promessas de reciprocidade quando, respectivamente, solicita ou se dispõe a conceder a extradição” (ob. cit., p. 342).

c) A Suprema Corte tratou no pedido de Extradição nº 347, da Itália, sobre o tema da *excepcionalidade do Juízo*.

Os advogados de defesa do extraditando reclamavam do pedido alegando descabimento de extradição quando o réu está sujeito a julgamento por tribunal ou juízo de exceção.

O mandado de prisão vinha assinado pelo Presidente da Corte Constitucional da Itália, criada em 1947, apontada como juízo de exceção.

O Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK, como Procurador da República, lançou seu parecer, reconhecendo-a como tribunal de exceção.

Em certo trecho, disse o Professor REZEK:

“A listagem legal doméstica dos obstáculos à extradição termina nos incisos VII e VIII do artigo 88 do Estatuto do Estrangeiro, pertinentes, nessa ordem, à natureza política do crime e à excepcionalidade do juízo a que se deva sujeitar, na origem, o extraditando.

O princípio do *efeito útil*, elementar em hermenêutica jurídica, prescreve, desde logo, a idéia simplista de que juízo de exceção seja aquele precipuamente destinado ao processo e julgamento de crimes políticos. Quando assim fosse, ter-se-ia o legislador contentado com a redação do inciso VII, capaz de cobrir o seu duplo propósito. Se o rol condicionante se estende até um inciso VIII, versando de modo autônomo a excepcionalidade do juízo, é porque esta se presume possível também em presença de delitos comuns.

Aquele mesmo princípio hermenêutico, agora associado ao da compreensão sistemática da lei, manda que se condene, na matéria em exame, uma restrição excessiva do conceito de tribunal excepcional.”

Culmina o ilustre professor em reconhecer a exceção, por entre outras razões, a competência judicante da Corte Constitucional que foi estabelecida *post factum*.

O pedido foi deferido, apesar do parecer da Procuradoria, pelo voto do eminente Ministro DJACI FALCÃO, acompanhado por maioria dos demais Ministros, em sessão histórica, eis que os debates sobre o tema foram dos mais fecundos em termos de posição doutrinária, e cuja ementa assim se expressou:

“Alegação da existência de juízo de exceção. A Corte Constitucional criada pela Constituição italiana de 1947 situa-se como órgão jurisdicional. A sua composição, o processo de recrutamento dos seus membros, as incompatibilidades e os limites de eficácia das suas decisões encontram-se legitimamente definidos na legislação da Itália. Órgão jurisdicional preconstituído e que atende aos princípios fundamentais do Estado de direito (...)” (ob. cit., p. 167).

d) No pedido de Extradicação nº 333, da Suíça, o Supremo Tribunal Federal enfrentou o tema da interpretação quanto à expressão *instrução criminal*.

A defesa do extraditando alegava inexistir processo instaurado e ausência de instrução criminal, como exige o Tratado de Extradicação firmado pelo Brasil e pela Suíça.

Diz a cláusula do Tratado:

“O pedido de extradicação será feito por via diplomática. Será acompanhado do original ou de cópia autêntica da sentença de condenação ou da pronúncia, ou de mandado de prisão, expedido pelo juiz ou procurador público competente, peça da qual se conclua que já foi iniciada instrução criminal contra o inculcado e que sua prisão preventiva foi decretada de acordo com as leis em vigor.”

A defesa afirmava que o pedido visava repatriar pessoa que ainda não faz objeto do processo criminal.

No entanto, o julgamento baseou-se na interpretação do conceito de *instrução criminal* que não se limita, no contexto da norma, à fase contraditória do processo, mas extensiva à instrução preparatória.

Diz o eminente Ministro ANTÔNIO NEDER, relator do pedido:

“Importante na interpretação não é a *letra* da regra, mas a *intenção* de quem a elaborou, princípio ressabido que se aplica aos tratados.

Doutro lado, imperiosa é a consideração dos efeitos implícitos da questionada norma jurídica internacional.

Sem dúvida, sabemos todos que as presunções lógicas e as conseqüências necessárias derivadas de qualquer norma formam igualmente parte dela, porque a vontade de observar uma regra induz a de cumprir igualmente aquela outra sem a qual a primeira não teria sentido, ou que se encontre logicamente compreendida nela (conf. DIONÍSIO ANZIOLOTTI, *Curso de Derecho Internacional*, trad. esp. da 5ª ed. ital. por LOPES OLIVAN, Madrid, 1935, p. 62).

Se o tratado autoriza alguma coisa, não porque as partes quisessem apenas definir princípios gerais, mas porque pretendessem concretizar o que no seu texto estipularam, é evidente que ele permite também, ainda que só por se achar subentendido, aquilo que é indispensável para realizar o estipulado (conf. INDWUJK EHRLICH, "L'Interprétation des Traités", in *Recueil des Cours*, v. 24, p. 84)."

Interpretou-se, então, que a prisão preventiva do acusado, mesmo que decretada na fase preliminar de investigação do fato criminoso, é bastante para fundamentar o pedido de extradição (ob. cit., pp. 541 e segs.).

e) Muitas vezes, a Corte Suprema é despertada para interpretar expressões jurídicas oriundas de institutos processuais e de direito material, que necessitam de uma definição do juiz para a aplicação nos fatos interjurisdicionais.

Na Extradição nº 280, dos Estados Unidos da América, procurou-se interpretar a palavra *indictment*.

Concluiu-se que esse instituto tem identidade com o de *pronúncia* do direito brasileiro, vez que na legislação americana *indictment* é um decreto formal de acusação, baseado em instrução criminal prévia.

Deferiu-se a extradição face ao atendimento à exigência da lei brasileira de prova de pronúncia (ob. cit., pp. 127 e segs.).

f) Na Extradição nº 304, da Argentina, buscou-se dar a exegese da expressão *secuela del juicio*, muito criticada por padecer de tecnicismo processual.

Terminou a Corte Suprema em reconhecer estar na expressão referida a prisão preventiva, ou "ordem de captura", como motivação de interrupção da prescrição invocada (ob. cit., pp. 231 e segs.).

g) Já no pedido de Extradição nº 318, da França, cujo julgamento marcou efetivamente a história da Corte Suprema, onde buscava a extradição de FERNAND CHARLES ERNEST LEGROS, deu-se a necessidade de interpretar a expressão *mandat d'arrêt*, culminando em reconhecer o *mandat d'arrêt* como meio hábil a permitir a detenção preventiva, no curso da instrução preparatória.

O Procurador-Geral à época, Ministro JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, dizia que o *mandat d'arrêt* é, material e formalmente, decisão que demanda a observância de requisitos mais rígidos do que, entre nós, a que decreta a prisão preventiva (ob. cit., pp. 357 e segs.).

h) Em outro pedido de Extradicação nº 330, dos Estados Unidos da América, a polêmica desenvolveu-se sobre a expressão *conspiracy* do direito americano.

Baseado na atipicidade da *conspiracy*, no direito penal brasileiro, o Professor JOSÉ FRANCISCO REZEK opinava pelo indeferimento da extradição. No entanto, a Corte Suprema reconheceu que o crime de conspiração corresponde, consoante as peculiaridades do caso, ao crime de quadrilha ou bando do direito brasileiro, artigo 288 do Código Penal, e o pedido foi deferido.

II — Matéria de direito de família

O Supremo Tribunal Federal, em diversas ocasiões, quando, ainda, o Brasil não acolhia divórcio, procurou dar interpretação condigna à rebeldia ao instituto.

a) Na Sentença Estrangeira nº 1.372, da Alemanha, a Corte Suprema reconhecia que os estrangeiros residentes no Brasil podem recorrer à Justiça do seu país para solucionar sua situação conjugal.

Apesar do excessivo rigor da proibição legal do instituto, a Corte permitia a homologação de sentença de divórcio concedida a estrangeiros, no seu país (cf. *Sentenças Estrangeiras*. STF, Brasília, 1979, pp. 205 e segs.).

b) De outra feita, a Corte não reconheceu como fraude à lei a busca dos cônjuges ao seu domicílio conjugal, reconhecendo o Ministro OROSIMBO NONATO, na Sentença Estrangeira nº 1.487, da França, que, “não contendo mais a Lei de Introdução, como a lei anterior, a disposição “será sempre julgado pelo juiz brasileiro”, a jurisprudência, aliás, com o apoio dos autores, concluiu que o dispositivo atual não tira a competência do juiz estrangeiro, em casos como o dos autos” (ob. cit., pp. 247 e segs.).

c) Na Sentença Estrangeira nº 1.747, dos Estados Unidos da América, o Tribunal nacional reconheceu que “a regularidade da citação deve ser considerada em relação às leis e uso do país onde realizada. Se a Justiça dos Estados Unidos deu por boa e valiosa a citação do réu domiciliado em seu território, não há como examiná-la em face dos preceitos processuais brasileiros e costumes nossos. Homologa-se a sentença” — (ob. cit., pp. 363 e segs.).

d) Já, na Sentença Estrangeira de nº 1.863, da França, o Supremo Tribunal Federal interpretou a expressão *averbação* como o trânsito em julgado da sentença no processo francês (ob. cit., pp. 393 e segs.).

e) E na Sentença Estrangeira nº 2.373, da República Árabe Unida, onde pretendia-se a homologação de sentença que concedeu o *repúdio* muçulmano, que é o divórcio unilateral de vontade do marido, a Corte nacional negou a homologação interpretando a ausência de citação da mulher como ofensa à ordem pública brasileira.

7. Conclusão

De tudo que foi exposto forçoso é reconhecer que o direito internacional privado vive, sobremaneira, de interpretação de suas normas oriundas quer de direito interno, quer de tratados e convenções.

Na interpretação da norma de direito internacional privado busca-se uma solução definitiva nos contrastes de costumes e legislações, procurando unir jurisdições e meios sociais diferentes na sociedade internacional em favor de aproximação mais justa e feliz.

Que não seja sonho e nem utopia o que RENÉ DAVID reclamou:

“O direito comparado, necessário ao desenvolvimento e ao emprego do direito internacional público, não tem uma função menor a desempenhar, quando se considera o direito internacional privado. Este encontra-se atualmente num estado aflitivo. Consiste essencialmente nas regras de conflito, destinadas a determinar em cada Estado se as jurisdições nacionais serão competentes para conhecer tal relação de caráter internacional, e por que direito nacional essa relação será regida. Esta maneira de considerar o problema seria satisfatória, se se chegasse, nos diversos países, a soluções uniformes. Conflitos de leis e conflitos de jurisdições são resolvidos em cada país sem preocupação por aquilo que é decidido num outro país, com o resultado de, neste conflito, haver muitas vezes uma vítima, a saber: o comércio e as relações internacionais. Estes, estabelecendo-se numa sociedade internacional não organizada, são submetidos a leis e regimes que diferem de “lugar para lugar”.

Uma das principais tarefas que incumbem aos juristas da nossa época é a de porem termo a esta anarquia; num mundo em que as relações internacionais tomam uma extensão e adquirem uma freqüência crescente de ano para ano, importa conferir uma base segura a estas relações. Deve ser realizado um acordo entre os diversos países para que, por toda a parte, seja aplicado a uma dada relação o mesmo direito nacional. Os Estados devem elaborar e aceitar, na matéria, soluções uniformes. Além das convenções internacionais, a jurisprudência deve, em cada país, tomar em consideração, quando estabelece uma regra de conflito, a maneira como o problema, que a ela se põe, foi, a partir desse momento, resolvido pela lei ou jurisprudência nos outros países” (in *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*, Ed. Meridiano, 2ª ed., p. 34).