

O "JUS GENTIUM" E O PROBLEMA DO CONFLITO DE LEIS NO DIREITO ROMANO SEGUNDO CLÓVIS BEVILÁQUA

MARISTELA BASSO TAMAGNO

I. A IMPORTÂNCIA DO DIREITO ROMANO NA EVOLUÇÃO DO DIREITO:

1. Os "Três Movimentos Diferentes" (A Desenvolção Trí- plice):

Por mais de uma vez Beviláqua teve ocasião de expor seu pensamento sobre a evolução jurídica, ora encarando-a por um aspecto ora por outro, apresentando as aplicações dessa grande lei, que segundo ele, "resume, para a nossa ciência hodierna, o modo de existir do universo" (*in* "A fórmula da evolução jurídica (1894)", *in* *Obras filosóficas*, Vol. II, p. 79).¹

Neste passo, a história mostra, segundo Beviláqua, que a evolução do direito se tem efetuado:

"a) pelo reconhecimento de um número mais e mais avultado de direitos atribuídos a cada pessoa;

¹ No estudo da evolução jurídica destacam-se os seguintes trabalhos de Beviláqua: "Contribuição para a história do direito", publicada na Revista Acadêmica, 1891, ns. I e II; "A fórmula da evolução jurídica (1894)" e "Interpretação filosófica da história do direito" (1913), publicados *in* "Obras filosóficas", Vol. II, p. 78-110 e 123-184, respectivamente.

b) pelo alargamento progressivo das garantias jurídicas, que são concedidas a um maior número de pessoas;

c) pela segurança sempre crescente dos direitos reconhecidos" (*in* "A fórmula da evolução jurídica" *ob. cit.*, p. 85).

Esse processo o autor em estudo intitula de "desenvolvimento tríplice, realizada por três movimentos diferentes, embora norteados para o mesmo pólo". Explica-nos que "pelo primeiro, o direito cresce, avoluma-se, como uma célula, dentro de certa esfera que é seu morfoplasma. Depois, pelo segundo, o direito se vai expandindo a novas classes de indivíduos até abranger a totalidade dos seres humanos. O terceiro movimento, que se poderá chamar de reforço, vai consolidando as conquistas realizadas pela ação intensiva dos outros dois". Assevera que "consociadas essas três evoluções parciais, valorizam, de mais em mais, os indivíduos perante a sociedade, acomodando-nos às necessidades desta, e, ao mesmo tempo, conservam e roboram a existência dos grupos sociais" (*in* "A fórmula da evolução jurídica", *ob. e p. cit.*).

Deixando de lado a história do direito entre outros povos e, para mais fácil reconhecimento dos fatos, Beviláqua procura verificar se o "romano" e o "germânico", confirmam as generalizações indicadas como sendo o resumo da marcha evolutiva do direito. Sustenta o autor que "se para esses direitos de cuja fecunda combinação nasceu o dos povos ocidentais, aquelas proposições forem verdadeiras, se indicarem realmente o enlace dessas duas vergôntes mais vivazes do direito ariano, é que elas são igualmente exatas para todo esse grupo jurídico. A presunção é forte, pelo menos" (*in* "A fórmula da evolução jurídica", *ob. cit.*, p. 86).

2.a) A "Face Objetiva do Direito":

Seja a face "objetiva" do direito a primeira observada, afirma Beviláqua que "no primeiro momento da vida jurídica, ainda não existe uma norma de agir, nem escrita nem consue-

udinária. Os indivíduos como as tribos, procuram realizar seus interesses por suas próprias forças ou pelos esforços combinados dos que têm interesses comuns". Sob esse prisma "o direito romano conservou, em sua linguagem, vestígios notáveis desse período indisciplinado em que a atividade de cada um era protegida e assegurada por sua energia física, em que o direito ainda não se desagregara do grosseiro invólucro da força. O diamante jazia ainda nas dobras do cascalho" (in "A fórmula da evolução jurídica", *ob. cit.*, p. 87).

Fala-nos ainda de um outro estágio jurídico que inicia-se com o "equilíbrio introduzido pela pacificação dos indivíduos associados em tribos ou classes ou outros grupos limitados". Observa que "estes dois estágios da formação do direito são caracterizados na história do direito romano pela *judicia regis*, *judicia domestica* e pelos *mores majorum*,² isto é, pelo direito objetivado nas sentenças dos reis e dos pais de família, e nos costumes dos antepassados" (in "A fórmula da evolução jurídica", *ob. cit.*, p. 88).

Nesta mesma linha de análise refere Beviláqua que "com a constituição do direito costumeiro as garantias dos interesses jurídicos adquirem uma segurança mais real, mais visível e todas as relações entre os indivíduos oferecem um caráter de maior estabilidade. As flutuações e indecisões do período anterior se esgarçam, se contraem e tendem a ser eliminadas. Esse alvo é plenamente conseguido com a lei escrita que dá maior fixidez, certeza e segurança ao direito" (in "A fórmula da evolução jurídica", *ob. op. cit.*, p. 89).

² Acerca das *leges regiae* Beviláqua indica Padelletti, o qual afirma:

"Io penso che non si possa negare la tradizione dell'esistenza di *leges regiae*: è attestato da numerose fonti. Ma una prima questione é questa: erano vere *leges rogatae*? Ritengo verosimile che i comandi e le sentenze degli antichi ré fosser poi ritenuti *leges*. Così pure penso che non sia da prestarsi molta fede alla tradizione nell'attribuire le varie leggi a questo o quel rex si sa che Romolo era in genere ritenuto creatore di ciò di cui ignoravasi l'origine. Col nome di *leges* è adunque probabile che si comprendessero: 1) comandi e sentenze dei re; 2) precetti dei pontefici; 3) consuetudine; 4) vere leggi degli ultimi re" (in "Storia del diritto romano", con note di Pietro Cogliolo, p. 100-101, nota b).

As leis escritas, recorda o mesmo autor, “apareceram cedo em Roma, coexistindo com os costumes que afinal foram eliminados. A primeira codificação, que aí apareceu foi a *lex duodecim tabularum*”. “Tudo isso significa que o direito adquirira uma forma naturalmente mais perfeita, mais firme, mais exata, mais garantidora dos interesses, abrangendo maior número de relações e sobretudo, estendendo-se de uma classe privilegiada à totalidade dos cidadãos romanos” (in “A fórmula da evolução jurídica”, *ob. cit.*, pp. 89 e 90).

O direito germânico das épocas originárias, segundo Beviláqua, “apresenta a mesma característica dos romanos, em que as tribos o concebiam como um estado de paz, entre as forças individuais colidentes” (in “A fórmula da evolução jurídica”, *ob. cit.*, p. 87).

Acrescenta, que “os germanos ao tempo de seus primeiros contatos com os romanos, achavam-se justamente no momento de transição entre o período das sentenças e o do costume, sendo que este já preponderava, apresentando uma rica variedade de formas jurídicas” (in “A fórmula da evolução jurídica”, *apud op. cit.*, p. 89).

No direito germânico, “a forma escrita começou a aparecer no séc. V em diante, determinada pela necessidade de proteger os indivíduos em um momento em que se misturavam, na Europa, populações de raças, costumes e culturas diferentes, e também pela necessidade de se tornar mais forte em frente ao movimento invasor da lei romana, mais polida e mais completa” (in “A fórmula da evolução jurídica”, *ob. cit.*, p. 90).

2.b) A “Face Subjetiva do Direito”:

Encarando agora a outra face do assunto a evolução do direito “subjetivo”, afirma Beviláqua que “efetuando-se ele necessariamente pela força, nos tempos primitivos em que Themis ainda dormia nas trevas do incriado, e estando a força, principalmente, nas agremiações associativas, compreende-se facilmente que, na generalidade, os direitos que se foram afirmando começaram por ser coletivos — comuns. E é das afir-

mações sucessivas do poder de agir que afinal a norma se destaca, constituindo o molde dentro do qual tem de ser vasado, daí em diante, aquele mesmo poder” (in “A fórmula da evolução jurídica”, ob. cit., p. 91).

A exposição feita por Beviláqua revela o alargamento do direito romano que “foi, dia a dia, estendendo-se a maior número de pessoas cujos interesses se lhe vinham abrigar no vasto grêmio protetor, e que lhes foi concedendo um poder de ação cada vez mais intenso”. A esta conclusão intervém o autor afirmando que “seria fácil demonstrar que esse movimento intenso e expansivo do direito romano foi acompanhado pela assecuração, de mais em mais completa, das faculdades jurídicas reconhecidas. Mas uma última explicação mostra-lo-á em espécie, corroborando as asserções anteriores. Esta exemplificação poderá fornecer o desenvolvimento dos direitos agregados ao instituto da cidadania” (in “A fórmula da evolução jurídica”, ob. cit., p. 92).

No direito germânico, diz-nos o autor estudado, “o movimento é perfeitamente similar. A princípio, cada tribo continha camadas estratificadas de população, a cada uma das quais se conferiam direitos diferentes. No alto, estanceavam os nobres. Logo em seguida, vinham os homens livres. Abaixo, os não livres. Estavam, pouco mais ou menos, na mesma situação dos não livres, os rústicos, *lites lazens*. Finalmente, na base desta pirâmide social, encontravam-se os escravos, e ainda assim, pela amenidade dos costumes, em posição menos miserável do que seus confrades romanos”. “Pelos modificações trazidas por causas diversas, principalmente pelas condições econômicas e constituição social dominante, umas dessas classes se confundiram, outras se obscureceram, até que se vasaram em outros moldes mais próprios para o alargamento de seus direitos”. Assevera que “esta transformação da condição dos homens se refletiu nos livros de direito do século XII” (in “A fórmula da evolução jurídica”, ob. cit. pp. 93-94).

Observa o mesmo autor que “neste estudo, olhou-se mais particularmente para o direito, tal como se reflete no indivíduo, porque é principalmente ele que o direito visa, para valorizá-lo

perante a sociedade, e para adaptá-lo aos fins desta. Sendo um produto social, criado em benefício e para a manutenção da sociedade, é aos indivíduos que se dirige de preferência o direito". "Com o progredir do direito, a sociedade se avigora, se fortalece, porque vão diminuindo concomitantemente os perigos que ameaçam sua existência, principalmente os externos, e porque vai ele dispor de remédios mais seguros para dominar as perturbações internas que assaltam-na" (*in* "A fórmula da evolução jurídica", *ob. cit.*, pp. 94-95).

3. A "Continuação Modificada" ("A Capacidade Assimiladora e a Energia Transformadora"):

Neste evolucionismo defendido por Beviláqua, vê-se claramente a importância do direito romano. Segundo suas próprias palavras "a inteligência romana não pode gabar-se de grande originalidade; mas, em compensação, possui dois predicados preciosos: a capacidade assimiladora e a energia transformadora. Com essas propriedades intelectuais, aliadas ao senso prático, de que deram tão robustas provas, os romanos criaram uma jurisprudência sem par, no mundo, elaborando para a vida social, uma organização, que ainda não pode ser totalmente substituída, e muitos de cujos princípios jamais serão abandonados, porque exprimem necessidades morais permanentes ou traduzem soluções definitivas da ética social aplicada" (*in* "Interpretação filosófica da história do direito (1913)", *apud Obras filosóficas*, Vol. II, p. 160).

Explica-nos o autor estudado que "por essa força de assimilação e transformação, o direito romano assumiu um caráter humano e universal, porque as idéias e tendências de todos os povos nele se refletem. Pode, assim, esse direito ser adotado, em sua integridade, por muitos outros povos, que, para satisfazer às suas necessidades próprias, apenas tiveram que, ligeiramente, modificá-lo e editar-lhe certos costumes nacionais" (*in* "Interpretação filosófica da história do direito", *ob. cit.*, p. 160).

A explicação encontrada por Beviláqua à preponderância do direito romano, “é que esse direito traduziu, como nenhum outro antes dele, a complexidade da vida jurídica; nenhum outro, antes dele, exprimiu, com igual força e beleza, a razão jurídica; nenhum se pode elevar, como ele, às noções gerais, que formam a ossatura da teoria do direito em nossos dias”. Acrescenta, “e, ainda agora, por mais que alguns acusem, impensadamente, o direito romano como responsável por certas dificuldades com que luta o direito privado em seu desenvolvimento, e por mais que os modernos tenham alongado e esclarecido os conceitos antigos e introduzido noções novas, as idéias capitais do direito comum, as nervuras da basta fronde jurídica atual se não distanciam das que alimentaram a brônzea construção da jurisprudência romana” (*in* “Interpretação filosófica da história do direito”, *ob. cit.*, p. 161).

A tese de Beviláqua é que “o direito, como a filosofia, a ciência e a religião de nossos dias, não são mais do que a continuação modificada, transformada, como quer que seja, mas sem alteração substancial, do direito, da ciência, da filosofia e da religião, que dominaram entre os romanos. É claro que o direito romano não foi a corrente única do elemento jurídico, não foi a corrente única do direito que atravessou a Europa, desde a queda do Império romano até nossos dias” (*in* “Interpretação filosófica da história do direito”, *ob. cit.*, p. 165).

É importante notar que no precedente artigo analisado (“A fórmula da evolução jurídica”), escrito em 1894, Beviláqua se refere ao evolucionismo aplicado ao direito, e neste último (“Interpretação filosófica da história do direito”), escrito em 1913, ocasião em que analisa as idéias jurídicas dos egípcios, babilônios, hebreus e fenícios, bem como a significação do direito romano como elemento cultural, até chegar à formação das nacionalidades modernas e transformação do direito, falamos de “continuação modificada e transformada, como quer que seja, mas sem alteração substancial, do direito, da ciência, da filosofia e da religião, que dominaram entre os romanos”, oportunidade em que afirma: “o curso natural das idéias me levaria, naturalmente, a apreciar como, quebrando-se os mol-

des antigos e estabelecendo-se moldes novos no domínio do direito, puderam ainda subsistir, como bases, como alicerces de todo o direito, idéias antigas, princípios firmados pelo direito romano e pelo direito helênico; pelo direito romano, em tudo o que diz respeito às relações de ordem privada, e pelo direito helênico, em tudo quanto concerne ao direito político". Nesses fatos, assevera, "está a confirmação da idéia que venho, desde o começo, a desenvolver: que não há, na civilização humana, uma solução de continuidade" (in "Interpretação filosófica da história do direito", ob. cit., p. 170).

Observa ainda, que "os princípios, que têm de prevalecer, pelas necessidades da vida coletiva, subsistem através das revoluções, e aqueles que as revoluções fazem eliminar é porque não correspondem às necessidades permanentes da vida social" (in "Interpretação filosófica da história do direito", ob. e p. cit.).

Sustenta Beviláqua que "a continuidade histórica, a lei sociológica da filiação dos acontecimentos, a evolução da cultura humana, expressões diferentes do mesmo fenômeno, são fatos que ressaltam da observação de quem não estude a história para, intencionalmente, negar a evidência", daí porque não aceitava as idéias de Spengler, para quem "a idéia fundamental da teoria histórica é que não há continuidade nua envolver dos acontecimentos humanos — as culturas surgem, se desenvolvem e decaem, sem vínculo de filiação, que as prenda umas às outras; cada cultura tem a sua alma própria" (in "Spengler e o direito romano" (1934), in *Obras filosóficas*, Vol. II, p. 230).

II. O "JUS GENTIUM" E O "PRAETOR PEREGRINUS"

1.0 "Jus Gentium" e o Universalismo:

Explica-nos Beviláqua que o "*jus gentium* era uma espécie de direito comum entre Roma e os outros povos". Sob inspiração de Jhering assevera que o "*jus gentium* é uma criação romana, onde já penetra o influxo do universalismo em luta com o nacionalismo". Segundo Jhering "*le jus gentium*" même

des Romains, qui déjà frisait l'idée moderne d'universalité, qui déjà cherchait à la réaliser dans les relations internationales, le "jus gentium" avait grandi sur le sol romain" (in "L'esprit du droit romain", 12^a ed., tradução de Meulenaere, Vol. I, p. 9-10). Conclui Beviláqua que "como é o jus gentium uma divisão do direito privado, bem se vê que está nele um primeiro esboço do direito internacional privado" (in "Princípios elementares de direito internacional privado". 1906 (1^a edição), p. 22).

A afirmação de Beviláqua de que o "jus gentium é uma divisão do direito privado", tem suporte na teoria de Bonfante, quando esse afirma: "*il diritto privato propriamente detto, cioè quello che regola i rapporti fra cittadini privati, é diviso nelle Istituzioni in tre parti: diritto naturale, delle genti e civile. Questa tripartizione si resolve in una duplice antitesi, perché il 'ius civile' assume, di nuovo, anche in questo più ristretto uso un significato diverso secondoché é opposto al 'ius naturale' o al 'ius gentium'*" (in "Istituzioni di diritto romano", p. 16).

Recorrendo a Savigny, outra importante fonte de pesquisa indicada, encontraremos a seguinte afirmação: "*quand les Romains eurent étendu leur domination sur toute l'Italie et au-delà de ses frontières, leur caractère dut perdre quelque chose de sa couleur primitive; une teinte plus générale en effaca l'originalité; le droit subit aussi cette tendance nécessaire. A côté de l'ancien droit national (jus civile), on vi bientôt s'élever un droit universel, naturel (jus gentium). Né du commerce avec les étrangers, il fut d'abord établi pour eux seuls, et placé à Rome même sous la direction d'un préteur spécial. Dans la suite, les gouverneurs romains l'appliquèrent dans leurs provinces. Mais d'après la modification que nous venons d'observer dans le caractère des Romains, leur droit devait de plus en plus se rapprocher du droit universel; en d'autres termes, le 'jus civile' devait tous les jours emprunter davantage au 'jus gentium': l'édit du préteur servait surtout à préparer et à régler ce passage" (in "Histoire du droit romain au moyen-âge", tomo I, p. 30).*

2.0 “*Jus Gentium*”, o “*Jus Civile*” e o “Particularismo” (Contra o Pensamento de Spengler):

Para Beviláqua a distinção entre o *jus gentium* e o *jus civile* “não se lhe afigura ter a significação de orgulho ou arrogante superioridade, que lhe atribui Spengler: o *jus civile* para os cidadãos, o *jus gentium*, para os outros que viviam sobre o guante romano”. Sustenta que “a lição de Jhering e da maioria dos romanistas é mais conforme à razão e aos dados históricos. O *jus gentium* é expressão do direito geral, distinto do nacional. O *jus gentium*, declaram as Institutas, *omni humano generi commune est*”, ou seja, “não se aplicava somente aos peregrinos e sim também aos cidadãos romanos”. E vai mais longe ao afirmar que “o *jus gentium*, repercussão do movimento ascensional da idéia de Justiça não podia ser mesquinha forma inferior dos bens jurídicos. Começou sob feição puramente romana, para atender as necessidades emergentes, depois assimilou normas e conceitos de outros povos” (in “Spengler e o direito romano (1934)”, in *Obras filosóficas*, Vol. II, p. 238).

Ainda buscando melhor explicar o *jus gentium*, assevera Beviláqua que “segundo Leist, a expressão *jus gentium* aplica-se a duas ordens de relações: as internacionais e as que se regem por princípios semelhantes, usados por alguns, por muitos ou por todos os povos. Esta forma do *jus gentium* desenvolveu-se pela ação dos magistrados, a quem competia o *jus edicendi*³ dando-lhe largueza, e adaptando-o, progressivamente às diferentes regiões do vasto império romano”. Chama atenção que “os investigadores descobriram, na última fase desta

³ Seguindo as lições de Beviláqua, “o pretor dispunha do *jus edicendi*, o direito de declarar a lei aplicável, mas, a princípio, os seus *edicta* giravam dentro das regras restritas do *jus civile*. Não criavam direito, arbitrariamente; nada inovavam. Mais tarde, surgiram o conceito de boa fé e as normas do *jus gentium*; assimilando-as, o edito entrou a exercer a função, que assinala Ulpiano ao *jus pretorium*, constituído pelas regras jurídicas constantemente repetidas nos editos: *adjuvandi, vel suplendi, vel corrigendi, juris civilis gratia, propter litaem publicam*” (in “Spengler e o direito romano”, a ob. cit., p. 239).

construção jurídica, considerável interferência do direito grego, ou particularmente, do ateniense". Esclarece ainda que "este desenvolvimento orgânico do *jus gentium*, por assimilação e adaptação, constitui um tema dos mais interessantes da história do direito; ao mesmo tempo, evidência a impossibilidade de enquadrá-lo na estreiteza do conceito, que lhe empresta Spengler". Afirma Beviláqua: "parece-me que aí está uma pedra de toque para a verificação da doutrina exata" (in ob. e p. cit.).

Como sabemos, Beviláqua admirava o talento vigoroso e ousado de Oswaldo Spengler, mas não lhe aceitava as idéias. As divergências do nosso autor com o sistema de Spengler atingem seu ponto máximo no enfrentamento do direito romano. Começa o filósofo alemão por afirmar que "esse direito, em todo o seu desenvolvimento, não é senão um direito municipal, particular". Para Beviláqua, "nem sequer, na sua fase inicial, lhe caberia, do ponto de vista histórico, essa qualificação, porque o direito, que existia em Roma, ao tempo da fundação da cidade, era um conglomerado de direito ariano e etrusco. Sobre a cultura etrusca originária, ergueu-se a cultura italiana, assim como sobre as ruínas da velha cidade etrusca, revelada por escavações em nossos tempos, se desenvolveu a cidade, que havia de ser o principal foco gerador e irradiador do direito humano". Mais evidentes ficam suas divergências com Spengler ao afirmar: "parece claro que um direito particularista não poderia ter a propriedade de ser assimilado pela humanidade culta, continuando como elemento preponderante na formação das legislações contemporâneas. Abram-se os Códigos Civis modernos e verificar-se-á que a organização jurídica da propriedade é, fundamentalmente, romana; que os conceitos e até os quadros da legislação romana se acham incorporados aos sistemas jurídicos mais sábios. Essa energia de expansão e penetração parece-me incompatível com um direito de caráter municipal, em todo o seu desenvolvimento" (in "Spengler e o direito romano", ob. cit., pp. 235-236).

3.0 “*Jus Gentium*” e o Problema do Direito Internacional Privado:

Nesta altura do nosso estudo, percorrendo as investigações de Beviláqua, não podemos fugir a uma questão extremamente importante que insurge-se, qual seja: o fato de se aplicar o *jus gentium* às relações entre peregrinos e cidadãos romanos lhe imprime o caráter de direito internacional privado?⁴

Essa indagação pode ser respondida quando assim se expressa o autor estudado: “sendo o direito antigo exclusivamente nacional, não gozando os estrangeiros de capacidade jurídica e conservando-se os povos em atitude de hostilidade recíproca ou de permanente desconfiança, não é natural que se encontrem na jurisprudência de outrora, mais do que institutos pre-

⁴ Segundo Rodrigo Octávio o “*jus gentium* não é nem direito das gentes, no moderno sentido dessa expressão, como direito internacional; nem também o hoje chamado direito internacional privado, se bem que sua função e objetivo visando as situações e as relações jurídicas não regidas pelas leis formuladas para os cidadãos, se aproxima da função e objetivo do direito internacional privado” (in “Direito internacional privado (parte geral)”, p. 40). Em nota especial sustenta o mesmo autor que “não há como negar a similitude da função e objetivo do *jus gentium* e do direito internacional privado, desde que ambos os corpos de regras visavam reger as mesmas relações jurídicas”. Segue defendendo que “certamente em substância os dois direitos são fundamentalmente distintos; um o *jus gentium*, era constituído por princípios positivos que se aplicavam diretamente aos casos; o outro se compõe de regras para determinar qual sistema de princípios positivos (leis) deve ser aplicado aos casos ocorrentes”. E conclui por asseverar que “seu objetivo e sua finalidade era a mesma” (in ob. cit. p. 40, nota n. 41).

Para Eduardo Espínola, “o fato de se aplicar o *jus gentium* às relações jurídicas dos estrangeiros e às controvérsias entre estes e os nacionais, não lhe imprime o caráter de direito internacional privado”. Continua o mesmo autor defendendo que “distinguem-se por traços característicos o fim e o objeto de um e de outro; ao passo que o *jus gentium* se destinava a definir a condição jurídica dos estrangeiros e tinha por objeto regular em todos os casos seus direitos e suas relações, entre si ou com o cidadão; o direito internacional privado tem por função impedir ou resolver os conflitos que possam surgir entre sistemas legislativos concorrentes, e por conteúdo as regras que determinam para cada caso qual a lei aplicável” (in “Direito internacional privado”, pp. 81-82).

nunciando a organização, em séculos futuros, de um direito internacional privado”. Assim, “não querendo ir além da civilização romana, cumpre assinalar, como prodromos do direito internacional privado, o *jus gentium* e a instituição do *praetor peregrinus*” (in “Princípios elementares de direito internacional privado”, 1906 (1ª edição), pp. 21-22).

Para Beviláqua o direito internacional privado “surge como o resultado da expansão da vida humana além das fronteiras nacionais”, sustentando que “embora os romanos conhecessem algumas aplicações do que hoje chamamos direito internacional privado; embora egípcios e gregos não desconhecessem essas relações, elas não existiam sistematizadas, eram acontecimentos, por assim dizer, desrelacionados, mal ligados ao conjunto da cultura”. Acrescenta “que foi ainda por este tempo que foi possível reconhecer, aos estrangeiros, alguns direitos, permitir aos alienígenas o acesso perante os tribunais regionais, admitir que os direitos contraídos em um lugar fossem respeitados sob a jurisdição de outras autoridades” (in “Interpretação filosófica da história do direito”, ob. cit., p. 170).

Assevera ainda Beviláqua que “dada a situação de Roma em face dos outros povos, e conhecida a noção de peregrino, que não corresponde a de estrangeiro nos tempos modernos, é óbvio que o direito das gentes, ainda que fosse uma consequência do forte sentimento de justiça dos romanos, era apenas uma concessão dependente da vontade de um povo poderoso a populações mais fracas, incorporadas ao império, ou um meio de conciliar interesses, sob a égide soberana do direito romano”; e conclui, “os direitos exóticos romanizavam-se pelo *jus gentium*, para regerem as relações nascidas sob o seu influxo” (in “Princípios elementares de direito internacional privado”, p. 23).

4. O “*Praetor Peregrinus*”:

Seguindo as investigações de Beviláqua “o *praetor peregrinus* apoiado em tratados, na doutrina e nos precedentes, aplicava o *jus gentium* às controvérsias judiciárias em que apare-

cia um peregrino” (in “Princípios elementares de direito internacional privado”, p. 22).⁵

III. O CONFLITO DE LEIS:

Ainda investigando as origens históricas, Beviláqua observa que “como o célebre edito de Caracalla concedeu a cidadania romana a todos os habitantes livres do Império, desapareceram os direitos particulares, subsistindo apenas costumes locais sem a importância de sistemas jurídicos organizados”. Do que se conclui que “sendo assim, poucos esclarecimentos podem colher-se nas fontes romanas, para a solução das dificuldades do direito internacional privado”. Todavia, não deixa de mencionar que “costumam ser invocados os seguintes fragmentos das leis romanas, em matéria de direito internacional privado”:

— *Extra territorium ius dicenti impune non paretur. Idem est, et si supra iurisdictionem suam uelit ius dicere*
— Paulo, D. 2, 1, 20;⁶

— *Cum iudicio bonae fidei disceptatur, arbitrio iudicis usurarum modus ex more regionis ubi contractum*

⁵ Neste sentido afirma R. von Jhering: “a la fin du V siècle de Rome nous trouvons un tribunal spécial établi pour vider les contestations juridiques entre pérégrins et romains: c'était celui du 'Praetor peregrinus'. Il se développa alors, sur la base des traités antérieurs, avec la coopération de la théorie et de la pratique, un droit commercial universel international: le 'jus gentium'”. Mais adiante esse mesmo autor esclarece: “mais l'introduction de cette magistrature fut précédée d'autres formes sur quelques-unes desquelles seulement il nous a été conservé quelques renseignements incomplets, par exemple: la 'clarigatio', qui se faisait par les féciaux, et le tribunal des récupérateurs, tantôt permanent, tantôt établi pour un cas isolé et cessant avec lui” (in ob. cit. Vol. I, pp. 234-235).

⁶ Paulo, D. 2, 1, 20: “Aquele que exerce a jurisdição fora de seu ambiente territorial se pode desobedecer impunemente, e vale o mesmo se pretende julgar além de sua jurisdição”.

est constituitur, ita tamen, ut legi non offendant” — Papi-
niano, D. 22, 1, 1, pr;⁷

“— *Semper in stipulationibus et in ceteris contrac-
tibus id sequimur, quod actum est: aut, si non pareat quid
actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in re-
gione in qua actum est frequentatur. Quid ergo, si neque
regionis mos appareat, quia uarius fuit? ad id, quod mi-
nimum est, redigenda summa est*” — Ulpiano, D. 50, 17,
34;⁸

“— *Sententiam Romae dictam etiam in provinciis
posse praesides, sic hoc iussi fuerint, ad finem persequi
imperator noster cum patre rescripsit*” — Ulpiano, D. 42,
1, 15, 1;⁹

(in “Princípios elementares de direito internacional
privado”, p. 23).

Vemos, por conseguinte, que no Direito Justiniano a par-
do que muitos afirmam, podemos encontrar fragmentos em ma-
téria de direito internacional privado.¹⁰

⁷ Papiniano, D. 22, 1, 1, pr: “Quando se litiga num juízo de boa fé, a medida dos interesses se estabelece pelo arbítrio do juiz, segundo os costumes do lugar onde se contratou, desde que não se ofenda a lei”.

⁸ Ulpiano, D. 50, 17, 34: “Nas estipulações e demais contratos seguimos o que se tratou, e se isso não resulta claro, será consentâneo seguir-se o que é mais freqüente na região em que se fez o negócio. Que fazer, então, se não se manifesta claro o costume da região porque é variado? A soma deve reduzir-se ao mínimo”.

⁹ Ulpiano, D. 42, 1, 15, 1: “o nosso Imperador com o pai determina que os presidentes também nas províncias podem executar uma sentença pronunciada em Roma”.

¹⁰ Tal afirmação é demonstrada com entusiasmo por Catellani, ao afirmar que o “*il 'jus gentium' aveva in Roma ricevuto uno sviluppo sempre maggiore; ma d'un lato era pur sempre un diritto nazionale romano che per virtù propria non era applicabile alle città libere, e dall'altro anche in Roma sorgevano, soprattutto per effetto delle sempre nuove relazioni coi forestieri, rapporti che trascendevano i limiti del jus gentium; sicché in questo caso era pur necessario o lasciare il rapporto senza verun riconoscimento giuridico, o ricorrere ad uno dei due jura civilia per decidere come dovesse essere regolato, é prima ancora se dovesse essere riconosciuto, il rapporto giuridico. E lo scambio del*”

BIBLIOGRAFIA

OBRAS DE CLÓVIS BEVILÁQUA CONSULTADAS

- “Épocas e individualidades”. Rio de Janeiro. Garnier. 1888.
- “Contribuição para a história do direito”. Recife. 1872.
- “Resumo das lições de legislação comparada — sobre direito privado”. Bahia. Fonseca Magalhães editor. 1893.
- “A fórmula da evolução jurídica (1894)”, *apud* “Obras filosóficas”. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo. 1976. Vol. II, p. 78-98.
- “Criminologia e direito”. Bahia. F. Magalhães. 1896.
- “Esboços e fragmentos”. Rio de Janeiro. Laemmert. 1899.
- “Princípios elementares de direito internacional privado”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1906.

‘connubium’ o ‘commercium’ che assicurava tale riconoscimento rispetto ad un determinato ordine di diritti e di rapporti, rendeva sempre necessaria per ogni rapporto complesso la determinazione di quella delle due leggi che doveva prevalere”. Neste sentido, sustenta este autor que *“tale determinazione si faceva in armonia col sistema sviluppatosi nel diritto provinciale; cioè in quanto riguardava lo stato della persona in sé, compresa la manomissione, il patronato ed il titolo alla tutela si riconosceva come prevalente la legge personale; il diritto successorio ed i rapporti di famiglia si regolavano secondo il sistema causale, sottoponendoli cioè alla legge personale della parte che risultava come principale del rapporto giuridico; le obbligazioni si regolavano secondo il diritto della loro sede che era di regola il luogo dov'erano sorte ed eccezionalmente e per volontà delle parti o quello dove dovevano eseguirsi, o quello della nazionalità delle parti quando secondo il diritto della loro sede non avrebbero avuto consistenza giuridica; le cose immobili erano soggette al diritto della loro situazione. Rispetto a queste ultime, però, poteva risultare una diversità di soluzione secondoché fossero state situate nel territorio della città libera oppure in territorio romano*”. A constatação da competência, conclui Catellani, *“era poi abbandonata all'arbitrio del magistrato romano. Citate davanti a questo, le parti dovevano presentarsi, e far valere dinanzi a lui le loro obbiezioni relative sia al fóro competente che alla legge da applicare. Ed al magistrato spettava la decisione del conflitto sia scegliendo la norma particolare di diritto applicabile, sia raffermando o declinando la própria competenza”* (in *“Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi”*, Vol. I, p. 193 e 190, rispettivamente).

- “Em defesa do projeto de Código Civil brasileiro”. Rio de Janeiro, F. Alves. 1906.
- “Direito público internacional”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1910 (Volume 1). 1911 (Volume 2).
- “Estudos jurídicos: história, filosofia e crítica”. São Paulo. Francisco Alves. 1916.
- “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil”. Rio de Janeiro. Francisco Alves. 1916i1919. 6 volumes.
- “*Projet d'organisation d'une cour permanente de justice internationale*”. Rio de Janeiro. Besnard-Frères. 1920-1921.
- “Soluções práticas de direito: pareceres”. Rio de Janeiro. Corrêa Bastos & Freitas Bastos. 1923-1945. 4 volumes.
- “Linhas e perfis jurídicos”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1930.
- “O direito internacional privado na legislação brasileira”, *apud* “*Linhas e perfis jurídicos*”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1930. p. 333-338.
- “Humanismo e americanismo no direito internacional”, *apud* “*Linhas e perfis jurídicos*”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1930. p. 287-304.
- “A propósito do direito internacional americano”, *apud* “*Linhas e perfis jurídicos*”. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1930. p. 275-286.
- “Spengler e o direito romano (1934)”, *apud* “*Obras filosóficas*”. São Paulo. 1976. Vol. II p. 229 e ss.
- “Obras filosóficas”. São Paulo. Ed. Universidade de São Paulo. 1976. 2 volumes.

OUTRAS OBRAS CONSULTADAS

- ANZILOTTI, D. “*Corso di lezioni di diritto internazionale (diritto privato)*”. Roma. 1913.
- ARMIJON, Pierre. “*L'objet et la méthode du droit international privé*”. *Recueil des cours*. 1928. Tomo 21 (1). p. 433-509.
- ASSER ET RIVIER. “*Eléments de droit international privé ou du conflit des lois*”. Paris. Arthur Rousseau editeur. 1884.

- BARTIN, Etienne. "*Principes de droit international privé*". Paris. 1930-1935.
- BONFANTE, Pietro. "*Istituzioni di diritto romano*". Milano. Francesco Villardi, 1925.
- BONJEAN, Georges. "*Explication methodique des institutes de Justinien*". Paris. Pedone. 1878. 2 tomos.
- BUSTAMANTE Y SIRVEN, Antonio Sanchez de. "*Derecho internacional privado*". 3 ed. Havana. Ed. Carasa. 1943, 3 volumes.
- BUZZATI, G. C. "*L'autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili (locus regit actum)*". Torino. Unione Tipografico-Editrice. 1894.
- CARVALHO, Carlos Augusto de. "Direito civil brasileiro recopilado ou a nova consolidação das leis vigentes em 11 de agosto de 1899". Rio de Janeiro. Francisco Alves. 1899.
- CATELLANI, E. L. "*Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*". Torino. Unione Tipografica-Editrice. 1895.
- COULANGES, Fustel de. "A cidade antiga". São Paulo. Hemus. 1975.
- DESPAGNET, Frantz. "*Précis de droit international privé*". 4 ed. Paris. L. Larose. 1904.
- ESPINOLA, Eduardo. "Direito internacional privado". Rio de Janeiro. Ribeiro dos Santos editor. 1925.
- FEDOZZI, Prospero. "*Quelques consideration sur l'idée d'ordre public international*". *Journal du droit international privé*. 1897. p. 69-78 e 495-507.
- FIGLIARELLI, Pasquale. "*Diritto internazionale privato*". 4 ed. Torino. Unione Tipografico-Editrice. 1902.
- FUSINATO, Guido. "*Scritti giuridici*". Roma. 1921.
- GRASSO, Giacomo. "*Principii di diritto internazionale pubblico e privato*". 3 ed. Firenze. G. Barbera Editore. 1896.
- JHERING, Rudolf von. "*L'esprit du droit romain*". 12 ed. Tradução de Meulenaere. Paris. A. Marescq, Ainé, Editeur. 4 volumes.
- . "*Die Gastfreundschaft im alterthum*", *Deutsche Rundschau*. 1887. fasc. 9.

- LAURENT, F. "*Diritto civile internazionale*". Napoli. Leonardo Villardi Editore. 1885
- MACHADO VILLELA, Alvaro da Costa. "Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado". Coimbra. 1921-1922. 2 volumes.
- . "A execução das sentenças estrangeiras". Braga. 1951.
- MONTESQUIEU. "*L'esprit des lois*". Paris. 1871.
- NIBOYET, J. P. "*Cours de droit international privé français*". 2 ed. Paris. Recueil Sirey. 1949.
- . "*Notions sommaires de droit international privé*". Paris. 1937.
- OCTAVIO, Rodrigo. "Direito internacional privado" (parte geral). Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1942.
- . "*Le droit international privé dans la législation brésilienne*". Paris. Recueil Sirey. 1915.
- PADELLETTI, Guido. "*Storia del diritto romano*", con note di Pietro Cogliolo. 2 ed. Firenze. Eugenio e Filippo Cammelli Editore. 1886.
- PILLET, Antoine. "*Principes de droit international privé*". Paris. Ed. Pedone. 1903.
- . "*Melanges Antoine Pillet reproduction de diverses études et notes de jurisprudence*". Paris. Recueil Sirey.
- PIMENTA BUENO, José Antonio. "Direito internacional privado e aplicação de seus princípios". Rio de Janeiro. Ed. Vil-leneuve. 1863.
- RODRIGUES, A. Coelho. "Institutas do Imperador Justiniano". Recife. Tipografia Mercantil. 1879.
- . "Projeto de Código Civil".
- SAVIGNY, Federico Carlo di. "*Sistema del diritto romano attuale*". Torino. Unione Tipografico Editrice. 1898. 8 volumes.
- . "*Histoire du droit romain au moyen-age*". Paris. Hingray Editeur. 1839. 4 volumes.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. "Consolidação das leis civis". Rio de Janeiro. Laemmert. 1865.
- . "Esboço de Código Civil brasileiro".

- VALLADÃO, Haroldo. "Direito internacional privado". 5 ed. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1980. 3 volumes
- VAMPRE, Spencer. "Institutas do Imperador Justiniano traduzidas e comparadas com o direito civil brasileiro". São Paulo. Livraria Magalhães. 1915.
- VAREILLES-SOMMIERES. "*La synthèse du droit international privé*". Editions Cujas. 1972. 2 volumes.
- WEISS, André. "*Traité élémentaire de droit international privé*". Paris. Larose. 1886.
- . "*Manuel de droit international privé*". 8 ed. Paris. Recueil Sirey. 1920.

NOTA EXPLICATIVA:

Os autores citados nas notas de rodapé, bem como no texto deste trabalho (Savigny, Jhering, Bonfante, Padelletti, Catellani Rodrigo Octávio, Eduardo Espínola) foram por nós pesquisados seguindo indicação encontrada na obra de Beviláqua.