

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

**LEANDRO MICHEL ANTONELLO PEREIRA**

***O COMITY***  
**E A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DAS OBRAS DE ARTE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Porto Alegre  
2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
CURSO DE MESTRADO

**Leandro Michel Antonelo Pereira**

**O *Comity* e a Proteção Internacional das Obras de Arte**

**Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior**

Porto Alegre

2012

## FOLHA DE APROVAÇÃO

Mestrando: Leandro Michel Antonelo Pereira

Título: O *Comity* e a Proteção Internacional das Obras de Arte

Natureza: Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da  
Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como  
requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito

Data da aprovação:

---

---

---

---

## RESUMO

Este trabalho busca verificar se a aplicação da doutrina do *comity* pode ser uma forma de obtenção de uma solução mais justa nas questões envolvendo a proteção internacional das obras de arte. Para isso, é necessária a investigação de uma pergunta anterior e secundária: qual o significado que é atribuído à doutrina do *comity* pelos operadores de direito? Para se conseguir responder estas questões, será apresentada a evolução histórica da doutrina do *comity*, desde o seu nascimento com a Escola Holandesa até os dias atuais. Depois de se obter um entendimento sobre essa doutrina, serão expostos alguns casos envolvendo a restituição de obras de arte, nos quais houve a ponderação em relação à aplicação do *comity* na solução dos conflitos.

## **ABSTRACT**

This work aims to verify whether the application of the doctrine of comity may be a instrument to get a fairer solution on issues involving the international protection of works of art. Therefore, it is necessary to investigate a previous question: what meaning is assigned to the doctrine of comity by the operators of law? To be able to answer these questions, will be seen the historical evolution of the doctrine of comity, from the beginning, with the Dutch school, until today. After obtaining an understanding of this doctrine, will be exposed some cases involving the restitution of works of art in which there was a consideration about the application of comity in the solution of this conflicts.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO DO <i>COMITY</i> .....	13
1.1 IDADE MÉDIA.....	13
1.1.1 Configuração política e jurídica.....	14
1.1.2 Fragmentação do direito.....	15
1.2 RENASCIMENTO.....	17
1.2.1 Humanismo.....	18
1.2.2 Conceito de soberania.....	19
1.3 INDEPENDÊNCIA DOS PAÍSES BAIXOS.....	20
1.3.1 Contexto histórico.....	21
1.3.2 Huber e a Escola Holandesa.....	23
2 <i>COMITY</i> NOS DIREITOS INGLÊS E NORTE-AMERICANO.....	29
2.1 SURGIMENTO DO <i>COMITY</i> NA <i>COMMON LAW</i> .....	29
2.1.1 <i>Common Law</i> Inglês.....	30
2.1.2 Início do <i>comity</i> nos Estados Unidos da América.....	35
2.2 PERÍODO <i>ANTEBELLUM</i> NORTE-AMERICANO E ESCRAVIDÃO.....	39
2.2.1 Escravidão e Federalismo.....	41
2.2.2 <i>The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses</i> .....	47
2.3 APLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO <i>COMITY</i> NA <i>COMMON LAW</i> .....	61
2.3.1 Caso <i>Hilton v. Guyot</i> .....	62
2.3.2 Direito da Concorrência Norte-americano.....	70
2.4 CLASSIFICAÇÃO DE N. JANSEN CALAMITA.....	77

2.4.1 <i>Prescriptive comity</i> .....	80
2.4.2 <i>Adjudicatory Comity</i> .....	82
2.4.3 <i>Forum non conveniens</i> .....	83
3 <b>COMITY NOS DIREITOS BRASILEIRO E DO MERCOSUL</b> .....	87
3.1 <b>EX-PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 15 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO</b> .....	88
3.1.1 Direitos relativos ao estado da pessoa.....	88
3.1.2 Importância do dispositivo de lei revogado.....	91
3.2 <b>ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</b> .....	94
3.2.1 <i>Caput</i> do artigo 52-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.....	95
3.2.2 <i>Comity</i> e adoção no Brasil.....	98
3.3. <b>PROTOCOLO DE LAS LEÑAS</b> .....	99
3.3.1 Reconhecimento de sentenças nos Estados-parte.....	100
3.3.2 <i>Adjudicatory comity</i> como fator de integração no Mercosul.....	103
4 <b>PROTEÇÃO INTERNACIONAL DAS OBRAS DE ARTE E <i>COMITY</i></b> .....	107
4.1 <b>CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES</b> .....	107
4.1.1 Surgimento e desenvolvimento do conceito de patrimônio cultural.....	110
4.1.2 Bem cultural e obra de arte.....	114
4.1.3 Diretiva 93/7 da Comunidade Europeia.....	119
4.2 <b>APLICAÇÃO DO <i>COMITY</i> EM CASOS ENVOLVENDO OBRAS DE ARTE</b> .....	127
4.2.1 Utilização do <i>comity</i> para determinação do foro competente.....	128
4.2.2 <i>Comity</i> e <i>The Foreign Sovereign Immunities Act</i> .....	138
4.2.3 <i>Comity</i> e proteção do patrimônio cultural nacional.....	146
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	155
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	160

## INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo identificar se o *comity* pode ser utilizado, de forma efetiva, como instrumento de obtenção de justiça na proteção internacional das obras de arte? Para tanto, impõe-se, antes de se entrar na resposta dessa questão principal, a investigação de outro problema: Qual o entendimento que se tem acerca da doutrina do *comity*? A necessidade de se responder a esta pergunta, antes de se buscar a resposta ao problema principal, é fruto da pouca literatura que trate especificamente desta doutrina, principalmente na doutrina nacional. Dessa forma, para obtenção das respostas às perguntas propostas, foi realizada pesquisa bibliográfica sobre a evolução da doutrina do *comity*, bem como o estudo dos casos mais representativos no seu desenvolvimento e aplicação. Depois de se identificar as características desta doutrina, será possível tratar da sua aplicação na proteção internacional das obras de arte e da proteção desses bens dentro da União Europeia, com a discussão de alguns casos em que essa doutrina foi considerada como forma de obtenção de justiça.

O *comity* pode ser entendido, em síntese, como a aplicação extraterritorial do direito na busca da solução mais justa para o caso concreto que apresente elementos que envolvam ordenamentos jurídicos diversos, com o reconhecimento e a validade de atos jurídicos realizados em jurisdição estrangeira, com a aplicação do direito alienígena, com a escolha do foro mais adequado para apreciar a causa e com a aplicação da cortesia entre as nações.

A doutrina inicia-se com a Escola Holandesa, no Século XVII. O processo de independência dos Países Baixos foi responsável pela criação da União das províncias que declararam independência da Espanha. Essa nova nação-Estado sentiu a necessidade de uniformizar a aplicação da legislação existente nas jurisdições originais, encontrando nas

ideias de Ulrich Huber<sup>1</sup> o suporte teórico necessário para a concretização dessa uniformização.

A diversidade de normas que passou a existir dentro da nova União dos Países Baixos e o crescimento das relações comerciais foi objeto dos estudos de Huber, que elencou as razões pelas quais deveria haver o reconhecimento do direito estrangeiro por outro Estado: em primeiro lugar, Huber verificou que a aplicação do direito estrangeiro em casos individuais poderia servir como forma de promoção da justiça; e, em seguida, constatou que nada poderia ser mais prejudicial ao comércio internacional do que o fato de uma transação válida em um país, efetuada sob as regras de um determinado direito nacional, ser considerada inválida em outros lugares, submetidos a outros ordenamentos jurídicos. Para resolver essas questões, Huber concluiu que as soluções dos problemas decorrentes do conflito de leis não eram exclusivamente de direito civil, mas resultado da conveniência e do tácito consentimento das nações, e que ficaria para os tribunais decidirem, em última instância, a aplicação prática das regras do *comity*.

O trabalho de Huber, com a elaboração de três axiomas que resumem a aplicação extraterritorial do direito, foi consequência dos estudos que já eram realizados por Paul Voet e John Voet, sendo que o conjunto das ideias desenvolvidas nos Países Baixos ficou conhecido com a Escola Holandesa, recepcionada na Inglaterra dos Séculos XVII e XVIII. Após esse período, a doutrina do *comity* cruzou o Oceano Atlântico, ganhando força no território norte-americano, em especial após a proclamação da sua independência perante a Inglaterra, com o processo de harmonização dos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados que passaram a compor os Estados Unidos da América. A necessidade de conciliar todos os interesses envolvidos era semelhante à experimentada pela União dos Países Baixos e a solução passou pela aplicação das ideias de Ulrich Huber, adotadas pelo jurista e membro da Suprema Corte norte-americana, Joseph Story (1779-1845), em obra publicada, em 1834<sup>2</sup>.

Nos Estados Unidos da América, a crise da unidade federativa estava relacionada à doutrina do *comity* e ganhou contornos dramáticos, com a disputa entre os Estados do Sul e do Norte. Essa disputa engendrou uma série de demandas judiciais, cujas decisões buscavam determinar qual a legislação aplicável aos casos envolvendo o trânsito de escravos de um Estado escravagista para outro onde não era reconhecida a escravidão. Basicamente, o

---

<sup>1</sup> Ulrich Huber (1636-1694) foi Professor de Direito da *University of Franeker*, além de Juiz e filósofo político. Martinez-Fraga, Pedro J. *Comity as a Step towards the Unification of Private Procedural International Law*. Disponível em < <http://law.bepress.com/expresso/eps/1750> >. Acessado em 01/09/2009.

conflito, que colocou em risco as bases do federalismo norte-americano, estabelecia-se porque os Estados do norte não reconheciam o *status* de escravo atribuído aos africanos e aos seus descendentes nos Estados do Sul. Por outro lado, os Estados sulistas não davam validade ao ato de alforria, concedida nos Estados do Norte, para essas mesmas pessoas.

Dessa maneira, era negada efetividade à regra de que um Estado deveria dar validade e reconhecimento aos atos legais e judiciais praticados em outro Estado, conforme constava da Constituição dos Estados Unidos da América, na cláusula *The Full Faith and Credit*. A discussão sobre a aplicação dessa previsão constitucional, no período que antecedeu à guerra que culminou com a abolição da escravatura, conhecido como período *Antebellum*, foi objeto de diversos casos judiciais, com a ponderação acerca da aplicação do *comity*, servindo as suas decisões como base para se compreender o desenvolvimento dessa doutrina.

Superada a disputa interna norte-americana, com a abolição da escravidão, o *comity* ganhou novos contornos, a partir da decisão do caso *Hilton v. Guyot*, de 1895. Esse caso se tornou referência na doutrina pela larga aplicação dos seus pressupostos teóricos na resolução de conflitos de leis. A utilização se deu tanto nos Estados Unidos da América, como nos demais países que buscaram no ordenamento jurídico norte-americano ideias e fontes de resolução de conflitos de leis na esfera internacional, haja vista que lançou as bases do que ficou conhecido como teoria da balança. O critério de ponderação de interesses dominou a aplicação do *comity* desde então.

Numa visão mais contemporânea, N. Jansen Calamita<sup>3</sup>, crítico da aplicação que vem sendo dada ao *comity*, recupera o estudo da doutrina com base nas ideias da Escola Holandesa e do seu posterior desenvolvimento por Joseph Story. A sua visão do *comity* está assentada numa classificação tripartite, nos seguintes termos: *prescriptive comity*, que se ocupa de qual a legislação, de qual país, será adotada ao caso concreto; *adjudicatory comity*, que trata da efetividade e do respeito aos atos jurídicos perfeitos, tanto judiciais como extrajudiciais, e praticados no estrangeiro; e *forum non conveniens*, que é a escolha do foro mais adequado para julgar determinada demanda, para que seja alcançado o resultado mais próximo de uma solução justa.

---

<sup>2</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834.

<sup>3</sup> N. Jansen Calamita pertence à Birmingham Law School, desde setembro de 2008, como *Lecteur in Law*. Antes, era membro da *Faculty of Law at the University of Oxford* e Professor Adjunto da *George Mason University*, Virgínia, Estados Unidos da América. Desde setembro de 2010, atua junto ao *British Institute of International & Comparative Law*, em Londres, como *Director of the Investment Treaty Forum* e *Senior Research Fellow*. Calamita é autor do trabalho: *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*.

As ideias de Calamita conseguem realizar a síntese do pensamento doutrinário e da aplicação judicial do *comity*, restando, contudo, excluída da sua classificação a aplicação como mera cortesia entre as nações, uma vez que é justamente esse o entendimento que ele refuta e quer ver superado em seus estudos. Entretanto, por ser justamente esta a forma que é de grande aplicação, tanto na doutrina como na jurisprudência, merece ser incluída numa classificação que se pretenda mais completa. A relação entre *comity* e cortesia leva à identificação que costuma ser feita entre o *comity* e a cooperação entre nações.

Todavia, o *comity* não pode ser confundido com a mera cooperação entre Estados, pois esta não vislumbra as hipóteses da doutrina de acordo com o seu desenvolvimento histórico, mas apenas trata de situações nas quais é necessária a harmonização de interesses de países diversos na obtenção de procedimentos não-judiciais que extrapolam a fronteira de um único país. Também, levando-se em consideração a classificação tripartite de Calamita, resta clara a distinção entre *comity* e cooperação internacional.

Em relação à aplicação do *comity* na proteção internacional das obras de arte é possível se verificar com mais nitidez a diferenciação entre essa doutrina e a cooperação internacional. Enquanto esta envolve situações práticas de localização e restituição de objetos, o *comity* trata da validade dos atos que estabelecem a propriedade do bem, da discussão acerca de qual direito será aplicado ao caso concreto, bem como de qual será o foro competente ou mais adequado para o processamento de eventual demanda judicial.

Trazendo-se o estudo para o contexto local, que contrasta com o enfoque desta doutrina nos países de *common Law*, o Brasil não possui tradição na aplicação do *comity*. Nesse sentido, o revogado artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>4</sup>, poderia ser considerada uma permissão legal à aplicação direta de sentenças estrangeiras que tratassem apenas de situações envolvendo direitos que se relacionassem com o estado da pessoa, constituindo-se num caso de previsão legal de *comity* que existia no sistema jurídico nacional. Da mesma forma, na legislação em vigor, há a importância da reforma efetuada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 2009, com a inclusão do artigo 52-B, que dispensa de homologação as sentenças de adoção envolvendo brasileiros residentes no exterior que voltem a residir no país, respeitado o disposto no artigo 17, c, da Convenção de Haia<sup>5</sup>.

Dentro do âmbito do direito da integração, vislumbra-se que a possibilidade de que

---

<sup>4</sup> Denominação conforme alteração promovida pela Lei 12.376/10.

<sup>5</sup> Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n. 3.087, de 21 de junho de 1999.

as sentenças proferidas no âmbito do Mercosul, envolvendo matérias relativas aos estados das pessoas, pudessem produzir efeitos no território nacional, independentemente de homologação, seria um avanço na consolidação da união entre os Estados-membros do bloco.

Os casos em que o *comity* foi utilizado na proteção internacional das obras de arte se debruçam sobre o *comity* no sentido de estabelecer a validade de atos de transferência de propriedade efetuados fora da jurisdição nacional, muitas vezes com violação aos direitos humanos, como nos casos envolvendo os objetos confiscados dos judeus pelos nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, no processo que ficou conhecido como arianização. Também tratam da determinação do foro competente para a apreciação da causa, da validade do ato jurídico praticado no estrangeiro, da cortesia entre as nações e da proteção ao patrimônio cultural nacional.

Considerando que o *comity* não é de entendimento pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência, não poderia ser tranquila a sua aplicação na proteção internacional das obras de arte. Entretanto, ao lado do direito da concorrência, os conflitos decorrente das demandas para restituição de bens culturais normalmente envolvem mais de um país, tendo em vista o grande valor comercial desses bens e a sua utilização em outros crimes como lavagem de dinheiro e contrabando.

Em relação às obras de arte, para apreciação da validade dos atos jurídicos praticados no estrangeiro que transferem a propriedade do bem, surge a discussão sobre qual o direito a ser aplicado ao caso, podendo tanto ser o do local em que foi celebrado um contrato ou o do local em que está se processando o feito. Também é necessária a ponderação a respeito de qual o foro mais adequado para processar e julgar a causa, devendo ser sopesada a dificuldade na produção de provas, a possibilidade de ser dado o correto entendimento ao direito estrangeiro e o acesso das partes ao processo.

A questão da resolução de conflitos envolvendo a violação aos direitos humanos ganha destaque em face da imprescritibilidade dos atos que tenham sido responsáveis pela indevida transferência de direitos sobre bens móveis considerados como obras de arte e, num entendimento mais amplo, não tratado diretamente neste trabalho, bens culturais. Também tem destaque o fato de determinado objeto pertencer ou não ao patrimônio cultural de um país, sendo que a Diretiva 93/7/CEE da Comunidade Europeia<sup>6</sup>, embora não utilize a expressão *comity*, disciplina as bases nas quais deve ser processada e julgada a discussão envolvendo esses direitos.

---

<sup>6</sup> Diretiva 93/7/CEE, de 15 de março de 1993, relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro.

Um caso que ganhou grande repercussão na mídia, e que se utilizou da aplicação do *comity* na determinação de que o foro dos Estados Unidos da América seria competente para processar a demanda, foi o que envolveu a restituição de alguns quadros pintados por Gustav Klimt aos herdeiros de Adele Bloch-Bauer. Também ficou muito conhecido do grande público o caso do Retrato de Wally, com solução recente, na qual foi reconhecido o direito a restituição do mesmo aos herdeiros da Galerista Bondi, no qual houve a ponderação na aplicação do *comity*, com a confirmação da competência dos tribunais norte-americanos para apreciarem o feito, sob o argumento de que a justiça austríaca não teria a exclusividade na apreciação das causas em que fossem discutidas questões de propriedade decorrente de violações aos direitos humanos durante a Segunda Guerra Mundial.

No caso da devolução de uma escultura maori ao governo da Nova Zelândia foi aduzido o respeito ao patrimônio cultural deste país, mesmo que o processo estivesse sendo conduzido nos tribunais ingleses, por uma questão de *comity*. Já no caso da restituição de gravuras de Dürer houve a preocupação com o foro adequado, uma vez que a solução do feito exigia a análise do complexo direito estrangeiro.

Esses casos, somados a outros exemplos, em que o *comity* foi utilizado na solução dos conflitos e na determinação do foro competente, mesmo que a doutrina não tenha sido referida de forma direta, principalmente no que se refere a sua forma de *prescriptive comity*, servem para responder a questão principal proposta neste trabalho, qual seja: Pode o *comity* ser utilizado como instrumento de obtenção de justiça na proteção internacional das obras de arte?

Dessa forma, no primeiro capítulo será feita uma abordagem histórica da doutrina do *comity*, para que se possa ter uma compreensão do seu surgimento, com a Escola Holandesa e as ideias de Ulrich Huber. No segundo capítulo será vista a recepção desta doutrina nos direitos inglês e norte-americano, com a sua aplicação no período *antebellum* e na solução de conflitos atuais, sendo exposta a classificação de N. Jansen Calamita. Respondida a questão secundária, de qual o entendimento que se tem acerca da doutrina do *comity*, o capítulo terceiro fará uma apreciação do *comity* em relação aos direitos brasileiro e do Mercosul, como forma de aproximar essa doutrina da realidade nacional. Por fim, respondendo ao problema principal, no último capítulo será tratado o surgimento da noção de patrimônio cultural, da dificuldade de classificação de um bem como obras de arte, da Diretiva 93/7/CEE como exemplo de previsão legislativa da doutrina *comity* e serão vistos exemplos práticos de conflitos envolvendo a restituição de obras de arte nos quais foi utilizado o *comity*.

## **1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DESENVOLVIMENTO DO *COMITY***

O estudo do aparecimento do *comity* está relacionado com o momento histórico que se seguiu à transformação da Civilização Greco-romana com o surgimento de uma nova configuração política.

Assim, para se conseguir um apanhado do que representa a doutrina do *comity* no âmbito do direito internacional privado, tanto nos países de *common law*, como nos de tradição continental, bem como para o estudo da sua aplicação aos casos em que são discutidos direitos relativos à proteção das obras de arte, mister se faz a abordagem do contexto histórico em que ela se desenvolveu.

Esse caminho começa no declínio do Império Romano e passa pela configuração geopolítica existente durante a Idade Média e pelo estudo do processo de independência dos Países Baixos em relação à Espanha, ambiente no qual Ulrich Huber escreveu a obra *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, na qual ele expõe os axiomas que influenciaram, de forma decisiva, o desenvolvimento do *comity*. Também é necessário o estudo do surgimento da preocupação com a proteção do patrimônio cultural, em especial o patrimônio arquitetônico remanescente do Império Romano, que será tratado no quarto capítulo deste trabalho.

### **1.1 IDADE MÉDIA**

A Idade Média abrange o tempo aproximado de dez séculos. Ela vai do Século V, com a desintegração do Império Romano, ao Século XV, com a Queda de Constantinopla e a descoberta da América. Conhecido como o período das trevas, foi marcado por diversos acontecimentos que culminaram com o Renascimento e o início da Modernidade.

Para que se forme um quadro do contexto em que se desenvolveu o *comity*, inicia-se o estudo pelo período medieval.

### 1.1.1 Configuração política e jurídica

Inicialmente, não havia divisão no Império Romano e o poder era exercido de forma concentrada por um único imperador. Contudo, essa situação foi alterada com a morte do Imperador Teodósio I, em 395 D.C., seguindo-se a ruptura do Império em duas partes: uma ocidental, cuja capital era Roma; e outra oriental, cuja capital era Constantinopla.

Em 476 D.C., o Império Romano do Ocidente caiu em face das invasões bárbaras, pondo fim à Antiguidade e iniciando-se a Idade Média. O período que ficou conhecido como Alta Idade Média compreendia o tempo entre os Séculos V e X<sup>7</sup>. A queda do Império Romano do Oriente, por sua vez, com a conquista de Constantinopla, em 1453, marca o final desta fase da História.

Embora a Idade Média, num sentido laico, fosse dominada pelo pensamento de Platão e Aristóteles, no que se referia à concepção de justiça ela era voltada, sobretudo, aos filósofos estoicos e a Cícero, pela influência da doutrina tomista<sup>8</sup>. Assim, havia uma grande preeminência do direito natural<sup>9</sup>, que conferia validade às demais normas legais, mesmo já havendo clara distinção nas suas formulações das normas do *jus naturale* e do *jus positum*.

São Tomás de Aquino (1225-1274) vivenciou o processo do renascimento comercial e urbano do Século XIII e sua visão de vida política estava associada ao sentimento de otimismo decorrente do processo coletivo que possibilitava a libertação em relação ao senhor feudal, operada geralmente pela guerra, selada com a capitulação do senhor, que cedia à cidade a sua Carta, seu estatuto ou seu foral<sup>10</sup>.

Com o desenvolvimento do comércio, houve a ampliação do âmbito das relações interpessoais, envolvendo pessoas submetidas a ordenamentos jurídicos diversos, com o aumento da circulação de bens e a realização dos contratos englobando situações jurídicas reguladas de formas variadas em cada cidade-Estado. Esse incremento no comércio mundial

---

<sup>7</sup> Há divergência entre os autores acerca do momento em que se encerra a Alta Idade Média e inicia a Baixa Idade Média, que se divide em Idade Média Plena e Idade Média Tardia.

<sup>8</sup> CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984, p. 51-2.

<sup>9</sup> Lopes esclarece que para Santo Tomás de Aquino o natural tem dois sentidos: de acordo com o primeiro, o natural é o inelutável, o necessário, o constante; no sentido seguinte, o natural é a razoabilidade humana, histórica e circunstancial. Assim como o homem, o natural também é mutável, sendo importante o papel da convenção, havendo um natural absoluto e um relativo. Lopes também assevera existir, da mesma forma, um justo natural e um relativo. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 126-7.

<sup>10</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 138.

colocou em cheque a doutrina estatutária, que se mostrou insuficiente para resolver as questões submetidas a mais de um sistema legal.

A Queda de Constantinopla marcou o declínio do Império Romano no Oriente, e, por consequência, de seu Direito, sendo que no Ocidente ele já estava praticamente esquecido e enfraquecido, em face da influência das legislações bárbaras<sup>11</sup>. Entretanto, os Séculos XII e XIII presenciaram o renascimento desse Direito, devido aos esforços dos glosadores<sup>12</sup> e da Escola de Bolonha<sup>13</sup>. Já o direito feudal, por sua vez, precisava tratar das novas situações que surgiram com a configuração do poder naquele período, e continha normas para regular as relações dos vassallos e feudatários com o soberano. A monarquia passou, com seus editos, a se apoderar dessas normas, com o objetivo de tomar para si os poderes suprimidos dos feudatários<sup>14</sup>.

### 1.1.2 Fragmentação do direito

As alterações históricas desencadearam a reestruturação social e política existente na época, quando o poder, inicialmente concentrado na figura do imperador, foi fragmentado e passou a ser exercido em pequenas unidades conhecidas como feudos. A Itália era dividida em diversas cidades independentes, como Veneza, Bolonha, Gênova, Florença e Módena, onde cada uma editava suas leis, que ficaram conhecidas como *statuta*<sup>15</sup>, que buscavam atender às necessidades locais. O surgimento do comity está ligado à rejeição, ou talvez o

---

<sup>11</sup> Segundo Voltarie Schilling: “A tomada de Constantinopla, capital da Cristandade Oriental, sede do Império Bizantino, ocorrida nos dias 28 e 29 de maio de 1453, por obra do sultão turco-otomano Maomé II, foi um dos acontecimentos mais dramáticos e espetaculares da história moderna. Além de afugentar o cristianismo da Ásia Menor, forçou os navegadores europeus a que buscassem um outro caminho para chegar às Índias, levando-os a enfrentarem o oceano Atlântico. O feito do sultão, que transformou os Turcos Otomanos em potência na Europa, serviu igualmente para separar, em definitivo, a cristandade numa vertente ocidental (católica) e numa oriental (ortodoxa), situação que permanece até os dias de hoje”. Informação disponível em <<http://educatererra.terra.com.br/voltaire/antiga/2003/10/13/002.htm>> Acessada em 25/10/2010.

<sup>12</sup> Segundo Lopes: “A escola dos glosadores determina um estilo jurídico relativamente simples, inicial, de grande respeito ao texto romano. São os juristas do século XIV que adquirem maior liberdade. Já são senhores de um saber mais consolidado, já dispõem de mais cópias dos textos romanos, já houve um enorme avanço da legislação sobre o costume, por força da própria reforma gregoriana da Igreja. O costume respeitabilíssimo e fonte primária da vida jurídica pode então ser corrigido pela razão, seja ela a lei bem ordenada pela autoridade, seja a interpretação dos doutores.” LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 118.

<sup>13</sup> MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 147.

<sup>14</sup> MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 149.

<sup>15</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto Ruiz. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley S. A., 2010, p. 41.

termo mais adequado seja superação, dessa doutrina conhecida como estatutária<sup>16</sup>, que imperava na Itália medieval<sup>17</sup>.

Segundo os juristas da época, o *status* legal de uma pessoa ou coisa era fixado num determinado lugar, em um determinado tempo, e não poderia ser alterado, servindo de paradigma para a solução de questões envolvendo ordens jurídicas diversas. Os direitos relativos ao casamento eram decorrentes do local da celebração, e os direitos de propriedade eram determinados pelo local onde o bem estava localizado. A doutrina possuía o apelo da simplicidade e da uniformidade na determinação da lei aplicável a uma determinada situação jurídica<sup>18</sup>. Mas, embora essas situações fossem raras, em decorrência da pouca mobilidade das pessoas naquela época, já havia a preocupação de ser encontrada uma solução para os eventuais conflitos de leis existentes.

Também foi na Idade Média, segundo José Afonso da Silva<sup>19</sup>, que teriam surgido os antecedentes das declarações de direitos, com a influência do direito natural, e as leis que buscavam limitar o poder do monarca, dando ensejo ao Humanismo. Dessa época é a Magna Carta inglesa (1215-1225), apontada como um documento redigido para proteger os direitos dos barões e dos homens livres, que se tornou um símbolo de expressão das liberdades públicas. Outro marco é o pacto espanhol de Leon e Castela, de 1188, pelo qual o Rei Afonso IX jurou sustentar a justiça e a paz do reino, prevendo a garantia de direitos pessoais como a segurança, o domicílio, a propriedade, a atuação em juízo etc.

---

<sup>16</sup> Antônio Marques dos Santos, ao criticar o sistema de Direito Internacional Privado preconizado pelo jurista americano D. F. Cavers, assevera que Cavers teria se proclamado expressamente partidário do método seguido pela Escola Estatutária, consistente, segundo Marques dos Santos, em averiguar o âmbito espacial de aplicação das singulares regras materiais em função do seu conteúdo, dos seus fins e da sua “vontade de aplicação”. MARQUES DOS SANTOS, Antônio. *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*. 1. v. Coimbra: Almedina, 1991, p. 595. Já Haroldo Valladão critica de forma veemente esta escola, aduzindo: “Essa orientação ultrapassada é responsável pela exageração abusiva do ‘estatuto pessoal’, anteriormente, e da ‘lei pessoal’, após o surto da escola ítalo-franco-belga, procurando subordinar a um só e único critério, domicílio ou nacionalidade, toda esta matéria tão vasta: estado, capacidade, família e sucessões”. VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. 2. vol. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos, 1983, p. 4.

<sup>17</sup> Segundo Nadia de Araujo: “O método conflitual surgiu na Idade Média, por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem os conflitos surgidos da colisão de regras oriundas dos estatutos das cidades-Estados italianas, na sua maioria relacionados aos contatos dos mercadores locais com os provenientes de outras cidades – escola estatutária italiana. Posteriormente, desenvolveu-se a escola francesa – com Dumoulin, formulador do princípio da autonomia da vontade, e D’Argentrè, precursor do territorialismo, depois seguido pela escola holandesa. Esta última teve Huber como um de seus maiores expoentes, desenvolvendo o territorialismo, mas assegurando à lei um efeito extraterritorial, por conta da *comitas gentium* (cortesia) que deveria reger as relações entre entes soberanos, desde que sem prejuízo para os soberanos ou terceiros. A doutrina holandesa teve grande sucesso na Inglaterra e nos Estados Unidos, pela obra de Joseph Story”. ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 38-9.

<sup>18</sup> PAUL, Joel R. *The Transformation of International Comity*, 2008, p. 21, disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 138-9.

Esse contexto político teria durado até o renascimento do comércio no Mediterrâneo, o surgimento das “Letters” e a volta ao estudo do Direito Civil pela descoberta dos Pandectas<sup>20</sup>, aumentando a importância dos contratos marítimos, criando as bases para o surgimento de um sistema internacional de justiça. Esse sistema, inicialmente, tomou a forma de um conjunto de usos comerciais, acabando por fundar-se no “*general comity of the commercial nations of Europe*”<sup>21</sup>.

Nessa época, agiam duas forças, que Pasquale Stanislao Mancini nomeou como o princípio feudal, herança do direito bárbaro, e como o princípio municipal, lembrança das liberdades romanas, operando o efeito de dividir o Estado em inúmeras frações territoriais, elaborando cada uma o seu estatuto próprio, diverso das demais, ou recolhendo e estabelecendo como lei os próprios costumes, mediante a aprovação do príncipe<sup>22</sup>.

Essa diversidade de leis, representada pelos estatutos das cidades foi o embrião do que se pode considerar como conflito de leis no espaço, pois a mobilidade decorrente das relações comerciais que começavam a se intensificar acabou por gerar a discussão acerca do direito aplicável e da validade dos atos jurídicos.

## 1.2 RENASCIMENTO

Iniciado ainda no Século XV, o Renascimento tem como principal característica a queda do modelo medieval, fundado na autoridade do Papa no âmbito espiritual e na do rei, ou do governante, no temporal ou laico. Florescia no início do Século XVI, serviu de divisão entre o mundo antigo medieval e o mundo moderno, promovendo uma volta à Antiguidade clássica, que passou a ser estudada pelos humanistas e não mais pela visão transmitida pelo cristianismo<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Segundo Habermas: “Na visão da ciência das pandectas, o direito foi absorvido inteiramente no código do direito civil administrado por juristas. Aqui, os conteúdos morais do direito deveriam ser garantidos no próprio sistema do direito privado, e não através de um legislador democrático. Apoiando-se em Kant, F. C. Savigny, que construíra todo o direito privado como uma estrutura de direitos subjetivos, pensava que a forma do direito subjetivo era moral em si mesma. Direitos subjetivos gerais delimitam áreas da autonomia privada e garantem a liberdade individual pelo caminho de autorizações subjetivas.” HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 241.

<sup>21</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 4.

<sup>22</sup> MANCINI, Pasquale Stanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 150.

<sup>23</sup> BEDIN, Gilmar Antônio. *O Realismo Político e as Relações Internacionais*. in BEDIN, Gilmar Antônio; et al. *Paradigmas das relações internacionais: realismo – idealismo – dependência – interdependência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 66.

O Renascimento surgiu das inovações e invenções que transformaram o continente europeu durante a baixa Idade Média, com uma visão afirmativa do ser humano, com as ideias de São Tomás de Aquino e o nominalismo, cuja influência no direito se fez presente no que ficou conhecido como o Primeiro Humanismo<sup>24</sup>.

### 1.2.1 Humanismo

O período do Humanismo<sup>25</sup> também era conhecido por alguns autores como Renascimento Italiano, haja vista a grande importância das cidades de Florença e Siena para esta concepção filosófica, que pregava o retorno aos valores gregos e romanos, acrescidos da noção de indivíduo, como sujeito de direitos.

A noção de dignidade do homem, que estaria acima da natureza, é consequência deste período, que colocou o ser humano no centro do universo, representando uma ruptura com o poder exercido pela igreja.

O Humanismo reconhecia a certas obras de arte antigas um valor formador do homem moderno e representante do novo horizonte sobre o qual se debruçava o conhecimento humano. Entre elas estavam a Vênus de Médicis, o Apolo de Belvédère, o Fauno Barberini etc., que formavam um rol de referência obrigatória para servir de modelo aos acadêmicos<sup>26</sup>.

Contudo, mesmo com a importância dada aos valores humanos e o início da expansão comercial além das fronteiras locais, a liberdade de circulação de bens culturais e de obras de arte era objeto de restrições, com regras destinadas a proteger o patrimônio cultural das cidades representado pelas obras consideradas antigas.

Exemplo dessa limitação é o edito do Grão-Duque da Toscana, de 24 de outubro de 1602, vigente na cidade italiana de Toscana, que identificou um grupo de objetos que não poderiam ser exportados. Esse ato legislativo relacionava relíquias artísticas reconhecidas como elementos pertencentes à riqueza coletiva, passível de proteção, dentro de uma perspectiva mercantilista e de preservação das peças de referência sob o domínio do

---

<sup>24</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 148.

<sup>25</sup> Segundo Costas Douzinas: “A palavra ‘humanitas’ apareceu pela primeira vez na República Romana. Era uma tradução de ‘paideia’, a palavra grega para ‘educação’ e ‘cultivo’, ‘erudito et instituto in bona artes’ (erudição e formação em boas maneiras). Os romanos herdaram a ideia de humanidade da filosofia helênica, em especial do estoicismo, e a empregaram para distinguir entre o ‘homo humnns’, o romano educado, e o ‘homo barbarus’. O primeiro humanismo foi o resultado do encontro entre a civilização grega e a romana, e o humanismo moderno inicial do Renascimento italiano preservou essas características. Ele foi apresentado como um retorno aos protótipos grego e romanos e era voltado ao barbarismo da escolástica medieval e do norte gótico”. DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 196.

<sup>26</sup> POULOT, Dominique. *Patrimoine et musées: L’institution de la culture*. Paris: Hachette, 2001, p. 12-3.

príncipe<sup>27</sup>. Esse documento contemplava a lista de obras proibidas de ser exportadas e teve como precursor outra medida adotada em Florença, em 1571, que proibia a destruição de ordenamentos arquitetônicos da cidade, que desde o Século XIV tinha como característica a celebração de sua história e de seus homens famosos<sup>28</sup>. O surgimento da noção de patrimônio cultural será tratado no capítulo que tem como objeto a aplicação do *comity* na proteção das obras de arte.

O deslocamento do poder da esfera religiosa para a laica, a fragmentação do direito como consequência do surgimento de cidades-Estado independentes, a afirmação dos valores do homem e a volta à cultura clássica acompanharam o surgimento da noção de soberania estatal. Com o conceito de soberania surgiu também a noção de patrimônio cultural nacional, um dos pilares da proteção internacional das obras de arte.

### 1.2.2 Conceito de soberania

No Renascimento, surge o conceito de soberania, com a publicação da obra *A República*, de Jean Bodin, em 1576, desviando a detenção do poder, até então centrada na pessoa do rei ou do governante, para a comunidade política ou para o Estado individual, passando a sociedade política internacional a ser vista como um *locus* constituído por grupos independentes. Essa situação cria a demanda pelo direito internacional positivado, baseado no poder soberano do Estado individual, capaz de exercer a autoridade legislativa e executiva no interior de um determinado território<sup>29</sup>.

Essas ideias foram desenvolvidas por Hugo Grotius (1583-1645) que apresentou a soberania como uma característica dominante do sistema republicano de governo<sup>30</sup>. Três

---

<sup>27</sup> POULOT, Dominique. *Patrimoine et musées: L'institution de la culture*. Paris: Hachette, 2001, p. 13.

<sup>28</sup> LEVI, Donata. *The Administration of Historical Heritage. The Italian Case*. in *National Approache to the governance of historical heritage over time. A comparative report*. S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008, p. 104.

<sup>29</sup> SANTOS JÚNIOR, Raimundo Batista. et al. *Paradigmas das relações internacionais: realismo – idealismo – dependência – interdependência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 231-2.

<sup>30</sup> Segundo Mancini: “Não há dúvida que a grande obra de Grotius obscureceu e se sobrepôs a todas as precedentes. É difícil encontrar outra que, ao aparecer, tenha conseguido maior fama, obtido a honra de mais numerosos e diversificados comentários e exercitado uma influência mais sensível sobre a política dos governos da cristandade para amenizar suas relações recíprocas em proveito da civilização e da justiça. Mas todos sabem qual era o método de Grotius em fundamentar os argumentos sobre um acúmulo de autoridades clássicas e de opiniões expressas por poetas e filósofos, sem se aprofundar bastante no estudo da natureza íntima e essencial das sociedades humanas. Além disso, ele paga frequentemente tributo às opiniões e aos erros dominantes em seu século, bastando lembrar como, para ele, não se deve declarar injusta a guerra que se mova para introduzir a própria religião junto a povos infiéis que têm uma diversa”. MANCINI, Pasquale Satanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003, p. 43.

ideias fundamentais dominam essa teoria jurídica: a capacidade, a unidade e a supremacia<sup>31</sup>. Segundo Cançado Trindade, Grotius, na sua obra *Direito da Guerra e da Paz*, escrita em 1625, sustentava que a *societas gentium* abarcaria toda a humanidade, e a comunidade internacional não poderia se basear na *voluntas* de cada Estado individualmente. Também, que os seres humanos ocupariam posição central nas relações internacionais e teriam direitos *vis-à-vis* do Estado soberano, que não poderia exigir a obediência absoluta de seus cidadãos (imperativo do bem comum), pois a chamada “razão de Estado” teria limites, não podendo prescindir do direito<sup>32</sup>.

Ainda segundo Cançado Trindade, ao longo do Século XVI teria florescido a concepção de Francisco de Vitoria, que lançou a obra *Relaciones Teológicas*, em 1538-1539, segundo a qual o direito das gentes regularia “uma comunidade internacional (*totus orbis*) constituída de seres humanos organizados socialmente em Estado e coextensiva com a própria humanidade”<sup>33</sup>. Já em relação à Alberico Gentili, no livro *De Jure Belli*, 1598, Cançado Trindade salienta que seria o Direito que regularia a convivência entre os membros da *societas gentium* universal.

Embora o Feudalismo estivesse em declínio na maioria dos países da Europa, a Inglaterra apresentou o que ficou conhecido com o feudalismo tardio, considerado como uma das razões do desenvolvimento da *common law* e da grande aceitação do pensamento de Ulrich Huber e da doutrina do *comity* no desenvolvimento das relações internacionais.

Assim, para seguir na busca pelo entendimento de como foi desenvolvido o *comity*, é fundamental continuar o estudo do contexto político em que ele surgiu, como solução para a harmonização de ordenamentos jurídicos diversos, em especial nos sistemas legais que passaram a existir dentro das províncias que se declararam independentes da Espanha e formaram a União dos Países Baixos.

### 1.3 INDEPENDÊNCIA DOS PAÍSES BAIXOS

---

<sup>31</sup> ACHOUR, Bem Yadh. Soveraineté et protection internationale des minorités. *Recueil des Cours*. t. 245. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 357-8.

<sup>32</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudo em homenagem ao Professor Celso D. De Albuquerque*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 499.

<sup>33</sup> CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudo em homenagem ao Professor Celso D. De Albuquerque*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008p. 498-9.

O Renascimento nórdico, que despontou no Século XVII, criou um desafio para o antiquado sistema estatutário<sup>34</sup>. O conflituoso processo de independência dos Países Baixos, da opressiva Espanha, representou o triunfo do comércio moderno<sup>35</sup>. Esse processo fez emergir a primeira grande nação-Estado moderna na Europa. O Tratado de Vestfália, em 1648, tornou-se o primeiro documento de direito internacional moderno, contendo os princípios de soberania do Estado, de igualdade e de respeito pelas minorias religiosas e representa o marco inicial da sociedade internacional moderna.

O Estado passou a ser o ponto de referência das relações internacionais, fazendo desaparecer o poder arbitrário, até então vigente, do Papa. Os príncipes conquistaram o direito de escolher entre o calvinismo, o luteranismo ou o catolicismo, bem como passaram os Estados soberanos a ser o núcleo fundamental de articulação da sociedade emergente internacional<sup>36</sup>. O processo de independência dos Países Baixos, denominação correta para o que também é conhecido como Holanda, foi resultado da Guerra dos Oitenta Anos (1568-1648), sendo que a data oficial de independência do país é o dia 26 de julho de 1581.

### 1.3.1 Contexto histórico

No Século XV, a Holanda era dominada pela casa de Borgonha (Borgonha hoje também é uma região da França). Em 1477, o casamento de Maria de Borgonha com Maximiliano da Áustria uniu a nação à dinastia dos Habsburgo. Carlos V, Sacro Imperador Romano, nasceu em Gante, em 1500, e foi educado nos Países Baixos. Em 1556, abdicou em favor do seu filho, Felipe II, que herdou a parte ocidental do império dos Habsburgo, incluindo a Espanha, os Países Baixos e parte da Itália, ainda não unificada.

Em 1566, o calvinismo havia se tornado influente e muitos de seus seguidores passaram a atacar igrejas para destruírem as imagens dos santos católicos. Em combate a esse movimento de ascensão do protestantismo, Felipe II utilizou, durante a Inquisição, métodos de extrema violência, ocupando o território dos Países Baixos tropas e alijando a nobreza local de seus bens e privilégios, o que, por certo, gerou um grande descontentamento, tanto da

---

<sup>34</sup> PAUL, R. Joel. *The Transformation of International Comity*, 2008, p. 22. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10.

<sup>35</sup> Sobre a independência dos Países Baixos: “As sete províncias do norte dos Países Baixos percorreram um longo caminho até se libertarem da coroa espanhola, em 1581. A partir daí, ainda enfrentaram uma demorada luta pela independência, que só foi reconhecida pela Paz de Vestfália, em 1648.” Disponível em <<http://www.dw-world.de/dw/article/0,,319686,00.html>>. Acessado em 19/10/10.

nobreza, como dos demais súditos, inconformados com a utilização de métodos repressivos e cruéis.

Com a negativa de Felipe II em retirar as tropas espanholas do território holandês, o que só ocorreu em 1561, iniciou-se um movimento de revolta, que foi esmagado pelas tropas de castigo enviadas por Felipe II, comandadas pelo Duque de Alba, resultando na morte de milhares de opositoristas.

Por outro lado, Guilherme, o Taciturno, da Casa de Orange, nomeado por Felipe II para governar as províncias de Utrecht, Zelândia e Holanda, acabou se tornando um dos líderes da oposição, vindo a possuir papel de destaque no processo de independência e formação da União composta pelas sete províncias dos Países Baixos que não se alinharam à política de Felipe II.

As províncias valonas do Sul, dominadas por forças católicas mais conservadoras, fundaram, em 1579, a União para a preservação da fé católica e fecharam um acordo de paz com Felipe II. As províncias do Norte, por sua vez, calvinistas-burguesas, criaram sua própria União, comandadas por Guilherme, conforme documento assinado em 1584. Assim as províncias de Frísian, Groningen, Güeldres, Holanda, Overijssel, Utrecht e Zelândia criaram a República da Holanda, também conhecida como República das Sete Províncias ou Províncias Unidas dos Países Baixos. Em 26 de julho de 1581, publicaram, em Haia, um manifesto proclamando a sua independência da Espanha. Embora heterogêneas, as províncias do Norte rapidamente se fundiram numa potência europeia, obtendo recursos da sua expansão comercial e do além-mar. Esse processo de aglutinação e expansão comercial foi o ambiente propício para o aparecimento da doutrina do *comity*, conforme desenvolvida por Ulrich Huber, no movimento jurídico que veio a ser conhecido como a Escola Holandesa.

Para fazer frente à agressão espanhola, o novo Estado solicitou ajuda à Inglaterra, que já era uma aliada histórica daquela região, e à França. Com a decisão da Inglaterra de intervir no conflito a favor da República das Sete Províncias, Elizabete I enviou Robert Dudley, Conde de Leicester, aos Países Baixos, comandando um contingente armado. Já o filho de Guilherme o Taciturno, Maurício de Nassau, assumiu o comando das tropas holandesas, em 1587. Em 1588, como resposta ao apoio inglês, a Espanha envia a Invencível Armada para lutar contra a Inglaterra. A sua derrota nessa batalha foi um dos motivos da falência financeira do reino espanhol naquele período.

---

<sup>36</sup> BEDIN, Gilmar Antônio; et altri. *Paradigmas das relações internacionais: realismo – idealismo – dependência – interdependência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004, p. 101.

Depois, em 1595, Henrique IV, da França, declarou guerra à Espanha. Em 1598, Felipe II cedeu os Estados do Sul dos Países Baixos ao arquiduque da Áustria, Alberto, e à sua esposa, Isabel, por intermédio do Tratado de Veruins, firmado com a França, restaurando o Império da Borgonha.

Em 1604, James I, da Inglaterra, estabeleceu a paz com a Espanha, pelo Tratado de Londres. Em 1609, iniciou-se um cessar-fogo entre as Províncias Unidas e os Estados do Sul, conhecido como Trégua dos 12 anos, mediada, em Haia, pela França e pela Inglaterra. Com a morte de Maurício de Nassau, o conflito foi retomado pelo seu meio-irmão, Frederick Henry.

Por fim, em 1648, a guerra pela independência dos Países Baixos terminou com a assinatura do tratado que fazia parte da Paz de Vestfália, que também encerrou a Guerra de 30 Anos, sucedida entre os anos de 1618 e 1648.

Paralelo a isso, o processo político do nascimento de nações-Estado fortes durante o Renascimento, em especial a formação da União dos Países Baixos, acarretou o incremento das relações comerciais e a necessidade do estabelecimento de regras de resolução de conflitos de leis. Contribuíram ainda para o aparecimento dessas regras a unificação de províncias com estatutos e sistemas jurídicos diversos<sup>37</sup>.

De todo esse contexto histórico, verifica-se que a independência dos Países Baixos criou questões sobre a aplicação do direito estrangeiro, pois havia a necessidade de uma teoria que pudesse unificar as suas províncias e criar uma sistematização do direito espanhol aplicado no seu território, no período anterior à independência. Com esse objetivo, um grupo de juristas holandeses, no Século XVII, tentou achar a abordagem mais pragmática e tranquila capaz de resolver os casos de conflitos de leis no interior da União dos Países Baixos e de reforçar a ideia de soberania independente. Esse grupo era formado pelos juristas Paul Voet (1619-1677), John Voet (1647-1714) e, em especial, por Ulrich Huber (1636-1694), que usou o *comity* para descrever e justificar a aplicação do direito estrangeiro.

### 1.3.2 Huber e a Escola Holandesa

Ulrich Huber, com o seu pequeno tratado *De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis*, de apenas cinco páginas, foi o responsável pela criação das bases sobre as

---

<sup>37</sup> Também surgiram regras referentes à necessidade de proteção do patrimônio cultural, em decorrência de a Igreja Católica ter feito frente ao seu enfraquecimento quando do surgimento do protestantismo e da ascensão do poder laico, bem como da preservação, ou criação, da identidade nacional, conceito que foi se desenvolvendo ao longo da história, conforme será tratado. LEVI, Donata. *The Administration of Historical Heritage. The Italian*

quais se desenvolveu o que se poderia chamar de Direito Internacional Privado, conhecido nos países de *common law* como *Conflict of Laws*, e da doutrina do *comity*<sup>38</sup>.

As regras criadas por Huber tinham em vista a necessidade de harmonizar o exercício da jurisdição entre as províncias da recém criada União dos Países Baixos, pois ele estava preocupado com a insegurança jurídica que a multiplicidade de estatutos (ordenamentos jurídicos) poderia causar ao novo Estado, formado pelas sete províncias do Norte, durante o processo de independência da Holanda.

Fruto desse contexto histórico, Huber sintetizou as ideias de Paul Voet e John Voet, avançando em alguns pontos, e ganhando reconhecimento em razão das suas regras, conhecidas como os seus três axiomas, serem claras, simples e diretas. Utilizando a sua experiência como magistrado na província de Frisian, abordou o assunto, ilustrando-o com exemplos de casos surgidos nos tribunais nos quais atuou, sem apontar soluções complicadas para os conflitos de leis. Seu trabalho exerceu grande influência sobre o desenvolvimento do direito na Inglaterra, com o seu feudalismo tardio, e nos Estados Unidos da América, em razão da necessidade de harmonizar os diversos ordenamentos jurídicos existentes nos Estados norte-americanos.

Huber aduziu que todo o direito possuía eficácia territorial, podendo produzir efeitos em outro Estado, desde que obedecido o *comity*. Essa posição era além do que pensava a Escola Italiana, preocupada como os movimentos de independência decorrentes do final do Feudalismo, e do que pensavam os franceses<sup>39</sup>, que seguiam a Escola Italiana, que não havia definido quais leis teriam efeito extraterritorial. Huber, ainda, recusou a divisão tradicional em direitos pessoais, reais e mistos, que, contudo era adotada por Paul Voet e John Voet.

Para explicar as razões pelas quais haveria o reconhecimento de um direito estrangeiro dentro de um determinado território, Huber elencou dois principais motivos: primeiro, vislumbrou que a aplicação do direito estrangeiro em casos individuais serviria como forma de promoção da justiça; segundo, verificou que nada poderia ser mais prejudicial ao comércio internacional do que o fato de uma transação efetuada sob as regras de um

---

Case. National Approache to the Governance of Historical Heritage over time. A Comparative Report. S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008, p. 103.

<sup>38</sup> CALAMITA, N. Jansen. Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 619.

<sup>39</sup> Segundo Dolinger: "Escola francesa - A escola francesa se desenvolveu no século XVI, trazendo valiosa contribuição para o progresso do direito internacional privado. Nela pontificaram Charles Dumoulin e Bernard d'Argentré. O primeiro introduziu a teoria da autonomia da vontade, lançando as bases do processo qualificador e d'Argentré foi o grande defensor da teoria do territorialismo". DOLINGER, Jacob. *História e Teoria do Direito Internacional Privado*. Disponível em < <http://www.leonildocorreia.adv.br/curso/dolinger8.htm>>. Acessado em 28/10/10.

determinado direito nacional poder ser considerada inválida em outros lugares, submetidos a outros ordenamentos jurídicos.

Assim, o *comity*, entendido como a aplicação extraterritorial do direito, seria responsável pela promoção da justiça em casos individuais, bem como pelo incremento do comércio transnacional, florescente à época, emprestando segurança jurídica às relações internacionais. Saliente-se que esse reconhecimento não era devido a nenhuma obrigação legal supranacional, embora a aplicação desse princípio não implicasse na redução, nem na abdicção de uma parte da soberania interna. Esse reconhecimento da legislação de outro país foi atribuído, por Huber e outros doutrinadores holandeses, à aplicação da doutrina do *comity*.

Os três axiomas de Huber, que serviram de base para o desenvolvimento do estudo do conflito de leis, podem ser traduzidos da seguinte forma: o direito de cada Estado possui força nos limites do seu governo, e todos estão sujeitos a ele, apenas nos limites do seu território, e não além deste; todas as pessoas que estão no território de um determinado governo, independentemente de estarem permanente ou provisoriamente, estão sujeitas às suas regras; e as regras do *comity* admitidas em cada Estado, em respeito à soberania dentro de cada território, mantêm esse efeito em todos os lugares, desde que não prejudiquem o poder ou os direitos de outro governo ou de seus cidadãos<sup>40</sup>.

Segundo Lorenzen, as máximas 1 e 2 anunciam a doutrina de que as leis são territoriais, que elas não têm força e efeito próprio além dos limites de seu Estado, mas possuem efetividade no interior de seu território. Contudo, mesmo com essas regras, com o crescimento das relações comerciais e a circulação internacional de bens e pessoas, alguns assuntos despertavam controvérsias, como a matéria relativa ao *status* e à capacidade das pessoas, que eram objetos de diferentes opiniões entre as diversas correntes jurídicas da época.

De um lado, havia a tradição francesa, representada pelo pensamento de D'Argentré<sup>41</sup>, defensor de que o estatuto pessoal seria uma exceção à regra geral, por ter efeito extraterritorial *ex proprio vigore*<sup>42</sup>. Para atenuar essa posição, Huber sustentava que um

---

<sup>40</sup> Os axiomas são, no original: "I - Leges cujusque imperii um habent intra terminos ejusdem reip. Omnesque ei subjectos obligantur nec ultra, per l. ulti ff. De Jurisdic; II - Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperintur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur, per l. 7, s. 10 inf fin de interd. Et releg.; e III - Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut alterius imperantis ejusque praejudicetur". LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. In: *Celebration Legal Essays to Mark The Twenty-Fifth year of service of John H. Guimore*. New York: William S. Hein, 1987, p. 227.

<sup>41</sup> SILVA ALONSO considera que os holandeses, em certo sentido, são os continuadores lógicos de D'Argentré ao aperfeiçoarem a complementarem a sua doutrina, elaborando, ainda, o que ele chama de "*cortesía internacional*". SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: Intercontinental, 1999, p. 62.

<sup>42</sup> LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. *Celebration Legal Essays to Mark The Twenty-Fifth*

estatuto seria pessoal apenas quando dispusesse sobre questões relativas à pessoa em geral e não em relação a um aspecto específico desta.

Já a Escola Italiana defendia a aplicação da lei do domicílio, atribuindo a essa lei efeito extraterritorial, sem, contudo, obedecer a critérios uniformes ou a princípios fixos para definir quando ela teria validade fora do território de um Estado. Paul Voet, por sua vez, aduzia que as leis relativas ao estado da pessoa e a sua capacidade não se operavam *ipso jure* em outro Estado, podendo, com a aplicação do *comity*, ser atribuído efeito extraterritorial a essas leis.

John Voet avançou na análise do problema e via essas leis como portadoras de valores intrínsecos capazes de outorgar, por eles mesmos, a extraterritorialidade a essas regras. E, mesmo sendo considerado o responsável pelo grande desenvolvimento da Escola Holandesa, John Voet não conseguiu formular as regras gerais sobre o tema, mérito que coube a Huber realizar, embora, pela economia de seu texto, tenham restado dúvidas acerca da sua posição sobre este e outros temas relativos ao conflito de leis.

Segundo Lorenzen<sup>43</sup>, a terceira máxima indicaria que, em razão da sua soberania, um Estado pode “pelo uso do *comity*” reconhecer a um estrangeiro ou nacional direito adquirido, *vested rights*, sob a lei de outro Estado. Huber foi o primeiro escritor que fez essa constatação de forma clara. Para ele, o reconhecimento em cada Estado dos chamados direitos criados no estrangeiro seria mera concessão que um Estado faz sob o peso da conveniência e utilidade, e não como resultado de uma obrigação ou dever. Pelas palavras do enunciado, poderia parecer que Huber concebe o *comity* como uma política concedida pelo poder garantidor ou negada arbitrariamente pela soberania. Huber acrescenta, contudo, que a solução do problema é derivada “não exclusivamente do direito civil, mas da conveniência e do tácito consentimento das nações, sendo a análise da aplicação ao caso concreto deixada a cargo dos tribunais”, e por isso o termo *comity* veio a ser entendido por alguns doutrinadores como *judicial comity*.

Em relação à propriedade móvel, a regra dominante era expressa pelos brocados latinos *mobilia assibus haerente e mobilia personam sequuntur*, ou seja, havendo conflito de leis, aplicava-se a lei do domicílio do dono da coisa. Essa regra era aplicada inclusive para as questões de sucessão e de propriedade de pessoas casadas, observando-se que os juristas da época não faziam distinção se o problema afetava uma parte ou o todo do patrimônio de alguém.

---

*year of service of John H. Guimore*. New York: William S. Hein, 1987, p. 199-242.

<sup>43</sup> LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. *Celebration Legal Essays to Mark The Twenty-Fifth year of service of John H. Guimore*. New York: William S. Hein, 1987, p. 199-242.

D'Argentré considerava que a propriedade móvel era “colada” à pessoa de seu dono, aderindo a ela e sendo regida pelo seu direito pessoal. Essa posição possuía muitos seguidores. Dumoulin enfocava o problema do ponto de vista de direitos reais e subjetivos, valendo a lei do lugar da coisa, mas com a ficção legal de que a propriedade seria fixada no domicílio do proprietário. Paul Voet e John Voet adotavam esta posição, e Huber não se aprofundou na discussão<sup>44</sup>.

A jurisdição internacional, de uma maneira geral, seguia os ensinamentos do Direito Romano, sendo que os países continentais não compartilhavam a mesma visão das cortes anglo-americanas, de que a ação poderia ser proposta no lugar onde o réu pudesse ser encontrado. Os países continentais defendiam que o réu deveria ser domiciliado e possuir propriedades no local onde seria processado o feito. Nesse ponto, as escolas anglo-americanas foram mais longe do que a Escola Holandesa, ao considerar a possibilidade de que o fórum competente para julgar uma causa referente a direitos da personalidade seria o local onde o réu pudesse ser intimado dos atos do processo. Para Huber, as ações sempre poderiam ser propostas no local do domicílio, sendo que as ações reais deveriam ser propostas no local da propriedade do bem, e as ações decorrentes de contratos, nos locais onde estes devessem ser cumpridos, ou, excepcionalmente, onde eles foram celebrados.

A grande aceitação da doutrina do *comity* na *common law*, especialmente nos Séculos XVIII e XIX, deve-se à larga aceitação da obra de Joseph Story, *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, e a uma série de julgamentos na Inglaterra, que colocavam o *comity* de Huber como uma teoria para explicar o conflito internacional de leis, mantendo o seu caráter original de discricionariedade. Assim, o *comity* na *common law* serviu para a criação de regras para solução de conflitos de leis<sup>45</sup>.

As ideias de Huber, devido a sua importância em relação ao tema em estudo, serão retomadas no decorrer deste trabalho. Quando da análise dos casos envolvendo a restituição das obras de arte, será possível verificar que o pensamento de Huber continuou pautando a aplicação da doutrina do *comity*, que pode ser explicada como uma acomodação do direito nacional ao direito estrangeiro, sempre buscando a solução mais justa para o caso concreto, com a escolha do direito aplicável ou a determinação do foro competente para que seja

---

<sup>44</sup> LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. *Celebration Legal Essays to Mark The Twenty-Fifth year of service of John H. Guimore*. New York: William S. Hein, 1987, p. 199-242.

processado o feito ou com atos que são classificados também como de mera cortesia entre as nações.

Na sequência, serão vistas as posições de Joseph Story acerca do *comity* e o seu desenvolvimento no território norte-americano, passando-se, antes, pelo desenvolvimento no território inglês.

---

<sup>45</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, v. 27:3, p. 619.

## **2 COMITY NOS DIREITOS INGLÊS E NORTE-AMERICANO**

A doutrina do *comity*, na acepção desenvolvida por Ulrich Huber, passou pelo processo de descentralização política ocorrido na Idade Média, com a queda do Império Romano e a ascensão do Feudalismo. Ao final deste período, e com o ressurgimento das cidades e do comércio, sobreveio a valorização da herança greco-romana, com ênfase no Renascimento, iniciado nas cidades italianas de Florença e Sena. Nessa época, o Protestantismo ganhou força na Inglaterra, com a sua adoção como religião oficial por Henrique VIII, situação que persistiu durante o posterior reinado de Elizabete I. Os Países Baixos do Norte, por sua vez, criaram uma União que declarou sua independência, reconhecida pelo Tratado de Vestfália, em 1648.

Dentro desse contexto, a União dos Países Baixos se firmou como a primeira grande nação-Estado, expandido suas atividades com o crescimento do comércio marítimo. Ao mesmo tempo, surgiu a necessidade de harmonização dos diversos ordenamentos jurídicos que existiam antes da formação da União, engendrando instrumentos capazes de resolver os conflitos de leis envolvendo as diversas províncias unificadas, dando ensejo ao desenvolvimento da chamada Escola Holandesa, cujos principais expoentes foram John Voet, Paul Voet e Ulrich Huber.

Acolhida na Inglaterra dos Séculos XVII e XVIII, a doutrina do *comity* cruzou o Oceano Atlântico e ganhou ressonância nas colônias inglesas, que formaram os Estados Unidos da América, em especial após a proclamação da sua independência do Reino Inglês. O processo de harmonização dos diversos ordenamentos jurídicos dos Estados que passaram a compor os Estados Unidos da América foi o responsável pelo grande desenvolvimento da doutrina do *comity* neste país.

### **2.1 SURGIMENTO DO COMITY NA COMMON LAW**

Conforme salientado no primeiro capítulo, as ideias de Huber ganharam destaque em face da simplicidade e clareza com que foram expostas por ele, angariando a simpatia dos operadores do direito inglês, que realizavam parte de sua formação jurídica nos Países Baixos. Também contribuiu para a ascensão da doutrina de Huber o fato de suas máximas, em número de três, estarem afeitas ao espírito da *common law*.

Com o incremento das relações internacionais, após a Paz de Vestfália, o *comity* atravessou o atlântico e chegou às cortes norte-americanas, obtendo relevo nos casos envolvendo a circulação de escravos entre os Estados do Sul, escravagistas, e do Norte, abolicionistas, até a supressão da escravidão nos Estados Unidos da América, com a Emenda XIII<sup>46</sup>.

### 2.1.1 *Common Law* Inglês

A influência do *comity* no direito inglês advém, em parte, do costume de os estudantes de direito daquele país realizarem parte da sua formação jurídica nos Países Baixos. Tal movimento possibilitou que as ideias de Ulrich Huber ganhassem força no direito inglês em relação ao conflito de leis no espaço. Certo é que foi por essa porta que a Escola Holandesa e as ideias de Huber chegaram ao território norte-americano<sup>47</sup>.

O surgimento da *common law* na Inglaterra é fruto do modelo político do período conhecido como feudalismo tardio. Conforme Lopes<sup>48</sup>, houve dois feudalismos, classificados segundo a forma de organização. O primeiro, com direito e coação sistematizada, sobre o qual a Igreja do Ocidente desejou impor sua ordem, formado por etnias e comunidades de cristãos sob o domínio de um rei, não sendo, portanto, territoriais propriamente ditos. O outro, sem direito ou coação sistematizada, como foi o caso da Rússia. Ainda, haveria um terceiro modelo bastante descentralizado, como na França, existindo, também, um sistema feudal

---

<sup>46</sup> O texto desta Emenda, conforme consta traduzido na página do consulado norte-americano é:

EMENDA XIII

Seção 1

Não haverá, nos Estados Unidos ou em qualquer lugar sujeito a sua jurisdição, nem escravidão, nem trabalhos forçados, salvo como punição de um crime pelo qual o réu tenha sido devidamente condenado.

Seção 2

O Congresso terá competência para fazer executar este artigo por meio das leis necessárias.

Disponível em <<http://www.embaixada->

[america.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110](http://www.embaixada-america.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110)>. Acessado em 09/12/10.

<sup>47</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, v. 27:3, p. 619.

<sup>48</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 59.

senhorial imposto desde o próprio centro da realeza, como foi o caso da Inglaterra conquistada pelos normandos.

Segundo o mesmo autor, a *common law* foi desenvolvida pelas cortes reais, contra os costumes locais que não conseguiam se impor em todo o reino, não atingindo o *status* de direito comum<sup>49</sup>. Os normandos impuseram à Inglaterra um sistema de feudalismo centralizante, no qual o rei, como senhor de todos os senhores, tinha o direito de resolver as questões de detenção de terra, interferindo nas disputas locais, mandando seus juízes aos locais de conflito, ou ouvindo os casos na *King's Courts* e *King's Bench*. Nesse contexto, surge a Carta Magna, em 1215, como uma reação dos barões à extensão de poderes das cortes régias, possuindo a regra de que os *brevês* do rei só seriam emitidos quando houvesse um costume anterior bem estabelecido, ou seja, um precedente. Os costumes, por sua vez, subsistiam como *Lex Mercatoria* (dos *piepowder*, pois os mercadores viviam com os pés empoeirados de tanto viajar) e como *borough customs*.

A Inglaterra, ao tempo do processo de independência dos Países Baixos, era governada pela Rainha Elizabeth I, filha de Henrique VIII, que adotou o protestantismo para poder se casar com Ana Bolena. Felipe II, da Espanha, ao lado da guerra que enfrentava contra a independência da Holanda, também submeteu o território europeu a uma sangrenta guerra santa, não aceitando que uma mulher protestante governasse a Inglaterra. Após a derrota sofrida pelo reino espanhol, como já salientado, e a destruição da Invencível Armada Espanhola, como era conhecida a frota de navios da Espanha, a Inglaterra conquistou estabilidade para se desenvolver como um Estado forte, desfrutando de vários anos de segurança econômica, expandindo sua influência para além de suas fronteiras, inclusive chegando ao território americano.

O *comity* se desenvolveu nos Séculos XVIII e XIX como uma doutrina permissiva, que autorizava os tribunais a decidirem quando aplicariam ou deixariam de aplicar o direito estrangeiro. Até então, Ulrich Huber exercia pouca influência no continente norte-americano. Contudo, advogados escoceses trouxeram as ideias de Huber para a Inglaterra, onde Lorde Mansfield, conhecido como o pai do direito mercantil, introduziu o conceito de *comity*<sup>50</sup>.

Assim, no caso *Somerset v. Stewart*<sup>51</sup>, 1772, William Murray, Lorde Mansfield (1705-1793), *Chief of Justice* da *Court of King's Bench*, decidiu que um escravo trazido para

---

<sup>49</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 64.

<sup>50</sup> PAUL, R. Joel. *The Transformation of International Comity*, 2008. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10.

a Inglaterra não poderia ser compelido a deixar o reino na condição de escravo e teria o direito de impetrar um *writ de habeas corpus* se fosse tentada a sua remoção forçada<sup>52</sup>.

George Van Cleve<sup>53</sup> trata do caso *Somerset v. Stewart* em face da sua grande importância para a determinação do processo de abolição da escravatura nos Estados Unidos da América, sob a ótica da influência da Inglaterra nas suas colônias e da diferença de tratamento da questão no direito inglês e no direito das colônias. Mesmo que o caso tenha sido julgado na Inglaterra, ele foi responsável por um grande desenvolvimento do *comity* na jurisprudência dos Estados Unidos da América. Também teve destaque em relação ao final da escravidão, que perdurou até o advento da Emenda Constitucional XIII, que aboliu esse instituto no território norte-americano, em 1863.

Inicialmente, Cleve aduz que James Somerset foi tirado da África, em 1749, e levado para a América do Norte. Na Virgínia, foi vendido como escravo para Charles Stewart, mercador escocês e traficante de escravos, em Norflok. Em 1765, Stewart foi nomeado como *high-ranking British customs official* e, em 1769, em função do cargo, foi para a Inglaterra, levando junto Somerset. Após dois anos de permanência naquele país, Somerset, desejoso de conquistar o *status* de pessoa livre, fugiu de seu dono, mas foi recapturado. Como consequência, Stewart decidiu vender o escravo, na Jamaica, e, em novembro de 1771, Somerset foi acorrentado e embarcado em um navio, no Tâmis, onde ficou esperando a data da viagem.

Para a sorte de Somerset, uma rede ecumênica abolicionista, existente em Londres, que operava de forma conjunta com os *Quakers* da Pensilvânia, obteve, em união de esforços com seus aliados, uma ordem de *habeas corpus*, de Lorde Mansfield, *Chief Justice of the Courts of King's Bench*, determinando a soltura de Somerset<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 16.

<sup>52</sup> Esse precedente foi utilizado no caso conhecido como *The Slave Grace*, 1827, que tratou da questão envolvendo uma escrava de nome Grace, que viveu na Inglaterra por um período e retornou para *West Indies*, onde, só então, requereu a concessão do seu estado de pessoa livre. A decisão da *Court of Admiralty* foi no sentido de que, ao retornar para um Estado submetido às regras que admitiam a escravidão, o *status* de escrava voltou a ser agregado à sua personalidade, sendo que ela apenas poderia ter requerido a liberdade enquanto estava vivendo sob a jurisdição de um Estado que não admitia a escravidão, ou seja enquanto vivia na Inglaterra.

<sup>53</sup> CLEVE, George Van. *Somerset's Case and Its Antecedents in Imperial Perspective*. in *Law and History Review*, v. 24. n. 3. Illinois: University of Illinois, 2006. Disponível em <[http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/pdf/paley\\_lhr.24.3.pdf](http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/pdf/paley_lhr.24.3.pdf)>. Acessado em 23/11/09.

<sup>54</sup> George Van Cleve, em seu texto sobre o caso Somerset, pretendeu demonstrar, entre outras coisas, que, mesmo que esse precedente sempre tenha sido considerado um caso de conflito de leis, trata-se, em sua opinião, de um “*imperial conflict of laws*”, entre o direito interno inglês e o aplicado nas suas colônias. Também considera que a decisão de mérito proferida no caso *Somerset v. Stewart*, em 22 de junho de 1772, contendo aproximadamente duzentas palavras, alterou profundamente a situação em relação à escravidão, não só na Inglaterra, como também nos Estados Unidos da América. A decisão foi largamente comentada na época, nos jornais britânicos e nos que circulavam no território norte-americano, tornando-se objeto de uma guerra de

Nos Séculos XVII e XVIII, a Inglaterra possuía sérios problemas acerca da escravidão, uma vez que não a admitia nos seus territórios. Entretanto, havia a condição de *near slavery*, termo utilizado para designar um *status* que seria intermediário entre o conceito clássico de escravidão e uma espécie de trabalho forçado, pois as pessoas não seriam nem livres nem escravas. Nesse sentido, Cleve<sup>55</sup>, com base em recentes pesquisas que teriam descoberto novos documentos sobre a história inglesa, acrescenta que durante a era Tudor havia negros que trabalhavam em condição que não seria nem de escravos e nem de criados, mas em situação intermediária. A realidade se mostrava contraditória, na medida em que havia o costume dos descendentes da raça negra de serem submetidos a todo o tipo de crueldade. Por outro lado, havia a crença de que quando ingressassem no território inglês eram passíveis de conquistar a liberdade, o que, contudo, não impedia que houvesse o tráfico de escravos tolerado pela Coroa. Portanto, não existia restrição a que os ingleses participassem do comércio internacional de escravos, sendo que essa era a situação nos dois séculos que antecederam o julgamento do caso Somerset.

Em face da aceitação do comércio de escravos, durante o Século XVIII, os traficantes ingleses teriam retirado da África e levado para a América do Norte aproximadamente três milhões de africanos. Entretanto, não havia uma regulamentação legal específica acerca da escravidão dentro dos limites do território inglês, ficando ao critério dos tribunais decidirem caso a caso, reforçando a ideia defendida por Huber de que cabe aos tribunais fazer a dicção do *comity*. No momento do julgamento de cada caso, era feita uma ponderação entre os interesses da Coroa britânica, que se beneficiava com esse comércio de pessoas, e o crescente clamor público pelo respeito ao ainda embrionário conceito de direitos humanos.

A decisão de Lorde Mansfield, segundo Daniel J. Hulsebosch<sup>56</sup>, criou uma distinção entre o direito inglês e o direito de suas colônias, situação que se mostrou fundamental para a

---

notícias, com a sua importância reconhecida tanto no reino inglês, como nas suas colônias que ficavam do outro lado do Atlântico. A autoridade deste caso foi utilizada pelos tribunais norte-americanos por mais de cem anos, para confirmar e para negar a sua aplicação como precedente válido nas questões que versavam sobre a aplicação da doutrina do *comity*. CLEVE, George Van. *Somerset's Case and Its Antecedents in Imperial Perspective*. in *Law and History Review*, v. 24. n. 3. Illinois: University of Illinois, 2006. Disponível em <[http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/pdf/paley\\_lhr.24.3.pdf](http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/pdf/paley_lhr.24.3.pdf)>. Acessado em 23/11/09.

<sup>55</sup> Mesmo tendo realizado uma acurada pesquisa e análise dos fatos, a abordagem do caso feita por Cleve fica restrita aos desdobramentos em relação à escravidão na Inglaterra e as suas consequências nas colônias, sem, contudo, fazer qualquer análise acerca do *comity*, mesmo que utilize como referência a obra Finkelman. Essa é também a crítica que Daniel J. Hulsebosch faz, no texto *Nothing But Liberty: Somerset's Case and the British Empire*. In *Law and History Review*, v. 24. n. 3. Illinois: University of Illinois, 2006. Disponível em <<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/hulsebosch.html>>. Acessado em 14/06/11.

cultura do Império. A diferença de tratamento se tornava evidente quando se confrontava a aversão à escravidão sentida pelos súditos, como Lorde Mansfield, com o fato de que era essa mesma escravidão que sustentava o poder econômico do Império. Nesse aspecto, de uma forma ousada e fazendo coro com Cleve, Hulsebosch sugere que a decisão no Caso *Somerset v. Stewart* estava mais relacionada com a reconciliação da tensão existente entre manter a escravidão no Império, contudo fora do Reino Unido, do que com uma preocupação real em relação aos direitos humanos.

As opiniões sobre o fato de que a decisão de Lorde Mansfield pôs fim à escravidão no Reino Unido são contraditórias, havendo posições no sentido de que ele não teria admitido esse ponto de vista, mas tão-só se posicionado em relação ao caso concreto sob sua análise, preocupado com as consequências econômicas de uma decisão mais ampla. Pessoas abolicionistas, de outro lado, consideravam que o precedente era suficiente para que não fosse mais tolerada a escravidão na Inglaterra. Existe, todavia, um relativo consenso de que o precedente foi o responsável pela cláusula da Constituição dos Estados Unidos da América acerca dos escravos fugitivos.

O entendimento que se desenvolveu nas cortes norte-americanas a respeito do precedente *Somerset* foi no sentido de que bastaria um escravo tocar o solo de um território abolicionista para que se tornasse livre, mesmo com a resistência dos Estados do Sul em reconhecer esse *status*, negando aplicação ao *comity*, entendimento que culminou com a tentativa destes Estados de criarem uma confederação autônoma.

Também trataram do tema as decisões de Lorde Mansfield no caso *Robinson v. Bland*, em que ele escreveu que “a regra geral estabelecida *ex comitate et jure gentium* é o lugar onde o contrato foi celebrado, e não onde foi proposta a ação, que deve ser considerado para sua interpretação e cumprimento”, e no caso *Holman v. Johnson*, quando ele acrescentou que “a doutrina de Huber é fundamentada no bom senso e nos princípios de justiça. Eu concordo integralmente com ele”<sup>57</sup>.

Neste período já era possível verificar que a doutrina do *comity* já estava sendo conhecida no território norte-americano, em face da sua utilização pelas cortes inglesas. O precedente também foi aplicado de forma extensiva nas decisões envolvendo os conflitos de leis entre os Estados do Sul e do Norte no território norte-americano, após a sua

---

<sup>56</sup> HULSEBOSCH, Daniel J. *Nothing But Liberty: Somerset's Case and the British Empire*. *Law and History Review*, v. 24. n. 3. Illinois: University of Illinois, 2006. Disponível em <<http://www.historycooperative.org/journals/lhr/24.3/hulsebosch.html>>. Acessado em 14/06/11.

<sup>57</sup> DODGE, Willian S. *International Comity in American Courts*. Disponível em <<http://www.asil.org/files/dodge.pdf>>. Acessado em 09/07/10, p. 7.

independência da Inglaterra, e foi considerado no estabelecimento do *comity* na Constituição dos Estados Unidos da América.

### 2.1.2 Início do *comity* nos Estados Unidos da América

O desenvolvimento do *comity* nos Estados Unidos da América está ligado à questão da escravidão, do livre comércio e do respeito à federação. A diferença de abordagem entre os Estados do Sul e do Norte, no que se referia à escravidão, resultou em conflitos que colocaram em risco a própria sobrevivência do Estado. Também, por meio da questão da escravidão foi que a doutrina do *comity* chegou ao território norte-americano e à obra de Joseph Story.

No início da sua história, os Estados Unidos da América viviam um período de intensas disputas por territórios. Depois de superado o processo de independência da Inglaterra, que foi obtida após sangrentas batalhas, ainda existia a disputa com o México e o grande movimento migratório interno motivado pela corrida do ouro e outras situações políticas e econômicas. O artigo IV da Constituição norte-americana buscava garantir a união dos Estados federados, pelo respeito aos direitos adquiridos e atos oficiais de um Estado em todo o território da federação, numa referência direta ao *comity* advindo do Século XVII e da obra de Ulrich Huber.

Em 1828, Samuel Livermore, advogado na Louisiana, publicou o primeiro tratado norte-americano sobre o conflito de leis, buscando reviver as ideias das Escolas Estatutárias e rejeitando as ideias de Lorde Mansfield sobre o *comity*. A posição defendida por Livermore provocou a reação de Joseph Story, que acabaria se tornando o fundador dos princípios norte-americanos de conflitos de leis. Story, professor de direito em Harvard e juiz da Suprema Corte norte-americana, sustentava que Livermore estava errado e que os Estados, tanto do Sul como do Norte, necessitavam de alguma liberdade para decidir quando e como aplicariam as leis relativas à escravidão, posição que ele acreditava ser capaz de reduzir a tensão existente entre os dois lados da federação e evitar um conflito civil<sup>58</sup>.

Joseph Story, a exemplo do que fez Huber, elaborou algumas máximas ou axiomas sobre o conflito de leis, advertindo que a sua aceitação seria indispensável para se chegar aos princípios que governam os países ou conduzem a administração da justiça. O primeiro deles seria a noção de que cada nação possui jurisdição e soberania exclusiva sobre o seu território.

---

<sup>58</sup> PAUL, R. Joel. *The Transformation of International Comity*, 2008. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10, p. 24.

A consequência direta desta regra é que o direito de cada Estado afeta e obriga os direitos patrimoniais e os contratos e atos celebrados no seu território, bem como todas as pessoas residentes nele, independentemente de serem nacionais ou estrangeiros,<sup>59</sup>.

Já a proposição seguinte é uma consequência da anterior, ao consignar que nenhum Estado ou nação pode, por seu próprio direito, afetar ou obrigar diretamente propriedade ou pessoas não-residentes em seu território, mesmo sendo estas seus nacionais<sup>60</sup>.

A terceira é decorrência das duas anteriores, e dispõe que a força e obrigatoriedade que o direito de um país tem em outro depende exclusivamente do ordenamento jurídico deste, ou seja, das decisões políticas e jurisprudenciais e do expresso ou tácito consentimento do último. Dessa forma, os Estados poderiam impedir a utilização e a aplicação do direito estrangeiro e todos os efeitos decorrentes da sua utilização, em seus territórios. Eles poderiam, da mesma forma, permiti-la em relação a um determinado direito, restringindo-a em relação a outro. Story acrescenta que essa regra é válida tanto para os sistemas de *civil law* como para os de *common law*<sup>61</sup>.

Entretanto, aduz que, caso não exista uma regra específica a respeito, não há uma resposta única acerca da competência para resolver o conflito, podendo ser tanto do legislativo como do judiciário, dependendo do contexto onde se dará o conflito de leis. Acrescenta o autor que nenhuma nação poderia, justificadamente, ser obrigada a reconhecer os fundamentos políticos e as instituições estrangeiras em detrimento das nacionais<sup>62</sup>. Também não poderia ser obrigada a sacrificar seus próprios interesses em favor de outros, ou a adotar doutrinas com as quais sejam incompatíveis suas noções de moral, visão política, segurança, bem-estar social, justiça e dever<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 19.

<sup>60</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 21.

<sup>61</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 24.

<sup>62</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 26.

<sup>63</sup> Cabe referir que a criação da “Doutrina Internacionalista” trouxe inovações para essa visão, como bem esclarece Véra Maria Jacob de Fradera: “Esta doutrina tornou-se, atualmente, parte do direito comunitário, porque esse direito adquiriu um status próprio, não mais subordinado a outros ramos do direito. Além disso, esse direito é uma criação artificial, pois a história, a cultura, a religião e a filosofia, elementos presentes em todos os sistemas nacionais, nele não são encontrados. Sua existência data de cinquenta anos atrás, e sua amplitude e abrangência já são assaz consideráveis, tendo o número de suas normas ultrapassado o daquelas em vigor nos Estados membros. Esta construção insólita é possível, porque este direito é diferente, é único em relação a qualquer outro sistema jurídico, de qualquer natureza”. FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões sobre a*

Citando a decisão proferida no caso *Saul v. His Creditors*<sup>64</sup>, Story comenta a incerteza que existe no que chamam de *comity of nations*, concluindo que o conflito de leis será sempre matéria de dúvida, e sempre que houver dúvida o tribunal preferirá o direito nacional ao estrangeiro<sup>65</sup>.

Na busca de explicações para as regras de solução de conflito de leis, Story apresenta, também, os três axiomas de Huber<sup>66</sup>, facilitando a sua utilização pelos operadores de direito norte-americano. Como contraponto à visão de Huber, Story expõe a crítica de Hertius<sup>67</sup>, em especial à terceira regra. Hertius questionava se o *comity of nations*, fundado na noção de mútua conveniência e utilidade, poderia dar as bases sólidas necessárias para esse sistema.

As regras formuladas por Hertius<sup>68</sup> também seriam em número de três. Em primeiro lugar a regra de que, quando um direito é direcionado a, ou tem como objetivo, uma pessoa, é necessário se ter em consideração as leis do país ao qual esta pertence. Em segundo lugar, tratando-se de direito das coisas, rege-se-á pelo direito do local, independentemente de onde seja postulado ou de quem pratique o ato. E, por fim, se a lei prescreve a forma, então a lei do local do ato deverá ser observada, e não a do domicílio da parte ou da situação da coisa.

Após discorrer sobre a aceitação das máximas de Huber, Story, em seu *Commentaries on the Conflict of Laws*, aduz que o termo *comity* estava sendo apontado como insuficiente para expressar a obrigação das nações de dar efetividade ao direito estrangeiro, mesmo quando este direito não fosse prejudicial aos seus próprios direitos ou interesses. Assim, Story sugeria que a doutrina estaria fundada em interesses mais profundos, não sendo apenas uma questão de *comity* ou cortesia (*courtesy*)<sup>69</sup>, mas um dever moral fundamental.

---

contribuição do direito comparado para a elaboração do direito comunitário. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 3 e 4.

<sup>64</sup> *Saul v. His Creditors*, 5 Mart.(n.s.) 569, 1827 WL 1936 (La.), 16 Am.Dec. 212, April 1827.

<sup>65</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 29.

<sup>66</sup> Aqui Story faz referência ao trabalho de Ulrich Huber (1636-1694), *De Conflictu Legum*. N. A.

<sup>67</sup> Conforme Story, Hertius possuía sérias dúvidas se o *comity of nations* desenvolvido por Huber, em especial na sua terceira regra, fundada na conveniência e utilidade mútua, poderia servir de base para o sistema de solução de conflitos de leis. STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 31

<sup>68</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 31.

<sup>69</sup> Silva, de forma apropriada, aponta a diferença entre os termos *comity* e *courtesy* de acordo com a jurisprudência norte-americana. Contudo ela prefere adotar a tradução *cortesia* para o termo inglês *comity*, o que não parece ser a melhor solução, mesmo esclarecendo a autora que este seria uma das faces possíveis daquele.

Portanto, nenhuma nação teria o direito de exigir o reconhecimento ou a execução de um direito seu em território estrangeiro, quando fosse contrário aos interesses deste ou contrário à política ou à moral local<sup>70</sup>. Nesse ponto, verifica-se a influência de Lorde Mansfield.

Por outro lado, a natureza, a extensão e a utilidade do direito estrangeiro em relação ao estado das pessoas deveriam ser apreciadas por cada nação, não devendo esse ser reconhecido quando prejudicial aos seus próprios interesses. Dessa forma, os termos pelos quais a doutrina seria anunciada carregariam a sua necessária qualificação e limitação, demonstrando que a sua origem repousaria mais na consulta às nações envolvidas e não a apenas uma delas, ou seja, no consentimento das partes, bem como na sua adoção voluntária, o que demonstraria a origem no *comity*<sup>71</sup>.

Nesse sentido, segundo Story, não haveria qualquer impropriedade na expressão “*comity of nations*”. Pelo contrário, seria o termo mais apropriado para se expressar a aplicação de um direito em território estrangeiro, advertindo que não seria *comity of courts*, trazendo o reconhecimento do princípio elaborado por Huber, tanto nos Estados Unidos da América, como na Inglaterra.

Jacob Dolinger, ao seu turno, aduz que o primeiro caso de aplicação do *comity* que se tem notícia na jurisprudência norte-americana ocorreu em *The Schooner Eschange v. Mc Faddon*, em 1812, no qual foi concedida imunidade diplomática a Napoleão Bonaparte, numa ação em que dois norte-americanos postulavam a propriedade de um navio de guerra que entrara no porto de Filadélfia em razão do mau tempo. Nesse caso, a Corte fez referência a Huber e ao Tratado de *Bynkershoek*, apoiando-se na posição de Vattel, aplicando analogicamente ao navio a imunidade conferida aos príncipes, embaixadores e ministros de Estado, em decisão redigida pelo Ministro Marshall<sup>72</sup>.

Por fim, recepcionada a doutrina do *comity* nos Estados Unidos da América, os juristas daquele país passaram a cuidar do problema de qual setor seria responsável pela

---

SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141-2, nota 425.

<sup>70</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 33.

<sup>71</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 36.

<sup>72</sup> DOLINGER, Jacob. Os Estados Unidos perante o direito internacional. A decadência jurídica de uma grande nação. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudo em homenagem ao Professor Celso D. De Albuquerque*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 84-5.

apreciação dos casos envolvendo conflito de jurisdição, concluindo, segundo os ensinamentos de Huber, pela competência do judiciário para dirimir tais questões.

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América endossou essa conclusão em 1895, no caso *Hilton v. Guyot*, e acrescentou a sua própria interpretação em relação a qual era o departamento do governo que teria poder para determinar quando deveria ser outorgado o princípio do *comity*<sup>73</sup>. Contudo, como se observa da data deste julgamento, sua decisão foi proferida depois que os Estados Unidos da América passaram por graves problemas institucionais, decorrentes de conflitos de leis envolvendo os seus Estados federados, em relação à questão da propriedade de escravos.

A seguir, ver-se-á o estudo de como esse processo se operou dentro da confederação norte-americana, em decorrência do conflito entre os Estados do Sul e Norte, sobre as divergências em relação à escravidão.

## 2.2 PERÍODO ANTEBELLUM NORTE-AMERICANO E ESCRAVIDÃO

Os Estados Unidos da América são uma espécie de laboratório para o direito internacional, haja vista a autonomia legislativa dos Estados e a necessidade de se relacionarem entre si, criando situações nas quais há o enfrentamento da questão envolvendo os interesses desses diversos entes públicos e o conseqüente conflito de leis daí resultante. Essa característica já estava presente quando se desenrolaram os conflitos do período da história norte-americana conhecido como *Antebellum*.

O desentendimento decorrente da adoção da escravidão por alguns Estados norte-americanos foi semelhante ao conflito de leis entre o direito aplicado no território da Inglaterra e o direito aplicado nas suas colônias. Inicialmente, em relação à escravidão, verificou-se o conflito de leis entre a Inglaterra e a Província da Virgínia, localidade de onde saiu o escravo Somerset, responsável pelo caso de grande repercussão no território inglês, durante o Século XVIII, no período que antecedeu à independência dos Estados Unidos da América. Conforme já tratado, esse caso foi responsável pela introdução da doutrina de Ulrich Huber no território norte-americano para buscar a harmonização dos diversos sistemas legais existentes.

---

<sup>73</sup> Consta da decisão: “The most certain guide, no doubt, for the decision of such questions is a treaty or a statute of this country. But when... there is no written law upon the subject, the duty still rests upon the judicial tribunals of ascertaining and declaring what the law is, whenever it becomes necessary to do so, in order to determine the rights of parties to suits regularly brought before them.” CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int’l Econ. L, vol. 27:3, p. 62.

O conflito de leis ganhou especial relevo na obra de Joseph Story e na sua intenção de conciliar o direito dos diversos Estados que integravam a União norte-americana, a exemplo do que fez Huber na União dos Países Baixos. Já em relação ao direito constitucional norte-americano, a positivação das ideias de Huber, essenciais à existência da federação, se deu na redação da regra *The Full Faith and Credit*, existente na Constituição norte-americana, como será demonstrado a seguir.

Contudo, todos esses esforços não foram capazes de impedir o confronto radical e violento de opiniões jurídicas, haja vista que os tribunais necessitavam fazer uma opção entre as diversas leis que regulavam a matéria acerca da libertação de escravos, situações estas que surgiram durante o enfrentamento dos Estados do Sul e do Norte dos Estados Unidos da América e culminaram com a eclosão da Guerra da Secessão, vencida pelos Estados do Norte, após a tentativa de os Estados sulistas de criarem uma confederação independente.

O período compreendido entre a revolução de independência, com a formação da União norte-americana, em 1776, e a Guerra Civil Americana, 1861 a 1865, também conhecida como Guerra da Secessão, foi marcado pelo agravamento da divisão entre os Estados do Sul e do Norte, em relação à aceitação ou rejeição da escravidão.

Essa divisão interna da nação norte-americana, na opinião de Finkelman<sup>74</sup>, surgiu em decorrência da seguinte questão constitucional: qual seria o significado do *comity* entre os Estados soberanos da União federal norte-americana? A pergunta, segundo o autor, ganhou relevância a partir do momento em que se identificou que a soberania dos Estados estaria limitada pela obrigação de manutenção da União, situação que ficou positivada na *The Full Faith and Credit Clause*.

Portanto, a necessidade de se esclarecer a aplicação do *comity* se tornou fundamental dentro da federação norte-americana em decorrência dos conflitos de leis envolvendo os Estados escravagistas e os abolicionistas<sup>75</sup>. Nas palavras de Finkelman: “*Slavery, after all, was the acid test for the comity provisions*”<sup>76</sup>.

Considerado um dos problemas mais tormentosos relativos à aplicação do direito, a

---

<sup>74</sup> Cabe referir que este capítulo está baseado, em sua maior parte, nos estudos realizados por Paul Finkelman, na University of Chicago. FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981.

<sup>75</sup> Questões envolvendo a autenticação de documentos, como títulos executivos, judiciais ou não, *v. g.*, também eram motivo de atrito entre os cidadãos dos diversos Estados, mas esse tema será tratado nesta dissertação apenas como referência ao tema principal. Conforme estudos realizados por Diane J. Klein, Paying Eliza: *Comity, Contracts, and Critical Race Theory, or 19th Century Choice of Law Doctrine and the Validation of Antebellum Contracts for the Purchase and Sale of Human Beings*. Disponível em <<http://law.bepress.com/expresso/eps/2011/>>. Acessado em 01/10/2010.

<sup>76</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 8.

solução para o conflito de leis, basicamente, reside na escolha de qual jurisdição será responsável pelo julgamento do caso, e a escolha da lei aplicável. A teorização do problema, bem como a busca de soluções equilibradas, capazes de garantir a paz no território norte-americano, resultou na publicação da obra de Joseph Story, *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, em 1834, baseada, como já foi visto, na chamada Escola Holandesa, em especial na obra de Ulrich Huber.

Nesse ponto da exposição, fica evidente a necessidade de harmonização de diversos ordenamentos jurídicos existentes, tanto na União dos Países Baixos, logo após a independência da Holanda, quanto na recém formada federação norte-americana. A semelhança do contexto entre essas duas Uniões políticas de províncias inicialmente pertencentes a uma nação européia explica, como será tratado no decorrer do trabalho, a importância do *comity* na dicção dos tribunais, e a recusa da sua classificação como mera regra de cortesia.

### 2.2.1 Escravidão e Federalismo

No período anterior à Guerra da Secessão, período *Antebellum*, existia a divisão dos Estados entre os que não admitiam a escravidão e os que consideravam essa instituição como algo de acordo com o Direito. Os sistemas legais desses Estados não eram completamente isolados, havendo casos em que os dois ordenamentos jurídicos entravam em contato, o que nem sempre gerava situações pacíficas, colocando em xeque a validade da existência da União, haja vista que um dos seus princípios era o respeito pelas decisões proferidas nos demais Estados da federação.

Nesse sentido, quando um escravo transitava entre essas duas regiões, estabelecia-se o conflito de leis, pois havia a necessidade de ser determinado qual o *status* jurídico dessa pessoa ao mudar de um ordenamento jurídico para o outro, de regras distintas do primeiro. Saliente-se que esse trânsito poderia ter diversas causas, entre as quais o deslocamento motivado pela fuga do escravo de um Estado escravagista para um abolicionista, onde pretendia adquirir o *status* de pessoa livre<sup>77</sup>.

Poderia, também, ser devido ao fato de o escravo estar em trânsito, acompanhando

---

<sup>77</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 7.

seu dono, indo de um ponto a outro da federação, e apenas passar pelo território onde seu *status* de escravo não era admitido. Poderia, ainda, permanecer no território não-escravagista por um período de tempo indeterminado sem o ânimo de adotar aquele Estado como o seu local de domicílio. Por outro lado, a situação inversa também causava polêmica e atrito entre os diversos Estados norte-americanos. Havia discussões acerca da manutenção do *status* de pessoa livre quando o ex-escravo ingressava no território dos Estados do Sul, onde não seria reconhecida a liberdade concedida nos Estados do Norte. Dessa forma, o Estado que recebia o escravo, em qualquer condição, deveria determinar qual a legislação aplicável, se a da sua origem, onde ele era reconhecido como pessoa livre, ou a do Estado onde ele se encontrava, com uma política diversa, ou seja, não aceitava que um descendente de africanos fosse considerado pessoa livre ou liberta.

Essa situação de conflito de leis colocou em risco a própria sobrevivência da federação norte-americana, haja vista que a regra constitucional de dever de respeito aos direitos adquiridos nos demais Estados não estava sendo seguida. Contudo, o conflito não nasceu após a independência em relação à Inglaterra, mas já havia se estabelecido entre o reino inglês e as suas colônias, sendo o precedente *Somerset v. Stewart*, já tratado, um exemplo paradigmático, pela opção da aplicação do *comity* e das regras elaboradas por Huber, bem como pela grande repercussão que obteve, tanto no território inglês como no norte-americano.

O caso *Mitchell v. Wells*, por sua vez, está relacionado com o deslocamento de pessoas consideradas escravas em um determinado Estado para outro que não admitia esta instituição, adquirindo, seja por decisão judicial ou por liberalidade de seu proprietário, o *status* de pessoa livre e serve de exemplo das questões enfrentadas no período *antebellum*. A peculiaridade do caso é que Nancy Wells, após obter a liberdade, retornou, ainda que por um curto espaço de tempo, para o território de um Estado escravagista, acrescentando mais um elemento ao conflito de leis até aqui estudado, qual seja, se ela perderia o *status* de pessoa livre ao voltar à jurisdição de seu Estado natal, o Mississippi.

Nancy Wells era filha de uma escrava e do dono branco de sua mãe, Edward Wells<sup>78</sup>. Em 1846, Edward Wells, seu pai e também o seu proprietário, levou Nancy do Mississippi, onde morava, para Ohio, local onde foi alforriada. Após, ele retornou para o Mississippi, onde morreu dois anos depois. Para sua filha Nancy, Edward Wells deixou um relógio, uma cama e três mil dólares. Quando o testamento foi descerrado, Nancy Wells ainda era menor e o

---

<sup>78</sup> O caso será relatado conforme consta da obra FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 287 a 295.

dinheiro foi investido para ela. Em 1848, Nancy retornou para o Mississippi pelo período de dois anos e meio, após os quais passou a residir permanentemente no Estado de Ohio. Em 1857, ela ainda não havia recebido seu legado, e, com o auxílio do seu advogado no Mississippi, ela processou o executor do testamento de seu pai, William Mitchell.

Mitchell contestou o feito, alegando que Nancy Wells continuaria sendo escrava, e como tal, não teria direito a ter ou herdar nenhuma propriedade. Ele sustentou que o fato de ela ter permanecido por dois anos e meio no Estado do Mississippi seria prova suficiente de que a sua abolição teria sido um artifício fraudulento, destinado a burlar a lei deste Estado que proibia a liberdade de escravos em seu território. Os argumentos de Mitchell foram derrubados pela *Madison County Chancery Court*, que decidiu que Nancy Wells era uma pessoa livre, vivendo em Ohio, e como tal ela poderia adquirir e possuir bens no Estado do Mississippi, mesmo que ela não pudesse viver neste Estado.

Essa decisão havia sido amparada por então recentes decisões proferidas no Estado do Mississippi e foi um ano antes da decisão da *Chancery Court*, pela *Mississippi High Court of Errors and Appeals*, no caso *Shaw v. Brown* (1858), que proferiu uma sentença no mesmo sentido. Neste caso, a corte do Mississippi decidiu que escravos emancipados em Ohio ou Indiana poderiam herdar propriedades de seus pais brancos, mesmo que tivessem retornado para o Estado do Mississippi para visitas curtas, depois de emancipados. Irresignado com a decisão da *Chancery Court*, Mitchell apelou para a *High Court of Errors and Appeals*. O recurso foi iniciado em 1857, antes da decisão no caso *Shaw v. Brown*, mas o caso não foi decidido até um ano depois do caso *Shaw v. Brown*<sup>79</sup>.

Justice William Harris, contudo, conseguiu reverter a decisão da *Chancery Court*. Ele observou que as autoridades em outros Estados reconheceram o direito de Nancy Wells de ser parte em um processo movido em Estado escravagista e de adquirir propriedades nestes Estados. Entretanto, em casos envolvendo a escravidão e o *comity*, Justice Harris poderia ser indelicado, duro, opressivo e inovador. Nesse sentido, ele estava preparado para fazer do Estado do Mississippi o *setter*, e seguir os precedentes. Harris, então, passou a demonstrar por que Nancy Wells não poderia receber legados no Mississippi. Ele argumentou que tanto como princípio como sob o peso de autoridade, um escravo uma vez que tenha tido domicílio no Estado do Mississippi não poderia adquirir direitos, civis ou políticos, dentro dos seus limites,

---

<sup>79</sup> Veja-se que há uma diferença fundamental em relação ao caso *Somerset v. Stewart*, uma vez que o fato de Nancy ter retornado para o Estado do Mississippi acrescentou um novo conflito de leis em relação àquele, fazendo com que o Mississippi não só tivesse que respeitar o direito adquirido no Estado de Ohio, como também que reconhecer a efetividade destes direitos dentro do seu próprio território, o que, por certo, seria uma aplicação direta da doutrina do *comity*.

por alforria concedida em qualquer outro lugar. Ele asseverou que a liberdade do escravo fora dos limites do Mississippi, ou a obtenção de cidadania, não poderia, mesmo sob os princípios do *comity*, servir para que fosse reconhecida a existência de qualquer direito adquirido.

Antes de demonstrar esses fatos, Harris detalhou as decisões de leis do Estado do Mississippi referentes à libertação de escravos e aos direitos dos afrodescendentes libertos, estabelecendo que, desde 1830, o Mississippi mantinha a política de restringir o crescimento da população de escravos libertos. Em 1859, era ilegal para um mestre emancipar um escravo por testamento, mesmo que houvesse determinações explícitas para que o escravo fosse levado para fora do Estado, ou até mesmo do país.

Em 1858, a *Mississippi High Court* já havia reconhecido o direito de o dono levar o seu escravo para fora do Estado e operar a sua libertação, conforme a decisão do caso *Shaw v. Brown*. Neste precedente, a interpretação era no sentido de que os princípios do *comity* determinavam que um dono de escravos vivendo em um Estado livre seria titular dos mesmos direitos de ter e de herdar propriedades como qualquer pessoa livre deste Estado.

Justice Harris não poderia concordar com este precedente. Ele sentia que o *comity* era subordinado à soberania e não poderia, dessa forma, contrariar a política pública, ou os direitos e interesses, bem como a segurança do seu Estado ou da sua população, no caso, o Estado do Mississippi. Era ilegal emancipar um escravo no Mississippi, porque este Estado se opunha ao crescimento da população de negros livres, não só no seu território, mas em todo o lugar. Dessa forma, a emancipação de um escravo do Mississippi, não só no interior do Estado, mas em qualquer lugar, era contrária à política daquele Estado. Em resumo, ele considerava que, como não havia ocorrido a permissão do Estado do Mississippi no caso Nancy Wells, mesmo com a sua emancipação do Estado de Ohio, continuaria sendo escrava. Portanto, Nancy não teria qualquer direito à herança, mesmo em face da lei de seu novo domicílio, Ohio, a qual não teria efeito no Mississippi, a não ser pela aplicação do *comity* ou pelo consentimento deste Estado, o que não havia na espécie. Para amparar sua posição, Harris foi buscar suporte no precedente do caso *Dred Scott*<sup>80</sup>, em especial na posição defendida por

---

<sup>80</sup> Segundo Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy: “O caso *Dred Scott* é talvez o mais odioso julgamento do direito constitucional norte-americano. Dred Scott havia sido escravo de John Emerson, medico do exército. Viveu por um tempo em Illinois (Fort Snelling), área que não aceitava a escravidão, nos termos do compromisso do Missouri, acordo entre os estados que limitava as áreas nas quais a escravidão seria permitida (cf. ALLEN, 1970, p. 122). Por ter vivido em estado não escravista, Dred Scott considerou-se livre, sob a premissa de que *once free, always free*, isto é, uma vez livre, livre para sempre. Em 1850 John Emerson, seu antigo proprietário, faleceu. Dred Scott ajuizou ação com objetivo de ver reconhecida sua liberdade. O juízo de primeiro grau reconheceu tal direito, sob a premissa de que Scott havia vivido uma época em liberdade, assimilando um *vested rights*, um direito adquirido. A Suprema Corte do Estado de Missouri anulou a decisão. A viúva de Emerson

Taney.

Nessa linha de raciocínio, Harris tratou de afastar a possibilidade de a aplicação do *comity* servir para que fosse reconhecido o direito postulado por Nancy, aduzindo que no Mississippi nenhuma pessoa descendente da raça africana teria os mesmos direitos que os cidadãos brancos. Salientou que nem a aplicação do *comity* seria capaz de autorizar outro Estado a conferir tais direitos dentro do território do Mississippi. Entretanto, ele precisava fundamentar esse ponto de vista, socorrendo-se, para tanto, do pensamento de *Chancellor James Kent* sobre o *comity* e a atribuição de cidadania.

Kent havia escrito que as leis e os usos de um Estado não poderiam ser utilizados para atribuir qualificações civis às pessoas, para serem exercidas e reclamadas em outros Estados, quando estivessem em desacordo com a política local destes. Entretanto, essa teoria legal se mostrava razoável em relação aos Estados que não admitiam a escravidão. Sob essa doutrina, o Estado de Kent, Nova Iorque, não poderia reconhecer como seus cidadãos pessoas de outros Estados que não o seriam em Nova Iorque. Essa era a situação do Mississippi em relação à Nancy Wells. Harris não acreditava que o Mississippi devesse reconhecer o *status* de pessoa livre de Nancy, que lhe havia sido atribuído em Ohio, bem como não fosse obrigado a considerá-la capaz de adquirir propriedades. Harris não estava satisfeito neste ponto, entretanto, pois para o Estado do Mississippi sobrara o ônus de denegar a aplicação do *comity*. Contudo, Harris inverteu o argumento de Kent, aduzindo que seria uma brecha no *comity* que permitiria ao Estado de Ohio atribuir a cidadania a uma pessoa que não a possuía no seu Estado de origem, no caso, o Mississippi. Em essência, Harris sustentou que o Mississippi não poderia ser capaz de determinar quem poderia ter a sua cidadania reconhecida em Ohio, e que

---

havia se casado novamente e seu cunhado, John Sandford, recebeu Dred Scott como herança. Dred Scott então protocolou ação judicial contra Sandford, em Nova Iorque, Estado no qual residia seu novo proprietário. Em contestação, Sandford alegou que por ser negro, Dred Scott não seria cidadão. E por não ser cidadão não teria capacidade para litigar em juízo. O juiz Robert Wells decidiu que se Dred Scott fosse livre poderia figurar no polo ativo da lide. Caso contrário, seu direito seria discutível. No mérito, acompanhou a decisão do Tribunal de Missouri, decretando que Dred Scott era escravo. Dred Scott apelou para a Suprema Corte. O Chief Justice Roger Taney, em voto preconceituoso e racista, hoje motivo de escárnio, abordou duas questões: o *status* dos negros (livres ou escravos) e o poder do Congresso regular a escravidão nos estados. Perguntou se negros, cujos ancestrais teriam sido *importados*, estariam intitulados a exercer a cidadania. Respondeu negativamente. Agressivamente decidiu-se que os negros seriam coisas, objetos de propriedade, comprados e vendidos, antes e depois da independência, antes e depois da constituição. Além do que, o direito de propriedade de escravos estaria garantido pelo texto constitucional. Só poderia ser perdido mediante a aplicação do *due process of law*. Entendeu também que o Congresso não poderia regulamentar a escravidão nos estados, porque a constituição não admitia restrições a esse direito de propriedade. Dred Scott perdeu a causa. A decisão de 54 páginas arrogava-se definitiva, encerrando controvérsias sobre escravidão nos estados, *status* de negros, a par de enfrentar o partido republicano. Acirrou ódios e é importante causa determinante da guerra civil (1860-1865). Não considerou escravos como cidadãos, prestigiando o direito de propriedade dos senhores escravocratas. Perdeu sua validade com a 13ª. Emenda (cf. FEHRENBACHER, 1981). O caso Dred Scott dividiu o país (cf. BURT, 1995, p.2). É realmente uma das páginas mais vergonhosas da tradição cultural ocidental”. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/10282/direito-comparado/2>>. Acessado em 07/12/10.

o *comity* impedia que um dos Estados da União atribuísse o *status* de cidadão a uma pessoa em desacordo com os princípios que vigoravam nos demais Estados, uma vez que não haveria consenso acerca deste ponto.

Ao prosseguir na sua análise do *comity*, Harris acabou por demonstrar o quão distantes estavam o Sul e o Norte em relação aos princípios básicos do direito. Ele considerava que a qualidade de pessoa livre atribuída à Nancy Wells seria uma afronta de Ohio ao Mississippi. Logo, não se poderia falar em aplicação do *comity*, haja vista considerar que o *comity* entre inimigos era uma situação impossível. Ele concluiu sua argumentação com um ataque não só ao Estado de Ohio, mas ao Norte como um todo, acusando esse Estado de haver rompido com as regras do *comity*, ao outorgar a qualidade de pessoa livre a alguém descendente de uma raça que seria “*an intermediate state between the irrational animal and the white man*”<sup>81</sup>. Harris também rejeitou o *comity*, porque os cidadãos de Ohio incentivavam e induziam a remoção de escravos do Mississippi, em violação às leis dos Estados Unidos da América acerca de escravos fugitivos.

O que Harris concebia, em essência, era a quebra da convivência como irmãos entre os Estados da federação, que permitiria a aplicação do *comity*. Por fim, a decisão original foi reformada, e Nancy Wells foi condenada a pagar todas as custas do processo. Essa decisão contou com o voto contrário do Justice Alexander Handy, para quem o *comity* deveria ser assegurado em razão, não do caso específico de Nancy, mas da situação de respeito à nação da qual uma pessoa, cujos direitos individuais foram violados, é um membro. E ele considerava esse ponto de especial relevo se, em contrapartida, os cidadãos do Mississippi quisessem ser respeitados no Estado de Ohio, em razão da aplicação do mesmo *comity* que Harris buscava negar em relação ao caso de Nancy Wells.

Finkelman salienta que, em 1859, o Estado do Mississippi encarava Ohio como se fosse uma nação inimiga, negando efetividade a todas as decisões proferidas neste Estado. Como consequência, Justice Handy asseverou que tanto o Estado do Mississippi como Ohio estariam negando a aplicação do *comity*, ao não reconhecerem os direitos um do outro, tornando sem razão a existência da União norte-americana<sup>82</sup>.

Conforme visto nos casos estudados, para o entendimento do *comity* no contexto em que se desenvolveu nos Estados Unidos da América é fundamental o estudo do artigo IV da

---

<sup>81</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 291.

<sup>82</sup> Conforme Finkelman: “*A denial of comity only placed Mississippi on the same hypocritical level as Ohio. If comity could not be given, then there was no need for the Union. Mississippi should respond, not with a denial of*

Constituição norte-americana.

### 2.2.2 *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses*

O artigo IV da Constituição norte-americana<sup>83</sup> ainda hoje é alvo de intensa polêmica, existindo autores que consideram que a sua pouca utilização pode ser decorrência da falta de entendimento correto do seu significado preciso. Essa é a opinião de Stephen S. Sachs, que escreveu sobre essa cláusula, realizando uma retrospectiva desde a sua criação, há mais de duzentos anos, até os dias atuais<sup>84</sup>. Mesmo com a persistente polêmica envolvendo esse artigo, pode-se considerar que esta regra, desde a sua redação original, é destinada a regular as relações entre os Estados-membros da federação norte-americana, com base no princípio do *comity*.

Sob uma perspectiva histórica, a preocupação com a unidade da recém criada União norte-americana foi objeto de deliberação pelos seus fundadores, que buscaram harmonizar os diversos interesses envolvidos nos debates constitucionais iniciais. Dessa forma, estabeleceram a necessidade de total respeito e reconhecimento aos atos praticados nos demais Estados, aduzindo um comando absoluto de respeito ao efeito extraterritorial de documentos oficiais, não importando o local em que tenham sido criados.

Para tanto, o primeiro elemento dessa regra, contida na Seção 1 do Artigo IV da Constituição norte-americana, é uma determinação para que as decisões, sentenças e registros

*comity within the Union, but with a denial of the Union itself*". FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 295.

<sup>83</sup> ARTIGO IV: Seção 1- Em cada Estado se dará inteira fé e crédito aos atos públicos, registros e processos judiciários de todos os outros Estados. E o Congresso poderá, por leis gerais, prescrever a maneira pela qual esses atos, registros e processos devam ser provados, e os efeitos que possam produzir. - Seção 2 - Os cidadãos de cada Estado terão direito nos demais Estados a todos os privilégios e imunidades que estes concederem aos seus próprios cidadãos. A pessoa acusada em qualquer Estado por crime de traição, ou outro delito, que se evadir à justiça e for encontrada em outro Estado, será, a pedido da autoridade executiva do Estado de onde tiver fugido, presa e entregue ao Estado que tenha jurisdição sobre o crime. Nenhuma pessoa sujeita a regime servil sob as leis de um Estado que se evadir para outro Estado poderá, em virtude de lei ou normas deste, ser libertada de sua condição, mas será devolvida, mediante pedido, à pessoa a que estiver submetida. - Seção 3 - O Congresso pode admitir novos Estados à União, mas não se poderá formar ou criar um novo Estado dentro da Jurisdição de outro; nem se poderá formar um novo Estado pela união de dois ou mais Estados, ou de partes de Estados, sem o consentimento das legislaturas dos Estados interessados, assim como o do Congresso. O Congresso poderá dispor do território e de outras propriedades pertencentes ao Governo dos Estados Unidos, e quanto a eles baixar leis e regulamentos. Nenhuma disposição desta Constituição se interpretará de modo a prejudicar os direitos dos Estados Unidos ou de qualquer dos Estados. - Seção 4 - Os Estados Unidos garantirão a cada Estado desta União a forma republicana de governo e defendê-lo-ão contra invasões; e, a pedido da Legislatura, ou do Executivo, estando aquela impossibilitada de se reunir, o defenderão em casos de comoção interna. Disponível em <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acessado em 25/11/10.

<sup>84</sup> SACHS, Stephen E. *Full Faith and Credit in the Early Congress*. Disponível em <<http://ssm.com/abstract=1032676>>. Acessado em 25/11/10.

de um Estado tenham fé integral em todos os demais Estados da União<sup>85</sup>. Como bem ressalta Sachs, nada pode ser mais abrangente do que ser atribuída a qualidade de fé total a alguma coisa, haja vista que não se permite qualquer exceção a esse postulado<sup>86</sup>.

O comando determina que qualquer julgamento, registro ou decisão deverá ter nos demais Estados da federação a mesma força que tem no Estado em que foi pronunciado. Verifica-se que essa regra é uma exacerbação das regras criadas por Huber, haja vista que estas determinavam uma apreciação acerca da possibilidade de atos produzidos em outros Estados possuírem efetividade, desde que não entrassem em conflito com os direitos dos cidadãos do Estado onde sua aplicação estaria sendo questionada.

No artigo constitucional norte-americano não há essa previsão de verificação de compatibilidade entre o ato e os direitos dos cidadãos do outro Estado, o que obrigou a jurisprudência a fazer esse balanço e a dar validade ou não às decisões exaradas, considerando essa aplicação como matéria de ordem pública interna de cada Estado da federação.

Cabe observar, que mesmo após superada a polêmica acerca da escravidão, com a Emenda XIII, outras questões emergiram da estrutura política norte-americana, envolvendo a interpretação dessa cláusula e a harmonização dos diversos sistemas legais que integram os Estados Unidos da América. Um caso ainda em discussão nos dias atuais, envolvendo a parte da regra que dispõe acerca do reconhecimento da eficácia plena desses atos, é a polêmica envolvendo o casamento de pessoas do mesmo sexo, haja vista que cada Estado possui uma disciplina própria sobre o tema.

Embora ainda com peso pequeno em relação à totalidade da doutrina, vem ganhando força nos Estados Unidos a posição que defende não se estar tratando de um caso de *judicial comity*, no que se refere ao tratamento diverso da questão nos diferentes Estados da federação, no sentido de que não estaria nas atribuições dos tribunais dizer o *comity*, mas sim que essa atribuição estaria a cargo do Congresso Nacional. A diferença entre essas duas posições é marcante, havendo um deslocamento de competência entre os poderes do Estado<sup>87</sup>, mexendo,

---

<sup>85</sup> A redação original do texto é: “Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof”. (Artigo IV, § 1º, da Constituição dos Estados Unidos).

<sup>86</sup> Contudo, antes de ser reconhecida essa qualidade aos atos citados, havia a discussão sobre a autenticidade dos documentos, sendo a prova dessa qualidade dificultada pelos poucos recursos tecnológicos disponíveis na época.

<sup>87</sup> Nesse sentido: “As a small group of commentators have argued (prominent among them Ralph Whitten, Kurt Nadelmann, and recently David Engdahl), the only self-executing portion of the Clause was evidentiary in nature: it obliged states to admit sister-state records into evidence but did not mandate the substantive effect those records should have. The real significance of the Clause was the power it granted to Congress to specify that effect later”. SACHS, Stephen E. *Full Faith and Credit in the Early Congress*. Disponível em <<http://ssm.com/abstract=1032676>>. Acessado em 25/11/10, p. 1206.

inclusive, com a própria estrutura da *common law*. Porém, essa é tida como uma posição ou interpretação não-usual para a expressão.

Finkelman considera, como de resto a grande maioria da doutrina, as cláusulas *The Full Faith and Credit and Privileges and Immunities* muito ambíguas. Os Estados poderiam negar, e de fato negavam, privilégios e imunidades aos cidadãos de outros Estados, bem como negavam efetividade às decisões que não eram proferidas na corte do próprio Estado-membro. Essas negativas de *comity*, tanto dos Estados do Norte como dos Estados do Sul, no período *Antebellum*, foi parcialmente responsável pela tentativa de dissolução da União, e a memória deste problema foi responsável pela adoção de algumas seções da Décima Quarta Emenda na Constituição dos Estados Unidos da América<sup>88</sup>.

A origem da *Full Faith and Credit Clause* é um pouco misteriosa. O conceito “*full faith and credit*” não era novo na época da Convenção Constitucional de 1787. Numa tentativa de retomar a sua origem, verifica-se que essa regra já aparecia na constituição que sobreveio ao processo revolucionário do Século XVIII. O direito inglês, por sua vez, ao tempo da convenção constitucional norte-americana de 1787, já estava preocupado com a questão da validade de sentenças estrangeiras, sendo que a expressão *full faith credit* pode ser encontrada em registros ingleses desde o ano de 1585<sup>89</sup>. Os debates na assembléia constitucional dos fundadores da União norte-americana fizeram pouca referência a ela, e nas discussões nos Estados acerca da ratificação foram feitos menos esforços ainda no sentido de clarificar o conteúdo do seu comando. As discussões sobre a regra, contudo, deixaram claro que ela se destinava a regular, entre outras coisas, a validade dos julgamentos nos demais Estados da Federação.

É oportuno referir que o reconhecimento de sentenças e decisões estrangeiras é parte importante do *comity*, que é consideração acerca da aplicação do direito estrangeiro, desde os tempos de Ulrich Huber e os seus esforços para aperfeiçoar a União dos Países Baixos. Dessa forma, não havendo motivo que impeça o reconhecimento, ou, até mesmo, a aplicação direta de uma decisão em outra jurisdição que não a do Estado que a proferiu, é de fundamental importância a efetivação desse efeito extraterritorial para a existência de uma União entre entes políticos diversos, como é o caso dos Estados Unidos da América e também da União Europeia. O Mercosul, como será tratado ao se analisar a questão do Protocolo de Las Leñas, também se depara com esse problema.

---

<sup>88</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 8.

O que é certo, transpondo essa realidade para uma situação globalizada, é que as transações internacionais exigem que os julgamentos de uma nação possam ser validados nas demais, bem como reconhecidos os atos registrares e notariais dos diversos Estados envolvidos. Nos estágios iniciais do desenvolvimento econômico, essa necessidade pode não ter sido muito sentida, mas já havia a possibilidade, até certo ponto natural, de que a parte que se sentisse prejudicada simplesmente se recusasse a cumprir o julgado. Com o passar do tempo, conforme as transações comerciais aumentavam, o que ocorreu drasticamente durante o Século XVIII, surgiu a demanda por uma solução efetiva para o problema gerado pela insegurança decorrente da incerteza do respeito às decisões proferidas em um Estado diverso daquele onde elas deveriam ser cumpridas.

Uma maneira de se dar esse efeito extraterritorial aos atos decisórios e constitutivos seria fazer com que os tribunais locais conferissem a mesma validade para as sentenças estrangeiras e para as proferidas pelos próprios tribunais locais. Contudo, há questões relevantes a serem consideradas antes que seja dado um efeito que se poderia considerar como “direto” na aplicação e reconhecimento das decisões. Entre elas, três podem ser consideradas como mais importantes, quais sejam: o julgamento deverá ter sido realizado por tribunal isento; ao acusado precisa ter sido oportunizada a defesa; e a certidão do julgado necessita corresponder com a verdade (*attestation problem*), conforme esclarece Finkelman<sup>90</sup>.

Em relação ao problema do conflito de leis decorrente da aceitação ou não da escravidão também deveria ser considerada essa regra. Para um mestre viajando com seus escravos, ou para uma escrava liberta, como era o caso de Nancy Wells, que pretendia recuperar propriedades em outro Estado, o significado de *Full Faith and Credit* e *Privileges and Immunities* era de crucial importância. Não cabe perder de vista que se esta tratando de escravos como propriedades de seus donos, portanto, submetidos às mesmas regras que envolviam a circulação de bens, mesmo que existissem algumas regras, inclusive na Constituição norte-americana, regulando essa forma de propriedade.

É possível se entender a previsão do *comity* na Constituição norte-americana do período anterior à Guerra da Secessão examinando-se como eram tratados os problemas dos escravos libertos. A escravidão, conforme já salientado, foi um teste duro para as regras que previam o *comity*. Nenhuma outra instituição causou tantos danos, ou colocou em risco de

---

<sup>89</sup> REYNOLDS, William L.; RICHMAN, William M. *The Full Faith Credit Clause; a reference guide to the United States Constitution*. United States of America: Praeger, 2005, p. 2.

<sup>90</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 8.

forma tão séria a federação norte-americana, ou a União formada pelos Estados que proclamaram a independência da Inglaterra e se uniram para a elaboração da primeira constituição escrita. Escravidão e liberdade, como ideias incompatíveis, não poderiam coexistir harmonicamente em um mesmo ambiente. Por outro lado, desde que os escravos permanecessem em seus Estados, não haveria nenhum conflito de interesses entre os diversos entes da federação. Mas isso colocaria em risco a própria ideia de União, uma vez que esta pressupõe que exista uma unidade mínima de referência e comunicação entre os diversos entes que a compõem, bem como a liberdade de circulação de bens e pessoas, o que não ocorria nesse ambiente. Se o trânsito e a permanência com propriedades não fossem permitidos, então a razão básica para a existência da União e da ideia de nação não mais existiria<sup>91</sup>.

O colapso do *comity* dentro do território norte-americano não iniciou imediatamente após a criação da União. A cooperação entre os Estados foi se erodindo gradualmente. Nos primeiros anos, os Estados que não admitiam a escravidão tentaram acomodar os seus vizinhos escravagistas que viajavam ou permaneciam em seus territórios, de maneira a minimizar os conflitos daí decorrentes. Por outro lado, os Estados do Sul aceitavam e reconheciam os atos de emancipação de escravos, praticados nos Estados do Norte<sup>92</sup>.

Entretanto, mais tarde, com o crescimento do sentimento pró e contra a escravidão, e com o surgimento de uma identificação entre os Estados que comungavam a mesma opinião, a cooperação desapareceu. Essa tendência certamente começou antes de 1840 e esse período deve retroagir para além desta data. Já em 1860, entretanto, a maioria dos Estados do Norte recusava-se a permitir até mesmo o mínimo trânsito de escravos em seus territórios. Ao mesmo tempo, a maioria dos Estados do Sul recusava-se a reconhecer ou confirmar a liberdade obtida nos Estados do Norte, pela residência, permanência ou diretamente obtida nos Estados abolicionistas. Somente em alguns Estados, como Kentucky e Illinois, o *comity* continuou sendo garantido quando aconteceu a Guerra da Secessão.

A Guerra Civil norte-americana foi uma crise constitucional. Os norte-americanos pré-guerra civil discutiam questões políticas em termos constitucionais. A dimensão que o conflito finalmente tomou foi determinada pela forma do direito constitucional de então. Um ponto crítico do *comity* interestadual que começou a desmoronar nos anos de 1820 e faliu em

---

<sup>91</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 8.

<sup>92</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 8.

1840<sup>93</sup>.

Alguns tribunais, juízes e legislativos estaduais relutaram em aceitar completamente as ideias de Joseph Story<sup>94</sup>. Em alguns Estados, a Constituição era lida de uma maneira mais ampla para proteger escravos em trânsito, e essa confusão era, com certeza, aumentada pelo desconhecimento do real significado das *Full Faith and Credit* e das *Privileges and Immunities Clauses*, conforme foi salientado.

Em termos de escolha de direito, ou conflito de leis, os juízes poderiam adotar quatro possibilidades. A primeira, confirmar o *comity* para todos os visitantes, baseado no desejo de manter a harmonia entre os Estados, mesmo em prejuízo das instituições legais locais. Sob essa hipótese, aos mestres que estivessem visitando o Norte poderia ser permitido continuarem com os seus escravos, sem serem importunados. Por outro lado, os Estados escravagistas poderiam reconhecer a liberdade e os direitos adquiridos dos escravos provenientes do Norte.

Na segunda possibilidade, haveria uma relativização (*balance*) entre os direitos dos Estados do Sul e do Norte. Desse modo, os Estados liberais poderiam permitir o trânsito de escravos em seus territórios, mas não que parassem ou trabalhassem nas suas jurisdições. Ou poderiam declarar o escravo livre, se ele fosse contratado (alugado) nesses Estados livres, mas não se ele estivesse acompanhando seus donos numa viagem de lazer. Entretanto, os juristas do Norte enfrentaram o problema de fazer a distinção entre trânsito, residência, pousada e domicílio. Alguns Estados estipulavam o tempo de permanência. Por exemplo, antes de 1847, a Pensilvânia libertava os escravos visitantes após seis meses de permanência no seu território, mas libertava os escravos dos imigrantes no momento em que estes decidissem fazer da Pensilvânia seu Estado de residência.

A terceira opção, que a maioria dos Estados basicamente adotava, era a de dar efetividade à *lex fori* e rejeitar a *lex loci* (lei da residência) do escravo envolvido. Desse modo, Nova Iorque deu efetividade ao seu próprio direito contra os Lemmons (*Lex fori*) e

---

<sup>93</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 11.

<sup>94</sup> Story, ao iniciar o capítulo XV, *Foreign Judgments*, esclarece: “Passaremos a analisar a questão dos julgamentos estrangeiros, ou os efeitos da *rei judicata*. Acerca dessa matéria, há muita divergência entre as nações. Não se está a falar da competência do tribunal que preferiu a decisão, mas, partindo-se do princípio que o tribunal fosse competente, do efeito que deve ser atribuído a esse julgamento. (...) A questão deve ser examinada sob dois aspectos: primeiro, olhando-se o julgamento *in rem*; segundo, olhando-se o julgamento *in personam*. Este aspecto ainda pode ser dividido em três enfoques: primeiro, analisando o local onde o julgamento foi proposto; segundo, o local onde é postulado o reconhecimento da sua validade; e, terceiro, a nacionalidade das partes envolvidas.” STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 491.

absolutamente rejeitou a *lex loci* destes (no caso, a lei da Virgínia). Da mesma forma, o Mississippi aplicou a sua lei (*lex fori*) em detrimento da *lex loci* de Ohio.

Finalmente, na quarta hipótese, os Estados poderiam ignorar todas as regras locais ou conflitos de leis existentes, transferindo a questão para a Constituição dos Estados Unidos da América. Neste caso, os juristas decidiriam apenas com base no que eles entendessem ou na interpretação que dessem ao artigo IV da Constituição da União. Uma interpretação restritiva deste artigo levaria à conclusão de que apenas os proprietários de escravos fugitivos estariam protegidos, em razão da cláusula constitucional conhecida como *Fugitive Slave*. Por outro lado, uma interpretação extensiva ou ampliativa seria mais flexível. Recorrendo ao federalismo, provavelmente resultaria numa das três hipóteses anteriores, mesmo depois da decisão do caso *Dred Scott*, em 1857. Depois daquele caso, deveria ser considerado lógico que os proprietários de escravos fossem protegidos nos Estados do Norte, mas que os escravos libertos não pudessem reclamar proteção com base na Constituição dos Estados Unidos da América<sup>95</sup>.

Numa área importante, contudo, a Constituição falhou por não fornecer segurança adequada aos proprietários de escravos. Enquanto a Constituição, e dessa forma o governo nacional, implicitamente reconhecia a escravidão, nada na Lei Suprema obrigava os Estados a reconhecerem essa segurança, e aqui, mais uma vez, falham as *Full Faith and Credit* e *Privileges and Immunities Clauses*. Enquanto o governo nacional poderia ser restringido de legislar contra a escravidão, os Estados eram limitados somente pela Cláusula *Fugitive Slave*. Em todos os outros aspectos da escravidão, os Estados eram livres para legislarem como quisessem. O controle e a regulamentação da escravidão poderiam vir sob o poder de polícia dos Estados individuais<sup>96</sup>. Os donos de escravos poderiam se proteger contra a interferência federal com base na única garantia contra os Estados, qual seja, o comando de recaptura de escravos fugitivos, que era cláusula expressa da Constituição norte-americana.

Veja-se que, sob as regras britânicas, antes da independência, aos colonos norte-americanos era garantida a liberdade de movimento em virtude da sua cidadania imperial. A escravidão e o comércio de escravos eram protegidos pela Coroa e eram consideradas atividades legais em todas as colônias, o que deve ter motivado a adoção da cláusula que

---

<sup>95</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 14-5.

<sup>96</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 30.

possibilitava a recaptura de um escravo fugitivo<sup>97</sup>. As cláusulas contidas no artigo IV dos *Articles of Confederation* - texto criado para reger a confederação dos Estados do Sul no período em que pretendiam a sua emancipação em relação aos Estados do norte - davam aos cidadãos livres de um Estado o direito de viajar para os demais Estados, sendo difícil de determinar como essas cláusulas poderiam ser aplicadas aos escravos. A frase *property, imported in to any State* poderia ser utilizada para a proteção de qualquer tipo de propriedade.

A ação judicial *Lemmon v. The People*, por sua vez, intentada em Nova Iorque, serve de exemplo para demonstrar a aplicação das cláusulas *The Full Faith and Credit and Privileges and Immunities* na discussão do *comity* em ações judiciais que tinham como objeto os direitos decorrentes da escravidão.

Essa causa foi considerada como um ato de guerra, assim como o processo no Estado de Ohio<sup>98</sup>, para permitir a liberdade de Nancy Wells, era um insulto para o Mississippi, como já foi visto. Em verdade, a negativa de respeito ao *comity* não era prerrogativa de nenhum dos dois lados do conflito, pois tanto os Estados escravagistas como os abolicionistas negavam efetividade às decisões dos outros Estados, situação que ameaçava a própria existência do sonho norte-americano de uma nação forte e unida.

O início deste caso começou quando, em 1852, Jonathan Lemmon e sua esposa deixaram a sua terra natal, a Virgínia, para irem ao Texas. Eles trouxeram seus oito escravos nessa viagem, não como acompanhantes, mas como pertences que seguiam seus donos. O caminho mais rápido e direto para se chegar ao Texas, naquela época, era primeiro ir de barco da Virgínia para Nova Iorque e depois, também de barco, para Nova Orleans. Não havia nenhuma embarcação que saísse de qualquer porto da Virgínia ou Maryland e fosse direto para a Costa do Golfo, e o trajeto por terra era difícil, caro e demorado.

Quando os Lemmons chegaram a Nova Iorque, que era um Estado que não reconhecia o instituto da escravidão, eles foram avisados pelo Capitão do Navio para não desembarcarem seus escravos. Contudo, eles ignoraram esse conselho e foram com os escravos para um hotel, onde ficariam por três dias, até poderem continuar a sua viagem ao

---

<sup>97</sup> Segundo Finkelman, enquanto a cláusula contida no artigo IV dos *Articles of Confederation* dava aos cidadãos livres de um Estado o direito de viajar para os demais Estados, é difícil de se determinar como essa cláusula poderia ser aplicada aos escravos. A frase *property, imported into any State* poderia ser utilizada para a proteção de qualquer tipo de propriedade. Durante a validade dos *Articles of Confederation*, todos os Estados do norte baniram a importação e a exportação de escravos. A Pensilvânia, por sua vez, limitou o direito de permanência no seu território de escravos. Devido ao seu pouco tempo de vida os *Articles of Confederation* nunca foram testados. FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 30-1.

<sup>98</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 296.

seu destino final. No hotel, eles foram descobertos por um homem negro, chamado Louis Napoleon<sup>99</sup>. Como ele havia feito no caso George Kirk, seis anos antes, Napoleon peticionou postulando um *writ* de *habeas corpus*. O *writ* foi concedido pelo juiz Elijah Pane da *Superior Court of New York*. Os Lemmons foram citados no dia em que chegaram a Nova Iorque e, no final do mesmo dia, 06 de novembro, os escravos foram trazidos à presença do juiz Pane.

Na sua resposta ao *writ*, Jonathan Lemmon argumentou que estava em Nova Iorque com a mera intenção de passagem, fazendo trânsito apenas para percorrer o caminho existente entre a Virgínia e o Texas, e nada mais que isso. Ele negou, de forma específica, a alegação de Napoleon de que ele seria um traficante de escravos, o que de fato não era. Ainda, ele postulou o direito federal de viajar de um Estado para o outro sem perder sua propriedade para um terceiro Estado, invocando, assim, o respeito pelo seu direito de propriedade adquirida no Estado de Virgínia. Lemmon também procurou a assistência de um profissional da área jurídica para defendê-lo e contava com o serviço de Henry D. Lapaugh para sua audiência, enquanto E. D. Culver falava pela defesa do *writ* invocado. Culver foi ajudado por John Jay, um líder abolicionista, neto do *former chief justice*. A audiência foi transferida de sábado, 06 de novembro, para segunda-feira. Com isso, os escravos permaneceram alojados na cela durante o final de semana. Quando finalmente ocorreu a audiência, no dia 08 de novembro, o Tribunal estava cheio de afrodescendentes esperando o julgamento do caso, que teve ampla repercussão<sup>100</sup>.

Por fim, em 13 de novembro, após diversos adiamentos, Pane libertou os oito escravos da Virgínia (*colored Virginians*). Pane entendeu que a revogação da lei dos nove meses (*nine-month*) libertava todos os escravos, exceto os fugitivos, que tocassem o solo de Nova Iorque. O legado de Lorde Mansfield foi adotado na sua forma mais ampla: “O ar de Nova Iorque seria muito puro para que fosse respirado por um escravo”. O pedido dos Lemmons, no sentido de que os escravos ficassem sob sua custódia, enquanto houvesse recurso pendente de julgamento, foi considerado impossível de ser concedido pelo julgador. Por outro lado, como uma vitória dos escravos no sistema de justiça de Nova Iorque em grau de recurso seria uma possibilidade remota, eles fugiram para o Norte, tornando-se *colored Canadians*.

---

<sup>99</sup> Louis Napoleon agiu no interesse do povo de Nova Iorque e em nome do Estado. Como os afrodescendentes da cidade vinham fazendo desde os anos 30 do Século XIX, sendo que talvez o ativista mais radical tenha sido o jovem David Ruggles, Napoleon auxiliou na aplicação do direito socorrendo os oito escravos. DAVIS, Thomas J. *Napoleon v. Lemmon: Antebellum black New Yorkers, antislavery, and law*. Disponível em <<http://www.thefreelibrary.com/Napoleon+v.+Lemmon%3A+Antebellum+black+New+Yorkers,+antislavery,+and...-a0192404031>>. Acessado em 21/12/10.

Veja-se que a questão da circulação de bens e o respeito aos direitos humanos, mesmo não sendo um conceito ainda plenamente desenvolvido, como já ressaltado em relação ao caso Somerset, novamente se faz presente. Essa relação, entre circulação de bens e direitos humanos, será objeto do estudo ao se tratar do *comity* e da proteção internacional das obras de arte, tendo em vista o princípio de que ao se aplica a prescrição aos direitos reais obtidos em clara violação aos direitos humanos.

Os Lemmons ficaram particularmente deprimidos com o desfecho do caso, porque esses escravos eram a única propriedade que possuíam. Após uma matéria publicada no *The New York Journal of Commerce*, iniciou-se uma campanha de arrecadação de fundos para compensar os Lemmons dos prejuízos sofridos com a perda dos escravos. Os comerciantes de Nova Iorque queriam demonstrar aos seus clientes do Sul que o Norte não era só formado por abolicionistas, compensando financeiramente os Lemmons, que receberam, por fim, a quantia de cinco mil dólares. Antes de retornarem para a Virgínia, concordaram em libertar formalmente seus escravos.

Contudo, esse caso, ainda teve outros desdobramentos, embora os Lemmons não tivessem interesse em continuar com problemas decorrentes do processo judicial, pois eles já contavam com uma substancial quantia em dinheiro e já haviam concordado em libertar seus escravos. Nessas circunstâncias, não tinham interesse em gastar com os custos de uma apelação para a *New York Supreme Court*, para a *High Court of Appeals* e, eventualmente, para a *United States Supreme Court*.

Mas, se a decisão não fosse contestada, poderia ser criado um forte precedente que acabaria impactando os futuros julgamentos e, de forma direta, os interesses dos Estados do Sul. Como o *Journal of Commerce* noticiou na época, este não era um caso comum, de um escravo trazido com seu mestre para um Estado livre, com a intenção de lá permanecer. Nestes casos já estava decidido que o escravo se tornaria livre instantaneamente, desde a decisão do caso *Commonwealth v. Aves*, em 1836<sup>101</sup>.

Se por um lado, os Estados de Illinois e New Jersey, que não adotavam o precedente *Aves*, sentiram a necessidade de legislar acerca da possibilidade de os mestres cruzarem os territórios desses dois Estados com seus escravos. Por outro lado, o *Journal of Commerce* havia declarado que no caso *Aves* o *Chief of Justice Shaw* teria indicado que, quando se tratasse de mero trânsito de escravos, os donos teriam o direito de atravessar o território com

---

<sup>100</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 297.

seus escravos sem serem molestados. Nesse sentido o Juiz Pane teria violado o precedente do caso *Aves*, negando efetividade ao *comity*.

O *Journal of Commerce* viu implicações para os Estados como Ohio e Illinois se a decisão de Pane não fosse atacada, sendo que a sua adoção de maneira generalizada poderia colocar em risco a própria existência da União. As decisões contra os interesses dos Estados escravagistas poderiam ser tomadas como um ato de hostilidade dando o mesmo tratamento para os estrangeiros e para os irmãos da federação, negando privilégios de nacionais a estes, o que colocava em xeque a própria validade da União norte-americana.

Havia uma pressão muito grande para que o Estado de Nova Iorque mudasse a decisão do caso Lemmon, pressão que era exercida também pelo *Daily Dispatch*. O Estado da Virgínia, não sendo revista essa posição, estava disposto a praticar atos de retaliação contra as propriedades dos cidadãos de Nova Iorque existentes no seu território, conclamando os Estado do Sul para se unirem nessa luta. Não obstante essa pressão, em uma surpreendente e concisa decisão<sup>102</sup>, a *New York Supreme Court*, com uma posição democrata contrária, confirmou a sentença de Pane. A corte declarou que o *comity* não exige que nenhum Estado estenda algum privilégio para os cidadãos de outro Estado que não seja garantido aos seus próprios cidadãos, fazendo uma clara utilização das ideias desenvolvidas pela Escola Holandesa, em especial por Huber, conforme já visto.

Assim, como o Estado de Nova Iorque não permitiria aos seus próprios cidadãos que trouxessem escravos para o seu território, *in transitu*, e nem os mantivessem como escravos por qualquer período de tempo, não se poderia esperar que permitisse isso aos cidadãos de outro Estado. A corte considerou que a *Commerce Clause of the United States Constitution* não conferia nenhum poder ao Congresso para que declarasse o *status* com o qual uma pessoa devesse ser investida enquanto permanecesse em um determinado Estado da União<sup>103</sup>. Dessa forma, esse entendimento impedia que houvesse qualquer disposição federal acerca da importação de escravos pelo Estado do Mississippi, conforme decidido no caso *Groves v. Slaughter*, da mesma forma não poderia haver qualquer interferência no total banimento da escravidão pelo Estado de Nova Iorque.

Se os Estados escravagistas podiam considerar o banimento de escravos como uma política reguladora do mercado, exercida pelos Estados do Norte, os legisladores de Nova

---

<sup>101</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 298.

<sup>102</sup> *Lemmon v. The People*, N. Y 562 (1860).

<sup>103</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 302-3.

Iorque consideraram que a adoção da escravidão, por qualquer propósito, seria injuriosa para a condição e para a paz pública e, ainda, oposta ao sentimento das pessoas do seu Estado. Nesse sentido, a *State Supreme Court* não via razão para duvidar da constitucionalidade da lei que afastava a aplicação do estatuto dos nove meses (*nine-month law*), ou da interpretação adotada pelo Juiz Pane.

Em nome dos Lemmons e do Estado da Virgínia, Charles O’Conor apresentou, na *New York Court of Appeals*, um longo e elaborado arrazoado que buscava provar três pontos de vista: primeiro, que a interpretação de Pane, de 1841, rejeitava a lei dos nove meses, fazendo com que ele substituísse, ou usurpasse, as funções próprias do legislativo, ao criar lei com o seu entendimento, que desconsiderava o texto legal existente; segundo, se a interpretação fosse correta, a lei, por ela mesma, seria uma violação à Constituição dos Estados Unidos da América: e, terceiro, considerando-se a efetividade própria de todo direito, o Estado de Nova Iorque deveria aplicar, com base no *comity*, as leis sob as quais os Lemmons haviam reclamado o direito sobre seus escravos. O argumento mais importante de O’Conor estava baseado na teoria e previsão constitucionais referentes ao *comity* e ao comércio interestadual. Toda a sua elaboração para atacar a decisão de Pane era fundada no princípio do federalismo<sup>104</sup>.

Para fazer valer o seu ponto de vista, O’Conor adotou uma interpretação extensiva dos direitos e garantias constantes do artigo IV da Constituição Federal norte-americana, enquanto atribuição exclusiva de legislar acerca do comércio atribuída ao Congresso. Ele sustentou que o escopo do artigo se ajustaria à proteção dos Lemmons, opondo-se à turbação que sofreram enquanto passavam pacificamente pelo território do Estado de Nova Iorque, para chegarem a outro Estado, utilizando-se daquele espaço tão-só como forma de chegar de um Estado a outro da federação. Esse entendimento seria considerado não como uma forma de compelir os Estados a dar aos estrangeiros os mesmos direitos que concediam aos seus cidadãos, mas sim como uma forma de isentar os forasteiros de restrições ou obstruções de qualquer natureza. Desse modo, quando um navio ou um veículo em trânsito fosse parado e apreendidos os seus escravos, ou, segundo o entendimento defendido por O’Conor, suas propriedades, e conferido esses *status* aos escravos nos Estados de origem, sulistas, bem como pela Constituição Federal, estaria havendo uma manifesta invasão em seus “privilégios e imunidades”. O artigo IV não se destinaria somente a assegurar que os cidadãos não-residentes em viagem por outro Estado tivessem garantidos os mesmos direitos que os

---

<sup>104</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 304-5.

conferidos aos seus próprios cidadãos. Ao contrário, o objetivo deste artigo seria isentar aqueles, as pessoas *in transitu*, do poder do Estado onde se encontrassem. Entretanto, se o Estado da Virgínia quisesse que seus cidadãos fossem imunes em relação à legislação dos Estados não-escravagistas, ela não estava preparada para não interferir no *status* dos escravos declarados livres nos Estados do Norte que estivessem sob a sua jurisdição.

O’Conor também atribuía ao Congresso o poder absoluto e exclusivo para tratar de questões relativas ao comércio, devendo, portanto, qualquer interferência dos Estados nessa matéria ser considerada inconstitucional. Para ele, o comércio incluía o transporte de pessoas, bem como as questões relativas ao seu trânsito, uma vez que os escravos eram considerados bens passíveis de serem comercializados.

Por fim, O’Conor baseou seu pedido na natureza especial do *comity* que deveria pautar as relações entre os Estados submetidos à Constituição Federal. Sustentou que o *comity* “até na sua forma mais simples, serviria de escopo para permitir o livre trânsito de membros, com seus familiares e propriedades, de um Estado amigo pelo território de outro, sem serem molestados nas suas relações domésticas”<sup>105</sup>. Essa ideia de *comity* seria reforçada pela Constituição Federal que, entre outras coisas, protegeria a escravidão. Então, O’Conor aduzia que, “por mais que faça, nenhum juiz americano poderá declarar que a propriedade de escravos é uma exceção à regra que admite a escravidão, sob o pretexto de que seja uma atividade imoral ou injusta”. O’Conor concluiu, em 1857, pugnando pela reafirmação do precedente do caso *Dred Scott*, com a reforma da decisão de Pane.

Em defesa dos direitos do Estado de Nova Iorque, Joseph Blunt e William Evarts formularam quatro teses, usadas na defesa da liberdade dos escravos dos Lemmons. Primeiro, eles apresentaram o antigo argumento, mas ainda válido, de que a escravidão apenas poderia existir na dependência de um direito positivado. Segundo, eles aduziram que o *comity* não poderia ser aplicado para a defesa da escravidão, porque esta seria uma clara violação ao direito natural e ao direito internacional. Eles observaram que a única parte da Constituição que obrigaria todos os Estados a reconhecerem essa peculiar instituição seria a *Fugitive Slave Clause*, mas que não seria aplicável na espécie, uma vez que não se tratava de escravos fugitivos, mas sim de pessoas em trânsito. Terceiro, eles sustentaram que a *Commerce Clause* permitiria um poder concorrente, em algumas áreas, e, de qualquer modo, escravos em trânsito não seriam objeto dessa cláusula, porque eles deixariam de ser escravos assim que ingressassem em um Estado livre. Por fim, Evarts apresentou uma lista de “horrores” que

---

<sup>105</sup> FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981, p. 305-6.

poderiam ocorrer se fosse permitida qualquer concessão de *status* de escravo dentro do território de Nova Iorque. Ao final, ele concluiu: “Tudo ou nada, é a demanda do nosso *comity*: tudo ou nada deve ser a resposta”.

Quanto à interpretação dada por O’Conor para o artigo IV, Evarts simplesmente a inverteu em favor do seu argumento. Ele declarou que Nova Iorque deu crédito e validade à lei da Virgínia que considerava essas pessoas escravas no território deste Estado, só que elas não estavam mais lá, e sim em Nova Iorque, onde eram pessoas livres, segundo as leis aplicáveis na sua jurisdição, fazendo uma exposição de que o *comity* poderia ser utilizado para respaldar a decisão atacada no recurso.

Assim, por cinco votos a três, a *court of appeals* confirmou a interpretação dada por Pane. Os juízes que formaram a maioria basearam suas decisões em não reconhecer que o trânsito de escravos fosse uma situação de comércio entre Estados.

O Juiz Clerke, ao analisar o caso, esboçou uma analogia crítica entre as viagens internacionais e domésticas. Ele reconheceu que o “privilegio concedido a um cidadão de uma nação estrangeira para que possa transitar pelo território de outro país, com suas propriedades, é fundado unicamente no *comity*. Mas se o *comity* não for outorgado, então as nações poderiam recorrer “ao único método que conhecem para obter reparação depois que falham os protestos e as negociações”. Mas “As relações entre os diversos Estados da União (...) são muito mais próximas de uma natureza mais positiva (...) a guerra entre eles é legalmente impossível. Então o *comity* tem um significado especial para os Estados da União”.

Da análise deste caso, é possível constatar que o *comity*, na dicção dada pelos tribunais, é o fator capaz de explicar e adequar a forma com que os Estados se relacionam, operando a utilização da legislação mais favorável à aplicação de um conceito de justiça, próximo ao *jus naturalismo*. Também fica evidente que a multiplicidade de ordenamentos jurídicos, regulamentando de formas diversas uma mesma situação, carece de regras capazes de orientar a escolha do direito mais adequado para a solução do caso concreto, explicitando-se como ocorreu o conflito que colocou em xeque a existência da nação norte-americana.

Pela análise efetuada até agora, verifica-se que o *comity* é fundamental para que exista a harmonização dos entes públicos dentro de uma União de Estados. O fracasso do respeito à diversidade de sistemas que compunham a federação norte-americana, no período *Antebellum*, determinou a crise constitucional e a tentativa de criação de uma confederação independente pelos Estados do Sul dos Estados Unidos da América, que acabou fracassando em face da vitória dos Estados do Norte.

As ideias de Ulrich Huber, sedimentadas na obra de Joseph Story, foram a base das

decisões estudadas. As três regras básicas de Huber continuaram pautando o *comity*, que se refere à aplicação extraterritorial do direito, no decorrer do Século XIX, e serviram para a busca de uma solução para o conflito norte-americano, bem como foram cristalizadas na Constituição norte-americana em seu Artigo IV, que trata da questão do reconhecimento e da validade que um Estado confere aos atos praticados sob a jurisdição de outro Estado.

### 2.3 APLICAÇÕES CONTEMPORÂNEAS DO *COMITY* NA *COMMON LAW*

Para continuar o estudo da doutrina do *comity*, e responder a questão principal deste estudo, impõe-se agora o estudo do caso *Hilton v. Guyot*, de 1895, pela larga aplicação dos seus pressupostos teóricos na resolução de conflitos de leis. Essa utilização se deu tanto no território dos Estados Unidos da América como dos demais países que buscaram no ordenamento jurídico norte-americano ideias e fontes de resolução de conflitos, haja vista que lançou as bases do que ficou conhecido como teoria da balança, com grande utilização na resolução de conflitos envolvendo o direito da concorrência.

Antes da Emenda XIII, eram frequentes as questões de disputa por direitos decorrentes do estado pessoal de escravo, em face da ascendência africana. Os conflitos originavam-se do trânsito dessas pessoas pelo território norte-americano, entre os Estados do Sul, que admitiam a escravidão, e os Estados do Norte, que se consideravam abolicionista.

Conforme já tratado, as ideias de Ulrich Huber foram utilizadas na solução dos conflitos de leis envolvendo a questão da escravidão, embora nem sempre fosse reconhecida expressamente a influência da Escola Holandesa nas fundamentações.

Superado esse período de conflito interno da história norte-americana, com a abolição da escravatura, o primeiro caso a ganhar força de precedente na utilização da doutrina do *comity* foi o caso *Hilton v. Guyot*, por instituir regras de ponderação entre interesses nacionais e estrangeiros.

Realizado esse estudo, passar-se-á a apresentação de alguns casos mais recentes sobre a resolução de conflitos de leis, nos quais foi utilizado o *comity*, na acepção que passou a ser aceita como a resultante do precedente *Hilton v. Guyot*, para finalmente se chegar à exposição das ideias de Calamita e a sua classificação tripartite de *comity*<sup>106</sup>, bem como a crítica feita ao posicionamento doutrinário e jurisprudencial acerca deste caso.

### 2.3.1 Caso *Hilton v. Guyot*

O caso *Hilton v. Guyot* foi decidido em 03 de junho de 1895, na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, e representa um olhar sobre o conflito de leis, após a pacificação do Estado norte-americano, com o final da Guerra da Secessão e a abolição da escravatura, em 1861, pela Emenda XIII à Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada por Abraham Lincoln.

A questão trata de um cidadão norte-americano, residente nos Estados Unidos da América, que tinha seu principal local de comércio nesse país, mas possuía um agente fixo na França, onde estava acostumado a comprar e estocar grande quantidade de mercadorias.

Após o autor ajuizar demanda nos Estados Unidos da América com, o objetivo de recuperar quantia em dinheiro adjudicada pelo poder judiciário francês em seu favor, surgiu a discussão acerca da validade da sentença estrangeira. Veja-se, assim, que o autor buscava realizar demanda executiva, de título originado na França. Como não havia a propositura de nova ação de conhecimento, mas tão-só a execução do julgado obtido no estrangeiro, seria necessário o pronunciamento da Corte dos Estados Unidos da América dando validade à sentença proferida sob a jurisdição francesa. Nesse ponto é que residia a controvérsia, e era na questão da validade do título executivo que a defesa da parte executada escorava sua tese, aduzindo a sua nulidade, sendo, portanto, inexecúvel dentro do território norte-americano<sup>107</sup>.

Na decisão da Suprema Corte ficou assentado que, uma vez feita a admissão do feito no país estrangeiro de acordo com as suas leis e práticas forenses, a utilização contra o acusado de documentos aos quais o ordenamento norte-americano não reconheça validade não seria suficiente para determinar a anulação do procedimento judicial levado a efeito no exterior<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> Segundo Dodge, Story foi o primeiro a apresentar uma categorização do comity, dividindo-o em *the comity of the courts* e *the comity of the nation*. DODGE, Willian S. *International Comity in American Courts*, p. 18. Disponível em <<http://www.asil.org/files/dodge.pdf>>. Acessado em 09/07/10.

<sup>107</sup> Childress esclarece: “In *Hilton*, the Supreme Court considered the question of what effect, if any, the judgment of a foreign country court should be given in the United States. The facts of the case were that a French court had issued a decision against *Hilton* and others that was appealed unsuccessfully in France. During the pendency of the French litigation, *Hilton* and others, who were U.S. nationals residing in New York and who ran a business in New York, removed their assets from France. *Guyot* sought to enforce the French judgment against them in the United States by filing an action in a New York federal district court. The district court permitted enforcement on the ground that absent fraud foreign judgments should be given the same weight as domestic judgments, and an appeal to the Supreme Court followed”. CHILDRESS III, Donald Eral. *Comity as conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*. Pepperdine University School of Law. Legal Studies Research Paper Series. Paper 2010/9, June 2010, p. 18.

<sup>108</sup> *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895).

A decisão segue afirmando que quando um processo é proposto nos tribunais norte-americanos por um cidadão de outro país contra um cidadão dos Estados Unidos da América para recuperar uma quantia em dinheiro adjudicada por uma corte estrangeira, como era o caso em espécie, desde que o tribunal seja competente, tenha jurisdição sobre o caso e sobre as partes, que a sentença seja baseada em alegações justas, que seja oportunizada a produção de todos os meios de provas legais durante a instrução do feito, estando o procedimento de acordo com a prática admitida pela jurisprudência civilizada, e sendo registrado de forma clara e conforme determinado pelas regras legais, o julgamento seria *prima facie* válido. Por outro lado, caso houvesse alguma evidência de fraude ou prejuízo, segundo os princípios do direito internacional e das regras de *comity* dos Estados Unidos da América, não seria digno de ser considerado *full credit and credit*, ou seja, não seria digno de ser considerado válido e confiável.

Entretanto, a decisão da Suprema Corte considerou que o julgamento proferido pelo tribunal francês seria mera evidência ou indício caso não houvesse a previsão de reciprocidade em relação aos julgamentos proferidos pelas cortes norte-americanas naquele País. Dessa forma, aparece a importância dos tratados de reciprocidade como fator de análise da aplicação da doutrina do *comity*<sup>109</sup>. Para que se entenda esse posicionamento, é necessário um breve relato da questão de fundo apreciada pelo tribunal.

O caso trata da disputa, em face da *Circuit Court of the United States* para o *Southern District of New York*, ajuizada por Gustave Bertin Guyot, como liquidante da firma de Charles Fortin & Co. e os membros remanescentes da firma, todos cidadãos da República Francesa, contra Henry Hilton e William Libbey, cidadãos dos Estados Unidos da América, do Estado de Nova Iorque, e comerciantes sócios da empresa A. T. Stewart & Co., para execução de julgado proferido na França.

O autor alegava que Hilton e Libbey, como sucessores de Alexander T. Stewart and Libbey, sob a denominação comercial de A. T. Stewart & Co., encarregada de todos os negócios da empresa, mantinham um local para estocagem regular de mercadorias em Paris. Durante a ação processada na corte francesa, os acusados teriam retirado os seus bens daquele país e transferido estes para o território norte-americano, o que motivou o ajuizamento da ação para obtenção da efetividade do julgado realizado no território gaulês.

---

<sup>109</sup> Segundo Paul, a Suprema Corte apenas admitiria dar validade a um julgamento proferido no exterior se houvesse um tratado de reciprocidade prevendo tratamento equivalente para as decisões proferidas pelas cortes norte-americanas. Como não havia essa previsão, a Suprema Corte decidiu que não existiria obrigação de ser dada validade ao julgamento francês. PAUL, Joel R. *The transformation of international comity*, p. 27. Disponível em <<http://www.law.duke.edu/journals/lcp>>. Acessado em 19/10/10.

Após uma pequena exposição das partes e fatos envolvidos no caso da Suprema Corte, é importante fazer a análise do voto do Justice Gray, haja vista que, de regra, as obras que abordam o *comity* se limitam a expor um parágrafo de todo o julgamento<sup>110</sup>, deslocando a frase de seu contexto, não servindo, portanto, para uma análise correta do instituto que, por si só, é de difícil compreensão e requer toda a abordagem histórica que vem sendo feita desde o início do trabalho<sup>111</sup>.

As decisões dos tribunais, em especial no regime da *common law*, mas também, de uma forma mais forte nos tempos atuais, nos sistemas romano-germânicos, são fontes de doutrina e de direito. Nesse sentido, cabe enfatizar que o Mr. Justice Gray inicia seu voto fazendo uma importante reflexão sobre o direito internacional, que se mostra importante para uma adequada compreensão do seu pensamento.

Salienta o Ministro da Suprema Corte norte-americana que o direito internacional, em seu sentido mais largo e abrangente, inclui questões não só entre nações, regidas pelo que foi chamado de *law of nations*, mas também outras que surjam no âmbito do que se costuma chamar de direito internacional privado (*private international law*), ou conflito de leis, concernente aos direitos pessoais dentro do território e domínio de outra nação. Afirma que estas questões são parte do direito norte-americano e devem ser apreciadas pelas cortes de justiça sempre que envolvam conflitos entre pessoas. Com esse posicionamento, o julgador não excluiu da apreciação do poder judiciário casos que envolvam interesses, em princípio, meramente privados, admitindo a possibilidade de o tribunal se manifestar para resolver o conflito de leis existente no caso concreto.

Logo em seguida, esclarece a distinção entre os casos em que há um tratado dispendo acerca do conflito de leis e outros em que não exista essa previsão legal, como ocorreu em *Hilton v. Guyot*. Não existindo regra escrita, a solução deverá ficar a cargo do tribunal competente para dirimir o conflito de leis. Nesse ponto, endossou a posição defendida por Ulrich Huber e a sua já tratada solução do *comity* como *judicial comity*, ou seja, que, em última análise, cabe ao tribunal dizer ou solucionar o conflito de leis. Mas, apesar da clara

---

<sup>110</sup> Esse é o tratamento dado por Silva ao precedente *Hilton v. Guyot*, ao destacar apenas a parte da decisão que é amplamente adotada pela doutrina e jurisprudência, qual seja: “Cortesia, em sentido legal, não é nem uma questão de obrigação absoluta, por um lado, nem de mera civilidade, por outro. Mas é o reconhecimento que uma nação permite dentro de seu território aos atos legislativos, executivos ou judiciais de outra nação, tendo a devida consideração tanto pelos deveres e conveniência internacionais quanto pelos direitos de seus próprios cidadãos ou de outras pessoas que estejam sob a proteção de suas leis.” SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p.147.

<sup>111</sup> A crítica acerca do entendimento dado pela doutrina e jurisprudência do voto do Ministro Gray no julgado *Hilton v. Guyot* será tratado na parte final deste capítulo, quando será exposta a posição adotada por Calamita sobre esse entendimento.

influência de Huber nessa decisão, as obras que tratam do assunto pouco ou nenhuma referência fazem à Escola Holandesa, sendo que muitas dessas obras, por outro lado, salientam uma possível imprecisão da doutrina do *comity*, o que se quer evitar no presente estudo, mesmo que se admita a sua utilização na forma de cortesia entre as nações.

Gray acrescentou que, para a resolução do conflito de leis, a orientação mais segura era recorrer aos precedentes judiciais, à doutrina, representada pelos trabalhos dos juristas e comentadores, e aos usos e costumes das nações civilizadas.

Inevitavelmente, como não poderia deixar de ser numa análise séria e competente do problema do *comity*, o Juiz recorreu ao trabalho de Joseph Story e ao seu já analisado livro *Commentaries on the Conflict of Laws*, baseado de forma clara na obra de Ulrich Huber, remontando, portanto, à Escola Holandesa, de tão pouco estudo entre os internacionalistas atuais<sup>112</sup>.

Seguindo no seu voto, Gray reproduziu parte de um discurso pronunciado pelo Justice Porter, na *Supreme Court of Louisiana*, no qual resta assentada a necessidade de que o *comity* permaneça sendo um conceito incerto, entenda-se dinâmico, capaz de se adaptar às mudanças do contexto histórico e político, bem como à peculiaridade do caso concreto sob análise<sup>113</sup>.

Ainda citando Story, Gray acrescentou que alguns juristas acreditam que o termo *comity* não seria suficiente para expressar a obrigação das nações em dar efetividade ao direito estrangeiro, mesmo nos casos em que ele não fosse prejudicial aos seus próprios direitos e interesses. Dessa forma, seria mais apropriado considerar a questão como sendo um dever moral. Entretanto, ele acrescenta que o mais apropriado para esta situação seria utilizar-se a expressão *comity of nations*<sup>114</sup>.

Segue esclarecendo, ainda, que o *comity* não é uma redução ou supressão da soberania, mas sim um ato voluntário de uma nação que reconhece o direito estrangeiro, quando este não for contrário aos seus valores políticos, ou prejudicial aos seus próprios interesses. Nesse sentido, seria um instrumento de promoção da justiça, produzindo uma relação amigável entre as soberanias envolvidas, não sendo ato entre tribunais, mas sim entre nações.

---

<sup>112</sup> Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 164 (1895).

<sup>113</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 29.

<sup>114</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 33-38.

A respeito do que ele considerava um julgamento *in rem*, ou seja, em que estejam em discussão direitos reais, ele se socorreu da decisão supracitada do Chief Justice Marshall, que declarou que uma sentença de um tribunal competente, apreciando uma questão de direito real, seria conclusiva em relação à coisa em si mesma, operando uma verdadeira mudança na propriedade, não podendo ser revista essa decisão por nenhuma instância de outro país.

Elencando uma série de precedentes, Gray vai construindo a sua tese acerca da aplicação da doutrina *comity* como forma de resolução do caso que foi submetido à sua análise, sempre no sentido de demonstrar que não havendo qualquer nulidade no procedimento realizado no país de origem, ou não sendo o seu conteúdo contrário aos valores e interesses locais, ou seja, à ordem pública, não há motivo para que não seja dada validade à respectiva sentença.

Citando um precedente de 1815, que só teria sido publicado em 1879<sup>115</sup>, salienta que o Chief Justice Jeremiah Smith, falando para a Suprema Corte de *New Hampshire*, aduziu que o respeito devido aos julgamentos, sentenças e decretos de cortes estrangeiras, segundo o direito das nações (*law of nations*) deveria ser o mesmo atribuído às decisões dos tribunais nacionais, uma vez que pelo *comity* as nações não dariam validade às decisões estrangeiras sem uma análise prévia da validade desses atos, entretanto, os julgamentos não seriam prova definitiva da existência de uma dívida, mas apenas, *prima facie*, uma evidência da existência dessa dívida (*Bryant v. Ela*).

Justice Gray também ponderou a mudança de posição de Joseph Story, entre a primeira e a segunda edição de sua obra *Comentaries on the Conflict of Laws*. Na primeira edição, de 1834, Story teria afirmado que a tendência das cortes inglesas seria no sentido de reconhecer e manter os julgamentos realizados no exterior. Já na edição de 1841, no § 606, teria passado a constar que haveria diferenças nas interpretações acerca do tema nos diferentes tribunais ingleses.

Na sequência, reproduziu a própria posição de Joseph Story, que aduziu a dificuldade de se realizar uma nova análise de mérito no caso submetido à apreciação da validade da sentença proferida no estrangeiro, haja vista o tempo decorrido. As dificuldades seriam de ordem prática, como o fato de algumas testemunhas já estarem mortas, bem como a prova documental poder ter sofrido danos e perdas que acabariam por afetar o julgamento, conduzindo a uma nova apreciação do caso, que não seria, necessariamente, mais justa do que a levada a cabo no país de origem.

---

<sup>115</sup> Hilton v. Guyot, 159 U.S. 113, 164 (1895).

Em relação à posição norte-americana, Story coloca que os julgamentos estrangeiros seriam válidos *prima facie*, podendo ser considerados nulos, quando constatada alguma irregularidade, como a incompetência do tribunal, a não observação do contraditório ou a ocorrência de alguma fraude.

Por fim, expôs a posição de Story no sentido de que seria difícil definir em relação às nações da Europa se estas adotariam a posição de que os julgamentos estrangeiros seriam válidos (*conclusive evidence*) ou se seriam apenas considerados válidos *prima facie*. A Holanda é citada como exemplo de uma nação que, sob o princípio da reciprocidade, teria como regra reconhecer a validade dos julgamentos estrangeiros, atribuindo-lhes o mesmo peso das decisões proferidas pelos seus próprios tribunais, quando existir um tratado de reciprocidade válida, o que Story considerou uma regra extremamente justa e que deveria ser adotada pela prática internacional<sup>116</sup>.

Reproduziu, ainda, parte do voto proferido por Joseph Story no caso *Brastreet v. Neptune Ins. Co.* (1839): “Se uma nação civilizada pretende que as suas decisões sejam consideradas válidas em outras jurisdições, ela deve conhecer o direito e costumes das demais nações civilizadas bem como os princípios do direito público e nacional na administração da justiça”<sup>117</sup>.

O voto do Justice Gray segue colacionando uma série de precedentes, que ele foi analisando para demonstrar a posição de cada um sobre o reconhecimento e a validade atribuídos às decisões estrangeiras.

Interessante é o relato da abordagem feita no caso *Odwin v. Forbes*<sup>118</sup> (1817), pelo Presidente Harry, na *Court of Demerara*, que era governada pelo direito holandês, constituindo-se num tribunal destacado e independente em relação à Inglaterra. No caso, foi mantida a decretação de falência de uma empresa, sob o argumento de que seria um princípio daquele ordenamento jurídico, com escopo principalmente nas ordenações de Amsterdã, que o mesmo direito poderia ser exercido entre os estrangeiros no território deste Estado, como pelos seus nacionais que se encontrassem em terras estrangeiras, obedecendo-se ao princípio da reciprocidade, que não seria restrito ao território de Amsterdã, mas se estenderia a todos os locais em que o *comity* conferisse efetividade às suas leis.

---

<sup>116</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 515.

<sup>117</sup> No original: “If a civilized nation seeks to have the sentences of its own courts held of any validity elsewhere, they ought to have a just regard to the rights and usages of other civilized nations and the principles of public and a national law in the administration of justice.” *Hilton v. Guyot*, 159 U.S. 113, 164 (1895).

<sup>118</sup> *Odwin v. Forbes*, p. 89, 159-161, 173-176; (1817) *Buck Bankr. Cas.* 57, 64.

Gray salientou que o Presidente Henry, na página 76 do seu *Treatise on Foreign Law*, publicou uma exposição do caso. Relatou que o *comity*, utilizado na solução daquela questão legal, geralmente é exercido por Estados submetidos à mesma soberania, sob o argumento de que ela seria a fonte da justiça. Também seria exercida essa forma de *comity* em diversos países da Europa, em especial aqueles submetidos ao direito holandês, que estariam acostumados, em face do princípio da reciprocidade, a dar efetividade em seus territórios aos julgamentos praticados em outros Estados, que reconheceriam o mesmo *comity* em relação às suas decisões. Entretanto, Henry ressaltaria que os tribunais da França e da Inglaterra nunca teriam exercido essa forma de *comity* com a mesma intensidade praticada pela Holanda, requerendo sempre um novo processo, no qual a decisão estrangeira seria apenas valorada como *evidence*.

Após aduzir que a França e a Inglaterra talvez estivessem corretas em adotar essa posição, acrescentou que a Holanda, sob o já citado princípio da reciprocidade, teria como regra reconhecer os julgamentos e sentenças estrangeiras, quando houvesse o mesmo tratamento dado às suas decisões pelos tribunais dos outros Estados.

Por fim, devolveu a palavra a Story<sup>119</sup> e concluiu que essa seria uma regra importante e razoável, podendo ser de grande utilidade se fosse empregada de uma maneira firme na jurisprudência internacionalista.

Num exercício de direito comparado, Gray citou a obra de Benjamin Constant<sup>120</sup> e relacionou a posição de países como Espanha, México, Argentina e Brasil, sendo que este estaria submetido ao princípio da reciprocidade a ser analisado caso a caso.

Como se pode notar pelo voto do Justice Gray, a análise toda se prende na questão da aplicação do *comity* como fator de reconhecimento da decisão estrangeira, dando-lhe caráter executivo, superando o caráter de mera *evidence*. A evolução da argumentação no voto segue o roteiro necessário para o entendimento do *comity*, passando, inclusive, pela Escola Holandesa, embora não cite expressamente Ulrich Huber.

---

<sup>119</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 515.

<sup>120</sup> Sobre Constant: “Na área das relações internacionais, Constant foi de certa forma demasiado otimista, defendendo que as guerras faziam parte das relíquias históricas do passado feudal e que seriam substituídas pelo comércio. Constant afirmava que a Guerra e o Comércio Internacional eram dois instrumentos diferentes para atingir o mesmo objectivo: adquirir o que se deseja. Actualmente, muitas das ideias originais de Benjamin Constant não nos chamam a atenção como tal porque, i.e., parlamentarismo, liberdades individuais ou separação entre Estado e Igreja são hoje comuns e dadas como garantidas”. Disponível em <<http://www.liberal-social.org/benjamin-constant>>. Acessado em 06/02/11.

As obras que pretendem analisar o *comity* a partir deste caso pecam por não reconhecer toda a apreciação detalhada feita por Gray e se fixam em um único parágrafo da sua decisão, querendo extrair desta parte reduzida de seu voto toda a análise que deveria servir de base para a aplicação contemporânea do *comity*<sup>121</sup>.

Contudo, pela exposição que foi feita, percebe-se os diversos desdobramentos do *comity*<sup>122</sup>, inclusive as *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses* contidas na Constituição norte-americana, conforme já tratado, ultrapassando o estudo do parágrafo supracitado da decisão do caso *Hilton v. Guyot*. Por esse motivo, entende-se a indecisão da doutrina ao considerar que o *comity* apresenta sua maior fraqueza na imprecisão de seu conceito, quando, na verdade é a doutrina que não consegue perceber a amplitude da aplicação desta doutrina como forma de resolução de conflitos e respeito ao direito na comunidade internacional.

Pelos requisitos apontados no voto relatado, verifica-se que a análise da efetividade da decisão proferida pelo Tribunal francês estava ligada à validade dos elementos formadores dos atos jurídicos normalmente utilizados até os dias atuais, como é o caso do reconhecimento de questões envolvendo a adoção internacional e os alimentos e a guarda de crianças e adolescentes<sup>123</sup>.

O caso *Hilton v. Guyot* foi visto como uma introdução à abordagem contemporânea que vem sendo dada ao *comity*, que é a ponderação acerca da aplicação do direito estrangeiro, pela doutrina e jurisprudência norte-americanas. A doutrina do *comity*, depois de criado este precedente, foi amplamente utilizada nas questões envolvendo direito da concorrência,

---

<sup>121</sup> Esse é o caso de SILVA, que reproduz parágrafo retirado do voto de Gray, conforme já salientado. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 145.

<sup>122</sup> Conforme Calamita: “Como outros termos em direito, ‘comity’, tanto na sua acepção de ‘prescriptive’ como de ‘adjudicatory’, é utilizado como uma expressão resumida que possui uma série de significados que devem ser considerados na sua aplicação”. Também aduz o autor que as mesmas críticas feitas pela doutrina acerca da imprecisão do termo são endereçadas para expressões como política pública, equidade e devido processo legal, que são a base do direito anglo-americano. CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int’l Econ. L, vol. 27:3, p. 626-7. Neste sentido, Díaz Labrano esclarece que: “Sheshire (1886-1978), Professor de Direito Internacional Privado na Universidade de Oxford, na sua obra explica que a palavra comity não deve ser interpretada textualmente, mas sim deve ser analisada como sinônimo de cortesia, e que os tribunais ingleses admitem ou reconhecem sistemas de leis estrangeiras, não porque estejam animados de um espírito de cortesia em relação à legislação estrangeira, mas sim porque tal atitude interessa à justiça, quando a lei estrangeira se constitui em fator essencial a uma questão específica. RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley S. A., 2010, p. 93.

<sup>123</sup> Nesse sentido, será tratada a questão do Estatuto da Criança e do Adolescente, que mantém o reconhecimento de sentenças estrangeiras que deferem a adoção em outro país realizada por brasileiro que volta a residir no território nacional, remontando às posições de Huber e Story acerca do reconhecimento de decisões que envolvam direitos da personalidade.

quando contemplam situações localizadas em mais de um país, impondo-se o seu estudo no presente trabalho.

### 2.3.2 Direito da Concorrência Norte-americano

O direito da concorrência ganhou destaque no estudo do *comity* por envolver situações multinacionais, entre empresas domiciliadas em países diversos e pela ampla aplicação das regras de ponderação de interesses, com a utilização do precedente *Hilton v. Guyot*. Nesse sentido, os doutrinadores desse novo ramo do direito têm estudado a questão do *comity*, avançando em alguns pontos, sem, contudo, chegar ao alcance da classificação adotada por Calamita na aplicação desta doutrina.

O primeiro caso que merece ser tratado, *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N. T. and S. A.*, corresponde à ação civil proposta pela empresa Timberlane contra o *Bank of America*, com base no fato de que este, que possui sede na Califórnia e subsidiárias em Honduras, estaria dificultando a produção de madeira triturada neste país, bem como a exportação desse material para os Estados Unidos da América.

Faria salienta que no caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N. T. and S. A.* o tribunal considerou que os Estados Unidos da América apenas teriam competência sobre o caso, se o efeito sobre o comércio do país fosse “suficientemente grande” e o exercício da jurisdição extraterritorial fosse justificado, “tendo em vista a regra do ‘*comity*’, por uma preponderância do interesse nacional, comparado aos interesses da nação estrangeira”<sup>124</sup>.

Segundo o autor, a jurisprudência norte-americana, consciente dos atritos internacionais causados pela aplicação da doutrina dos efeitos<sup>125</sup>, formulou outros fatores limitadores da jurisdição extraterritorial, baseados na doutrina do *comity*. Nesse sentido, os tribunais norte-americanos estariam autorizados a declinar da sua competência quando esta fosse motivo de conflitos com outros Estados.

---

<sup>124</sup> FARIA, José Ângelo Estrella. *Extraterritorialidade*. Publicado no Jus Síntese, n.º 77, maio/junho de 2009, disponível no site <<http://www.fag.edu.br/professores/adrianenf/Extraterritorialidade.RTF>>. Acessado em 07/02/11.

<sup>125</sup> Segundo Jaeger Junior, a teoria dos efeitos foi aplicada pela primeira vez no caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*, em 1945, julgado nos Estados Unidos da América. Esclarece que: “A teoria dos efeitos justifica o alargamento do âmbito de aplicação de uma legislação nacional contra as práticas limitadoras da concorrência até atingir as práticas provocadas no exterior, quando elas produzem efeitos em um mercado nacional. Pouco interessa, para a aplicação da legislação de defesa da concorrência, o local onde a prática foi provocada”. JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 65.

Silva considera que neste caso a doutrina dos efeitos teria se mostrado insuficiente, por não considerar os efeitos que o ato anticoncorrencial poderia causar em outro país, no caso Honduras, justificando o desenvolvimento da *jurisdictional rule of reason*<sup>126</sup>.

Para estabelecer a razoabilidade buscada na regra jurisdicional da razão exposta por Silva, ela aduz a necessidade de se proceder ao chamado teste da balança<sup>127</sup> (*balancing test* ou *balancing interests test*), momento em que é feita uma ponderação entre o interesse local norte-americano e o interesse dos demais países envolvidos no conflito, antes de se estabelecer qual será a jurisdição responsável.

Pelo que foi exposto até agora, verifica-se que o que se tem na base de toda essa elaboração teórica, que justificou a opção pela jurisdição norte-americana no caso em análise, não é nada mais do que a aplicação das ideias de Ulrich Huber e Joseph Story, nas quais já há a preocupação com a ponderação entre os interesses dos países envolvidos, sendo expresso no terceiro axioma de Huber, que dispõe que só será aplicado o direito estrangeiro se não houver prejuízo aos interesses nacionais.

Dessa forma, as ideias expostas como inovadoras nas análises do caso Timberlane nada mais são do que a aplicação do *comity* como vem sendo desenvolvido desde a sua origem pela Escola Holandesa, servindo este caso apenas para reforçar e ilustrar a possibilidade de que se opere a opção pelo direito nacional, quando constatado que os interesses locais estarão sendo prejudicados em face da aplicação do direito estrangeiro. Portanto, tem-se que se trata da escolha pelo tribunal de qual direito aplicar, o que Huber já

---

<sup>126</sup> Acerca da regra jurisdicional da razão, SILVA esclarece: “Assim, em primeiro lugar, estabeleceu-se que, para que o exercício da jurisdição extraterritorial fosse legítimo, os efeitos no comércio exterior norte-americano deveriam ser reais ou intencionados (isto é, potenciais); em segundo lugar, tais efeitos deveriam ser amplos o suficiente para demonstrar um dano perceptível ao autor da ação e, assim, configurar uma violação civil ao direito concorrencial norte-americano; por último, foi introduzida a cortesia, de acordo com a qual dever-se-ia verificar se os interesses dos Estados Unidos (que incluem a magnitude dos efeitos causados em seus território), quando contrapostos aos interesses de outros Estados, eram suficiente ou razoáveis a ponto de justificar o exercício da jurisdição caráter extraterritorial”. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 147. Essas regras, contudo, são reproduções do voto proferido no caso Timberlane, não sendo, como faz crer a autora, uma construção posterior à decisão comentada.

<sup>127</sup> No texto *Fusões e aquisições no setor de telecomunicações: Características e enfoque regulatório*, publicado na Revista do BNDES, José Claudio Linhares Pires e Adely Branquinho das Dores defendem que a regra do balanço de interesses teria surgido com o caso Timberlane e consistiria na análise de quatro requisitos: “Segundo essa doutrina, haveria quatro exigências para que tal legislação fosse aplicada: a) produzir efeitos no comércio exterior dos Estados Unidos; b) os efeitos serem previsíveis e de magnitude suficiente que caracterize uma violação ao Sherman Act; c) o significado dos efeitos (e violações) nos Estados Unidos seja relevante em relação aos verificados em outros países; e d) a probabilidade da punição de cada país envolvido ser efetivamente cumprida”. REVISTA DO BNDES, RIO DE JANEIRO, V. 7, N. 14, P. 179-228, DEZ. 2000 p. 207-8, Disponível em

<[http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes\\_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/re v1407.pdf](http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/revista/re v1407.pdf)>. Acessada em 09/02/11.

defendia como sendo o *judicial comity*, ou seja, que cabe à corte, em última instância, determinar qual será o direito a ser aplicado.

Então, o que se tem é a escolha de qual o direito será aplicado, bem como qual será a jurisdição responsável pelo caso. Contudo, tanto a doutrina dos efeitos como a regra da ponderação são desdobramentos do *comity* desenvolvido por Huber, na Escola Holandesa, não se constituindo no que os autores nacionais instituíram chamar de “cortesia”, que seria outro modelo de aplicação de legislação nacional, ou de opção pela jurisdição nacional, mesmo que se possa admitir que a cortesia seja uma forma de expressão da doutrina do *comity*. Também é imperativa a reflexão sobre a distinção existente entre a opção pela legislação e a afirmação de competência jurisdicional, conforme bem trabalhado por Marques dos Santos<sup>128</sup>.

A aplicação da *lex fori* parece ser uma tendência que extrapola a aplicação do direito da concorrência, bem como a construção da jurisprudência norte-americana sobre a doutrina dos efeitos. Pode ser considerada como uma tendência geral da aplicação extraterritorial do direito. Já nos casos analisados no capítulo anterior, que envolviam a circulação de pessoas entre os entes federados dos Estados Unidos da América se podia perceber a tendência à aplicação do direito local em detrimento do direito pertencente a outro território<sup>129</sup>.

No caso *Timberlane Lumber Co. v. Bank of America N. T. and S. A.*, verifica-se que, na verdade, houve uma prestação jurisdicional negativa, que se distancia do que ocorre nos casos em que o tribunal nacional opta por dar validade a um ato praticado no exterior. Essa distinção, prestação jurisdicional positiva e negativa, é fundamental para que se possa fazer a separação entre o estabelecimento de jurisdição e a aplicação direta de decisão estrangeira.

A essência da questão reside no parágrafo da decisão em que a Corte concluiu que o problema poderia ser abordado em três perspectivas. Primeira, se os efeitos de restrição ao comércio, alegados pelo autor, afetam, ou teriam a intenção de afetar, o comércio exterior dos

---

<sup>128</sup> Ao tratar da crise do Direito Internacional Privado no Pós-guerra, Marques dos Santos expõe a posição de Neuhaus: “Por outro lado, assistia-se – segundo P. H. Neuhaus – a uma tendência crescente para a ‘recusa expressa’ de aplicar o direito estrangeiro, já porque ele era afastado “por pretensas razões ‘fundamentais’ (morais, de visão do mundo, etc.), já porque se entendia que o direito interno do foro devia ter prevalência sobre a lei estrangeira na regulamentação da situação privada internacional”. MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria geral*. 1. Vol. Coimbra: Almeida, 1991, p. 18.

<sup>129</sup> Nesse sentido, Marques dos Santos acrescenta: “Referindo-se em particular a vários procedimentos elaborados e aperfeiçoados pelos tribunais de todos os países para aplicar a *lex fori* em detrimento da lei estrangeira, a qual, em princípio, seria competente para regular o caso *sub judice*. A. Nussbaum falou de ‘tendência doméstica’ (homeward trend, Heimewärtsstreben), acentuando, no entanto, fortemente que seria estultícia rejeitar este importante fenômeno ‘como uma aberração ou como um capricho dos tribunais’, devendo antes – segundo o mesmo autor – constituir um ‘problema básico digno de cuidadosa consideração’, tanto por parte dos juristas práticos como pelos estudiosos dos problemas teóricos do DIP”. MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria geral*. 1. Vol. Coimbra: Almeida, 1991, p. 41-2.

Estados Unidos da América. Segundo, se haveria relevância capaz de caracterizar uma violação ao *Sherman Act*. E, por fim, se a aplicação do *comity* ou do conceito de justiça seria motivo para que a jurisdição extraterritorial norte-americana avocasse para si a jurisdição sobre o problema. Em resposta, a corte distrital decidiu que o comércio norte-americano não seria atingido, não satisfazendo um dos critérios, portanto não se justificando a atração da competência sobre o caso para a justiça dos Estados Unidos da América<sup>130</sup>.

A leitura mais apurada do caso demonstra que a competência não foi declinada em razão da consideração dos interesses de Honduras, mas sim da falta de interesse dos Estados Unidos da América na solução do conflito. Também não havia uma preocupação em validar determinado ato praticado no exterior, mas tão-só em se determinar se a disputa seria apreciada pela Justiça norte-americana.

Dessa forma, a partir desse julgado passou a ser aplicado o teste da balança nas causas envolvendo questões acerca do direito concorrencial. Mas aqui, mais uma vez, reside a falta de clareza acerca do que seja a doutrina do *comity*, não havendo uma distinção clara entre ela e a doutrina dos efeitos, desconsiderando-se a total falta de equivalência de grau e aplicação dos dois sistemas, conforme já salientado<sup>131</sup>.

O caso *Timberlane* pode ser apontado como um exemplo de aplicação negativa do *comity*, conforme desenvolvido por Ulrich Huber e Joseph Story. Não se tratou de apreciar a validade de um ato praticado no exterior, como forma de garantir a segurança jurídica nas relações internacionais, mas sim de se declarar a incompetência da jurisdição local em face de alegados interesses preponderantes de outra nação, optando-se por chamar essa consideração de *aplicação negativa de comity* e estabelecendo-se a regra para a sua análise, qual seja, o balanço de interesses. Também pode ser considerada uma aplicação da doutrina do *comity* na sua forma de *forum non conveniens*, conforme a classificação de Calamita que será estudada no decorrer do trabalho.

Essa falta de clareza em relação ao desenvolvimento histórico do *comity* levou a doutrina posterior ao caso *Timberlane* a pregar a imprecisão desse instituto, situação que

---

<sup>130</sup> A conclusão foi oposta ao que chegou a Suprema Corte em relação ao caso que envolvia a restituição dos quadros de Klimt apreendidos pelos nazistas, durante a Segunda Guerra Mundial, conforme será tratado no último capítulo.

<sup>131</sup> Segundo Calamita : "It is the function of the courts to take such broad principles and fashion rules of law from them that may be applied in future cases. Comity is no different. "Rules of comity are a portion of the law that they enforce. Precedents mark the line that they should follow." If the criticism of comity is really that invocations of comity can serve as a justification for ad hoc judicial interest balancing, then it seems that the problem is not so much comity, as it is the tendency of courts to substitute such exercises of discretion for meaningful legal rules." CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 267

parece estar sendo objeto de revisão pela mais nova leva de teóricos norte-americanos que se debruçam sobre este instituto, como será tratado no desenvolvimento deste trabalho. Dessa forma, o caso *Lakers Airways v. Sabena Belgian World Airlines* merece ser estudado para que se verifiquem os desdobramentos das lições ficadas a partir do caso *Timberlane*.

Em apertada síntese, a empresa *Lakers Airways* entrou com uma ação judicial nos Estados Unidos da América, contra os membros de um suposto cartel, formado pelas empresas *KLM Royal Dutch Airlines* (holandesa), *Société Anonyme Belge d'exploitation de la Navigation Aérienne Sabena* (belga) e demais empresas que já estavam sendo demandadas na Inglaterra pela *Lakers*, sob a acusação de formação de cartel internacional. A ação proposta nos Estados Unidos da América, pelo liquidante da *Lakers*, tinha como escopo buscar indenização pelos prejuízos decorrentes da concorrência predatória e da interferência indevida dos concorrentes em seus acordos de refinanciamento.

Após a propositura da ação, começou uma guerra de liminares, deferidas tanto no juízo inglês como no norte-americano, no sentido de impedir que a parte adversa intentasse medidas judiciais desfavoráveis ao oponente. Cabe salientar que havia uma liminar concedida pela justiça inglesa no sentido de impedir que a empresa *Lakers* entrasse com processos judiciais contra os demais litigantes no território dos Estados Unidos da América, residindo nesse ponto a controvérsia sobre a aplicação do *comity*.

A corte norte-americana acabou por sustentar a sua competência para julgar o caso, em detrimento da jurisdição inglesa, tendo em vista o interesse dos consumidores norte-americanos que utilizariam a ponte aérea entre Londres e Nova Iorque e que teriam que suportar o aumento nas passagens aéreas. Também utilizou o argumento de que, a partir do momento em que as empresas estrangeiras optaram por se estabelecer nos Estados Unidos da América, decidiram acatar a legislação norte-americana que regulamenta a concorrência.

Silva considera “absurda” a utilização desse argumento para estabelecer um contato territorial que justificasse a aplicação do direito concorrencial norte-americano em caráter extraterritorial<sup>132</sup>.

Nesse ponto, a decisão se aproxima da que foi proferida no caso *Klimt*<sup>133</sup>, mas isso será tratado mais adiante. Por outro lado, é apontada como uma volta à teoria dos efeitos, nos moldes em que foi praticada no caso *United States v. Aluminium Corp. of America (Alcoa)*<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p.153.

<sup>133</sup> Este caso trata da restituição de obras do pintor Gustav Klimt aos familiares de Adélé Bloch Bauer, após serem confiscados pelo governo nazista, durante a Segunda Guerra Mundial.

Não há falar aqui em extraterritorialidade, uma vez que a decisão proferida nas cortes norte-americanas apenas terá esse suposto efeito extraterritorial se houver a aplicação do *comity* no país onde pretenda a parte que a sentença proferida no território dos Estados Unidos da América tenha efetividade<sup>135</sup>.

Se a decisão que, entre outros fatores, buscava incentivar a concorrência e garantir o pagamento dos créditos dos cidadãos norte-americanos atingidos pela quebra da empresa Lakers, confirma o foro local como competente para julgar o feito está aplicando a doutrina do *comity* na busca da solução mais justa, mesmo que esse conceito de justiça possa ser questionado como apenas um critério de afirmação da competência local.

Por outro lado, poder-se-ia considerar que se a decisão dos Estados Unidos da América fosse no sentido de respeitar a determinação exarada pelo tribunal inglês para impedir que a Lakers intentasse qualquer medida contra os demais litigantes no território norte-americano estaria aplicando a doutrina do *comity* na sua forma de *adjudicatory comity*, por se tratar do reconhecimento de uma decisão estrangeira<sup>136</sup>.

Parece claro, após a abordagem histórica do *comity*, que também se está em frente de um caso da sua aplicação, na forma de *forum non conveniens*, conforme será tratado a seguir na classificação de Calamita. Esse juízo de admissibilidade e de determinação de qual é o juízo mais adequado para se julgar o feito é anterior a qualquer estabelecimento de decisão passível de ser reconhecida por um Estado estrangeiro, ou até mesmo da escolha da legislação aplicável, uma vez que não há falar em análise de validade de atos processuais, citação válida,

---

<sup>134</sup> Segundo Jaeger Junior: “Em consequência, no caso *United States v. Aluminium Corp of America (Alcoa)*, julgado em 1945, a Corte do Segundo Circuito, apreciando a divisão do mercado mundial levada a efeito por um grupo produtor de lingotes de alumínio fora do território dos Estados Unidos da América, integrado pela empresa canadense Alcoa limited, controladora da Alcoa norte-americana, e outras empresas estrangeiras, aplicou por primeira vez o Sherman Act a contratos concluídos no exterior, desde que intencionassem produzir, ou efetivamente produzissem, efeitos no mercado do país. O julgamento rompeu com a noção de territorialidade estrita, da forma que ela havia sido formulada uma geração antes na caso *Americana Banana Co. V. United Fruit Co.*” JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 73.

<sup>135</sup> Conforme Marques dos Santos: “Ao focarmos tal questão neste ponto do nosso trabalho, move-nos a preocupação de relativizar certas posições conflitualistas extremas – como é, em nosso entender, a de G. Kegel -, tentando demonstrar que o sistema conflitual clássico puro é algo de mítico e está longe de corresponder à realidade da regulamentação das questões privadas internacionais. Não se trata, nesta sede, de minimizar a importância desse método, cujo título de nobreza provém de F. C. von Savigny, mas tão-somente de desdramatizar as afirmações mais ou menos grandiloquentes e definitivas daqueles que – como o citado professor de Colónia – clamam contra a ‘crise de conflitos de leis’, batendo-se em nome de um sistema em grande parte irreal e desde sempre objecto das mais diversas adaptações e atenuações, com vista a restringir o campo de aplicação das leis estrangeiras, o que não é senão o reverso da tendência para maximizar a aplicação da lei do foro.” MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria geral*. 1. Vol. Coimbra: Almeida, 1991, p. 42.

<sup>136</sup> Araujo comenta a distinção entre o conflito de jurisdições e de leis: “Enquanto o conflito de jurisdições diz respeito à determinação do *locus* em que a prestação jurisdicional terá lugar, o conflito de leis no espaço pertine ao coração do Direito Internacional Privado. O juiz da causa precisa determinar primeiro sua competência, e em

juízo competente e outros requisitos de validade que poderiam ser considerados para o reconhecimento de sentença estrangeira, o que seriam as demais formas de *comity* que serão estudadas.

O próximo precedente aparece como a primeira manifestação da Suprema Corte dos Estados Unidos da América acerca da não-aplicação do *comity* no exercício da jurisdição extraterritorial do país<sup>137</sup>.

O caso *Hartford Fire Insurance v. Califórnia*, posto sob análise da Suprema Corte, versava sobre demanda intentada por diversos Estados norte-americanos e pessoas privadas contra empresas de seguro e resseguradoras, tanto norte-americanas como inglesas, sob a alegação de estarem adotando um procedimento padrão capaz de forçar outras empresas de seguros norte-americanas a modificarem suas cláusulas e políticas, de modo a moldá-las às políticas empregadas pelas rés.

A discussão levada à Suprema Corte residia na alegação, das empresas acusadas em primeira instância, de que a decisão desfavorável de segunda instância, que firmou a competência dos Estados Unidos da América para apreciar o feito, desconsiderava a previsão de incidência da legislação antitruste para as questões envolvendo acordos entre seguradoras e resseguradoras, tudo com base no *comity*.

Em primeira instância, foi aplicada a regra do teste da balança estabelecida no caso *Timberlane*, conforme já exposta, concluindo que o país não teria jurisdição sobre o feito. Por outro lado, em recurso, o juízo de segundo grau firmou a competência norte-americana, o que motivou o recurso das empresas seguradoras e resseguradoras. Por fim, a Suprema Corte, por cinco votos a quatro, optou por não aplicar o *comity*, entendendo que não havia um efetivo conflito de leis, podendo as empresas envolvidas atenderem às legislações de ambos os países. Saliente-se que, mesmo que a corte tenha decidido por não aplicar o *comity*, essa decisão trata na verdade, da aplicação desta doutrina na forma de *prescriptive comity* como será visto a seguir.

Pela rápida apreciação deste caso, verifica-se que a falta de consenso serviu, num primeiro momento para que os críticos do *comity* afirmassem que o instituto não poderia ser utilizado de forma efetiva, tendo em vista a sua indeterminação conceitual, tanto pela doutrina como pela jurisprudência.

---

seguida utilizar o método conflitual para determinar a lei aplicável ao caso concreto.” ARAUJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 218.

<sup>137</sup> SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 154-8.

Entretanto, estudos mais recentes afirmam que essa indeterminação não é exclusiva do *comity*, mas sim da ciência jurídica como um todo, bem como que essa suposta indeterminação confere ao instituto uma maleabilidade teórica responsável pela sua prolongada utilização ao longo dos séculos, desde o seu surgimento, com a Escola Holandesa, até as atuais decisões do direito concorrencial norte-americano.

## 2.4 CLASSIFICAÇÃO DE N. JANSEN CALAMITA

Feita a apreciação do surgimento do *comity*, desde a Escola Holandesa, herdeira do territorialismo de D'Argentré<sup>138</sup>, representada por Paul Voet, John Voet e Ulrich Huber, passando pelo trabalho de Joseph Story, com a sua aplicação nos casos do período *Antebellum*, foi possível se chegar a casos mais recentes envolvendo o direito da concorrência norte-americano e as interpretações dadas à aplicação do *comity* nestes casos. Contudo, os estudos do *comity* ganharam um grande impulso recentemente. Os novos doutrinadores têm procurado demonstrar que há diversas formas de manifestação do *comity*, não podendo ser tratado apenas como uma mera questão de cortesia.

Nesse sentido, N. Jansen Calamita<sup>139</sup> critica, de forma clara e precisa, a aplicação pela jurisprudência norte-americana do que se convencionou chamar *international comity*. O autor esclarece que, em regra, os julgadores se limitam a fazer referência ao termo como forma de enfatizar a presença de procedimentos paralelos em jurisdições diversas, ou a existência de um conflito de leis no espaço. Contudo, não explicitam o que seja esse *international comity*, qual a sua origem, nem a natureza do poder discricionário que as cortes pretendem exercer, ou a forma como os casos são finalmente decididos.

Como resultado dessa falta de critérios na aplicação do *comity*, haveria apenas a incidência do chamado *international comity* nos casos sob análise dos tribunais, para a realização do que ele chama de *ad hoc balancing*, que seria um instrumento processual utilizado para decidir a questão da aplicação do direito. Assim, Calamita desmonta a utilização jurisprudencial estudada pelos doutrinadores para lançar as suas bases da doutrina do *comity*. Ao mesmo tempo, opera uma classificação que consegue abarcar todas as formas

---

<sup>138</sup> Segundo DÍAZ LABRANO, a doutrina de D'Argentré pode ser resumida em três pontos: "1.º Todos los problemas del Derecho Internacional Privado están contenidos em la división de estatutos em reales y personales. 2.º Los estatutos, como concepción genérica, son reales; con excepción o concepción específica, personales. 3.º El estatuto, para ser personal, há de ser puro y general. Puro, que no se refiera ni indirectamente a los bienes, general, que no establezca una capacidad o incapacidad especiales." RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley S. A., 2010, p. 45.

de aplicação desta doutrina, menos a forma de mera cortesia, haja vista que é justamente o ponto de maior crítica do autor à aplicação feita pelos tribunais e demais doutrinadores<sup>140</sup>.

Ao buscar uma abordagem do *comity* como forma de lidar com a existência de procedimentos paralelos em jurisdições nacionais diversas e atos jurídicos perfeitos produzidos no exterior, esclarece que a história desse instituto na *common law* pode ser dividida em três fases distintas: primeiro, como uma solução jurisprudencial para os problemas de conflito de leis; segundo, como a base para a validade e executoriedade (*enforcement*) de decisões estrangeiras; e, por fim, como suporte teórico para a doutrina do *forum non conveniens*.

A seguir, destaca que, inicialmente, na História norte-americana havia dois tipos de *comity*, conhecidos como *prescriptive comity* e *adjudicatory comity*. O primeiro termo era usado para justificar uma decisão acerca de soberania, permitindo a aplicação do direito estrangeiro no território norte-americano, acarretando, por consequência, uma restrição à aplicação do direito nacional ao caso concreto. Dessa forma, o *prescriptive comity* justificaria, jurisprudencialmente, de que forma a soberania local atribuía validade ao direito estrangeiro, mantendo, ao mesmo tempo, íntegro o poder soberano do Estado. Nesse sentido, o *comity* teria criado as bases para o desenvolvimento da jurisprudência acerca dos conflitos de leis<sup>141</sup>.

Quanto ao *adjudicatory comity*, esclarece que este aspecto estaria mais voltado para o questionamento acerca do reconhecimento e da executoriedade dos atos praticado em tribunais estrangeiros, e não da aplicação do direito alienígena em si.

Entretanto, Calamita acrescenta que, embora a *common law* tenha originalmente desenvolvido o princípio do *adjudicatory comity* para o reconhecimento e a execução de decisões estrangeiras, surgiu um novo problema: quando a jurisdição local deveria reconhecer a competência da jurisdição de outro país antes mesmo de haver sido ajuizado um feito em um tribunal estrangeiro. Para a solução desse problema, a *common law* teria desenvolvido a doutrina do *forum non conveniens*, que teria raízes no princípio do *adjudicatory comity*.

Retrocedendo-se à origem do *comity*, verifica-se que ele teria se desenvolvido quando os teóricos do Século XVII, em especial a Escola Holandesa, debruçaram-se sobre o problema do conflito de leis, criando hipóteses e justificativas segundo as quais o direito

---

<sup>139</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 614.

<sup>140</sup> O *comity* como cortesia é o caso do tratamento dado na obra de Silva, conforme exposto nos itens anteriores. SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 141-65.

<sup>141</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 615.

estrangeiro poderia ser reconhecido dentro da jurisdição local<sup>142</sup>. Assim, na ausência de outras disposições legais internacionais, o *comity* servia como uma “ponte” entre os diversos sistemas jurídicos nacionais. Entretanto, essa função do *comity*, que Calamita nomeia como sendo uma função “prescriptive”, refere-se apenas ao direito interno dos países. Já nos Séculos XVIII e XIX, o *comity* teria sido usado para desenvolver regras relativas ao conflito de leis no espaço.

O autor não ignora a grande resistência que a simples menção ao termo *comity* provoca numa grande parte dos doutrinadores norte-americanos, que, como exposto na introdução do seu artigo, levantam bandeiras vermelhas em sinal de protesto à utilização desta doutrina. Entretanto, Calamita argumenta que o entendimento correto, dentro de uma perspectiva histórica, seria a chave para que a Suprema Corte tivesse a solução dos casos envolvendo procedimentos paralelos em jurisdições diversas<sup>143</sup>.

Joel R. Paul<sup>144</sup>, por sua vez, sustenta que a doutrina e a jurisprudência caracterizaram o *international comity* de diversas formas, assim, como uma questão de escolha de princípio, um sinônimo para direito internacional privado, uma regra de direito internacional público, uma obrigação moral, conveniência, cortesia, reciprocidade, utilidade ou diplomacia. Nos Estados Unidos da América, *comity* estaria sendo utilizado como um princípio de respeito ao direito e às cortes estrangeiras.

Essa imprecisão no seu conceito, que poderia ser apontada como razão para o *comity* não servir de fundamento para o direito internacional privado norte-americano, é apontada por Paul como, justamente, a razão de ele ter se adaptado às diferentes circunstâncias geopolíticas ao longo do tempo<sup>145</sup>.

Para se estabelecer um tratamento mais claro do *comity*, passar-se-á a análise da classificação adotada por Calamita, haja vista que vem ao encontro de todo o estudo realizado na parte anterior deste trabalho. A classificação é dividida em *adjudicatory comity*, *precriptive comite* e *forum non conveniens*. Este estudo facilitará a abordagem do *comity* em relação à proteção internacional das obras de arte, pois permitirá identificar como a doutrina é trabalhada na proteção desses bens.

---

<sup>142</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 616.

<sup>143</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 605.

<sup>144</sup> PAUL, R. Joel. *The Transformation of International Comity*, 2008, p. 19, disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10.

### 2.4.1 *Prescriptive comity*

*Prescriptive comity* é o termo utilizado por Calamita para definir, ou justificar, a decisão de um Estado soberano em permitir a aplicação do direito estrangeiro no seu território e a conseqüente limitação da aplicação do seu próprio ordenamento jurídico. Dessa forma, explicaria como uma jurisdição doméstica pode atribuir efeito às leis de outra jurisdição, dentro dos seus domínios, mantendo, ao mesmo tempo, intacto o seu poder soberano dentro do seu território, uma vez que a demanda permanece sob sua jurisdição. Nesse sentido, *prescriptive comity* fornece as bases sobre as quais se desenvolve a jurisprudência do conflito de leis no âmbito da *common law*<sup>146</sup>.

Essa abordagem teria sido desenvolvida pelos teóricos do Século XVII, elaborando hipóteses nas quais o direito estrangeiro poderia ser aplicado no território de outro Estado, conforme já visto no capítulo que tratou do desenvolvimento da Escola Holandesa. Assim, o *comity* serviria para suprir a falta de regras públicas internacionais, servindo de ponte entre os sistemas jurídicos de dois Estados diversos.

Contudo, essa forma de *comity* foi desenvolvida internamente em cada país, pela aplicação do direito pelos seus tribunais. Em última análise, sempre cabe ao poder judiciário decidir qual será o direito aplicado, pois essa questão deve ser verificada caso a caso, na busca da solução mais justa e adequada para o caso concreto, não havendo uma regra positivada capaz de dar a resposta definitiva. Por este motivo, é reforçada a ideia da aplicação jurisprudencial do *comity* como sendo a real concretização dessa doutrina, inclusive no sentido defendido por Ulrich Huber, conforme visto.

Portanto, quem trata da aplicação do direito estrangeiro são os tribunais e não há uma regulamentação legislativa própria, dispondo sobre os casos e situações nas quais será aplicado o direito alienígena.

Neste sentido, Calamita defende que Ulrich Huber e outros teóricos da Escola Holandesa consideravam o *comity* como um ato de acomodação, segundo o qual a jurisdição interna de um Estado poderia reconhecer a aplicação do direito estrangeiro dentro do seu território, desde que esse reconhecimento não causasse prejuízo ao poder estabelecido nem aos direitos dos seus cidadãos. Aqui, o autor nada mais faz do que repetir a terceira regra desenvolvida por Huber, conforme já foi tratada neste trabalho, ao se expor as suas ideias e a

---

<sup>145</sup> PAUL, R. Joel. *The Transformation of International Comity*, 2008, p. 19, disponível em <<http://www.law.duke.edu/journal/lcp>>. Acessado em 10/01/10.

abordagem da Escola Holandesa do Século XVIII. Da mesma forma, as justificativas para a aplicação do direito estrangeiro seriam a promoção da justiça no caso concreto, bem como a segurança jurídica decorrente da certeza de que uma transação realizada em um país seria válida nos demais, possibilitando o florescimento do comércio internacional.

Após esse período inicial, a doutrina do *prescriptive comity* ganhou reconhecimento, espalhando-se pelo continente europeu, chegando até os Estados Unidos da América, com destaque para a abordagem feita por Joseph Story, tudo conforme exposto anteriormente<sup>147</sup>.

Interessante reflexão faz o autor sobre o que ele entende ser uma interpretação errônea dada ao *comity* por outros autores, entre os quais poderiam ser incluídos aqueles que consideram o *comity* como sendo mera questão de cortesia, como ressaltado nesta dissertação, ou seja, os que abordam esse princípio como mera questão de tratamento amigável entre nações<sup>148</sup>. Segundo Calamita, o correto entendimento é no sentido de que o *comity*, conforme aparecia no início da *common Law*, serviria para promover o desenvolvimento do comércio internacional pelo reconhecimento de direitos e obrigações derivadas de um ordenamento jurídico diverso daquele onde se pretendesse ver exercido o direito decorrente dos atos jurídicos, embora a aplicação original realmente tenha sido no sentido de promover a justiça no caso concreto, como foi decidido no caso *Bank of Augusta v. Earle*, pela Suprema Corte, em 1839<sup>149</sup>.

Recentemente, a discussão acerca do *prescriptive comity*, nos Estados Unidos da América, está focada na real existência de efeitos no território norte-americano de eventual ato ocorrido em um Estado estrangeiro, conforme aduzido na decisão do caso conhecido como *Empagran II*<sup>150</sup>:

---

<sup>146</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 615.

<sup>147</sup> Caamiña Dominguez, ao tratar do caso *United States v. McClain*, que se refere ao pedido de restituição de diversos objetos pré-colombianos, no qual havia a discussão de qual lei do México seria aplicada na ação que corria sob a jurisdição norte-americana, ensina que a decisão desse caso deu ensejo ao nascimento da doutrina de McClain, que estabelece três condições para a aplicação da lei estrangeira: A legislação estrangeira deverá ser suficientemente clara como para que os cidadãos norte-americanos tenham conhecimento das condições de entender as condutas proibidas pela lei em questão; o descobrimento dos bens culturais deverá ocorrer depois que a lei entrar em vigor; e, por fim, os bens culturais deverão ter sido descobertos no território estrangeiro. É necessário, ainda, que as três condições ocorram de forma cumulativa. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 253.

<sup>148</sup> Embora o entendimento da doutrina do *comity* como sendo mera questão de cortesia não seja a mais correta, por excluir as demais formas de aplicação da doutrina, é possível se considerar que a cortesia seja uma forma de *comity*, devido ao largo uso desta acepção nos tribunais e na doutrina, conforme já visto. (N. A.)

<sup>149</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 623.

<sup>150</sup> *Empagran S.A. v. F. Hoffman-La Roche, Ltd. (Empagran II)*, 417 F.3d 1267 (D.C. Cir. 2005).

(...), *the Empagran II court's unsubstantiated reference to international comity concerns is not enough to justify its holding because these concerns are arguably less applicable to the facts of this particular case. Though considerations of prescriptive comity and foreign sovereign prerogatives are relevant in both global market antitrust and f-cubed securities fraud cases these concerns carry significantly less weight where the foreign injury is dependent on a significant adverse domestic effect, and thus, adjudication of a foreign claim would help remedy domestic harm. Conversely, where there are neither adverse effects on the United States nor illegal conduct occurring in the United States, extraterritorial application of U.S. law may be unreasonable in light of concerns of international comity.*<sup>151</sup>

Como o *prescriptive comity* apresenta identidade com a forma do *comity* defendida por Huber e já tratado neste estudo, quando expostas as bases da Escola Holandesa, passa-se de imediato ao estudo da segunda classificação adotada por Calamita.

#### 2.4.2 Adjudicatory Comity

No Século XIX, segundo Calamita, a *common law* teria expandido as bases do *comity* para uma nova área, o *adjudicatory comity*. A partir desse ponto, a jurisdição doméstica passou a não reconhecer apenas a aplicação da legislação alienígena, mas também os atos praticados em outros Estados. O caso que estabeleceu esse precedente teria sido o já estudado caso *Hilton v. Guyot*.

As lições de Ulrich Huber aparecem, mais uma vez, como a base segundo a qual teria se desenvolvido a doutrina do reconhecimento da coisa julgada no exterior. Segundo o autor, Huber já tratava da necessidade de que um Estado reconhecesse a existência da coisa julgada em face de sentença anteriormente proferida em outro Estado, claro, sempre com a ressalva de que esse reconhecimento apenas se daria quando não houvesse prejuízo aos interesses locais<sup>152</sup>.

Nesse sentido, *adjudicatory comity* seria um conjunto de princípios que justificam a possibilidade de um tribunal declinar de sua competência reconhecendo a validade de um julgamento proferido anteriormente em outra jurisdição. Assim, Calamita ressalta que o Ministro Gray, no caso *Hilton v. Guyot*, referia-se ao *adjudicatory comity* na sua decisão, distinção que é ignorada por grande parte da doutrina que trata da matéria. Devido a isso é

---

<sup>151</sup> SIEGMUND, Erica. *Extraterritoriality and the Unique Analogy Between Multinational Antitrust and Securities Fraud Claims*. Virginia Journal of International Law. v. 51, n. 4, p. 1065. Disponível em < <http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol51/issue4/Siegmund.pdf>>. Acessado em 16/01/12.

<sup>152</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 629.

que é objeto de severas críticas por parte de Calamita àqueles que consideram o *comity* como mera questão de cortesia.

Outra faceta importante da doutrina do *comity*, também presente no caso *Hilton v. Guyot* e no voto do Ministro Gray, seria a abordagem do *comity* como “*comity of the courts*”, que seria a apreciação, pelo tribunal responsável pela análise do caso, da aplicação ou não do *adjudicatory comity* na solução do conflito submetido à sua jurisdição<sup>153</sup>. Para tanto, no caso em comento, houve a presunção, não de que a decisão proferida pelo tribunal francês fosse justa, mas sim de que aquele tribunal estaria capacitado para proferir uma decisão justa ao caso concreto, não havendo qualquer elemento capaz de desconstituir essa presunção *a priori*.

Assim, Calamita traça a distinção entre *adjudicatory comity* e *comity of the courts*. A primeira forma significaria os fundamentos segundo os quais as cortes locais exerceriam o seu poder discricionário para determinar se a jurisdição poderia ser declinada ou os limites deste ato em favor de uma jurisdição estrangeira. Por outro lado, o *comity of the courts* seria simplesmente a regra local que guiaria como esse poder discricionário deveria ser exercido. Para Calamita:

*On the one hand, adjudicatory comity signifies the foundation for the domestic court's exercise of discretion to determine whether it should decline or limit its exercise of jurisdiction in favor of a foreign court. On the other hand, the comity of the courts is simply a rule of the domestic forum that guides how that discretion should be exercised*<sup>154</sup>.

Seguindo na exposição desta forma de *comity*, Calamita passa a expô-lo como *forum non conveniens*, ou seja, a terceira forma de se aplicar o instituto, como se verá a seguir, e que é muito utilizada nos casos que envolvem a proteção internacional das obras de arte.

### **2.4.3 *Forum non conveniens***

Por fim, a última classificação do *comity*, segundo Calamita, é a de *forum non conveniens*, que seria derivada diretamente da forma anterior, ou seja, do *adjudicatory comity*.

---

<sup>153</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 629-30.

<sup>154</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 631.

A doutrina teria se desenvolvido nas cortes escocesas, no final do Século XIX, e consistiria na declinação da competência em face de uma jurisdição estrangeira, mesmo que não houvesse procedimento ajuizado anteriormente no foro exterior<sup>155</sup>.

Calamita sustenta que, analisando os casos desse período da jurisprudência da Escócia, verifica-se que os tribunais nacionais declinavam da competência em prol dos estrangeiros, não se utilizando de qualquer dispositivo legal positivado, mas sim dos fundamentos do *adjudicatory comity*. Para exemplificar essa construção, cita uma decisão de Lorde Sumner, no caso *La Socita du Gaz de Paris v. Socita Anonyme de Navigation "Les Armateurs Français"*, quando restou assentado que o objetivo, em termos de *non conveniens*, seria encontrar o forum mais adequado para que se fizesse justiça, sendo preferível que a causa se desenvolvesse nesta jurisdição para que se obtivesse um julgamento mais justo e adequado<sup>156</sup>.

Segundo Anglim<sup>157</sup>, a doutrina do *forum non conveniens* permite que os tribunais declinem de exercer a sua jurisdição se a condução do processo em outro Estado se mostrar mais conveniente para as partes e mais conveniente para que se chegue a uma solução mais justa. Aduz, ainda, que a jurisdição estrangeira pode ser mais conveniente quando todos os acusados estão submetidos a esta jurisdição ou concordam que o feito seja processado por ela, acrescentando que a existência de um mero inconveniente não se mostra capaz de desautorizar o reconhecimento da competência do foro alternativo. Entre outros fatores que podem levar à adoção do *forum non conveniens* é o interesse das partes em ver o caso submetido a uma determinada jurisdição, a facilidade na produção das provas, bem como o acesso às testemunhas que deverão prestar depoimento durante a instrução do feito.

Essa declinação de competência em prol de outra jurisdição estaria baseada em fatores que Araujo<sup>158</sup> classifica como sendo a *noção de vínculos mais estreitos*, como a nacionalidade ou o local de residência das partes, a facilidade na produção das provas etc.<sup>159</sup>

<sup>155</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 632.

<sup>156</sup> [1925] 23 Lloyd's List. Rep. 209, 213.

<sup>157</sup> ANGLIM, Jennifer M., *Crossroads in th Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Artwork and Other Chattles*. V. 45, n. 1, Harvard International Law Journal, p. 271-2.

<sup>158</sup> Segundo Araujo: "Junger classifica essa fórmula de *mos americanus*, explicando que a maior parte dos tribunais proclama seguir a 'análise de interesses', considerando principalmente o alcance territorial das normas jurídicas, com ênfase no resultado e não no método utilizado, ao contrário dos europeus, para os quais o método multilateral é mais valorizado do que o seu resultado concreto". ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 48.

<sup>159</sup> Para Magalhães e Guerra: "Diante desse modelo rígido, a despeito da aproximação cada vez maior das tradições, o juiz nacional não pode derrogar sua competência se valendo unicamente, por exemplo, da técnica norte-americana chamada de *forum non conveniens*, utilizando o critério desenvolvido lá de conveniência do foro estrangeiro. Essa conveniência é apurada em razão de fatores eminentemente relacionados à proximidade

Em termos mais didáticos, Calamita esclarece que seria como se o tribunal declarasse para as partes: “Não, vocês não podem litigar essa matéria aqui, porque, mesmo que a jurisdição recaia aqui, levando-se em conta o interesse na justiça, é mais adequado que a causa se desenvolva em outra nação, para a qual nós estamos declinando a competência”<sup>160</sup>.

Salienta que a ampliação do uso dessa forma de *comity* ocorreu com a decisão no caso *International Shoes Co. v. Washington*, quando houve uma mudança na orientação adotada pela Suprema Corte norte-americana em relação à adoção do *forum non conveniens*, que desde que entrou na *common law* norte-americana estava limitada a sua utilização pelas *admiralty courts*.

Por fim, Calamita ressalta que o *adjudicatory comity* e o *forum non conveniens* servem de base para que a jurisprudência norte-americana reconheça a existência da litispendência internacional, bem como se utilize da aplicação dos princípios do *comity* para declinar em favor de jurisdição estrangeira<sup>161</sup>.

Redman<sup>162</sup> aduz que a regra do *forum non conveniens* seria uma das facetas da doutrina do *comity*, que teria por escopo evitar ofender os Estados estrangeiros, sendo que foi a forma de *comity* que mais tem sido utilizada pelos tribunais norte-americanos nos casos envolvendo conflitos de jurisdição.

---

entre o litígio e o foro, tais como domicílio das partes, o local onde exercem seus negócios e atividades, ou ainda à instrução e desenvolvimento do processo, como a localização das provas e testemunhas, averiguando-se a possibilidade que outro foro concorra com o nacional em melhores condições quanto a esses quesitos. Nos EUA, a esses fatores somam-se também considerações de ordem pública como, por exemplo, o próprio interesse local em se julgar uma causa com elementos de estraneidade com todos os custos e ônus envolvidos para o judiciário local.” MAGALHÃES E GUERRA, Marcel Vitor de. *Nova hermenêutica das normas de competência internacional: Incompatibilidade do modelo rígido*. NEJ. v. 14. n. 3. p. 23-39/ 3º Quadrimestre 2009, p. 30.

<sup>160</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. in U. Pa Int'l Econ. L., vol. 27:3, p. 633.

<sup>161</sup> Mehren contrapõe o *forum non conveniens*, quando se trata de afirmar a competência local, em razão de ser a mais adequada, ao *antisuit injunction*, nos seguintes termos: “In domestic US situations, the question arises whether a sister-state’s antisuit injunction must be given effect. The Full Faith and Credit Clause contains no language distinguishing injunctions from other kinds of ‘Judicial Proceedings’ entitled to such credit, nevertheless, ‘the obligation came to be tied to the existence of a judgment’. The Supreme Court has never held that antisuit injunctions are so entitled and state-court decisions giving effect to them have invoked ‘a spirit of just interstate comity’ rather than the Constitution. State ‘courts regularly disregard such decrees’ and, from time to time, react by giving a counter-injunction.” MEHREN, A. T. von. *Theory and Practice of Adjudicatory Authority*. *Recueil des Cours*. t. 295. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 2002, p. 337-8.

<sup>162</sup> REDMAN, Lauren Fielder. *The Foreign Sovereign Immunities Act: Using a “Shield” Statute as a “Sword” for Obtaining Federal Jurisdiction in Art and Antiquities Cases*. V. 31, 3. *Fordham International Law Journal*, 2007, p. 808. Disponível em <

Redman assevera que o *leading case* é o caso conhecido como *Piper Aircraft Co. v. Reyno*, envolvendo cidadãos escoceses que foram mortos num avião escocês. Os herdeiros das vítimas ajuizaram processo na Califórnia contra a empresa norte-americana que havia produzido a aeronave. O Tribunal declinou da sua competência com base na regra do *forum non conveniens* por entender que não seria o local mais adequado para que a demanda fosse processada, não servindo o argumento de que a legislação norte-americana seria mais favorável como suficiente para atrair a competência para aquela corte. A decisão foi baseada no fato de que a maioria das provas e testemunhas estavam localizadas na Escócia, não havendo razão para que o feito fosse processado no território dos Estados Unidos da América.

Assim, verifica-se que nada mais lógico o que fez Calamita ao passar a criticar a posição da jurisprudência e doutrina norte-americanas na suposta aplicação do *comity*<sup>163</sup>, conforme vinha sendo tratado na maioria das decisões, estando de acordo com o novo posicionamento da jurisprudência, inclusive no que se refere à proteção internacional das obras de arte, quando o *comity* é aplicado de forma a buscar a solução mais justa, com a escolha do direito a ser considerado, com o respeito aos atos jurídicos praticados no estrangeiro e com a escolha do local mais apropriado para que a demanda seja processada e julgada. Não se trata, então, de mera questão de cortesia entre as nações, mas sim da busca pela solução mais justa, levando-se também em consideração, na busca dessa justiça, as condições materiais para o processamento da causa, como a localização das partes e das provas que serviram para a instrução do feito.

A seguir, passar-se-á a análise do uso da doutrina do *comity* no direito brasileiro, conforme era tratada no revogado artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, bem como no preceito que passou a constar no Estatuto da Criança e do Adolescente, desde a reforma de 2009. O capítulo terminará com uma crítica ao Protocolo de Las Leñas, no que se refere à circulação de sentenças no âmbito do Mercosul.

Depois de realizada essa ligação da doutrina do *comity* com a situação nacional e regional, será traçada a utilização na proteção internacional das obras de arte, demonstrando-se que o *comity* pode ser uma forma de se encontrar a solução mais justa para o caso concreto.

---

<sup>163</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. in U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 658.

### 3 COMITY NOS DIREITOS BRASILEIRO E DO MERCOSUL

Embora o *comity* tenha iniciado com a Escola Holandesa, no Século XVII, pelas ideias de Ulrich Huber, e ganhado larga utilização nos países da *common law*, a doutrina chegou aos países que se regem pelo direito continental. No Brasil, a necessidade de respeito à coisa julgada, em especial aos direitos concernentes ao estado da pessoa, determinaram a sua incorporação ao direito interno, na sua forma de *adjudicatory comity*, com previsão expressa na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. O dispositivo, recentemente revogado, previa a aplicação direta de decisões estrangeiras que envolvessem direitos da personalidade, uma demonstração clara de que o *comity* teria sido recepcionado no ordenamento jurídico nacional.

Por outro lado, a reforma operada no Estatuto da Criança e do Adolescente, acabou por incorporar a doutrina do *comity* nas regras que disciplinam os casos de adoção internacional. Para que exista segurança jurídica e respeito aos direitos humanos, a nova redação dada ao Estatuto da Criança e do Adolescente passou a prever a possibilidade de que uma sentença de adoção proferida no exterior, em certos casos, tenha validade imediata no ordenamento jurídico pátrio, independentemente de ser reconhecida pelo direito interno.

Igualmente, fazendo-se uma aplicação extensiva do *comity* e das perspectivas do Mercosul, é possível observar a deficiência do Protocolo de Las Leñas como mecanismo de reconhecimento e autoexecutoriedade de decisões proferidas nos Estados-partes do bloco, demonstrando que a regulamentação desse Protocolo, já internalizado no direito pátrio, está distante do que existia no revogado parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mostrando-se, portanto, incapaz de garantir o respeito à coisa julgada entre os Estados-partes, pelo menos no que diz respeito aos direitos do estado da pessoa.

Dessa forma, será visto o acolhimento do *comity* no direito nacional, pelo dispositivo constante do revogado parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do

Direito Brasileiro, para, então se chegar ao artigo da Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente que trata da aplicação direta das decisões de adoção realizadas no exterior, haja vista tratar de direitos da personalidade, e, por fim, será realizada uma abordagem crítica ao Protocolo de Las Leñas.

### **3.1 EX-PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 15 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO**

Para que se tenha uma compreensão exata dos motivos da inclusão do parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro é necessária uma remissão ao estudo de como os direitos da personalidade eram tratados pela Escola Holandesa do Século XVII e também por Joseph Story, nos Estados Unidos da América. Inicialmente, conforme já salientado, havia a distinção no trato entre os direitos reais e os chamados direitos da personalidade.

#### **3.1.1 Direitos relativos ao estado da pessoa**

Os argumentos lançados na exposição de motivos que levaram à edição da lei revogadora do parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro decorreram da falta de uma análise mais detalhada das circunstâncias jurídicas próprias do caso. Essa conclusão é baseada no fato de ter sido desconsiderada a origem deste instituto, com raízes nas doutrinas expostas por Ulrich Huber e Joseph Story<sup>164</sup>. Os legisladores que votaram e aprovaram a Lei n.º 12.036 de 2009, mudando a redação deste artigo, o fizeram em desacordo com a tendência atual do ordenamento jurídico, haja vista a alteração legislativa ocorrida no Estatuto da Criança e do Adolescente, que vai em sentido oposto ao *animus* que levou àquela revogação.

A referida Lei é fruto do Projeto de Lei n.º 4.681, de 2004, de autoria do Deputado Fernando Coruja e de Relatoria na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. A relatoria esteve a cargo do Deputado Roberto Freire, e, sob o argumento de que este

---

<sup>164</sup> Segundo Silva Alonso: "En 1834, en los Estados Unidos de América se publica la obra de Story, professor de Harvard y juez de la Corte Suprema de su país. Aun cuando la obra no es original – se advierte en ella la influencia de los Estatutarios holandeses, especialmente Huber – su importancia es innegable. Story es el primero en utilizar la expresión Derecho Internacional Privado en una obra destinada a la materia, aun cuando la obra se intitula Commentaries on the conflicts of laws". SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho Intrenacional Privado*. Assunção: Intercontinental, 1999, p. 51.

dispositivo de lei teria sido derogado pelo artigo 483 do Código de Processo Civil, votou pela sua aprovação em relação ao mérito.

A redação do artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, era a seguinte:

*Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos:*

- a) haver sido proferida por juiz competente;*
- b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;*
- c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;*
- d) estar traduzida por intérprete autorizado;*
- e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Parágrafo único. Não dependem de homologação as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.*

Por outro lado, o artigo 483 do Código de Processo Civil apresenta a seguinte redação:

*Art. 483. A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.*

*Parágrafo único. A homologação obedecerá ao que dispuser o Regramento do Supremo Tribunal Federal.*

Inicialmente, cabe referir que, por força da Emenda Constitucional n.º 45, que alterou o artigo 105, I, i, da Constituição Federal, a competência para homologar sentenças estrangeiras passou para o Superior Tribunal de Justiça. Esse órgão editou a Resolução n.º 9 disciplinando a matéria<sup>165</sup>.

Já em relação à revogação do dispositivo de Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, verifica-se o que pode ser considerado como um conflito de dispositivos de leis, cabendo ser investigado qual deles merece ser mantido no ordenamento jurídico em detrimento da permanência do outro. Antes, porém, deve ser feita uma retrospectiva dos direitos protegidos pelo texto legal revogado, para que se entendam os motivos que levaram à sua criação.

Quando Ulrich Huber escreveu o seu tratado sobre o conflito de leis, enunciando as bases sobre as quais seria estabelecido o *comity*, ele realizou uma distinção entre os diversos tipos de direitos regulados nessas situações. Por sua vez, Joseph Story<sup>166</sup> comenta que os

<sup>165</sup> Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça, editada em 04 de maio de 2005.

<sup>166</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments.*

civilistas possuem várias definições para as diferentes classes de leis. Story adota, para o seu estudo acerca do conflito de leis, as ideias de Merlin, por considerá-las suficientemente claras e explícitas para os propósitos de seu trabalho. Nesse sentido, acrescenta que as diferenças entre as diversas classes de direitos são muito importantes de serem observadas quando são consultados juristas estrangeiros. Os direitos pessoais<sup>167</sup> seriam obrigações gerais com força e executoriedade em todos os locais, enquanto que os direitos reais não teriam esse efeito extraterritorial imediato. Aqui, cabe reproduzir as palavras de Merlin, citadas por Story:

*Personal statutes, are those, which have principally for their object the person, and treat only of property (biens) incidentally (accessoirement); such are those, which regard birth, legitimacy, freedom, the right of instituting suits, majority as to age, incapacity to contract, to make will, to plead in proper person, &c. Real states are those, which have principally for their object property (biens), and which do not speak of person, except in relation to property; such are those, which concern the disposition, which one may make of his property, either alive, or by testament. Mixed statutes, are those, which concern at once person and property.*<sup>168</sup>

Na continuação, Story acrescenta que Merlin considerava que a grande maioria dos direitos seria mista, devendo ser o direito classificado em razão do objeto preponderante que é protegido ou posto em discussão. Já no Capítulo IV do seu livro *Commentaries of the Conflict of Laws*, Story trata das questões envolvendo capacidade, estado, e as condições pessoais como sendo os direitos pessoais (*Personal Laws*), dividindo-os em duas categorias: os direitos gerais e os particulares<sup>169</sup>. Os primeiros seriam os direitos relativos à capacidade, estado, e condições pessoais, como a menoridade ou maioridade, a emancipação, e o poder de administrar os seus próprios atos. Os últimos, por sua vez, confeririam a capacidade para a prática de determinados atos, obedecendo-se em relação aos demais direitos a capacidade determinada pelos direitos universais relativos à determinada pessoa.

Feita essa distinção, Story argumentava que para os juristas estrangeiros, ou seja, os que não fossem norte-americanos, os direitos pessoais teriam força extraterritorial quando

---

Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 12 e 13.

<sup>167</sup> No original do livro de Joseph Story encontramos o termo *Personal Statutes*. STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 12.

<sup>168</sup> Merlin, Répertoire, art. Statut. *Saul v. his Creditors*, 17 Martin R. 569, 589 apud STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 13.

<sup>169</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 50.

estivessem relacionados com a lei de domicílio da parte. Nesse ponto, cita Boullenois que considera que direitos pessoais afetam a pessoa como uma qualidade desta, sendo inerente a ela, levando ao fato de que a pessoa seja a mesma, ou possua os mesmos direitos relativos ao seu estado de pessoa em qualquer lugar em que se encontre<sup>170</sup>.

Dessa forma, as leis pessoais, independentemente de serem universais ou particulares, possuem efetividade em qualquer lugar em que a pessoa esteja. Em outras palavras, um homem terá o mesmo *status* que teria segundo as leis do seu domicílio, noutra local. E, conforme já foi estudado, essa concepção de direitos foram de grande utilização durante o período conhecido como *Antebellum* norte-americano para a resolução dos conflitos decorrentes da escravidão, em especial os direitos da personalidade<sup>171</sup>.

Pelo exposto, verifica-se a grande importância dada à distinção entre direitos reais e pessoais, desde o tempo de Ulrich Huber e o seu desdobramento na teoria de Joseph Story sobre o conflito de leis, o que serviria de justificativa para a existência do artigo 15, parágrafo único da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, como se verá a seguir.

### 3.1.2 Importância do dispositivo de lei revogado

Feita uma breve análise da distinção entre os direitos reais e os direitos pessoais, passar-se-á à verificação da importância do artigo de lei revogado, com a defesa da sua constitucionalidade em face da sua posição hierárquica superior em relação ao dispositivo previsto no artigo 483 do Código de Processo Civil, bem como da desnecessidade de homologação de toda e qualquer sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>172</sup>.

<sup>170</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston, Hilliard, Gray, and Company, 1834, p.51.

<sup>171</sup> Conforme Miguel Reale: “A pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico; os direitos da personalidade correspondem às pessoas humanas em cada sistema básico de sua situação e atividades sociais, como bem soube ver Ives Gandra da Silva Martins. Segundo os partidários do Direito Natural clássico, que vem de Aristóteles até nossos dias, passando por Tomás de Aquino e seus continuadores, os direitos da personalidade seriam *inatos*, o que não é aceito pelos juristas que, com o Renascimento, secularizaram o Direito, colocando o ser humano no centro do mundo geral das normas ético-jurídicas. Para eles trata-se de *categorias históricas* surgidas no espaço social, em contínuo desenvolvimento. Não cabia ao legislador da Lei Civil tomar partido ante essas divergências teóricas, ainda que fazendo referência também ao Direito Natural Transcendental, na linha de Stammler ou de Del Vecchio. O importante é saber que cada direito da personalidade corresponde a um *valor fundamental*, a começar pelo do próprio corpo, que é a condição essencial do que somos, do que sentimos, percebemos, pensamos e agimos.” REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acessado em 01/08/2012.

<sup>172</sup> Segundo Araujo a questão já teria sido pacificada pelo STF: “Essa divergência dos juristas, sobre a qual a jurisprudência se manifestara nos dois sentidos, foi pacificada pelo recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, que considerou derogado tal dispositivo pelo Código de Processo Civil. Desta forma, considerou ser

Diniz<sup>173</sup>, ao comentar o artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quando ainda estava em vigor, aduziu que o ato de delibação é um juízo preliminar da execução, não sendo exigido para as sentenças meramente declaratórias de estado das pessoas que independem de execução.

Assim, estas decisões não careceriam de ser homologadas em face da desnecessidade de se lhes conferir força executória, “apresentando-se como documentos idôneos para determinar uma qualidade ou um fato, podendo ser utilizados como prova indiscutível da existência da relação jurídica neles declarada perante a autoridade brasileira”<sup>174</sup>.

O texto supracitado da autora é claro ao demonstrar que há uma intencionalidade no dispositivo legal que vai além das razões aduzidas na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania ao analisar o Projeto de Lei que revogou o aludido parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Não se trata aqui de simples incompatibilidade entre o disposto no Código de Processo Civil e da regra da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, como quiseram fazer crer as razões que determinaram a aprovação do projeto de lei revogador. O que se buscava resguardar no dispositivo revogado era os direitos ao estado da pessoa, impossível de serem considerados incompatíveis com uma regra processual, ou mesmo em face de dispositivo constitucional, sem que sejam objeto de um esforço para ser deliberada a sua adequação à Lei Maior, exercendo-se, talvez, uma interpretação conforme a Constituição Federal.

Não se pode revogar artigo de lei que trata de direito subjetivo sem a análise da sua gênese, passando, na espécie, pelo estudo da Escola Holandesa e da Escola Estatutária, para que se tenha noção do sentido deste dispositivo dentro dos princípios que regem o Estado brasileiro nas suas relações internacionais, bem como em face dos direitos da personalidade e até mesmo da dignidade da pessoa humana, um dos pilares sobre o qual está assentada a nossa Constituição Federal.

---

obrigatória a homologação da sentença estrangeira, já que virá a produzir efeitos no Brasil, independentemente de sua natureza, na forma da decisão do Ministro Celso de Mello.” ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 425. Contudo, a discussão ainda merece ser mantida viva, haja vista que o direito é um sistema dinâmico no qual é possível a alteração de suas regras, desde que exista o consenso das partes encarregadas da sua dicção no sentido de que uma mudança de posicionamento atenderá de forma mais eficaz aos ditames da justiça.

<sup>173</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 398.

<sup>174</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 399.

Diniz acrescenta, de forma lúcida, que as sentenças meramente declaratórias de estado não terão no *forum* eficácia imediata, mas poderiam ser tidas como válidas, independentemente de processo de delibação, desde que atendessem aos critérios estabelecidos no artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Para defender o seu ponto de vista, a autora afirma:

*As sentenças meramente declaratórias, por terem por único fim a produção do efeito direto e imediato de tornar certo o estado ou capacidade da pessoa, serão insuscetíveis de homologação. É o que, exemplificativamente, ocorrerá com a sentença de interdição para comprovar a representação do interdito por um curador, com a de reconhecimento de paternidade, que se limite apenas a essa declaração, mas, se esta última estiver cumulada com a de petição de herança exigível, será o processo homologatório, para que possa produzir efeitos no Brasil<sup>175</sup>.*

Nessa linha de raciocínio, salienta que será dispensável a homologação de julgado proferido em outro país que decreta o divórcio de estrangeiros, não envolvendo direitos patrimoniais e, portanto, não possuindo pretensão executória no território brasileiro, servindo apenas como documento hábil para atestar a dissolução do vínculo matrimonial de pessoas estrangeiras.

Veja-se, também, que Diniz não se furta ao debate da constitucionalidade deste dispositivo legal, haja vista que reproduz os argumentos de Haroldo Valladão, ao sustentar a inconstitucionalidade do artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Este defendia que o direito revogado era contrário ao disposto no artigo 105, inciso I, *i*, da Constituição Federal, que confere competência ao Superior Tribunal de Justiça<sup>176</sup> para homologar cartas de sentenças de tribunais estrangeiros, abrangendo toda e qualquer sentença, inclusive as proferidas nos procedimentos que se convencionou chamar de jurisdição graciosa. Valladão<sup>177</sup> sustentava que a distinção entre sentenças meramente declaratórias de estado e sentenças que impliquem efeitos patrimoniais não prosperou, sendo condenada pela jurisprudência nacional, salientando, por fim, que o tiro de misericórdia dado a este dispositivo legal seria o artigo 483 do Código de Processo Civil.

Entretanto, Diniz afasta esses argumentos, sob o peso de que os dispositivos invocados por Valladão devem ser interpretados de forma restritiva, escorando-se nas lições

---

<sup>175</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 399.

<sup>176</sup> Por força da Emenda Constitucional 45/2004.

<sup>177</sup> Haroldo Valladão, Carta de Homologação de sentença estrangeira. *Enciclopedia Saraiva do Direito*. v. 13, p. 271-2.

de Oscar Tenório<sup>178</sup> para afirmar que a Constituição se limita a estabelecer a competência exclusiva do Superior Tribunal de Justiça para homologar sentença estrangeira. Portanto, essa seria apenas uma regra que define a competência constitucional para o caso, não havendo, contudo, previsão de que toda e qualquer sentença estrangeira devesse ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido defendido pelo Professor Oscar Tenório e esposado por Diniz<sup>179</sup>, caberia à lei ordinária estabelecer a natureza das sentenças que dependeriam de homologação, prestigiando o legislador ordinário, na sua opção política de realizar a construção do ordenamento jurídico nacional, afastando, dessa forma, o alegado impedimento constitucional para a validade do dispositivo revogado da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

Pelo exposto, verifica-se que não há embasamento para o voto proferido na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, ao analisar o Projeto de Lei que acarretou na revogação parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, haja vista que a interpretação dada foi em desacordo com o texto expresso da Constituição Federal. A alteração legislativa também acabou por suprimir garantias dos direitos pessoais, que são baseados nos direitos fundamentais do Estado Brasileiro e cuja falta está sendo reclamada para dar sustentação às questões envolvendo direitos relativos ao estado de pessoas de nacionalidades diversas, no âmbito da justiça.

Para que se exemplifique a necessidade do reconhecimento automático das sentenças que tratam de direitos pessoais, que se constitui numa forma de *adjudicatory comity*, adotando-se a classificação de Calamita já estudada, indo além do que se convencionou chamar de cortesia, será tratado a seguir o artigo do Estatuto da Criança e do Adolescente que disciplina a aplicação direta de sentença de adoção proferida no estrangeiro, independentemente de ser submetida ao juízo de delibação, desde que envolva brasileiro que volte a residir no território nacional e tenha seguido o procedimento previsto no artigo 17 da Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 de junho de 1999.

### 3.2 ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

---

<sup>178</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

<sup>179</sup> DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 401.

Conforme as ideias de Diniz, já expostas, havia casos em que a sentença estrangeira não necessitaria de homologação no sistema jurídico nacional, quando tivesse apenas natureza declaratória do estado da pessoa, despida, portanto, de caráter executório, sendo que esta, por sua vez, necessitaria ser homologada em face dos direitos patrimoniais que envolvessem uma futura ação executiva no território brasileiro.

Contudo, com a reforma operada na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, pela Lei 12.036/09, e a revogação do parágrafo único do artigo 15 dessa Lei, deixou de existir a previsão acerca da possibilidade das sentenças declaratórias do estado das pessoas serem dispensadas do processo de delibação, com base no argumento de que o aludido parágrafo teria sido revogado pelo artigo 483 do Código de Processo Civil, bem como que seria contrário ao disposto no artigo 105, I, i, da Constituição Federal.

Afastadas essas alegações, pelas ponderações, será vista a alteração introduzida no Estatuto da Criança e do Adolescente, no seu artigo 52-B, incluído pela Lei 12.010/09, que resgata a doutrina do *comity* no ordenamento jurídico nacional, na sua forma de *adjudicatory comity*, conforme a classificação exposta de Calamita.

Este novo artigo prevê que a adoção por brasileiro residente no exterior processada em um país ratificante da Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional poderá ser automaticamente recepcionada com o reingresso do nacional no Brasil, desde que tenha obedecido ao trâmite estabelecido no artigo 17, c, desta Convenção.

### **3.2.1 Caput do artigo 52-B do Estatuto da Criança e do Adolescente**

O Brasil foi o primeiro país da América Latina a consolidar um conjunto de regras destinado a proteger e amparar os direitos da Criança e do Adolescente. O Estatuto foi originalmente regulamentado pela Lei 8069/90, que substituiu o modelo da doutrina da situação irregular pelo enfoque da proteção integral, concepção adota da pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembléia Geral da ONU, em 20 de novembro de 1989.

Conforme ensina Araujo, o princípio da proteção do melhor interesse da criança constitui-se em direito fundamental, expressão nacional dos direitos humanos. Esclarece a autora:

*Constitui direito fundamental, protegido pela Constituição, o princípio da proteção do melhor interesse da criança. Seu efeito irradiador atinge todo o sistema jurídico nacional, tornando-se o vetor axiológico a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança. Sua penetração no ordenamento jurídico tem o efeito de condicionar a interpretação das normas legais.<sup>180</sup>*

Com o passar do tempo, os operadores do direito pátrio sentiram a necessidade de proceder a diversas alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entre elas, inseriram, com a edição da Lei 12.010/09, o artigo 52-B, com a seguinte redação:

**Art. 52-B.** *A adoção por brasileiro residente no exterior em país ratificante da Convenção de Haia, cujo processo de adoção tenha sido processado em conformidade com a legislação vigente no país de residência e atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da referida Convenção, será automaticamente recepcionada com o reingresso no Brasil.*

**§ 1º** *Caso não tenha sido atendido o disposto na Alínea “c” do Artigo 17 da Convenção de Haia, deverá a sentença ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.*

**§ 2º** *O pretendente brasileiro residente no exterior em país não ratificante da Convenção de Haia, uma vez reingressado no Brasil, deverá requerer a homologação da sentença estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça.*

Dessa forma, a redação do *caput* do artigo 52-B passou a consolidar o *adjudicatory comity* que, conforme já salientado, vai além da mera cortesia entre nações. A previsão legislativa tem como escopo dar segurança jurídica às relações decorrentes do direito de família, independentemente do local onde tenha sido processada a adoção por nacional brasileiro, mesmo que tenha ocorrido em outro país, desde que, voltando a residir no Brasil, se verifique que a sentença está de acordo com os requisitos elencados no artigo 17, *c*, da Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional<sup>181</sup>.

Primeiro, cabe referir que a redação do artigo vai ao encontro da posição que defende a tese de que as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas não carecem de passar pelo processo de delibação. No caso em análise, deverá, ainda, ser averiguado se elas

<sup>180</sup> ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p 524-5.

<sup>181</sup> A Convenção de Haia Relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional foi promulgada pelo Decreto n.º 3.087, de 21 de junho de 1999. O seu artigo 17 possui a seguinte redação:

“Toda decisão de confiar uma criança aos futuros pais adotivos somente poderá ser tomada no Estado de origem se: a) a Autoridade Central do Estado de origem tiver-se assegurado de que os futuros pais adotivos manifestaram sua concordância; b) a Autoridade Central do Estado de acolhida tiver aprovado tal decisão, quando esta aprovação for requerida pela lei do Estado de acolhida ou pela Autoridade Central do Estado de origem; c) as Autoridades Centrais de ambos os Estados estiverem de acordo em que se prossiga com a adoção; e d) tiver sido verificado, de conformidade com o artigo 5, que os futuros pais adotivos estão habilitados e aptos a adotar e que a criança está ou será autorizada a entrar e residir permanentemente no Estado de acolhida”.

atendem aos requisitos do artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e, na espécie, ao disposto no artigo 17, *c*, da Convenção de Haia citada.

Mesmo que se possa argumentar que as sentenças de adoção não sejam meramente declaratórias do estado da pessoa, filiando-se à concepção que defende a natureza mista das sentenças<sup>182</sup>, que teriam sempre elementos declaratórios, constitutivos e condenatórios, em diferentes níveis, a regulamentação expressa constante do *caput* do artigo 52-B do Estatuto da Criança e do Adolescente resolve qualquer dúvida acerca dessa questão<sup>183</sup>.

Essa alteração legislativa não fere a Constituição Federal, conforme defendido anteriormente, pelo simples fato, vale repisar, de que a previsão constitucional seria apenas acerca da competência do órgão responsável pela homologação de sentença estrangeira, e não disporia sobre a obrigatoriedade de que toda e qualquer sentença estrangeira, seja qual for o seu conteúdo, devesse ser homologada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, a redação dada ao *caput* do artigo 52-B do Estatuto da Criança e do Adolescente está de acordo com o *comity*, haja vista que há a previsão do reconhecimento de sentença proferida em outro país, respeitados os critérios de ordem pública, soberania e os bons costumes nacionais, independentemente de qualquer outro procedimento deliberatório ou de reconhecimento judicial deste ato jurídico<sup>184</sup>.

Importante ressaltar que essa aplicação do *comity* não se dá, como querem fazer crer os defensores do *comity* como matéria de mera cortesia, em razão de um favor de um país em

---

<sup>182</sup> Segundo ALVARO DE OLIVEIRA: “O entendimento tradicional vincula a eficácia da sentença à espécie de tutela jurisdicional concedida à parte, adotando a usual classificação ternária das sentenças em declaratórias (positivas ou negativas), constitutivas (positivas ou negativas) e condenatórias.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *O problema da eficácia da sentença*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – v. 24 – Porto Alegre: UFRGS, 2004, p. 37.

<sup>183</sup> Conforme ZAVASCKI: “A tese segundo a qual apenas sentença condenatória é título executivo, verdadeiro dogma para a maioria da doutrina, é de difícil demonstração. A dificuldade reside, desde logo, na identificação da natureza dessa espécie de sentença. Para Liebman, ‘a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função: em primeiro lugar, declara o direito existente – e nisto ela não difere de todas as outras sentenças (função declaratória); e, em segundo lugar faz vigorar para o caso concreto as forças coativas latentes na ordem jurídica, mediante aplicação da sanção adequada ao caso examinado – e nisto reside a sua função específica, que a diferencia das outras sentenças’”. ZAVASCKI, Teori Albino. *Sentenças declaratórias, sentenças condenatórias e eficácia executiva dos julgados*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul – vol. 23 – Porto Alegre: UFRGS, 2003, p. 222.

<sup>184</sup> Para MARQUES DOS SANTOS: “Não obstante afastarem expressamente a conexão ainda mais estreita como elemento fundamentante da cláusula de exceção – ao contrário do que prevê expressamente o artigo 15 da LDIP suíça - , P. H. Neuhaus e J. Kropholler, na sua proposta, que é um simples alargamento (desmedido) da noção de ordem pública, entendem, no entanto, que a sua fórmula, tal como o artigo 16º da Convenção Relativa à Competência das Autoridades e à Lei Aplicável em Matéria de Proteção de Menores, concluída na Haia em 5.10.1961, permite a exclusão, no caso concreto, da aplicação da regra de conflitos e o recurso, em seu lugar, a uma outra “conexão de substituição” (“Ersatzanknüpfung”), ou, em caso de necessidade, o apelo à *lex fori*, acrescentando que não há qualquer risco de aplicação exagerada do direito estrangeiro, na medida em que o seu afastamento fica na dependência da verificação de uma ofensa “insuportável” (“unerträglich”) à ordem jurídica do foro”. MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria geral*. 1. vol. Coimbra: Almeida, 1991, p. 410.

relação a outro, mas como forma de trazer segurança jurídica e de atender ao princípio do melhor interesse da criança, esculpido como um dos direitos fundamentais da nação brasileira e inserido na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, adotada pela ONU em 1989.

### 3.2.2 *Comity* e adoção no Brasil

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com a sua nova redação dada pela Lei 12.010/09, que se convencionou chamar de Nova Lei da Adoção, cristalizou no Brasil a forma da doutrina do *comity* conhecida como *adjudicatory comity*, de acordo com a classificação de Calamita, supracitada.

Calamita<sup>185</sup> desenvolveu as suas ideias abordando a realidade jurídica na qual ele está inserido, qual seja, o direito norte-americano, escorando suas conclusões, contudo, na teoria desenvolvida por Ulrich Huber e pela Escola Holandesa, bem como nos ensinamentos de Joseph Story. Entretanto, aqui se está tratando de dispositivo legal incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro, que carece de teorização acerca do *comity*, o que não é motivo excepcional, uma vez que mesmo nos Estados Unidos da América a matéria também é pouco estudada e possui abordagens conflitantes, predominando o viés, que se tentou demonstrar insuficiente, que simplifica a questão, colocando o *comity* como mera questão de cortesia entre nações.

No capítulo anterior, salientou-se essa deficiência doutrinária sobre o tema, limitando-se, contudo, o estudo no âmbito da *common law*. Nesse sentido, foi aduzido que Calamita defende que a *common law*, no Século XIX, teria expandido as bases da doutrina do *comity* para uma nova área, o *adjudicatory comity*, momento em que a jurisdição doméstica passou a não reconhecer apenas a aplicação da legislação alienígena, como vinha sendo feito, mas também os atos e decisões praticados em outros Estados<sup>186</sup>.

Segundo o autor, essa necessidade de reconhecimento de sentenças estrangeiras era tratada por Ulrich Huber sempre com a ressalva de que esse ato apenas se daria quando não houvesse prejuízo aos interesses locais<sup>187</sup>. No mesmo sentido era o entendimento dado ao revogado parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pelos defensores desse dispositivo legal. Essas posições podem, por paralelismo, ser aplicadas

---

<sup>185</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 616-7.

<sup>186</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 616-7.

ao artigo 52-B, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, no sentido de que esse reconhecimento da sentença de adoção dar-se-á quando atendido o disposto no artigo 17, *c*, da Convenção de Haia e não houver prejuízo à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional.

Portanto, pode-se considerar que há no ordenamento nacional regra que pode, segundo a classificação adotada por Calamita, ser considerada como uma regra de *adjudicatory comity*, devendo como tal ser tratada. Dessa forma, afasta-se o entendimento de que o *comity* seria uma mera questão de cortesia entre nações, bem como de que o nosso ordenamento jurídico não reconhece a aplicação da doutrina do *comity* no território nacional. No caso, pode ser facilmente constatado que se esta protegendo direitos indisponíveis e fundamentais, quais sejam o direito à filiação, ao nome, à família, com todas as consequências daí advindas, inclusive na esfera patrimonial, o que amplia a possibilidade prevista no antigo parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, que dizia respeito tão-somente às sentenças declaratórias do estado das pessoas.

Na sequência, cabe ainda demonstrar a importância do reconhecimento de sentenças entre os Estados-parte do Mercosul, principalmente no que diz respeito aos direitos decorrentes do estado das pessoas, adotando-se as ideias acerca dos estatutos pessoais e fortalecendo-se os laços entre os países, conforme o exemplo adotado pela Constituição dos Estados Unidos da América e pelas já estudadas *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses*<sup>188</sup>.

O Mercosul tratou de forma consensual o problema do reconhecimento das sentenças entre os seus Estados-partes, quando estatuiu o Protocolo de Las Leñas. Este versa, além de outras questões, da forma como se dá esse reconhecimento entre os membros, sem, todavia, entrar na diferença das diversas formas de sentenças, nem tratar da possibilidade de que algumas sentenças que digam respeito aos direitos indisponíveis ou relativos ao estado da pessoa sejam dispensadas do processo de reconhecimento interno em cada Estado-parte, desde que respeitado, no caso nacional, o artigo 17 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro<sup>189</sup>.

### 3.3 PROTOCOLO DE LAS LEÑAS

---

<sup>187</sup> CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3, p. 629.

<sup>188</sup> Conforme tratado no item 2.1.2 deste trabalho.

<sup>189</sup> Art. 17 - As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Demonstrado que o ordenamento jurídico brasileiro abriga situações nas quais é contemplada a aplicação da doutrina do *comity*, que se refere à aplicação extraterritorial do direito, pelo reconhecimento direto de sentenças proferidas no estrangeiro, sem que se faça necessário o processo de delibação, conforme previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, haja vista não haver obrigação constitucional a esse respeito, mas tão-somente uma regra de determinação de competência, exposta no artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal, passar-se-á a comentar o Protocolo de Las Leñas e a sua tímida regulamentação acerca do reconhecimento de sentenças entre os Estados-partes do Mercosul.

### 3.3.1 Reconhecimento de sentenças nos Estados-partes

Realizado o estudo do revogado parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e do artigo 52-B, *caput*, do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que há a possibilidade de que o nosso ordenamento jurídico tenha abrigado e até mesmo abrigue o *comity* para dispensar algumas sentenças estrangeiras de homologação, o que poderia ocorrer também no âmbito do Mercosul.

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) teve início com a assinatura, em 1991, do Tratado de Assunção, entre Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai, traçando um projeto de integração entre esses países<sup>190</sup>.

Mais adiante, os Estados-partes firmaram o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa, conhecido como Protocolo de Las Leñas, com o objetivo de regular os aspectos referentes à cooperação jurídica intrabloco<sup>191</sup>.

---

<sup>190</sup> Conforme Fradera: “O Mercosul, a exemplo de seu congêneres, o Mercado Comum Europeu, supõe a existência de certas condições para existir e atingir o seu desenvolvimento, a saber, em primeiro lugar, a liberdade de circulação de bens, de serviços e de fatores de produção, mediante a eliminação de direitos alfandegários e de restrições não tarifárias à circulação de mercadorias e toda a sorte de medidas de efeito equivalente. Em segundo lugar, o estabelecimento de uma tarifa comum, a adoção de uma política comercial comum em relação a Estados terceiros e à coordenação das posições nos fóruns econômicos e comerciais da região e nos mercados internacionais”. FRADERA, Vera Maria Jacob de. *Reflexões do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 43.

<sup>191</sup> Segundo Araujo: “O Protocolo de Las Leñas é o mais importante e o mais utilizado documento de cooperação processual do bloco. Estabelece distinção entre ‘atividades de simples trâmite e probatórias’ e ‘reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais’, embora determine que as duas espécies de providências sejam atendidas mediante cartas rogatórias e sempre por intermédio das autoridades centrais. A seguir, distingue os atos processuais que não impliquem execução de decisão judicial, portanto, independam de homologação pelo órgão jurisdicional competente”. ARAUJO, Nadia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e prática brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 295-6.

Segundo Ruiz Díaz Labrano, este é um Protocolo que busca facilitar a justiça a todos os cidadãos e residentes permanentes de um dos Estados-partes nas mesmas condições que os cidadãos e residentes permanentes de outro Estado-parte<sup>192</sup>.

Nesse sentido, a cooperação e assistência previstas no Protocolo se estendem ao reconhecimento e à execução das resoluções e sentenças e dos laudos arbitrais em outro Estado-parte no âmbito de competência do Protocolo (civil, comercial, trabalhista e administrativa). Há, ainda, a previsão da exceção em matéria penal, no cumprimento de sentenças de reparação de danos e de restituição de bens como consequência de ações penais<sup>193</sup>. E aqui se pode observar que a noção de cooperação está relacionada com a doutrina do *comity*, aproximando-se das situações nas quais há a previsão de reciprocidade de reconhecimento de atos judiciais, assentadas em tratados internacionais, conforme já exposto.

O Protocolo dota de eficácia extraterritorial as sentença e os laudos arbitrais, no âmbito dos Estados-partes do Mercosul, desde que observadas certas formalidades, como a tradução ao idioma que se requer a execução e os requisitos dos laudos e sentenças, como a existência do contraditório e a inexistência de litispendência. Também devem ser observados, no caso brasileiro, os requisitos do artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

O capítulo V do Protocolo de Las Leñas trata do reconhecimento de sentenças e de laudos arbitrais. No artigo 20, estão os requisitos para que as sentenças e laudos arbitrais tenham o efeito extraterritorial previsto do Protocolo:

*Art. 20 - As sentenças e os laudos arbitrais a que se refere o artigo anterior terão eficácia extraterritorial nos Estados Partes quando reunirem as seguintes condições:*

- a) que venham revestidos das formalidades externas necessárias para que sejam considerados autênticos no Estado de origem;*
- b) que estejam, assim como os documentos anexos necessários, devidamente traduzidos para o idioma oficial do Estado em que se solicita seu reconhecimento e execução;*
- c) que emanem de um órgão jurisdicional ou arbitral competente, segundo as normas do Estado requerido sobre jurisdição internacional;*
- d) que a parte contra a qual se pretende executar a decisão tenha sido devidamente citada e tenha garantido o exercício de seu direito de defesa;*
- e) que a decisão tenha força de coisa julgada e/ou executória no Estado em que foi ditada;*
- f) que claramente não contrariem os princípios de ordem pública do Estado em que se solicita seu reconhecimento e/ou execução.*

*Os requisitos das alíneas (a), (c), (d), (e) e (f) devem estar contidos na cópia autêntica da sentença ou do laudo arbitral.*

<sup>192</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley S. A., 2010, p. 254.

<sup>193</sup> RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley S. A., 2010, p. 255.

Verifica-se o grande avanço das disposições previstas neste Protocolo ao estabelecer que o pedido de reconhecimento e de execução de sentenças será processado pelas autoridades centrais dos países envolvidos. Entretanto, o artigo 24 restringe a eficácia extraterritorial das decisões judiciais, ao dispor que os procedimentos e a competência para reconhecimento das sentenças serão regidos pela legislação do Estado requerido<sup>194</sup>. Dessa forma, o Protocolo falha ao não estabelecer regras claras acerca do efeito extraterritorial das sentenças.

Conforme se verificou do processo de reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras no território nacional, havia a previsão expressa no artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, sobre a possibilidade de sentenças que apenas declarassem o estado da pessoa produzir efeito sem a necessidade de passarem por um processo de homologação. Essa previsão, embora revogada, era mais abrangente do que a regra existente no Protocolo de Las Leñas.

Também, conforme restou demonstrado, deve ser ponderado o fato de que existe a previsão no Estatuto da Criança e do Adolescente, de acordo com a reforma do seu texto operada no ano de 2009, que passou a contemplar a desnecessidade de homologação da sentença de adoção envolvendo brasileiro que volte a residir no território nacional, desde que respeitado o disposto no artigo 17, *c*, da Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional. Essa regra nacional é mais efetiva na preservação de direitos indisponíveis do que a previsão existente no Protocolo e deveria servir de modelo para que fosse agregado o efeito autoexecutório para outros atos jurídicos emanados de países do Mercosul.

Por fim, não haveria entrave constitucional para o reconhecimento do *adjudicatory comity* em sentenças proferidas no âmbito do Mercosul. Utilizando-se das ideias expostas para a defesa da constitucionalidade do revogado dispositivo legal que dispensava de homologação as sentenças que apenas declarassem direitos da personalidade, não se aplicaria a regra insculpida no artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal para obstar a adoção do *comity* no âmbito do Mercosul, pois essa regra, conforme posição adotada neste trabalho, apenas determina a competência para processar a homologação de sentença estrangeira e não a

---

<sup>194</sup> **Artigo 24** - Os procedimentos, inclusive a competência dos respectivos órgãos jurisdicionais, para fins de reconhecimento e execução das sentenças ou dos laudos arbitrais, serão regidos pela lei do Estado requerido. Disponível em < <http://www.oas.org> >. Acessado em 11/10/11.

necessidade de que toda e qualquer sentença proferida em outro país passe pelo procedimento homologatório.

Portanto, ao menos em relação à legislação brasileira, não haveria motivo para que não fosse determinado o efeito extraterritorial das sentenças proferidas nos Estados-partes do Mercosul, respeitadas as matérias e os requisitos formais necessários.

Nesse sentido, será demonstrado a seguir como essa deficiência no reconhecimento do *comity*, que seria a efetividade das sentenças nos Estados-parte do Mercosul, respeitadas as matérias elencadas no Protocolo de Las Leñas, coloca em risco a própria efetividade do Mercosul, traçando-se um paralelo com a realidade existente nos Estados Unidos da América, no período do *Antebellum*.

### **3.3.2 Adjudicatory comity como fator de integração no Mercosul**

Conforme exposto neste estudo, a questão do reconhecimento de sentenças entre os diversos Estados norte-americanos, principalmente quando envolvia a libertação de escravos, no período anterior à Guerra da Secessão, conhecido como período *Antebellum*, foi responsável pela maior crise que ameaçou a própria existência dos Estados Unidos da América como nação. Essa crise institucional deu início ao movimento de independência dos Estados do Sul, que chegaram a criar a sua própria constituição confederada, mas acabaram sucumbindo em face da força dos Estados no Norte, culminando com ato do Presidente Abraham Lincoln que aboliu a escravidão.

A crise norte-americana aconteceu mesmo havendo previsão constitucional expressa sobre o reconhecimento dos atos entre os Estado da federação nas cláusulas conhecidas como *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses*, que são regras de *comity* existentes na Constituição dos Estados Unidos da América. Cabe ressaltar, mais uma vez, que essas cláusulas são de difícil aplicação mesmo nos Estados Unidos da América, conforme já defendido, haja vista as deficiências acerca da compreensão da doutrina do *comity*, cujo entendimento majoritário se limita a estudar o instituto a partir do caso *Hilton v. Guyot*, e restringindo, ainda, a não mais que um parágrafo da decisão do caso<sup>195</sup>.

Transpondo-se essa experiência histórica para a realidade do Mercosul<sup>196</sup>, mesmo que não se trate de um Estado federado, mas tão-só da união de países no âmbito regional,

---

<sup>195</sup> Conforme já estudado no Capítulo 2 desta dissertação.

<sup>196</sup> Segundo Jaeger Junior, ao falar sobre o Tratado de Assunção: “Já o Mercosul, por ele instituído, devido às suas particularidades de método, trata-se de uma nova espécie de processo de integração e o direito dele

que, segundo o entendimento doutrinário, estaria atualmente na fase de união aduaneira imperfeita<sup>197</sup>, há a necessidade de que as sentenças proferidas nos Estados-parte sejam reconhecidas nos demais Estados-parte do Mercosul, respeitadas as matérias elencadas no Protocolo de Las Leñas. O *adjudicatory comity* é condição essencial para que se efetive a proposta de um mercado comum, com a existência das liberdades fundamentais, em especial a que diz respeito à circulação de pessoas, a previsão de aplicação da doutrina do *comity*, com a validade dos atos judiciais nas diversas ordens jurídicas envolvidas.

Essa necessidade é reforçada pelo fato de que já há uma construção história, que remonta à Escola Estatutária Italiana, sobre as sentenças declaratórias do estado das pessoas, e a liberdade de circulação de bens. Também, existe a regulamentação, ainda que de uma forma tímida, sobre a aplicação da doutrina do *comity* no âmbito do Mercosul, uma vez que está previsto o reconhecimento e a execução de sentenças no Protocolo de Las Leñas, quando trata das sentenças cíveis<sup>198</sup>.

Conforme salientado, se o *comity* é um instituto fundamental para que exista segurança jurídica nas relações entre Estados, com mais motivo é imperativo o seu respeito no âmbito de um conjunto de países que buscam firmar laços mais estreitos e conquistar a integração regional.

Talvez o que tenha impedido que o Protocolo de Las Leñas fosse mais ousado na adoção de critério de atribuição de efeito extraterritorial às sentenças proferidas no âmbito dos participantes do Mercosul foi a amplitude de matérias previstas, não se limitando aos casos envolvendo o estado das pessoas, que seria um primeiro passo para esse reconhecimento do *adjudicatory comity*.

A conveniência de se atribuir efeito direto as sentenças que tratam do estado das pessoas no âmbito do Mercosul decorre do fato de que essas decisões envolvem situações decorrentes do direito de família, como a adoção. Também possuem imediata relação com o

---

emergente, que por si só é um modelo novo de direito, é tido como formador de um novo ramo: De fato, a assinatura desse tratado representou o estabelecimento de uma nova era na busca pela integração. Ele, em si, permitiu a vinculação contratual à luz do Direito Internacional Público entre países para a fundação de um mercado comum e é a pedra fundamental para o processo de integração". JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 61-2.

<sup>197</sup> JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTR, 2006, p. 543.

<sup>198</sup> Artigo 18 - As disposições do presente Capítulo serão aplicáveis ao reconhecimento e à execução das sentenças e dos laudos arbitrais pronunciados nas jurisdições dos Estados Partes em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa, e serão igualmente aplicáveis às sentenças em matéria de reparação de danos e restituição de bens pronunciadas na esfera penal. Disponível em < <http://www.oas.org> >. Acessado em 11/10/11.

respeito aos direitos humanos, a livre circulação de pessoas e o desenvolvimento histórico do *comity*, desde o surgimento da Escola Holandesa.

Se o Brasil passou a contemplar, no Estatuto da Criança e do Adolescente, o respeito ao processo de adoção envolvendo brasileiro no exterior que volte a residir no país, com base na Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, não se justifica que não exista uma disciplina própria em relação aos Estados-partes do Mercosul.

Da mesma forma, nas demais questões envolvendo o direito de família, como o divórcio e o direito a alimentos conquistado em Estados-partes do Mercosul, deveria haver a dispensa da homologação de sentença, conforme defendido quando demonstrado o equívoco do ato legislativo nacional que revogou o parágrafo único artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro.

A escolha pelo Mercosul de cláusulas semelhantes às existentes na Constituição dos Estados Unidos da América, *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses*, respeitando-se a diversidade das situações políticas existentes entre as duas formas de união de Estados, sendo aquele um processo de integração regional e este uma confederação, resolveria a questão, facilitando-se o respeito e o entendimento entre os países.

Saliente-se que, mesmo que se optasse por essa solução, sempre se deve observar os requisitos elencados no artigo 17 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, quais sejam, o respeito à ordem pública, à soberania e aos bons costumes, elementos reconhecidos internacionalmente como circunstâncias nacionais que se opõem ao reconhecimento de um ato de soberania estrangeiro.

Por fim, o entendimento de que o artigo 105, I, *i*, da Constituição Federal não é uma regra que obriga a homologação de toda e qualquer sentença estrangeira, mas sim uma regra que estabelece a competência para processar e julgar os casos em que esta homologação seja necessária, já abre a porta para que se interprete o Protocolo de Las Leñas com base na doutrina do *comity*, ou, mais especificamente, do *adjudicatory comity*, seguindo os ensinamentos de Calamita, já expostos, possibilitando que as sentenças proferidas no âmbito do Mercosul, nas matérias expressas no seu artigo 18, possam produzir efeitos no território brasileiro.

Feitas essas ponderações acerca da evolução histórica do *comity*, da sua importância no ordenamento jurídico nacional, com a demonstração da forma equivocada com que foi revogado o parágrafo único do artigo 15 da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, da importância da reforma efetuada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 2009, com a

inclusão do artigo 52-B, que dispensa de homologação as sentenças de adoção envolvendo brasileiros residentes no exterior que voltem a residir no país, respeitado o disposto no artigo 17, c, da Convenção de Haia relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, bem como verificada a possibilidade de que as sentenças proferidas no âmbito do Mercosul, envolvendo os direitos relativos ao estado da pessoa, possam produzir efeitos no território nacional, independentemente de homologação, considera-se respondida a pergunta secundária proposta na introdução deste trabalho: Qual o entendimento que se tem acerca da doutrina do *comity*.

No próximo capítulo, passar-se-á a tratar da a tratar dos casos em que a doutrina do *comity* foi utilizada na proteção internacional das obras de arte, e se a sua aplicação nos casos concretos foi na busca de uma solução mais justa para as partes envolvidas, respondendo-se a pergunta principal deste estudo, ou seja, se o *comity* pode ser utilizado de forma como instrumento de obtenção de justiça na proteção internacional das obras de arte, fazendo-se, inicialmente, uma introdução histórica acerca do tema.

## **4 PROTEÇÃO INTERNACIONAL DAS OBRAS DE ARTE E *COMITY***

Como visto, esta dissertação pretende verificar se a utilização da doutrina do *comity* na resolução dos casos envolvendo a proteção internacional das obras de arte pode ser um fator de obtenção de justiça, com a escolha da legislação aplicável, inclusive com a opção pelo foro mais adequado para processar e julgar a demanda.

Para responder a esta questão, foi necessária uma exposição acerca do *comity*, desde o seu surgimento, com a Escola Holandesa, passando pelo direito norte-americano, pelo ordenamento jurídico nacional e pela realidade do Mercosul. Essa primeira parte foi necessária em face da falta de material, tanto nacional como internacional, sobre a doutrina do *comity*. Entretanto, após esse estudo prévio, já é possível se passar à possibilidade de análise da aplicação desta doutrina na proteção internacional das obras de arte.

Dessa forma, na sequência, serão tratados os conceitos de patrimônio cultural, de bem cultural e de obra de arte, bem como dispositivos legais e casos judiciais que envolveram questões de direitos decorrentes da circulação de obras de arte, versando sobre a determinação da titularidade do bem, com a discussão da aplicação da doutrina do *comity* na resolução dos conflitos.

### **4.1 CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES**

Inicialmente, impõe-se a abordagem de questões preliminares como o desenvolvimento histórico da noção de patrimônio cultural, a tentativa de elaboração legislativa de um conceito de bem cultural e obra de arte, a análise da Diretiva 93/7 da Comunidade Europeia, que se ocupa das questões envolvendo a restituição de bens culturais, como exemplo de texto legislativo que cuida da aplicação do *comity* na proteção desses bens em âmbito comunitária.

#### **4.1.1 Surgimento e desenvolvimento do conceito de patrimônio cultural**

O surgimento da noção de patrimônio cultural aconteceu em paralelo à transição da dominação do Império Romano para a nova organização política mundial. Foi nesse período

com surgiu a preocupação da Igreja Católica em resgatar os valores sobre os quais se estabeleceu o cristianismo.

Inicialmente, o processo de separação do Império Romano em dois, bem como a ascensão do regime feudal e a fragmentação do poder político, gerou um decréscimo na influência mundial da importância da cultura romana, com a valorização do poder da igreja e a imposição das suas crenças e imaginário. Contudo, esse modelo baseado na ascensão dos valores sacros passou por um período de declínio na Idade Média, o que ocasionou o resgate do passado greco-romano, como forma de colocar em destaque os símbolos ligados à ascensão do poder da igreja. Assim, surgiu a necessidade de preservação e restauração dos bens culturais da civilização antiga, com a sua catalogação e especialização.

Nesse período, as igrejas ostentavam o *status* de templos antigos, abrigando um conjunto de bens considerados preciosos, como cruzeiros, relicários, relíquias de santos etc. Com o reconhecimento desse universo de objetos e da sua importância como forma de preservação e transmissão de valores, começou a surgir a noção de conjunto de bens que provocavam a admiração das pessoas. Foi atribuída a esses objetos a possibilidade de servirem de ligação com a divindade, dando início à ideia, ainda que de uma forma muito incipiente, de patrimônio cultural, como conhecemos hoje<sup>199</sup>. Dentro desse universo patrimonial, podiam-se distinguir as coleções do Norte (em especial as alemãs), devotadas ao sobrenatural, ao demoníaco e a superstições, bem como as da Itália, consagradas à Antiguidade.

Esse movimento de valorização do patrimônio cultural, como forma de preservação da história dos valores passados e a busca pelo grandioso e pelo não-comum, engendrou o gosto pelas coleções ecléticas e eruditas e a procura pelo maravilhoso, precioso, raro, ou monstruoso, que se generalizou do final do Século XV ao Século XVI<sup>200</sup>.

Segundo Joseph Story, quando ocorreu o declínio do Império Romano, o mundo cristão era dividido em diversas soberanias, sem que houvesse um comando comum ou uma política civil única<sup>201</sup>. As invasões dos povos bárbaros do Norte, o estabelecimento do sistema

<sup>199</sup> POULOT, Dominique. *Patrimoine et musées: l'institution de la culture*. Paris: Hachette, 2001, p. 10-1.

<sup>200</sup> POULOT, Dominique. *Patrimoine et musées: l'institution de la culture*. Paris: Hachette, 2001, p. 10-1.

<sup>201</sup> Segundo Habermas: “A história do surgimento do Estado nacional reflete-se na história do conceito de ‘nação’. Entre os romanos, ‘natio’ é a deusa da origem e do nascimento. Ao contrário da ‘civitas’, a ‘natio’, do mesmo modo que ‘gens’ e ‘populus’, refere-se a populações (muitas vezes “selvagens”, “bárbaras” ou “pagãs”) que ainda não se organizaram em associações políticas. Segundo este uso clássico, as nações são comunidades que têm a mesma origem, sendo integradas, do ponto de vista geográfico, através de colônias e da vizinhança, e, do ponto de vista cultural, através da linguagem, dos costumes e de tradições comuns; porém ainda não se encontram integradas politicamente através de uma organização estatal. A ‘nação’ mantém este significado durante a Idade Média. No Século XV, ela se introduz nos idiomas populares. O próprio Kant afirma: ‘A massa que se reconhece unida através da descendência comum, formando uma totalidade civil, deve ser chamada nação (gens)’. Porém, no início da modernidade, surge um novo uso: a nação como titular de soberania. As corporações

feudal na Idade Média e o espírito militar presente nas Cruzadas abalaram as atividades comerciais, submetendo os direitos privados e, em especial, os relativos aos contratos, ao julgo despótico dos mais poderosos<sup>202</sup>.

Com a guerra, aconteciam as pilhagens, quando os vitoriosos saqueavam e se apoderavam dos bens dos inimigos derrotados<sup>203</sup>. Esse comportamento era adotado desde a Antiguidade e perdura, de certa forma, até os dias atuais<sup>204</sup>. Siehr<sup>205</sup> comenta que o saque, a captura e o contrabando de bens dos vencidos em conflitos armados é uma realidade desde os tempos da antiguidade até os dias atuais. As coleções de arte, que são exibidas em todo o mundo, muitas vezes possuem obras de procedências ilícitas, sendo que essa informação não é disponibilizada ao público. Em 70 D.C., os romanos destruíram o Templo de Jerusalém e roubaram a menorá<sup>206</sup> do templo. Parte dessas pilhagens pode ser vista em Roma, como relevo dentro do Arco de Titus no Fórum Romano. Da mesma forma, os obeliscos egípcios em Roma, Paris e Londres servem para lembrar as conquistas européias no Egito, nos tempos antigos e modernos. Muitos tesouros de Veneza, incluindo os “Cavalos de São Marcos”, evidenciam as pilhagens dos cavaleiros que lutaram as guerras conhecidas como cruzadas, na idade média, e da marinha veneziana em Constantinopla em 1204. A mundialmente famosa biblioteca “Palatina”, em Heidelberg, foi obtida durante a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) em 1623. O Comandante das tropas do Rei Gustav Adolf, da Suécia, quando saqueou a cidade de Praga, em 1648, apropriou-se do Codex Argenteus, a Bíblia de Wulfilas em Uppsala, que se tornou parte da biblioteca do Museu Histórico de Berna. Durante a Segunda Guerra Mundial, por exemplo, os bens dos judeus foram confiscados pelos nazistas, dando origem, com o final do conflito, a uma série de medidas tendentes à devolução desses bens aos seus proprietários de direito<sup>207</sup>, como será tratado mais adiante.

---

representam a ‘nação face ao rei’. E desde meados do século XVIII, ambos os significados, o de ‘nação’, no sentido de uma comunidade que tem a mesma origem e o de ‘povo de um Estado’, se entrelaçam. Com Sieyès e a Revolução Francesa, a ‘nação’ se transforma na fonte da soberania do Estado. A partir daí, cada nação deve ter o direito à autodeterminação política. O complexo étnico cede, pois, o lugar à comunidade democrática intencional”. HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. V. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 282.

<sup>202</sup> STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834, p. 4.

<sup>203</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours*. t. 243 Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 109-10.

<sup>204</sup>

<sup>205</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 109.

<sup>206</sup> Candelabro sagrado, com sete braços, um dos símbolos do antigo templo judeu de Jerusalém. *O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3ª. Ed. Editora Positivo, 2004, versão eletrônica.

<sup>207</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 110.

O movimento iniciado com o resgate dos valores clássicos, com a circulação de bens e com a resolução de conflitos entre leis surgidas entre Estados distintos, também ocorreu em relação às questões culturais<sup>208</sup>. A sinalização clara acerca da importância de conservação dos bens e dos monumentos antigos, que sofriam com a depredação, na busca de materiais, como o mármore, para serem utilizados em novas obras, foi o surgimento de diversos textos criando restrições à reutilização de materiais de construções pertencentes ao período do Império Romano.

Já o processo de formação da identidade cultural dos Países Baixos, berço onde nasceu a doutrina do *comity*, iniciou-se na Idade Média, quando o cristianismo dominava o discurso oficial e os valores da época. Um governo unitário foi o único instrumento capaz de se sobrepôr ao poder da religião como forma de integrar as sete províncias que compunham a União dos Países Baixos. Esta União formava uma verdadeira confederação composta política, e sociologicamente falando, de sete diferentes soberanias, cada uma com a sua economia, sua cultura e seus dialetos próprios. Entretanto, a identidade cultural era o elemento comum, unificador de situações diversas, responsável pelo fortalecimento do novo Estado, como a lendária tribo dos *Batavians*, que vivia na fronteira com a Germânia, e era apontada como um polo de resistência à dominação romana<sup>209</sup>.

Por outro lado, mesmo que a fraude e o roubo envolvendo obras de arte tenham sempre sido proibidos, o direito à pilhagem em tempos de guerra era uma exceção. Entretanto, o início de restrições ao comércio internacional de obras de arte ou à exportação irregular de bens culturais são frutos desse período da História, passando a ter previsão nos comandos religiosos, nas escrituras santas e nos livros de direito canônico.

A primeira previsão para a proteção do patrimônio cultural parece estar na Bula Papal *Cum Almam Nostram Urbem*, do Papa Pio II (Eneas Silvio de Piccolomini), publicada em 28 de abril de 1462, que proibia a demolição ou parcial destruição de monumentos e de construções antigas, tanto públicas como particulares. Porém, é altamente improvável que essa regra tenha sido editada para preservar o patrimônio nacional ou incentivar a educação pública, como valores *per se*, mas o mais provável é que ela tenha surgido para restringir o

---

<sup>208</sup> Nesse sentido, Erik Jayme estabelece uma relação entre a liberdade de comércio, que ele considera a terceira característica do que ele chama de direito internacional privado atual, e o comércio internacional de obras de arte. JAYME, Erik. *Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: La Protection de la Personne Humaine face à la Globalisation. Cours Général de Droit Privé. Recueil des Cours.* t. 282. Haia: Martinus Nijhoff, 2000, p. 29.

<sup>209</sup> MEER, Frits M. Van der, and RAADSCHELDERS, Jos C. N. *Service of Dutch National Identity: The Discovery, Governancer and Maneggement of Historical na Cultural heritage. A Comparative Report.* S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008, p. 132.

movimento de demolição e destruição das obras de arte e dos monumentos antigos, que eram o retrato da época de esplendor do catolicismo. Essa posição foi reforçada, em 1474, pelo Papa Sixto IV, ao editar a sua Bula *Cum Provida*, que proibia a venda de monumentos e ornamentos pertencentes às igrejas romanas<sup>210</sup>.

Também para impedir o rápido desaparecimento dos restos do Império Romano, surgiu a famosa Bula do Papa Leo X, em 1515, que teria servido de inspiração ao pintor renascentista Raphael, considerado o primeiro Prefeito das Antiguidades (*Prefetto delle Antichità*) da cidade de Roma, e a Baldassar Castiglione, autor do livro “*The Book of the Courtier*” (*Il Cortegiano*). O documento papal foi escrito logo após Raphael iniciar o trabalho de mapeamento da cidade de Roma antiga (*Antiquarian*)<sup>211</sup>, para que fossem registradas as construções antigas ainda existentes, e para restaurá-las, ainda que apenas no seu esboço em papel, recuperando o esplendor perdido. O pontífice assinala na referida Bula, com pesar, que: “*quase el cadavero di quella nobil patria, che é stata regina del mondo, cosi miseramente lacerato*”. Ele expressa, dessa forma, o desejo de preservar a memória da Roma Antiga. Raphael, por sua vez, exorta o pontífice a assegurar que: “*quello poco che resta di questa anticha madre de la gloria e grandezza italiana ... non sii estirpato e guasto dalli maligniet et ignorant*”<sup>212</sup>.

Da época anterior à assinatura da Paz de Vestfália é o caso da *Bibliotheca Palatina*, já referida, transferida, em 1623, de Heidelberg para Roma, sendo que essa transferência, ocorrida durante a Guerra dos Trinta Anos (1618-1648), foi realizada com base na aceitação do costume internacional da pilhagem de guerra. Saliente-se que esse patrimônio fez parte de uma exposição na cidade de Heidelberg, para a comemoração dos 600 anos da Universidade de Heidelberg, sendo emprestada pelo Vaticano, e tendo retornado com segurança para Roma. Durante a estada em Heidelberg, a *Bibliotheca Palatina* foi objeto de uma medida judicial acautelatório, para que ficasse retida na cidade onde estava ocorrendo a exposição, não tendo

<sup>210</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours.* t. 243. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 162.

<sup>211</sup> Interessante notar, como bem salientado por Erik Jayme, que o processo de criação da União Europeia provocou em países como a França e a Itália um movimento que ele chamou de “*crise de identidade nacional*” fazendo com que esses países inventariassem os seus monumentos e suas riquezas artísticas, com o objetivo de preservar a sua memória. JAYME, Erik. *Le Droit International Privé du Nouveau Millénaire: La Protection de la Personne Humaine face à la Globalisation. Cours Général de Droit Privé. Recueil des Cours.* t. 282. Haia: Martinus Nijhoff, 2000, p. 35.

<sup>212</sup> LEVI, Donata. *The Administration of Historical Heritage. The Italian Case. National Approache to the Governance of Historical Heritage over time. A Comparative Report.* S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008, p. 103.

sido, contudo deferido o pedido<sup>213</sup>. O conjunto foi devolvido a sua cidade de origem, sem maiores transtornos.

Nesse período, havia um grande comércio legal de obras de arte e bens culturais, que já colocavam o problema do efeito extraterritorial dos respectivos contratos de compra e venda, como ocorria em relação às demais áreas do comércio internacional. Um exemplo da circulação lícita das obras de arte é o que ocorreu com Leonardo da Vinci, que levou a sua obra Mona Lisa, de forma lícita, para a França, em 1516, ao ser convidado pelo Rei da França, Frances II, para ficar na cidade de Chambord. A validade da venda do quadro da Mona Lisa por Leonardo da Vinci para o Rei francês foi reconhecida no início do Século XX, quando a tela foi devolvida à França depois de ter sido roubada por um italiano<sup>214</sup>.

Dessa forma, o incremento das relações comerciais entre pessoas pertencentes a ordenamentos jurídicos diversos, surgido no final da Idade Média, com o Renascimento, acompanhou o desenvolvimento da criação da noção de patrimônio cultural, impondo às operações realizadas com bens culturais os mesmos problemas envolvendo o conflito de leis decorrentes das relações comerciais ordinárias. Ao mesmo tempo, havia uma preocupação especial na proteção das obras de arte, dando ensejo ao surgimento de regras de restrição à exportação de determinados bens.

Entretanto, com os valores decorrentes do Renascimento, a situação das relações internacionais se alterou consideravelmente, principalmente após a independência dos Países Baixos e a celebração da Paz de Vestfália. Essa transição da Idade Média para a Idade Moderna, passando pelo Renascimento, é o ambiente no qual surge e se desenvolve a Escola Holandesa e a doutrina do *comity*, conforme já tratado, deixando marcas na legislação que cuida da proteção internacional das obras de arte.

Numa perspectiva mais contemporânea, existe a Convenção de 1907<sup>215</sup>, concernente às leis e costumes da guerra em terra, que instituiu pela primeira vez um embrião de proteção internacional para os prédios consagrados às artes e às ciências, bem como para os monumentos históricos. A Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em caso de conflito armado, de 1954, por sua vez, buscou salvaguardar e assegurar o respeito pelos bens

---

<sup>213</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours.* t. 243. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 120.

<sup>214</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours.* t. 243. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 152.

<sup>215</sup> Conforme Siehr: “O artigo 27 da Hague Regulations de 1907 protegia os monumentos históricos e as convenções subsequentes fizeram o mesmo. Foi sentida a necessidade de mais atenção à salvaguarda da propriedade cultural. Em 1929 Nicolas de Roerich de Nova York sugeriu a preparação de uma Copnvenção internacional para proteção das instituições artísticas e científicas, missões e coleções”. SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours.* t. 243. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1994. p.103.

móveis ou imóveis que sejam de grande importância para o patrimônio cultural dos povos, de qualquer origem ou proprietário. A salvaguarda implica na adoção pelo Estado, em cujo território o bem cultural se encontra situado em tempo de paz, de todas as medidas necessárias à sua proteção.

Em relação à ONU, Cees Hamelink<sup>216</sup> comenta que “durante as discussões que precederam a adoção da carta constituinte, em 1945, muitos países latino-americanos propuseram a inclusão de direitos culturais, o que não foi aceito naquele momento, mas em 1948 uma referência aos direitos culturais foi incluída nos artigos 22 e 27 da Declaração Universal dos Direitos do Homem. O artigo 22 dispõe que todos são elegíveis à realização dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis para sua dignidade e o livre desenvolvimento de sua personalidade. O artigo 27 dispõe que “todos têm o direito a participar livremente da vida cultural da comunidade”.

Em 1966, a Assembleia Geral da ONU adotou a Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e os direitos culturais foram estabelecidos nos artigos 1 e 15. A UNESCO se tornou a agência da ONU especializada na proteção desses dispositivos. Nas últimas décadas, produziu muitos instrumentos relevantes que tratam dos direitos culturais<sup>217</sup>.

Em 1970, na cidade de Paris, foi firmada a Convenção da UNESCO sobre medidas que devem ser adotadas para impedir a importação e a transferência de propriedades ilícitas de bens culturais em tempos de paz. Segundo Fuentes Camacho<sup>218</sup>, essa Convenção faz importantes avanços em relação à Convenção de Haia, de 1954. Embora também existam deficiências, Fuentes Camacho aponta como um fator importante o pagamento de uma justa indenização pelo Estado requerente à pessoa que tenha adquirido o bem de boa-fé ou possua legalmente o bem, ou os bens, que devam ser restituídos. Segundo ele, por contraditório que pareça, essa é uma das principais críticas dos países tradicionalmente “exportadores” de bens culturais, pois a maioria não possui condições econômicas para pagar os altos preços do mercado de arte. Também o Estado de procedência deverá arcar com todos os gastos

---

<sup>216</sup> HAMELINK, Cees. *Direitos Humanos para a sociedade da Informação* in MARQUES DE MELO, J. & SAQTTLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*, SBC, UESP, 2005, p. 103-151

<sup>217</sup> <sup>217</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 101-7.

<sup>218</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar. 1993, pp. 255 e 256.

ocasionados com a restituição, sendo seu, também, o ônus de provar que o bem fazia parte do acervo da instituição da qual foi roubado<sup>219</sup>.

Em 1972 foi aprovada a Convenção da UNESCO Relativa à Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, para complementar a convenção também da UNESCO, de 1970. Estabelece um sistema de cooperação internacional para apoiar as partes que necessitem de recursos para conservar e identificar seu patrimônio cultural e natural, determinando a criação de um inventário internacional dos bens do patrimônio cultural e natural de especial importância<sup>220</sup>. Em 28 de novembro de 1978, a UNESCO adotou a Recomendação para a Proteção da Propriedade Cultural Móvel. Essa Recomendação aconselha a preparação sistemática de inventários e catálogos de bens culturais, demonstrando a necessidade de cooperação internacional, e enumera todos os meios potenciais de proteger a propriedade cultural.

Por fim, em 1995, o UNIDROIT consolidou sua Convenção, buscando aperfeiçoar e suprir as falhas existentes até aquele momento, na proteção internacional dos bens culturais e das obras de arte e, também em 1995, a UNESCO recebeu o relatório da Comissão Mundial sobre Cultura e Desenvolvimento, intitulado “Nossa Diversidade Criativa” (Our creative diversity), o qual propôs uma agenda de ações sobre os direitos culturais. Em 02 de novembro de 2001, a 31ª Conferência Geral da UNESCO adotou a Declaração Universal de Diversidade Cultural.

#### **4.1.2 Bem cultural e obra de arte**

Para se chegar ao conceito, ou a algo próximo de um conceito, de bem cultural e obra de arte é necessário, antes, encontrar-se uma definição de cultura, pois se considerará bem cultural como individualização da cultura num objeto de arte merecedor de proteção, tanto nacional como internacional.

De acordo com Ortiz<sup>221</sup>, cultura é a conseqüência de nossas tentativas, coletivas e históricas, de nos relacionarmos com as contradições, as ambiguidades, e a complexidade da

---

<sup>219</sup> Siehr declara-se em dúvida quanto a ter sido, ou não, uma boa escolha da UNESCO incluir o problema da propriedade cultural roubada na Convenção de 1970. Considera que o tráfico de obras de arte através das fronteiras é, também, uma atividade ilegal, sendo suficiente a inclusão da exportação e da importação ilícitas. As disposições da Convenção sobre peças de arte roubadas, na prática, apenas reproduziria regras já existentes nos Estados-partes. SIEHR, Kurt. *International Art Trade and the Law*. Recueil des Cours. t. 243. Haia : Martinus Nuhoff, 1994, p. 104.

<sup>220</sup> BISCHOFF, James L. *A Proteção Internacional do Patrimônio Cultural*. In Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 24. Porto Alegre: Editora Sulina, 2004, p. 205.

<sup>221</sup> ORTIZ, Renato. *Mundialização e Cultura*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003, p. 26

realidade sócio-política de um sistema particular. Uma cultura mundializada corresponde a uma civilização cuja territorialidade se globalizou, sem significar, contudo, homogeneidade.

Não há uma definição única para bem cultural. As normas internacionais que tratam da proteção dos bens culturais enfrentam a difícil tarefa de criar uma definição. Na Convenção de Haia para a Proteção dos Bens Culturais em Caso de Conflito Armado, adotada em 14 de maio de 1954, que entrou em vigor na ordem internacional em 7 de agosto de 1956, é encontrada a seguinte definição:

*Para fins da presente Convenção são considerados como bens culturais, qualquer que seja a sua origem ou o seu proprietário: a) Os bens, móveis ou imóveis, que apresentem uma grande importância para o patrimônio cultural dos povos, tais como os monumentos de arquitetura, de arte ou de história, religiosos ou laicos, ou sítios arqueológicos, os conjuntos de construções que apresentem um interesse histórico ou artístico, as obras de arte, os manuscritos, livros e outros objetos de interesse artístico, histórico ou arqueológico, assim como as coleções científicas e as importantes coleções de livros, de arquivos ou de reprodução dos bens acima definidos; b) Os edifícios cujo objetivo principal e efetivo seja de conservar ou de expor os bens culturais móveis definidos na alínea a, como são os museus, as grandes bibliotecas, os depósitos de arquivos e ainda os refúgios destinados a abrigar os bens culturais móveis definidos na alínea a, em caso de conflito armado; c) Os centros que compreendam um número considerável de bens culturais que são definidos nas alíneas a e b, os chamados ‘centros monumentais’”<sup>222</sup>.*

Essa Convenção foi a primeira a adotar um conceito para bem cultural, sendo utilizado, posteriormente, por outros tratados internacionais.

A Convenção do UNIDROIT Sobre os Bens Culturais Roubados ou Ilicitamente Exportados, firmada na cidade de Roma em 24 de junho de 1995, considera bens culturais os que, por razões religiosas ou profanas, possuem importância para a arqueologia, a história, a literatura, a arte ou a ciência, e que pertencem a alguma das categorias enumeradas no anexo à Convenção. No anexo, encontra-se a seguinte lista:

*a) Coleções e espécimes raros de zoologia, botânica, mineralogia, anatomia, objetos que tenham interesse paleontológico; b) Os bens que digam respeito à história, inclusive à história das ciências e da técnica, à história militar e social, bem como à vida dos dirigentes, pensadores, sábios e artistas nacionais, e dos fatos de importância nacional; c) O produto de escavações arqueológicas (regulares e clandestinas), e de descobertas arqueológicas; d) Os elementos provenientes do desmembramento de monumentos*

<sup>222</sup> Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em < <http://www.direitoshumanos.usp.br/>>. Acessado em 06/05/07.

*artísticos ou históricos e de sítios arqueológicos; e) Objetos de antiguidade tendo mais de cem anos de idade, tais como inscrições, moedas e selos gravados; f) O material etnológico; g) Os bens de interesse artístico, tais como: i) Quadros, pinturas e desenhos feitos inteiramente à mão, sobre qualquer base e em todos os materiais (exceto os desenhos industriais e os artigos manufaturados à mão); ii) Produções originais da arte da estatuária e da escultura, em todos os materiais; iii) Gravuras, estampas e litografias originais; iv) Agrupamentos e montagens artísticas originais em todos os materiais; h) Manuscritos raros e iconografia, livros antigos, documentos e publicações de interesse especial (histórico, artístico, científico, literário, etc.), isolados ou em coleções; i) Estampilhas postais, estampilhas fiscais e artigos análogos, isolados ou em coleções; j) Arquivos, inclusive os arquivos fonográficos, fotográficos e cinematográficos; k) Objetos de mobiliário com mais de cem anos de idade e instrumentos musicais antigos*<sup>223</sup>.

Também para Fuentes Camacho<sup>224</sup> não há uma definição uniforme para bem cultural, sendo que os instrumentos internacionais que de alguma forma tratam da proteção desses bens, oferecem definições que variam em função de seus objetos e abrangência, sendo que o método de enumeração aparece como complementar ao de categorização, levando os textos a apresentarem uma tendência ao maximalismo, cujo fundamento último reside na impossibilidade de se encontrar uma definição geral satisfatória.

Essa solução, segundo o autor, apresenta dois inconvenientes: de um lado, a pretensão de exaustividade dessas listas, que têm caráter apenas exemplificativo, nunca chegará a se satisfazer plenamente em razão da possibilidade de aquisição de um posterior valor cultural por outros bens distintos dos enumerados nos referidos instrumentos, sendo suscetíveis de ampliação no futuro; de outro, tais enumerações são, sem dúvida, suficientemente amplas e ambíguas para fazer com que os países “importadores” de bens culturais fiquem receosos em ratificá-los.

Fuentes Camacho<sup>225</sup> considera que um dos elementos para se qualificar um bem como cultural é a sua antiguidade, que se desdobra em variantes distintas, suscetíveis de aplicações exclusivas, alternativas ou cumulativas, ou seja, eles devem possuir um número mínimo de anos e data de criação precisa, ou estarem relacionadas a um momento histórico ou a uma civilização concreta. Dentre os bens antigos, merecem especial menção os que são

<sup>223</sup> Convenção da UNIDROIT sobre Bens Culturais Furtados ou Ilicitamente Exportados, concluída em Roma, em 24 de junho 1995. Promulgada pelo Decreto n.º 3.166 de 14/09/99. Acessado em 06/09/07. Disponível em [http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos\\_acordos/46.pdf](http://www.mj.gov.br/drci/cooperacao/Acordos%20Internacionais/novos_acordos/46.pdf)

<sup>224</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar, 1993. p. 39.

<sup>225</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar. 1993. p. 48.

produtos de escavações arqueológicas, pelo tratamento privilegiado que se dispensa a eles, presumindo-se que possuam um valor cultural.

O patrimônio cultural de um Estado é formado por bens destinados a ser instrumentos de promoção cultural. Essa função cultural representa um valor intrínseco que se configura como elemento de conexão conceitual interna desse patrimônio, ou seja, valores imateriais, culturais que não devem ter, necessariamente, um suporte material para estarem protegidos pelos tratados e pelas convenções internacionais.

Cabe salientar que, no âmbito do direito internacional relativo aos bens culturais, há duas tendências diversas. A primeira favorece a globalização no campo dos bens culturais e a segunda associa o bem cultural com a identidade cultural de uma só nação<sup>226</sup>.

No entanto, a proteção dos bens culturais, pela aplicação da lei do lugar de origem do objeto, é motivada pela idéia de proteção da identidade cultural<sup>227</sup>. É como se cada cultura tivesse um núcleo específico, permanecendo intacto até hoje<sup>228</sup>. É esse núcleo próprio de cada povo, criado ao longo de sua história, comum a todos os membros de uma determinada sociedade, que gera a identidade.

Na conceituação de obra de arte, por sua vez, persiste a mesma dificuldade encontrada em relação aos bens culturais. A obra de arte é, antes de tudo, uma criação do espírito humano, e que com seu registro em um suporte material, constitui, ao mesmo tempo, um objeto<sup>229</sup>.

Para Pierre Francastel<sup>230</sup> “Todo objeto de arte é um lugar de convergência onde encontramos o testemunho de um número considerável de pontos de vista sobre o homem e o mundo”<sup>231</sup>.

A obra de arte, segundo Umberto Eco<sup>232</sup>, “é uma mensagem fundamentalmente ambígua, uma pluralidade de significados que coexistem num único significante (...). Essa

<sup>226</sup> JAYME, Erik. *Il Salvocondotto delle Opere D'arte Prestate Dall'estero: Problemi di Diritto Internazionale Privato*. in: CALVO CARAVACA; BLANCO MORALES. *Globalización y Derecho*. Madrid: Colex. 2003, 11-22.

<sup>227</sup> JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit internatinal privé postmoderne*. Cours Général de Droit Privé. Recueil des Cours. t. 251. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 199,5 p. 34.

<sup>228</sup> ORTIZ, Renato. *Mundialização e Cultura*. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003. P. 17.

<sup>229</sup> Julio D. González Campos, Prólogo. FUENTES CAMACHO, Victor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar, 1993. p. 7

<sup>230</sup> FRANCASTEL, Pierre apud MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p. 35.

<sup>231</sup> Para Pierre Francastel (1905-70): "O domínio da realidade, endereço último das práticas humanas, é agenciado graças ao vigor estruturante do compreender e do agir que, canalizado pelo discurso, elabora os sistemas gerais renováveis do mundo percebido e representado. Um quinhão considerável desse vital e labiríntico mecanismo cabe às formas específicas da arte". CAMPOS, Jorge Lúcio de. *Pierre Francastel, um sociólogo da criação imaginária*. Disponível em <[http://antroposmoderno.com/antropo-articulo.php?id\\_articulo=941](http://antroposmoderno.com/antropo-articulo.php?id_articulo=941)>. Acessado em 06/05/07.

ambiguidade torna-se hoje um fim explícito da obra, um valor a realizar, com preferência a qualquer outro”.

Além desse valor intrínseco, a obra de arte adquire um valor comercial, que a torna cobiçada por colecionadores e comerciantes no mundo todo, surgindo a necessidade de tutela e proteção desses objetos.

Esse valor de mercado é reconhecido por Salvador Dali: “Quando pinto, uma das minhas alegrias é saber que estou fazendo ouro, sei com toda a razão, pois cada um dos meus quadros produz um polpudo cheque que é imediatamente convertido em metal nobre”<sup>233</sup>.

Ainda, Frederico de Moraes acrescenta que “a arte é individual como criação e plural como significado”<sup>234</sup>, e para Marcel Duchamp “a arte pode ser ruim, boa ou indiferente, mas qualquer que seja o adjetivo empregado, temos que chamá-la de arte. A arte ruim é arte, do mesmo modo como uma emoção ruim é uma emoção”<sup>235</sup>.

Assim, a obra de arte é fruto da criação humana, e depois de reconhecida como tal, merece destaque a sua proteção, em especial as artes plásticas, pois se caracterizam por sua originalidade e autenticidade, distinguindo-se das demais criações humanas, como o artesanato e as reproduções<sup>236</sup>.

Um exemplo de classificação de obras de arte é encontrado na legislação da Argentina, Lei n.º 24.663, sobre a Circulação Internacional de Obras de Arte, de 20 de março de 1996. No artigo primeiro, verifica-se que essa lei se aplica à importação e/ou exportação das obras de arte de artistas vivos ou falecidos até cinquenta anos a contar da data de morte do autor, sejam argentinos ou estrangeiros, feitas à mão, com ou sem auxílio de instrumentos de realização ou aplicação, incluindo aerógrafos. Essa lei traz, também, uma longa lista de objetos que podem ser considerados como obras de arte<sup>237</sup>.

Observa-se que nessa lei a exemplificação é adotada como forma de superar a dificuldade de se conceituar obra de arte. Assim, encontra-se uma lista não-exaustiva do que

<sup>232</sup> ECO, Umberto, 1962 apud MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p. 44.

<sup>233</sup> MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p. 60.

<sup>234</sup> MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p. 42.

<sup>235</sup> MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p. 34.

<sup>236</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar, 1993. p. 46.

<sup>237</sup> -Ley 24.663 Circulación Internacional de Obras de Arte,. Disponível em <<http://www.ciberamerica.org/Ciberamerica/Portugues/Areas/cultura/patrimonio/legislacao.htm>>. Acessado 05/03/07.

seria considerada obra de arte sujeita à proteção internacional. Essa forma de caracterização de um bem cultural como obra de arte segue a tendência global<sup>238</sup>.

Para tentar superar essa dificuldade, um critério muito utilizado para classificar um objeto como obra de arte é a valorização do artista, supondo-se que toda a sua produção é arte. Logo, a classificação de uma obra de arte como tal foge ao controle do seu criador, surgindo a sociedade como elemento de classificação.

Na obra de Morais são encontrados dois conceitos que vão ao encontro dessa afirmação: “Toda obra de arte é, de alguma maneira, feita duas vezes. Pelo criador e pelo espectador, ou melhor, pela sociedade à qual pertence o espectador”<sup>239</sup> e “A arte é uma hipótese pessoal que é verificada pela sociedade. Se esta não se interessa, o artista permanece isolado e não tem público.” E continua ponderando acerca da condição do artista: “O artista cria coisas e as coloca no mundo. Essas coisas podem ou não se transformar em necessidades para o público, dependendo de seu maior ou menor interesse. O que se quer dizer é que a arte tem uma função social desde o início. O público, no entanto, é que permitirá à arte cumprir sua destinação social. Voltamos a Duchamp: são os espectadores que fazem a arte”<sup>240</sup>.

Feitas essas colocações sobre os conceitos de bens culturais e obras de arte<sup>241</sup>, quando se pode perceber que estas estão contidas naqueles, será vista a Diretiva 93/7 da Comunidade Europeia, identificando-se os pontos em que há a aplicação do *comity* na proteção internacional das obras de arte nesta previsão legislativa.

#### 4.1.3 Diretiva 93/7 da Comunidade Europeia

A unificação da Europa colocou a questão do respeito ao patrimônio cultural dos países em face da relação com os demais Estados-membros da União Europeia. Considerando-se o *comity* na classificação já estudada de Calamita, a Diretiva 93/7 relativa à

<sup>238</sup> FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar, 1993. p. 42.

<sup>239</sup> BOURDIEU, Pierre *apud* MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p.173.

<sup>240</sup> KOWALSKI, Piotr *apud* MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos de Arte*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2002, p.173.

<sup>241</sup> Cabe, ainda, referir as palavras de Nordmeier, citando Erik Jayne: “esta ponderação geral da lei entre o interesse de um (possível) proprietário e o efeito legitimador da posse tem de ser respeitada: Ainda assim, pode-se questionar se a ponderação deve ser mantida caso haja, além dos interesses do (possível) proprietário e do possuidor, interesses de outras pessoas ou da sociedade em geral. Quando a coisa em questão é um bem cultural, existe o interesse do público de ter acesso a este bem, isto é, que o bem pelo menos não desapareça. Pode-se pensar que obras de arte e bens culturais têm interesses em si mesmos.” NORDMEIER, Carl Friedrich. *A Proteção Jurídica de Patrimônio Cultural pelo Direito Privado do Alemão – Frações Dogmáticas e Desafios em Casos Transfronteiriços*. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2011, p. 102.

restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro fornece as bases para que um Estado-membro respeite os atos soberanos de outro. Isso se dá quando um Estado-membro estabelece um bem como sendo parte de seu patrimônio cultural, bem como no que se refere à aplicação do direito estrangeiro no território onde se encontra o bem reivindicado e à determinação do foro competente para a apreciação da demanda.

Antes do estabelecimento desta legislação comunitária, houve o debate acerca da possibilidade de um Estado-membro restringir a circulação de bens culturais sob a alegação de proteção ao seu patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico. Essa discussão colocou em confronto duas posições doutrinárias. Por um lado, havia a necessidade de que houvesse o reconhecimento por todos os Estados-membros do interesse do Estado de origem do bem na proteção do seu patrimônio cultural. Por outro lado, existia a posição dos que defendem a limitação, ou até mesmo a supressão, das medidas de controle e proteção dos patrimônios nacionais em benefício de uma distribuição equilibrada das riquezas culturais do planeta. Ou seja, a soberania permanente do Estado sobre o seu patrimônio nacional estava contraposta à noção de patrimônio comum da humanidade<sup>242</sup>.

Entretanto, a opção pela valorização do patrimônio nacional restou clara, ao ficar estabelecida a possibilidade de um Estado-membro impor restrições à livre circulação de bens de valor artístico, histórico ou arqueológico, uma vez que esses bens sejam considerados integrantes do seu patrimônio cultural. Paralelo a este direito, havia o dever correlato dos demais Estados-membros de respeitarem essa decisão, desde que ela não se constituísse em uma medida restritiva à livre circulação de bens disfarçada de proteção do patrimônio cultural.

Nesse sentido, Fuentes Camacho<sup>243</sup>, ao tratar do ex-artigo 36 do Tratado da Comunidade Europeia, esclarece que os valores elencados nesse artigo deveriam ser considerados em face do que dispõe a respeito o sistema jurídico de cada Estado-membro, sendo atribuição das autoridades nacionais decidirem se um determinado bem cultural possui relevância suficiente para ser qualificado ou não como merecedor de proteção especial.

O ex-artigo 36 já continha a exigência de que a medida de adoção da reserva prevista em relação aos bens culturais deveria ser justificada, ou seja, haver proporcionalidade entre o prejuízo que irá causar ao livre comércio de mercadorias dentro do ambiente da União Europeia e o interesse nacional que se pretende produzir. Previa, ainda, duas outras normas

---

<sup>242</sup> FUENTES CAMACHO, Vitor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Colecion Estudios Internacionales. Madrid: Editorial Beramar, 1993, p. 65.

negativas. A medida adotada não poderia ser um meio de discriminação arbitrária, isto é, implicar num tratamento diferenciado de situações semelhantes. Também não poderia se tratar de uma restrição disfarçada ao comércio entre os Estados-membros, ou seja, buscar a proteção da produção nacional.

Uma análise do novo artigo 36 demonstra que essas regras do artigo anterior foram incorporadas ao novo texto, que passou a apresentar a seguinte redação:

*As disposições dos artigos 34. e 35.são aplicáveis sem prejuízo das proibições ou restrições à importação, exportação ou trânsito justificadas por razões de moralidade pública, ordem pública e segurança pública; de proteção da saúde e da vida das pessoas e animais ou de preservação das plantas; de proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico; ou de proteção da propriedade industrial e comercial. Todavia, tais proibições ou restrições não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros.*<sup>244</sup>

Embora sejam as legislações nacionais que determinem a aplicação do conceito de patrimônio histórico, artístico ou arqueológico, seus atos devem guardar uma relação de compatibilidade com o Direito da União Europeia, submetendo as suas decisões às instituições responsáveis por resguardar a correta aplicação desse direito. Não havendo a devida observância desse requisito, não se verifica a ocorrência da obrigação dos demais países de respeitarem o ato soberano do Estado-membro que reivindica determinada obra de arte, ou bem cultural, não se constituindo situação na qual a observância do *comity* seja obrigatória segundo a legislação comunitária.

Para que se verifique a possibilidade ou não de ser dada efetividade ao direito reclamado, e a consequente observância da doutrina do *comity*, a norma que determina a restrição à circulação de bens culturais, quando submetida aos tribunais, deve ser avaliada pela incidência do princípio da proporcionalidade. O Tribunal deverá verificar se a medida seria a última forma de se alcançar o fim buscado, sendo o ônus da prova do Estado-membro que exerceu seu direito de reserva<sup>245</sup>. Nesse caso, como sempre defendido neste trabalho, a dicção do *comity* fica a cargo dos tribunais, verificando-se, assim, a regra de Huber, que defendia o *judicial comity*, ou seja, que a aplicação da doutrina do *comity*, ao fim e ao cabo, ficaria sempre a cargo dos tribunais.

---

<sup>243</sup> FUENTES CAMACHO, Vitor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Colecion Estudios Internacionales. Madrid: Editorial Beramar, 1993, p. 278-9.

<sup>244</sup> Artigo 36 do Tratado da Comunidade Europeia. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:FULL:PT:PDF>>. Acessado em 23/02/2012.

<sup>245</sup> GRAIG, Paul & BÚRCA, Gráinne de. *Eu Law. Text, Cases, and Materials*. 3ª ed. New York: Oxford University Press, 2003, p. 626.

Entretanto, cabe ressaltar, que a classificação do bem requisitado como pertencente ao patrimônio cultural de um país não precisa ser anterior ao ato em que o Estado-membro requer a sua devolução, podendo essa determinação ser simultânea ao pedido de restituição, como ensina Caamiña Dominguez, ao tratar da Diretiva 93/7 da então Comunidade Europeia:

*No dispositivo se determina que os bens devam estar classificados. Isso poderia ser interpretado no sentido de que o bem em questão deve estar classificado em um inventário ou catálogo. Entretanto, só há referência a que o Estado de origem, quer dizer, o Estado que solicita a sua devolução, necessita fazer uma declaração formal de que dito bem pertence ao seu patrimônio histórico ou artístico, encontrando-se assim admitida a possibilidade de que o bem seja reclamado e inventariado ao mesmo tempo.<sup>246</sup>*

Respeitados os critérios legais, deve ser dada efetividade ao direito reclamado em relação aos bens culturais e as obras de arte ilicitamente exportadas, tendo em vista que a implantação do mercado interno não deve trazer prejuízos à proteção do patrimônio cultural dos Estados-membros, fazendo-se uma clara aplicação da doutrina do *comity*, quando um país reconhece o direito advindo de um ato jurídico praticado em outro. É importante reproduzir a posição de Erik Jayme, expressa na sua Conferência Magna de Abertura do Curso da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000<sup>247</sup>:

*Na minha opinião, os interesses das nações, como os de salvaguardar os bens culturais ditos nacionais estão perdendo sua importância vis-à-vis a dos direitos culturais dos indivíduos que reclamam uma participação à herança cultural mundial.*

Diretamente relacionada à proteção do patrimônio cultural, a liberdade de circulação de bens está positivada no Tratado sobre o Funcionamento da Comunidade Europeia<sup>248</sup>. Essa liberdade é protegida pelas regras dos artigos 34 e 35, nos quais consta a proibição de que os Estados-membros realizem atos que se constituam em restrições quantitativas ou medidas equivalentes à livre circulação de bens entre os Estados-membros. Em complementação ao direito à identidade cultural, o artigo 36 elenca diversas possibilidades para que os Estados-membros restrinjam esse direito, entre elas a proteção ao patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, sendo essas restrições submetidas à análise da incidência

<sup>246</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes em El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 48.

<sup>247</sup> JAYME, Erik. *Conferência Magna de Abertura do Curso da Academia de Direito Internacional de Haia de 2000*. in *Cadernos do Programa de Pós-graduação em Direito – PPGDIR./UFRGS*. Vol. I, n.º I. 2ª ed. Porto Alegre: PPGDir/UFRGS, 2004, p. 145.

<sup>248</sup> Tratado sobre o Funcionamento da Comunidade Europeia. Disponível em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acessado em 15/12/11.

do princípio da proporcionalidade, como já exposto e essas medidas resultaram na regulamentação legislativa sobre a restituição de bens ilicitamente exportados no âmbito comunitário.

Como visto, existe a possibilidade de que uma declaração de que um determinado bem ou obra de arte que pertença ao patrimônio histórico e artístico de um país seja considerada apenas como medida restritiva da livre circulação de bens. Constatada essa hipótese, passa a haver causa legítima para que o Estado-membro onde o bem se encontre negue a aplicação da doutrina do *comity* e não reconheça o ato pelo qual é atribuída a qualidade de bem cultural ao bem que se pretendia ver restituído.

A previsão de proteção ao patrimônio cultural constante no Tratado deu ensejo a que houvesse a edição de uma diretiva para regulamentar o assunto. Essa nova regra reforça a necessidade de proteção da identidade nacional e o respeito mútuo entre os Estados-membros, abrindo espaço para atos que possam ser entendidos como uma aplicação do *comity*, na sua acepção positiva e negativa.

Dessa forma, o Conselho das então Comunidades Europeias, com base no disposto no ex-artigo 80A do Tratado da Comunidade Europeia que previa o estabelecimento do mercado interno, compreendendo um espaço sem fronteiras internas com a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais, e tendo em vista proposta da Comissão, em cooperação com o Parlamento Europeu, elaborou a Diretiva 93/7/CEE relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro, concluída em 15 de março de 1993<sup>249</sup>.

Nos considerandos dessa Diretiva há referência ao ex-artigo 36 do Tratado e ao direito que os Estados-membros possuem de definir o seu patrimônio nacional e de adotar as disposições necessárias para garantir a sua proteção no mercado interno. Nesse mercado, a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições do Tratado.

Assim, em face da inexistência de fronteiras internas, o Conselho entendeu ser necessário criar um sistema de restituição que permitisse aos Estados-membros obterem o retorno aos seus territórios dos bens culturais classificados como patrimônio nacional, que tenham sido ilicitamente exportados. Esse sistema deve, também, obedecer à reserva prevista no artigo 36 do Tratado, em violação às disposições nacionais ou ao Regulamento n.º

---

<sup>249</sup> Diretiva 93/7/CEE. Disponível em < <http://eur-lex.europa.eu>>. Acessado em 14/11/11.

3911/92, de 09 de dezembro de 1992<sup>250</sup>.

A Diretiva estabelece um mecanismo de cooperação administrativa entre os Estados-membros em matéria de patrimônio nacional, como forma de operacionalizar a efetivação do direito de recuperação dos bens culturais ilicitamente exportados. Para tanto, prevê uma estreita cooperação no domínio das obras de arte roubadas, ou, como utiliza Fuentes Camacho, ilicitamente exportadas, que comporta o registro junto da Interpol e de outros organismos qualificados, emissores de listas similares de objetos culturais perdidos, roubados ou alegadamente removidos de maneira imprópria de seus locais de origem, pertencentes aos respectivos patrimônios nacionais e coleções oficiais.

Entretanto, cabe salientar neste ponto, que a cooperação estabelecida com o tratado não se confunde com a doutrina do *comity*, nem mesmo sendo admitido na forma de cortesia, pois naquela há a disposição dos Estados-membros em cooperar nos esforços para recuperação de um bem cultural ilicitamente exportado. Neste, há a discussão, inclusive judicial, acerca da atribuição de titularidade do bem, e a validade de ato jurídico interno de outro Estado, com a conseqüente restituição ou não ao Estado-membro de origem, ou, ainda, a ponderação acerca de qual direito nacional será aplicado na resolução de um conflito judicial já instaurado para determinação da propriedade do bem e qual o foro mais apropriado para apreciar a causa.

Prosseguindo com a análise da Diretiva 93/7, a Comissão deparou-se com o problema da conceituação de bem cultural, dificuldade enfrentada pelos demais organismos que trataram do tema da proteção desses bens. Idêntica dificuldade existe em relação à conceituação de obra de arte, problema comum a toda a legislação que tem como objeto esses direitos, conforme já tratado. Mas, a solução encontrada foi no sentido de que, para ser abarcado pela proteção legal da Diretiva, é necessário que o bem seja considerado de relevante importância para o patrimônio cultural nacional

Caamiña Domínguez<sup>251</sup> ensina que as normas nacionais decidem quais os bens culturais que merecem a proteção comunitária sujeitas a uma interpretação restritiva imposta pelo TCE, não podendo ser todo o patrimônio protegido, apenas os considerados essenciais para a preservação dos valores culturais de cada nação.

---

<sup>250</sup> Este Regulamento prevê medidas destinadas a assegurar, nas fronteiras externas da Comunidade, um controle uniforme de exportação de bens culturais, dispondo de um anexo no qual apresenta categorias de bens culturais que devem ser objeto de uma proteção especial nas trocas comerciais com países terceiros, sem prejuízo da definição pelos Estados-membros de bens considerados como patrimônio nacional na acepção do artigo 36 do TCE. Disponível em < [http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/111017a\\_pt.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/111017a_pt.htm)>. Acessado em 12/11/11.

<sup>251</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. Conflicto de Jurisdicción y de Leyes em El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales. Madrid: Colex, 2007, p. 49.

No seu artigo 4º, a Diretiva estabelece a designação de autoridades centrais dos Estados-membros encarregadas de viabilizar os trâmites necessários à restituição das obras de arte. A nomeação dessa autoridade é para facilitar e agilizar os procedimentos previstos na Diretiva, a exemplo do que ocorre com a previsão estudada no Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil, em seu artigo 52-B, que também estabelece a necessidade de designação de autoridades centrais para tratar dos casos de adoção internacional.

Conforme a regra prevista no artigo 5º da Diretiva, pode o Estado-membro intentar uma ação judicial para a restituição do bem ilicitamente exportado no território do Estado-membro onde se encontre o bem, contra o possuidor e, na falta desse, contra o detentor. Para tanto, estabelece um prazo prescricional de um ano a contar da data em que o Estado-membro requerente tiver conhecimento do local em que se encontrava o bem e da identidade do seu possuidor ou detentor. Exceção aos bens pertencentes a coleções públicas e aos bens religiosos, com prazo prescricional de 75 anos. Aqui se verifica a hipótese na qual os tribunais deliberam acerca do *comity*, na forma de *prescriptive comity*, conforme a classificação de Calamita, decidindo qual o direito que deve ser aplicado ao caso, bem como se deve o bem ser devolvido ou não, dando efetividade à declaração do Estado-membro de origem que classificou o bem como sendo parte do seu patrimônio cultural, e aqui aparece a aplicação da doutrina do *comity*, como *adjudicatory comity*, também conforme a classificação de Calamita.

O Tribunal competente será o Tribunal do Estado-membro onde se encontre o bem. Siehr <sup>252</sup> classifica a lei do local onde se encontra o bem como sendo a “regra básica” e diz que a regra da *lex rei sitae* é reconhecida quase que universalmente. De acordo com a regra *lex rei sitae*, em questões relativas à propriedade móvel a lei aplicável é a lei do Estado onde a propriedade móvel está situada ao tempo da transação potencial *in rem*. Essa parece ser uma regra facilmente aplicável. Siehr considera, também, que, na verdade, precisam ser observadas algumas regras alternativas, subsidiárias e colaterais, como a aplicação da lei do país de origem.

Entretanto, a Diretiva prevê a possibilidade de o Estado onde o bem for reivindicado poder aplicar a legislação do Estado de origem, constituindo-se no que Calamita classificou como um caso de *prescriptive comity* neste caso e de *forum non conveniens* quanto à determinação do local competente para apreciar a demanda, uma vez que um Estado-membro pode declinar da sua competência, por entender que o foro de outro Estado seja mais conveniente para apreciar a causa, conforme já ressaltado.

---

<sup>252</sup> SIEHR, Kurt. *International Art Trade and the Law*. Recueil des Cours. t. 243. Haia : Martinus Nuhoff, 1994, p.74.

Determinada a devolução ao Estado-membro requerente, o possuidor de boa-fé terá direito a uma indenização. Sobre a matéria do possuidor de boa-fé, vários países consagram em suas legislações, o princípio do *Statutes of Limitations*. Segundo Siehr<sup>253</sup>, essa norma de direito civil é qualificada como matéria de direito substantivo nos países que a adotam. Aaron Milrad<sup>254</sup> analisa a questão e afirma que muitos Estados estabelecem prazos de dois, três, ou (como na maior parte da jurisdição canadense) seis anos, para que o proprietário anterior possa reclamar os seus direitos a uma obra de arte ilegalmente exportada em face do comprador inocente ou de boa-fé.

Essa boa-fé seria justificada pelo fato de que o bem teria passado por diversas mãos até que chegasse às suas. Claro que o simples fato de o possuidor ser o último numa longa cadeia de negócios não é suficiente para provar a boa-fé, que deverá estar associada a outros elementos capazes de levar a essa presunção.

Milrad afirma que o Estado de Nova Iorque tem sido o centro dos tratados sobre a propriedade dos bens artísticos desde, no mínimo, 1950. Analisando o caso *Erisoty v. Rizik*<sup>255</sup>, no Estado de Nova Iorque, Milrad explica que o caso cuidou da aplicação do *Statutes of Limitations*<sup>256</sup>. Da mesma forma, a maioria dos casos envolvendo restituição de obras de arte esbarra na questão do possuidor de boa-fé, haja vista que a sua determinação é fundamental para a caracterização do ato de aquisição da propriedade como sendo um ato legítimo ou ilegítimo, bem como para a determinação de qual a legislação nacional que deverá ser aplicada na determinação dessa qualidade, com a devida ponderação sobre a utilização da doutrina do *comity* no caso judicial estabelecido.

<sup>253</sup> SIEHR, Kurt. *International Art Trade and the Law*. Recueil des Cours. t. 243. Haia : Martinus Nuhoff, 1994, p. 54.

<sup>254</sup> MILRAD, Aaaron. *Statutes of Limitations*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <<http://www.artcellarexchange.com/artlaw3.html>>. Acessado em 14/02/07.

<sup>255</sup> Por volta de 1940, Ayoub Rizik adquiriu quatro trabalhos de Giauquinto, sendo que três deles, incluindo a pintura “Winter” que foi motivo desse caso judicial, foram roubadas da casa de sua viúva, em 1960, na cidade de Washington DC. Disponível em

<[http://www.ifar.org/case\\_summary.php?docid=1179622270](http://www.ifar.org/case_summary.php?docid=1179622270)>. Acessado em 21/12/08.

<sup>256</sup> A Corte usou de três abordagens para determinar se o proprietário original estava apto a manter a ação pela restituição de bens roubados contra o comprador de boa-fé, em face do período de limitação codificado. Os pontos considerados foram: 1. *The Demand and the Refusal Requirement*, que estabelece que o prazo para que o bem possa ser reclamado não começa a correr até que o possuidor de boa-fé se recuse a restituí-lo; 2. *The Laches Approach*, que significa uma falta de diligência por parte do reclamante, e que causa dano, prejuízo ou desvantagem para o acusado, como no caso *Solomon R. Guggenheim Foudation v. Lubell*, descrito pelo autor, no qual a Corte entendeu, em primeira instância, que os esforços feitos pela Fundação Guggenheim para reaver um *gouache* de Chagall não foram suficientes, sendo, entretanto, reformada a decisão nas instâncias superiores; e 3. *The Discovery Rule*, que estabelece que o direito do proprietário à ação para restituição do bem ilegalmente exportado não começa a correr antes que pudesse ter descoberto, pelo uso de esforços ou suposições razoáveis, os fatos que poderiam servir de base para a ação. MILRAD, Aaaron. *Statutes of Limitations*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <<http://www.artcellarexchange.com/artlaw3.html>>. Acessado em 14/02/07.

A indenização que tem direito o possuidor de boa-fé, prevista no artigo 9º da Diretiva, encontra paralelo no artigo 6º da Convenção do UNIDROIT de 1995<sup>257</sup> que também estabelece o mesmo tipo de indenização para o possuidor de um bem cultural adquirido depois que esse bem tenha sido exportado ilicitamente. Esse possuidor terá direito, no momento de sua devolução, ao pagamento pelo Estado requerente de uma indenização justa. É condição para o pagamento dessa indenização que o possuidor não soubesse, ou não tivesse condições razoáveis de saber, no momento da aquisição, que o bem era objeto de uma exportação ilícita, podendo o Estado-membro reclamar o reembolso das despesas ao responsável pela saída do bem cultural do seu território.

Para determinar se o possuidor sabia, ou teria condições razoáveis de saber, que o bem cultural fora exportado ilicitamente, serão levadas em conta as circunstâncias da aquisição, em particular a existência ou não de certificado de exportação. Deve-se ponderar, contudo, que o dever de indenizar pelo Estado requerente pode inviabilizar a restituição, em face da falta de recursos dos Estados considerados “exportadores” de obras de arte.

Dessa forma, a análise da reserva prevista no ex-artigo 36 do TCE, segundo a qual os Estados-membros poderiam ou não aplicar os ex-artigos 34 e 35 do mesmo Tratado, em face da proteção do patrimônio nacional de valor artístico, histórico ou arqueológico, levou ao estudo da Diretiva 93/7/CEE, relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro, bem como identificou, de forma exemplificativa, a ocorrência do *comity*, nas suas formas de *prescriptive comity*, *adjudicatory comity* e *forum non conveniens*, na Diretiva 93/7/CEE, passando-se a análise de alguns casos práticos da aplicação da doutrina do *comity* na proteção internacional das obras de arte.

## 4.2 APLICAÇÃO DO *COMITY* EM CASOS ENVOLVENDO OBRAS DE ARTE

Conforme visto neste trabalho, verificou-se que o *comity*, seguindo a classificação de Calamita, pode ser utilizado na proteção internacional dos bens culturais e, em especial, das obras de arte. Também se considera possível a adoção da doutrina do *comity* como atos de cortesia entre países, mesmo não sendo essa a acepção completa e adequada para a doutrina, mas, tendo-se em vista o seu largo uso, não há como desconsiderar essa forma pela qual a

---

<sup>257</sup> UNIDROIT. *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Objects*. Unif. L. Rev. 2001-3. Disponível em: <<http://www.UNIDROIT.org/english/conventions/1995culturalproperty/main.htm>>. Acessado em 02/12/06.

doutrina do *comity* vem sendo adotada em diversas decisões, principalmente no âmbito do direito da concorrência.

Para que se tenha uma ideia da aplicação prática do *comity* nas demandas judiciais que envolvam direitos decorrentes da propriedade de obras de arte, e para que se possa responder com exemplos a questão principal proposta neste trabalho, serão tratados alguns casos reconhecidos no cenário internacional. Nestes casos foi utilizada a doutrina do *comity*, nas suas diversas formas, para que se chegasse a uma solução mais justa e equânime da questão envolvendo a restituição e, até mesmo, a indenização de antigos proprietários de objetos artísticos.

#### **4.2.1 Utilização do *comity* para determinação do foro competente**

Um dos casos envolvendo a aplicação da doutrina do *comity*, que trata da aplicação do direito estrangeiro, na proteção de direitos relativos a uma obra de arte foi o caso do julgamento *United States v. Portrait of Wally*, quando a corte norte-americana precisou decidir se autorizava o prosseguimento da ação judicial proposta nos Estados Unidos da América, mesmo havendo a alegação de que o foro mais adequado para a apreciação da causa seria a Áustria.

A demanda tinha como objeto a obra de Egon Schiele (1890-1918)<sup>258</sup> e pretendia o reconhecimento de que houve violação dos direitos humanos na expropriação do quadro, reafirmando a tendência pela valorização de uma jurisdição universal capaz de corrigir os antigos ataques à dignidade humana ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial.

O quadro O Retrato de Wally, pintado por Schiele, em 1912, estava originalmente no apartamento de uma proprietária de galeria judia, Lea Bondi Jaray, ou “Bondi” como era mais conhecida. Em abril de 1938, Friedrich Welz, oficial do exército nazista, incluiu a galeria pertencente à Bondi no processo chamado de arianização, no qual os judeus eram forçados a vender suas propriedades ao Estado por valores extremamente baixos. Welz, quando a Guerra acabou e foi vencida pelos aliados, foi preso pelo exército norte-americano, acusado da

---

<sup>258</sup> FINCHAM, Derek. *An End in Sight to Portrait of Wally Forfeiture?* in *Illicit Cultural Property. Portraity of Wally and Nazi Spoliation Litigation*. Disponível em <<http://illicit-cultural-property.blogspot.com/search/label/Egon%20Schiele>>. Acessado em 19/05/07.

prática de crimes de guerra, e teve suas propriedades confiscadas. Entre elas estava O Retrato de Wally<sup>259</sup>.

Com o término da guerra houve o movimento de retorno das obras de arte apreendidas pelos nazistas aos seus países de origem, numa tentativa de minimizar os danos causados pelos anos de conflito e pelas práticas injustas que privaram diversas famílias dos seus bens e objetos de arte. Contudo, os militares encarregados de restituírem os objetos devolveram o quadro de Schiele ao Governo Austríaco, e não para a sua proprietária original, Bondi, pois esse era o procedimento adotado na época.

Bondi, inconformada com a perda da tela, encarregou a Rudolph Leopold de resgatar o trabalho que estava no Museu Belvedere, que havia comprado a obra. Ocorre que Leopold não honrou a sua missão, e adquiriu o quadro para si, sem o conhecimento de Bondi. Quando soube do caso, Bondi contratou um advogado para reaver a obra, sem obter sucesso até a sua morte em 1969. Por fim, Leopold cedeu os direitos do quadro para o Museu Leopold, fundação privada criada por ele<sup>260</sup>.

O caso não apresentou novidades até 1997, quando o quadro foi emprestado ao Museu de Arte Moderna de Nova York, para uma mostra temporária. Depois da exposição, o advogado distrital de Manhattan postulou a busca e a apreensão da pintura, mas a medida foi inicialmente recusada pela *New York Court of Appeals* porque havia violação ao estatuto *anti-seizure*<sup>261</sup> de Nova Iorque. No mesmo dia, entretanto, um *Federal Magistrate Judge* determinou a apreensão do trabalho baseado na provável violação por Leopold do *National Stolen Property Act (NSPA)* ao importar a tela para os Estados Unidos da América quando sabia que ela havia sido adquirida de forma ilícita<sup>262</sup>. Desde então, a pintura permanecia guardada, sob custódia da justiça norte-americana.

---

<sup>259</sup> FINCHAM, Derek. *An End in Sight to Portrait of Wally Forfeiture?* in *Illicit Cultural Property. Portraity of Wally and Nazi Spoliation Litigation*. Disponível em <<http://illicit-cultural-property.blogspot.com/search/label/Egon%20Schiele>>. Acessado em 19/05/07.

<sup>260</sup> *United States v. Portrait of Wally*. N. 99 Civ. 9940 (MBM), 2002 WL 553532, at \* 33 (S.D.N.Y. Apr. 12, 2002). Disponível em <<http://www.courthousenews.com>>. Acessado em 20/01/2012.

<sup>261</sup> Sobre a legislação protetiva das obras de arte no Estado de Nova Iorque: “New York’s Arts and Cultural Affairs Law (“ACAL”) stipulates that “no process of attachment, execution, sequestration, replevin, distress or any kind of seizure shall be served or CLE - 1107803.913 levied upon any work of fine art” while the work is traveling to or from or while on exhibition, provided that it is on loan from a nonresident and part of a not-for-profit exhibition conducted within New York. The ACAL differs from the Immunity Act in two main ways: 1) immunity is automatically granted, thus museums are not required to apply for a special grant of immunity; and 2) immunity is granted to the *artwork itself*, as opposed to the borrowing institution. The statute affords protection to both civil and criminal seizures”. KNERLY JR, Stephen J. *International Loans State Immunity and Anti-Seizure Laws*. Boston: ALI-ABA, 2009, p. 12-3. Disponível em <[http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA\\_2009\\_\\_Summary\\_of\\_Seizure\\_Laws.pdf](http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA_2009__Summary_of_Seizure_Laws.pdf)>. Acessado em 28/01/12.

<sup>262</sup> Erik Jayme, comentando o caso, elogia a legislação do Estado de Nova Iorque ao contemplar o salvo-conduto para as obras de arte emprestadas ao exterior para participarem de exposições naquele Estado. Faz, contudo, a

O caso gerou um grande impacto no mercado de arte internacional, dificultando o empréstimo de obras para exposições temporárias, principalmente em Nova Iorque<sup>263</sup>. Os proprietários de objetos de arte não desejam correr o risco de que os bens emprestados para exposições em museus localizados fora do país onde residem corram o risco de não voltar em segurança para o seu país de origem. A doutrina que estabelece a possibilidade de que seja acertado um salvo-conduto para as obras emprestadas para o exterior facilita a circulação internacional de bens culturais, mas esbarra na possibilidade de que, constatada a origem ilícita do objeto, adquirido em violação aos direitos humanos, sofra, mesmo assim, alguma medida tendente a garantir a reparação sofrida pelos antigos proprietários.

Em 2010, o caso teve seu término, quando o Museu Leopold concordou em pagar o valor de 19 milhões de dólares norte-americanos para aos herdeiros de Lea Bondi, na justiça do Estado de Nova Iorque, nos Estados Unidos da América. A decisão do Museu foi consequência da avaliação de que não teria êxito na ação, uma vez que foi constatada a veracidade das alegações aduzidas pelos herdeiros de Lea Bondi.

Antes desse desfecho, entretanto, durante a disputa judicial, o Museu alegou em sua defesa duas teses: a primeira dizia respeito ao *Act of State Doctrine*, segundo o qual não cabe a um Estado questionar ou por em dúvida os atos soberanos de outro Estado; a segunda referia-se a aplicação da doutrina do *comity*, com a escolha do direito e da jurisdição austríaca, sendo que ambas as teses restaram afastadas, prosseguindo o feito perante a justiça norte-americana.

Em relação à alegação de que deveria ser aplicado o *international comity* para que a demanda nos Estados Unidos da América fosse recusada, o Museu argumentou que, segundo essa doutrina, “o *international comity* determina o reconhecimento das ações, decretos e procedimentos estrangeiros que não entrem em conflito com os interesses e a política dos Estados Unidos da América”<sup>264</sup>. O Museu argumentou, ainda, que, em respeito ao *comity*,

---

ressalva de que fica aberta a possibilidade de a legislação criminal federal americana, segundo a previsão do *National Stolen Properties Act*, determinar a apreensão das obras. JAYME, Erik. *Il Salvocondotto delle Opere D'arte Prestate Dall'estero: Problemi di Diritto Internazionale Privato*, in CALVO CARAVACA; BLANCO-MORALES Limones, P. – Globalización y Derecho. Madrid: Colex. 2003.

<sup>263</sup> Segundo o ensinamento de Anglim: “The judges who issued the warrants for *Portrait of Wally* decided that federal public policy of prohibiting trade in stolen goods in the United States under NSPA trumped the New York statutory prohibition of the seizure. Simply reading *Guggenheim* demonstrates that it is indisputable that preventing a jurisdiction from becoming a hub for transporting stolen art, particularly art stolen during the Holocaust, is a important public policy, especially in New York”. ANGLIM, Jennifer M., *Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Artwork and Other Chattles*. V. 45, n. 1, Harvard International Law Journal, p. 298-9. Disponível em < [http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/04/HILJ\\_45-1\\_Anglim1.pdf](http://www.harvardilj.org/wp-content/uploads/2011/04/HILJ_45-1_Anglim1.pdf)>. Acessado em 11/12/11.

<sup>264</sup> Conforme consta no texto original da decisão: “(*i*)*nternational comity requires recognition of foreign actions, decrees, and proceedings that do not conflict with the interests or policies of the United States*” United States v.

deveria ser levado em consideração pelo tribunal o sistema austríaco de restituição, já que a Áustria teria mais interesse no caso do que os Estados Unidos da América.

Entretanto, o Juiz Mukasey, do *Southern District of New York*, responsável pelo julgamento, discordou desses argumentos, aduzindo que: o Museu falhou em apontar nos autos qualquer esforço austríaco (*action, proceeding, or decree*) no sentido de resolver a demanda; os tribunais da Áustria não eram os únicos com competência para julgar o feito envolvendo questões decorrentes das violações aos direitos humanos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial; e, por fim, considerou que não havia qualquer ato formal do judiciário, do executivo ou do legislativo austríaco em relação ao quadro O Retrato de Wally, não havendo, portanto, motivo para que fosse invocada a doutrina do *comity* como razão de excluir a apreciação da causa pela justiça norte-americana<sup>265</sup>. Também sustentou que o simples fato de haver leis estrangeiras que se aplicariam ao caso não era motivo para que o princípio do *comity* impedisse a apreciação da causa pela justiça dos Estados Unidos da América.

Um dos argumentos do Museu era de que Leopold havia adquirido a propriedade do quadro acreditando que o Museu Belvedere fosse o legítimo possuidor do bem, contando ao seu favor, assim, a regra do *Prescriptive Possession*<sup>266</sup>, segundo o direito austríaco. Porém, esse argumento também restou afastado, pois nos casos em que o possuidor tiver qualquer suspeita da autenticidade do título, pelo qual adquiriu a obra, deverá fazer todos os esforços necessários para investigar a procedência legal do bem, para que continue gozando da presunção de boa-fé e permaneça protegido pelas regras do *Statutory Prescription Period* referente à consolidação da propriedade com o possuidor de boa-fé.

Da mesma forma, restou afastada a alegação de que incidiria no caso o instituto do *Lach Aprouch*, sustentado pelo Museu, no sentido de que a proprietária original, Lea Bondi,

Portrait of Wally. N. 99 Civ. 9940 (MBM), 2002 WL 553532, at \* 33 (S.D.N.Y. Apr. 12, 2002). Disponível em <<http://www.courthousenews.com>>. Acessado em 20/01/2012.

<sup>265</sup> Segundo o tratado firmado pelo governo da Áustria, em 1955, para restituir os bens espoliado durante a Segunda Guerra Mundial, consta do artigo 26 desse documento: “Austria was obligated to restore the legal rights and interests of the true owners of such property where possible...(and) if property remains unclaimed or heirless six months after the Treaty comes into force. Austria ‘agrees to take under its control all (such) property’ and ‘transfer such property ...to the appropriate agencies or organizations ... to be used for the relief and rehabilitation of victims of persecution’”. Disponível em <<http://www.thefreelibrary.com/The+choice+between+civil+and+criminal+remedies+in+stolen+art...-a0141494745>>. Acessado em 12/02/2012.

<sup>266</sup> Conforme a regra do direito austríaco: “A possessor of property may acquire title to that property if the possession is based on legal title (purchase or Exchange) and extends throughout the statutory period accompanied the possessor’s belief the possession is lawful.” United States v. Portrait of Wally. N. 99 Civ. 9940 (MBM), 2002 WL 553532, at \* 33 (S.D.N.Y. Apr. 12, 2002). Disponível em <<http://www.courthousenews.com>>. Acessado em 20/02/2012.

não teria diligenciado na recuperação do bem, o que foi contestado pelo fato de ela ter encarregado o próprio Leopold da recuperação do quadro, em 1953, sendo que, em 1954, ele comprou o quadro do Museu Belvedere, fato que demonstra que efetivamente ela tentou recuperar a tela pintada por Schiele, não obtendo êxito por ter sido traída na confiança que depositou na pessoa de Leopold.

Assim, as provas colhidas durante o processo deixaram claro que Leopold tinha grandes razões para suspeitar que o Museu Belvedere não adquiriu o quadro de uma forma lícita, até mesmo pelo fato de que ele manteve contato com Lea Bondi, no verão de 1953, momento em que ele foi encarregado de recuperar o quadro para ela, não honrando a missão que lhe foi confiada.

Esse fato motivou uma declaração, em 2008, do próprio Leopold, afirmando que, em face do encontro que manteve com Lea Bondi, teria forte motivos para suspeitar que o quadro não foi adquirido de forma legal pelo Museu Belvedere, acabando com qualquer presunção de boa-fé na aquisição da tela. Segundo a lei da Áustria, para que fosse demonstrada a má-fé do possuidor era necessário que se demonstrasse que este tinha conhecimento de que o bem não havia sido adquirido de forma lícita da pessoa de quem comprou a obra, o que ficou claro no caso, com a declaração firmada pelo próprio adquirente.

De fato, não há como duvidar que Leopold tivesse conhecimento de que o quadro pertencia a Lea Bondi, uma vez que fazia parte de sua coleção particular, apreendida durante a Segunda Guerra Mundial, no processo de arianização das obras de arte, pois a própria Bondi teria exposto toda a situação para o Dr. Leopold, incumbindo-o de recuperar o quadro para ela.

Quanto à aplicação do *comity*, agiu corretamente o juiz que afastou a doutrina, que prevê a aplicação do direito estrangeiro, inclusive com o reconhecimento do foro externo como mais apropriado para julgar a causa, haja vista que não havia qualquer impedimento para que o processo prosseguisse perante a justiça norte-americana, pois se tratava de um claro caso de violação aos direitos humanos. Soma-se a isso o fato de que a justiça da Áustria não havia dado o devido cuidado aos fatos, ao não demonstrar estar em curso naquele país procedimento que cuidasse de eventual direito à restituição do bem aos herdeiros legítimos de Lea Bondi. Também não demonstrou estar investigando se o Dr. Leopold teria adquirido o quadro de boa-fé, justificando a possibilidade de o Tribunal dos Estados Unidos da América julgar o caso, ainda mais que a obra estava no território deste país. Por fim, tem razão a decisão norte-americana ao reconhecer que a Áustria não detinha a exclusividade de julgar os

casos envolvendo questões relativas à aquisição de propriedade, com violação aos direitos humanos, decorrentes da Segunda Guerra Mundial.

Assim, a aplicação da doutrina do *comity* foi rejeitada sob o argumento de que o tratado celebrado pelo Governo da Áustria, em 1955, não seria a única forma de promover a justiça em relação ao caso concreto, havendo interesse dos Estados Unidos da América em manter o caso aberto, para que fosse reparada a injustiça praticada quando do período conhecido como Holocausto. Ao firmar a sua competência para apreciar o pedido de restituição do quadro de Egon Schiele foi levada em consideração a busca pela solução capaz de promover a justiça, sendo essa preocupação um dos fundamentos da doutrina do *comity*, conforme já estudado.

Outro exemplo da aplicação do *forum non conveniens*, isto é, a possibilidade que um tribunal delibere que não é o mais apropriado para apreciar o feito, em casos envolvendo a discussão de direitos relacionados a obras de arte é o *Federal Republic of Germany v. Elicofon*<sup>267</sup>. Aqui se buscava estabelecer se seria possível a Alemanha Oriental ser parte na ação que tramitava na justiça norte-americana, envolvendo uma complexa análise de ordenamentos jurídicos diversos. Este é considerado como um precedente de grande importância nesta matéria, cabendo um estudo mais detalhado das suas peculiaridades.

Trata-se de uma ação ajuizada para a recuperação de dois retratos pintados pelo artista renascentista Albrecht Dürer (1471-1528), que foram roubados de um museu durante a ocupação norte-americana em Weimar, na Segunda Guerra Mundial. Os quadros foram localizados na residência do Sr. Elicofon, no Brooklyn, Estados Unidos da América, que os havia comprado de um soldado norte-americano. A Alemanha Ocidental ajuizou uma demanda em Nova Iorque, em 1969, embora o museu estivesse localizado na Alemanha Oriental, optando pelo foro onde estavam os bens. A Grã-Duquesa de Saxony-Weimer interveio no feito, alegando ter adquirido a propriedade dos quadros de seu marido, o Grão-Duque Carl August<sup>268</sup>.

A *Court of Appeals for the Second Circuit*, seguindo o precedente *Menzel*, aplicou a regra *demand and refusal rule* para afirmar o direito do Museu germânico sobre as duas

---

<sup>267</sup> ANGLIM, Jennifer M., *Crossroads in th Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Artwork and Other Chattles*. V. 45, n. 1, Harvard International Law Journal, p. 272-3.

<sup>268</sup> Conforme Kaufman: "Once the validity of a will has been established in the place of domicile, it cannot be attacked in another jurisdiction where an artist may own real state by anyone who appeared in the original probate proceeding. In the absence of a domicile dispute, the decision by the court of domicile is given full faith and credit in all other domestic jurisdiction and will be entitled to comity in other countries. Nevertheless, it may be necessary to have a separate procedure, called "ancillary probate" or "ancillary administration," to transfer property in another jurisdiction. KAUFMAN, Roy S. *Art law handbook*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2000, p. 104.

pinturas de Albrecht Dürer. O caso Elicofon, como ficou conhecido, tornou claro, entretanto, que a parte não pode, sem motivo justificado, demorar em ajuizar uma demanda, depois que tenha descoberto a localização de um objeto de arte<sup>269</sup>.

Em síntese, as pinturas foram compradas em 1946 por Elicofon, por 450 dólares norte-americanos, e foram exibidas no *Staatliche Kunstsammlung Zu Weimar*, considerado predecessor do autor da demanda, até 1943, quando elas foram removidas para um lugar seguro nas redondezas do Museu, para ficarem protegidas dos bombardeios realizados na região pelas tropas aliadas. Em 1945, com a retirada das tropas aliadas do território ocupado, foi constatado que as telas haviam sumido. O roubo foi descoberto pelo Diretor do Museu, e os esforços para localização das obras não obtiveram resultados.

Nesse meio tempo, Elicofon, que adquiriu os quadros de um ex-soldado norte-americano, conforme salientado, passou a exibir as telas em sua casa, durante muitos anos, sendo que elas foram vistas por diversas pessoas, entre elas muitos conhecedores de arte. O paradeiro das obras, contudo, permaneceu desconhecido dos demandantes até o ano de 1966, quando um amigo de Elicofon viu as pinturas em um livro alemão sobre os tesouros artísticos desaparecidos durante a Segunda Guerra Mundial, reconhecendo as pinturas que estavam expostas na casa de Elicofon. Depois disso, Elicofon tomou conhecimento da origem ilícita das obras, procedência que motivou, inclusive, uma matéria de capa do jornal *The New York Times*, em 30 de maio de 1966. Em setembro deste ano, o Museu requereu a devolução dos quadros e, em outubro do mesmo ano, Elicofon se negou a restituir os bens. A *Federal Republic of Germany*, em janeiro de 1969, iniciou a ação reivindicatória das obras.

Entre os argumentos utilizados pela defesa estava o de que a aplicação do *Statute of Limitations* não conferia razão ao pedido do Museu. Entretanto, a *District Court* rejeitou os argumentos da defesa, sustentando que, segundo o direito do Estado de Nova Iorque, a possibilidade de o Museu reclamar os quadros apenas se efetivou após o conhecimento do local onde estes estavam e da recusa formal de Elicofon em devolvê-los. Considerou também, que antes disso, o Museu realizou esforços na tentativa de localizar os bens, mesmo que não tenha obtido êxito nas buscas, não ficando sujeito à regra que dispõe que se a parte não realizou diligências no sentido de localizar o bem ela decai do seu direito em reavê-lo.

Além disso, para decidir o caso, o tribunal foi forçado a interpretar o complicado direito estrangeiro envolvido, incluindo o direito alemão hereditário, de 1868, bem como o acordo sobre a disposição das pinturas, existente entre o Grão-Duque e o governo de Weimar,

---

<sup>269</sup> KAUFMAN, Roy S. *Art law handbook*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2000, p. 290-1.

datado de 1921. A corte também deveria decidir se o Grã-Duque teria perdido o direito sobre as obras em face de ter abdicado de sua soberania, em novembro de 1918. Além disso, deveria ainda determinar se a República de Weimar seria sucessora nos direitos possessórios do Grã-Duque e, como consequência, se a Alemanha Oriental seria a possuidora destes direitos. Por fim, deveria interpretar e levar em consideração as decisões dos tribunais germânicos em casos semelhantes.

Depois de os *experts* promoverem uma verdadeira batalha acerca da interpretação do direito estrangeiro, o Tribunal norte-americano indeferiu uma grande parte do pedido, com base na *Act of State doctrine*, considerando que o governo dos Estados Unidos da América não reconhece o regime da República da Alemanha Oriental, outorgando a prerrogativa de ser parte em processos judiciais perante a justiça norte-americana apenas ao Governo da República da Alemanha Ocidental<sup>270</sup>.

Este caso serve para demonstrar a dificuldade do julgamento quando o local em que estiver ocorrendo a demanda não apresentar proximidade com os elementos que deverão ser levados em consideração no momento do julgamento, apresentando a doutrina do *comity*, que trata da aplicação do direito estrangeiro, tanto na sua forma de *prescriptive comity*, com a análise da legislação aplicável, como de *forum non conveniens*, com a determinação de qual o foro mais adequado para julgar a demanda, como a maneira de se chegar a uma solução mais justa.

O caso *Solomon R. Guggenheim Foundation v. Lubell*, do *gouache* de Marc Chagall<sup>271</sup>, de 1912, tem como objeto um estudo para uma pintura a óleo, avaliado em mais de duzentos mil dólares norte-americanos e demonstra que a aplicação do direito pode ser utilizada de uma forma flexibilizada para promoção da justiça.

Neste caso, o Museu Guggenheim alegou que o trabalho foi roubado nos anos sessenta, sendo o autor do ato ilícito desconhecido. Posteriormente, o Museu tomou conhecimento, em agosto de 1985, de que o trabalho estava na posse da acusada, Rachel Lubell. Em 09 de janeiro de 1986, o Museu postulou a devolução da obra, mas a então proprietária se recuou a devolvê-lo.

---

<sup>270</sup> As razões da decisão foram as seguintes: 1. The United States Government does not recognize the East German regime. 2. The United States Government recognizes the Federal Republic of Germany as the only German Government entitled to speak for Germany as the representative of the German people in international affairs. 3. The United States Government recognizes the Federal Republic of Germany as entitled in this litigation to represent the Weimar Museum as trustee of its interests. Disponível no site <[http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=1973709478F2d231\\_1670.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985](http://174.123.24.242/leagle/xmlResult.aspx?xmlDoc=1973709478F2d231_1670.xml&docbase=CSLWAR1-1950-1985)>. Acessado em 18/01/12.

<sup>271</sup> MILRAD, Aaron. *Statutes of Limitations*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <http://www.artcellarexchange.com/artlaw3.html>. Acessado em 14/02/07.

Lubell alegou que ela e o marido compraram o trabalho em maio de 1967, em uma respeitável galeria de Manhattan, por dezessete mil dólares norte-americanos. Alegou, ainda, que eles, até o momento, não tinham ciência de qualquer defeito no título fornecido pela galeria. Rachel Lubell sustentou, também, em sua defesa o transcurso do prazo de três anos previsto no *statute of limitations, the defense Laches, the defense of diverse possession* e seu *status* de compradora de boa-fé. Entretanto, o tribunal considerou que as razões pelas quais o Museu não deu publicidade ao desaparecimento do quadro, depois de tomar conhecimento do furto, foram razoáveis, flexibilizando as regras previstas no *Statute of Limitations*.

Erik Jayme<sup>272</sup> considera que o instituto da *prescription – limitation action* é próprio dos casos em que objetos de arte aparecem no mercado de arte depois de muitas décadas, quando a situação do objeto é desconhecida, sendo de crucial importância a determinação se o proprietário que reclama a restituição está submetido a essas regras. Contudo, a própria passagem do tempo pode ser um fator que dificulta a avaliação da incidência da prescrição sobre o direito de o possuidor original reclamar a propriedade do bem.

Marina Schneider<sup>273</sup> comenta que, no Capítulo II (*cf.* Artigo 4(4)), da Convenção do UNIDROIT sobre bens culturais roubados ou ilicitamente exportados, as pessoas que redigiram o texto não indicaram de que forma seria estabelecido se o possuidor sabia ou teria condições razoáveis de saber que o objeto havia sido ilegalmente exportado, deixando essa tarefa para os aplicadores do direito resolverem. Essa regulamentação do tipo aberto se adapta à nova concepção do direito pós-moderno e às normas narrativas defendidas por Erik Jayme<sup>274</sup>.

O caso *Martin Grosz and Lilian Grosz v. MoMA – the Museum of Modern Art*<sup>275</sup>, por sua vez, trata da restituição de três pinturas de Grosz (*Poet Max Herrmann-Neisse, 1927 – Self-Portrait with Model, 1928 – Republican Atumotatons, 1920*) que se encontram no MoMA, *Museum of Modern Art*. Os herdeiros de George Grosz, autores da ação, sustentaram que as pinturas foram perdidas por Grosz ou pelo seu comerciante de arte (*art dealer*) quando eles fugiram da Alemanha nazista, em 1933, e que os quadros nunca retornaram para os herdeiros do artista. Os autores postularam a declaração da

---

<sup>272</sup> JAYME, Erik. *The Status of Cultural Property in German Private International Law*. In: German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens 1994, p. 93.

<sup>273</sup> SCHNEIDER, Marina. *UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects : Explanatory Report*. P. 536. Disponível em <  
<http://www.UNIDROIT.org/english/conventions/1995culturalproperty/1995culturalproperty-explanatoryreport-e.pdf>>. Acessado em 09/05/09

<sup>274</sup> Erik Jayme considera que a cultura pós-moderna é composta de quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narração e o retorno dos sentimentos. JAYME, Erik. *Identité culturelle et integration: le droit international privé postmoderne*. Cours Général de Droit Privé. *Recueil des Cours*. t. 251. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1995. p. 36.

titularidade, a apreensão e a recuperação dos bens para os herdeiros, com o reconhecimento de que os autores são os legítimos proprietários dos quadros, obtidos de forma ilegal pelo museu.

A situação envolvida remonta ao período anterior a Grosz ter escapado da Alemanha, quando ele foi perseguido diretamente pelos nazistas pelo seu posicionamento político antitotalitário. Essa perseguição incluía a ostensiva intimidação aos compradores dos seus quadros, bem como a desvalorização do seu valor de mercado. Quando ele fugiu dessa perseguição perdeu todos os seus trabalhos, que ficaram com um comerciante de Berlim, Alfred Flechtheim, que também foi perseguido e acabou morrendo pobre, quatro anos depois, em Londres. As três pinturas foram, finalmente, adquiridas pelo MoMA, que argumentou que seriam irrelevantes os fatos que culminaram na posse das pinturas de Grosz pelas pessoas de quem foram adquiridos os trabalhos pelo museu.

Os outros argumentos do MoMA seriam: que as leis alemãs impediriam o retorno dos bens aos herdeiros de Grosz, autores da ação; que a lei de Nova Iorque, que prevê o prazo de três anos, conhecida como *Statute of Limitations*, deveria ser aplicada, haja vista que o Museu recusou a entrega das pinturas, pela primeira vez em 12 de abril de 2006, incidindo na regra do direito de Nova Iorque, *demand and refusal rule*; e que o direito invocado pelos autores estaria baseado apenas em casos em que houvesse fraude ou erro, o que não seria o caso dos autos. Também constou da defesa que, em 1953, o próprio Grosz viu sua pintura no Museu e, mesmo tendo escrito para seu cunhado relatando que o Museu exibia uma pintura sua roubada, não exerceu o seu direito de reclamar a obra.

Entretanto, os advogados encarregados de representar os autores foram enfáticos ao estabelecer que o direito de seus clientes não caducou e que mesmo que as obras estivessem localizadas na Cidade de Nova Iorque, os bens foram obtidos em violação aos direitos humanos e precisariam ser devolvidos aos seus legítimos proprietários, que eram os herdeiros de Grosz.

Dessa forma ponderaram a aplicação do *comity*, nos seguintes termos :

*It would be anomalous for this Court to grant “comity” and agree to be bound by a German court decision which has zero precedential weight or binding power. Comity may be appropriate for certain final judgments. Diorinou v. Mezitis, 237 F.3d 133, 139-140 (2d Cir. 2001)(discussing comity in context of final judgments).<sup>276</sup>*

Entretanto, os autores perderam em todas as instâncias, porque os tribunais consideraram que não havia indicação nos autos de que o MoMA tivesse agido de má-fé nas negociações que estavam em curso entre as partes para devolução das obras. A resposta dada pela instituição, em abril de 2006, negando-se a devolver os quadros, foi reafirmada como o marco inicial em que começou a correr o prazo de três anos para que fosse reivindicada judicialmente a propriedade dos quadros, conforme a

<sup>275</sup> Disponível em < <http://www.commartrecovery.org/sites/default/files/MemorandumofLawinOppFINAL.pdf>>. Acessado em 23/01/12.

<sup>276</sup> Disponível em < <http://www.commartrecovery.org/sites/default/files/MemorandumofLawinOppFINAL.pdf>>. Acessado em 23/01/12, p. 25.

*demand and refusal rule*, tendo os autores demorado em propor a sua demanda, restando consolidada a propriedade com o Museu.

Com esse resultado, o tribunal afastou a apreciação da legislação estrangeira, adotando a lei do Estado de Nova Iorque, aplicando a *demand and refusal rule* como a mais apropriada para a obtenção de um resultado mais justo ao processo, considerando que a propriedade dos quadros restou consolidada com o Museu em face da demora dos autores em ajuizarem a competente demanda, após a negativa do MoMA em restituir os quadros.

#### **4.2.2 Comity e *The Foreign Sovereign Immunities Act***

O caso do quadro Adele Bloch-Bauer I, pintado por Gustav Klimt, apresenta relevância para o estudo do *comity* aplicado na proteção internacional das obras de arte, por envolver a discussão acerca da competência para apreciar a demanda de devolução do quadro aos herdeiros sobreviventes dos Bloch-Bauer. *Comity*, como se tem visto, é a aplicação extraterritorial do direito, com a possibilidade de ser utilizado o direito estrangeiro, inclusive com a deliberação do tribunal local em se declarar incompetente para apreciar o feito. Nesse caso, os proprietários originais foram vítimas da perseguição do regime nazista, em razão da sua ascendência judaica, e tiveram os seus bens confiscados irregularmente, em razão do que ficou conhecido como processo de arianização de bens culturais, promovido pelos oficiais ligados a Adolf Hitler<sup>277</sup>.

Para que se consiga extrair a forma como se deu a aplicação da doutrina do *comity* na decisão judicial, é necessário o apanhado histórico da situação que envolveu o confisco dos bens da família Bloch-Bauer, durante a Segunda Guerra Mundial, até o momento em que foi ajuizada a demanda perante a justiça norte-americana.

Em seguida, impõe-se a análise da forma como se desenrolou o procedimento judicial perante as cortes dos Estados Unidos da América, enfocando a discussão sobre a determinação da competência para apreciar a questão. Essa discussão é decorrente, em parte, do fato de o quadro permanecer no território austríaco e a parte demandante ter optado por ajuizar o feito perante a justiça norte-americana, o que determinou a aplicação da doutrina do *comity*, que é a deliberação acerca da adequação do direito estrangeiro, para afastar a incidência do *The Foreign Sovereign Immunities Act*, postulada pelo Governo da Áustria.

---

<sup>277</sup> Disponível em <<http://illicit-cultural-property.blogspot.com.br/2007/02/egon-schiele-litigation.html>>. Acessado em 14/12/11.

Este foi um dos casos que mais movimentou o mercado de arte nas últimas décadas, devido ao alto valor que um dos quadros obteve na sua venda após o laudo arbitral favorável aos herdeiros. Na demanda *Maria Altmann contra a República da Áustria*, a autora pretendia a restituição do quadro pintado por Gustav Klimt, *Adele Bloch-Bauer I* (1907), e de mais quatro obras do mesmo pintor, *Adele Bloch-Bauer II*, *Apfelbaum I*, *Buchenwald/Birkenwald*, *Häuser in Unterach am Attersee*, sendo que Maria Altmann era sobrinha do casal Ferdinand e Adele Bloch-Bauer.

Antes da explosão da crise humanitária desencadeada pela ascensão do movimento nazista, a Áustria vivia, na virada do Século XIX para o Século XX, um período de efervescência cultural<sup>278</sup>. Na Viena do início do Século passado circulavam pessoas como Sigmund Freud, na psicologia, Gustav Mahler e Arnold Schoenberg, na música, e Gustav Klimt, na pintura, entre outros destaques do cenário cultural mundial<sup>279</sup>.

A família Bloch-Bauer estava entre a classe de judeus que conheceu grande crescimento econômico nesse período histórico. Seus integrantes, nomeadamente dois irmãos Bloch que casaram com duas irmãs Bauer, deram origem aos Bloch-Bauer. Gustav e Theresa Bloch-Bauer eram os irmãos mais velhos e tiveram cinco filhos, entre os quais a mais nova, Maria Altmann, que se tornou a autora do processo perante a justiça norte-americana, representada pelo neto do músico Arnold Schoenberg, o advogado E. Randon Schoenberg.

Ferdinand e Adele Bloch-Bauer não tiveram filhos. Ele era presidente de uma grande indústria de produção de açúcar, o que lhe proporcionava recursos suficientes para investir no mercado de arte. Entre as aquisições do casal havia diversas peças de porcelana e quadros de pintores famosos na época, como Gustav Klimt, a quem foram encomendados dois retratos de Adele Bloch-Bauer, e outras quatro paisagens do artista, que o casal exibia na sala de visitas da sua casa, em Viena.

Adele faleceu vítima de meningite, prematuramente, em 1925, e deixou um testamento manuscrito, contemplando orfanatos e instituição de trabalhadores de Viena. Neste documento, havia um parágrafo requisitando que, após o falecimento do seu marido, ele

---

<sup>278</sup> Os fatos aqui narrados seguem a transcrição de palestra proferida pelo Advogado norte-americano E. Randon Schoenberg, proferida na Neue Galerie, em Nova Iorque, após a aquisição por esta galeria do quadro Adele Bloch-Bauer. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.bslaw.net/news/060731.doc>>. Acessado em 20/08/08.

<sup>279</sup> Schorske lança luzes à efervescência cultural desse período: “Como Freud com sua paixão pela cultura arcaica e escavações arqueológicas, Klimt utiliza símbolos clássicos como ponte metafórica para a escavação da vida instintiva, e principalmente sexual. O ex-pintos social de teatros tornou-se o pintor psicológico da mulher. Depois de 1898, o tipo feminino angélico e doce da pintura ‘Schubert’ desapareceu por quase um decênio. Klimt voltou à mulher como criatura sensual, desenvolvendo todo o seu potencial de prazer e dor, vida e morte. Num interminável fluxo de desenho, Klimt tentou aprender o sentimento da feminilidade. SCHORSKE, Carl. E. *Viena Fin-de-Siècle. Política e Cultura*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 215.

destinasse os quadros de Klimt para a Austrian Gallery: *I ask my husband to give my two portraits and the four landscapes by Gustav Klimt to the Austrian Gallery upon his death* <sup>280</sup>.

Em 1926, o pai de Maria Altmann, Gustav Bloch-Bauer, levou o documento perante a justiça vienense, atuando no sentido de que as disposições de última vontade de Adele Bloch-Bauer não tivessem o caráter de obrigação, mas tão-só fossem a expressão de um desejo. Gustav, o executor do testamento de Adele, aduziu que as pinturas não pertenceriam a ela e sim a Ferdinand, motivo pelo qual o testamento não passaria de uma simples manifestação de vontade. Contudo, na época, seu marido Ferdinand prontamente assumiu o compromisso de levar a efeito as últimas vontades da esposa falecida.

Em março de 1938, com a anexação da Áustria pelo exército de Hitler, os judeus, entre os quais os Bloch-Bauer, passaram a ser alvo da perseguição dos nazistas, o que motivou a fuga de Ferdinand para a então Tchecoslováquia, e depois para Zurique, na Suíça, onde permaneceu até o final da Guerra.

Enquanto isso, em Viena, os bens de Ferdinand eram liquidados pelos nazistas, sendo que Ferdinand contratou um advogado ligado às tropas de ocupação para defender os seus interesses, Dr. Eric Führer, que acabou se tornando o próprio responsável pela liquidação dos bens e vendendo-os para pagar as taxas cobradas pelo governo nazista. Entre os bens estava a casa onde eram guardadas as pinturas de Klimt.

A coleção de arte dos Bloch-Bauer despertou a imediata atenção de Hitler, principalmente pela existência de quadros do pintor Waldmüller, o preferido do Hitler. Então, do total de nove pinturas deste artista, Hitler ficou com algumas, outras foram destinadas ao Führer Museum, em Linz, Áustria, e outras foram dispersadas ou dadas de presente por Göering, oficial nazista. Já as pinturas de Klimt eram muito modernas para o gosto dos nazistas e foram espalhadas pelos museus de Viena. A *Austrian Gallery* obteve o retrato dourado e a *The Apple Tree*, direto do advogado Dr. Führer, em troca do quadro *Castle Landscape*, que o Dr. Führer vendeu ao filho ilegítimo de Klimt, Gustav Uccicky, diretor de filmes nazistas. Por fim, a *Austrian Gallery* adquiriu o retrato de *Adele Bloch-Bauer I*, em 1943, do Dr. Führer.

Durante a Guerra, a irmã de Adele foi morta, mas os filhos do seu cunhado Gustav Bloch-Bauer sobreviveram, e a mais nova, Maria Altmann, foi para Los Angeles. Antes, porém, ela casou, no final do ano de 1937, com 21 anos, com Fritz Altmann, o irmão mais

---

<sup>280</sup> Conforme consta na palestra proferida pelo advogado norte-americano E. Randon Schoenberg, na Neue Galerie, em Nova Iorque, após a aquisição por esta galeria do quadro Adele Bloch-Bauer. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.bslaw.net/news/060731.doc>>. Acessado em 20/08/08.

novo de Bernhard Altmann, famoso produtor de tecidos, que também era procurado pelo regime nazista. Devido à prisão de Ferdinand pelo regime nazista, Bernhard consentiu em repassar os bens para o governo de Hitler em troca da sua liberdade e da fuga do seu irmão com sua esposa, Maria Altmann, primeiro para Holanda, depois para a Inglaterra, até chegarem aos Estados Unidos da América.

Depois de três anos de encerrada a Segunda Guerra Mundial surgiu a primeira lei na Áustria disciplinando o processo de restituição dos bens aos judeus. Para operacionalizar o procedimento, os aliados, principalmente o Governo norte-americano, instalaram o *Art Collecting Point*<sup>281</sup>, em Munique, onde eram reunidos os trabalhos de arte recuperados. Mas não era permitido aos particulares reivindicar diretamente esses bens, apenas os governos tinham a titularidade para fazer o pedido, uma vez que a política era a restituição dos bens aos países de origem. Então, por exemplo, se um quadro havia sido tirado do Louvre para integrar a coleção particular de Göering, ele deveria ser levado para Munique, ao *Art Collecting Point*, para que o governo francês fizesse a requisição formal de restituição. Dessa forma, para recuperar o patrimônio dos Bloch-Bauer, Dr. Rinesch, encarregado dessa tarefa, deveria fazer uma requisição ao governo austríaco para que este postulasse junto aos aliados, estabelecidos no *Art Collecting Point*, para depois requerer junto ao governo austríaco a devolução deles aos legítimos herdeiros.

No caso dos Bloch-Bauer, como as pinturas estavam em Viena e os herdeiros nos Estados Unidos da América e no Canadá, o advogado responsável, Dr. Rinesch, deveria requerer ao governo austríaco a respectiva licença de exportação. Entretanto, o governo se valia desse entrave legal para forçar as famílias de judeus a doarem alguns de seus quadros ao Estado austríaco, sob a alegação de que algumas das obras de arte eram de fundamental importância para a cultura local. Assim, se uma determinada família possuísse direito sobre oito telas, por exemplo, o governo permitia a exportação de três, em troca da doação das outras cinco para os museus da Áustria<sup>282</sup>.

---

<sup>281</sup> Conforme informação no site da National Gallery of Art of USA: “The Munich Central Collecting Point was established to accommodate repositories of Nazi-confiscated works of art and other cultural objects, hidden throughout Germany and Austria, which were discovered by the Allies at the close of World War II. At the Central Collecting Points of Marburg, Wiesbaden, Munich, and the Offenbach Archival Depot, objects were identified, photographed, and restituted to their countries of origin. The works of art that passed through the Munich Central Collecting Point originated from many European museums and from private collections, a large percentage of which were French and Dutch. The recovered objects comprised a wide variety of media, from painting and sculpture to textiles and metalwork. The Munich Central Collecting Point ceased its restitution activities in 1951.” Disponível em <<http://www.nga.gov/resources/dpamunich.shtm>>. Acessado em 06/08/2012.

<sup>282</sup> Conforme consta da palestra proferida pelo Advogado norte-americano E. Randon Schoenberg, proferida na Neue Galerie, em Nova Iorque, após a aquisição por esta galeria do quadro Adele Bloch-Bauer. Disponível no endereço eletrônico <<http://www.bslaw.net/news/060731.doc>>. Acessado em 20/08/08.

Quando Dr. Rinesch, em 1948, postulou junto à *Austrian Gallery* a restituição dos quadros de Klimt, recebeu uma resposta agressiva do museu, alegando que os quadros pertenciam à instituição, em face das disposições de última vontade de Adele Bloch-Bauer, e ainda requisitava a devolução de outros três quadros que não estavam em poder da instituição: *House at Unterach on the Attersee; Birch Forest; e Schloss Kammer am Attersee III*.

Para contornar o problema, após um encontro com o diretor do museu, o Dr. Rinesch contactou os herdeiros e comunicou que, embora o testamento de Adele Bloch-Bauer não transmitisse os direitos dos quadros ao museu, a declaração de Ferdinand, feita em 1926, no sentido de que respeitaria a vontade da sua falecida esposa, teria o poder de conferir efetividade ao testamento. Assim, em troca da entrega dos quadros ao museu, o advogado negociou a restituição aos herdeiros da família Bloch-Bauer de outros bens, como os quadros de Waldmüller e de outros pintores austríacos antigos, as porcelanas, os desenhos e as demais coisas do gênero.

Após esses fatos, como narrou o advogado E. Randon Schoenberg, em palestra proferida na *Neue Galerie*, em Nova Iorque, se fosse perguntado a Maria Altamnn, entre os anos de 1948 a 1998, qual o destino do quadro Adele Bloch-Bauer I, ela diria que: “É muito triste, meu tio deixou-o para o museu, e nós nunca conseguimos recuperá-lo”. Essa foi a versão dos fatos que ela recebeu do advogado da época, e não tinha a menor ideia de que seria possível reclamar os direitos sobre essa obra.

Entretanto, em setembro de 1998<sup>283</sup>, após uma série de alegações na imprensa sobre o patrimônio pertencente aos museus austríacos, que teriam sido obtidos de forma ilícita, o Governo daquele país editou uma nova lei que trata das questões envolvendo a restituição de bens artísticos obtidos como doação em troca da concessão de permissão de exportação de outros bens<sup>284</sup>, ou que tivessem sido expropriados em face de saques ocorridos durante a Segunda Guerra Mundial. Entretanto, esse ato legislativo não autorizava os particulares a reclamarem os bens que entendessem pertencer aos espólios de suas famílias, mas tão-somente autorizava a formação de um comitê que apreciaria a procedência lícita ou ilícita das obras de arte pertencentes às coleções federais e, se assim entendessem, restituir esses bens aos seus proprietários de direito.

---

<sup>283</sup> O ato legislativo editado na Áustria em 1998, cujo objeto era a restituição das obras de arte em posse do acervo federal e obtidas ilicitamente em decorrência da Segunda Grande Guerra, foi consequência da atuação da jornalista Judith Dobrzynski. Ela, no final de 1997, reportou para o *The New York Times* a história da pintura de Egon Schiele, O Retrato de Wally.

<sup>284</sup> Federal Act Regarding the Restitution of Artworks from Austrian Federal Museums and Collections, dated 4 December 1998, Federal law Gazette 1 No. 18111998.

Em decorrência dessa lei, Maria Altmann recebeu uma ligação de Viena, já em setembro de 1998, para tratar da restituição de bens pertencentes à sua família, e ela imediatamente contatou o seu advogado, o neto de Arnold Schoenberg, E. Randon Schoenberg.

Em 1999, o comitê começou a apreciar a questão envolvendo os bens dos Bloch-Bauer, não sendo, contudo, permitida a participação do advogado de Maria Altmann nas discussões sobre a restituição dos quadros de Klimt, sob a justificativa de que o procedimento era todo feito apenas pelos membros do comitê.

Como esperado, em junho de 1999, o comitê decidiu não restituir os quadros pintados por Klimt aos herdeiros dos Bloch-Bauer, sob o argumento de que o testamento de Adele Bloch-Bauer cedia os direitos das telas para a *Austrian Gallery*, mesmo argumento utilizado em 1948. Entretanto, o advogado da família entendia que o testamento era apenas a expressão de um desejo e que os quadros passaram a pertencer ao museu apenas em 1948, quando o advogado Dr. Rinesch concordou com a transferência da propriedade em troca do certificado de exportação de outros bens, conforme já relatado. Então o representante de Maria Altmann propôs ao comitê a formação de um tribunal de arbitragem com três membros, sendo um indicado por ele, outro pelo governo austríaco e esses dois indicariam um terceiro. A resposta do Ministro responsável foi: Se você não está contente com a nossa decisão, seu único remédio é procurar a justiça.

Com o fracasso da tentativa de uma solução consensual, Maria Altmann e os demais herdeiros desistiram de demandar a questão na Áustria, em decorrência das altas custas judiciais, que ficariam em torno de dois milhões de dólares, quantia expressiva, pois eram pessoas de vida relativamente modesta e não dispunham desse valor. As postulações realizadas para redução do valor das custas junto à justiça austríaca restaram inexitosas também.

Sem opção, a família passou a verificar a possibilidade de intentar o processo na justiça norte-americana. A primeira circunstância a ser considerada era o *The Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976, que dispunha que um Estado estrangeiro não poderia ser demandado, com exceção dos casos em que: a propriedade tenha sido obtida em violação ao direito internacional; a propriedade seja possuída ou operada por uma agência ou organização pertencente a um Estado estrangeiro; e quando a agência ou organização atue em atividades comerciais nos Estados Unidos da América.

Os dois primeiros itens eram facilmente identificáveis. O terceiro, entretanto, demandava maior esforço, sendo que E. Randon Schoenberg sustentou que o museu vendia

livros e anunciava suas exposições no território norte-americano, bem como diversos turistas dos Estados Unidos da América visitavam aquela instituição, realizando gastos com cartões de crédito. Para dar suporte jurídico aos seus argumentos, citou o precedente do caso julgado pelo *Ninth Circuit*, na Califórnia, envolvendo uma família de judeus da Argentina que perderam suas reservas num hotel, sob o entendimento de que os membros dessa família poderiam demandar nos Estados Unidos da América porque aquele hotel anunciava suas atividades no território norte-americano atraindo diversos turistas desta nacionalidade.

Embora o ceticismo do advogado de Maria Altmann, que tinha apenas a intenção principal de manter o caso em evidência, com base nesse precedente, foi ajuizada a demanda nos Estados Unidos da América, que teve o custo aproximado de duzentos e cinquenta dólares<sup>285</sup>. A Áustria realizou a sua defesa baseada em oito diferentes pontos, entre eles, arguiu a imunidade em face de sua soberania, baseada no fato de que o *Foreign Sovereign Immunities Act of 1976* não poderia ser aplicado a casos anteriores a sua edição. Entretanto, para surpresa das partes, a moção da Áustria foi negada, sendo reconhecido, o direito da parte em demandar contra o país na justiça norte-americana.

O Governo da Áustria apelou da decisão, o que foi possível por se tratar de questão envolvendo imunidade de Estado estrangeiro (*sovereign immunity question*). A Corte de Apelação do *Ninth Circuit*, em 2002, confirmou a decisão de primeiro grau, com base na utilização do *comity* para afastar a alegação de aplicação retroativa dos termos do *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976. Vê-se que o *comity* foi entendido como uma questão de cortesia que um Estado tem em relação a outro, podendo ser revogado a qualquer momento. Devido à repercussão do caso, que serviria de precedente para diversos casos envolvendo a restituição de bens culturais pertencentes a outros países, o Governo norte-americano postulou a reconsideração da decisão pela Corte que, entretanto, manteve a sua posição, em 2003.

Por fim, o Governo da Áustria recorreu à Suprema Corte norte-americana que aceitou o caso. A decisão, em 2005, foi por seis votos a três favoráveis à causa de Maria Altmann, recorrendo também à aplicação do *comity*, sustentando que a imunidade pretendida pelo Governo da Áustria era mera questão de *comity* que podia ser revogada a qualquer momento, conforme determinassem os interesses norte-americanos. A decisão reconhecia apenas o direito da autora de propor a demanda nos Estados Unidos da América, no juízo de Los Angeles, o que já era uma grande vitória para a sua causa, haja vista que deixava aberta a possibilidade de uma possível vitória dos herdeiros dos Bloch-Bauer.

---

<sup>285</sup>*Altmann v. Republic of Austria*. (03-13) 541 U.S. 677 (2004) 327 F.3d 1246, affirmed. Disponível em <<http://www.law.cornell.edu/supct/html/03-13.ZS.html>>. Acessado em 08/10/10.

No seguimento do processo, o tribunal ordenou a realização de uma mediação, que ficou por conta de Dieter Binder. Ele, que era professor, sugeriu a realização de um juízo arbitral na Áustria, com um membro escolhido pelo Governo austríaco, outro por parte de Maria Altmann e esses dois escolheriam um terceiro, ou seja, contemplou a proposta inicial de E. Randon Schoenberg, que aconselhou sua cliente a aceitar a arbitragem. Seus argumentos foram de que a possibilidade de recursos na justiça norte-americana era praticamente infundável e que haveria dificuldade na efetividade do julgado, caso saíssem vitoriosos. Por outro lado, a arbitragem realizada na Áustria traria um resultado mais imediato e, com base no testamento de Adele Bloch-Bauer, ele acreditava na vitória sobre o Governo austríaco.

Em setembro de 2005, ocorreu a instrução do feito, sendo que a decisão apenas aconteceu em janeiro de 2006, próximo à data de Maria Altmann completar os seus noventa anos de idade, e foi, com certeza, um grande presente antecipado de aniversário, a notícia de que havia vencido a causa, por unanimidade. O argumento vitorioso foi o de que os quadros de Klimt só haviam passado para o museu em 1948, e não em razão do testamento de Adele Bloch-Bauer, determinando-se a restituição em razão da lei de restituição de obras de arte de 1998.

Respondendo a questões do público, na palestra que proferiu na Neue Galerie em Nova Iorque, E. Randon Schoenberg afirmou que o *Ninth Circuit* considerou que não haveria uma restrição à aplicação do *Foreign Sovereignty Immunities Act* aos fatos em análise, haja vista que a imunidade pretendida pelo Governo da Áustria seria uma questão de *comity* que um governo reconhece a outro, podendo ela ser removida a qualquer tempo, não sendo, portanto, uma questão de aplicação retroativa da lei. Salientou que esse foi o entendimento que prevaleceu no julgado que firmou a competência da justiça de Los Angeles, tanto no *Ninth Circuit* como na *Supreme Court*.

Citando o precedente *Dole Food Co. v. Patrickson*, 538 U. S. 468,479 (2003), a *Supreme Court*, no voto do *Justice Breyer*, aduziu que o objetivo da doutrina do *foreign sovereign immunity* é dar uma certa proteção ao Estado estrangeiro como um gesto de *comity*. Mais adiante, utilizando-se do precedente *Verlinden B. V. v. Central Bank of Nigeria*, 461 U. S. 480, 482,483, 497 (1983) (applying the FSIA to a contract that predated the Act), afirmou que a doutrina do *foreign sovereign immunity* não protege o Estado estrangeiro de condutas passadas, pois a sua aplicação não se trata de um direito, mas sim de um ato de graça e de *comity*.

A solução buscou resguardar o direito dos herdeiros dos Bloch-Bauer de demandar nos Estados Unidos da América, objetivando abrir a possibilidade de ser reparada mais uma

injustiça perpetrada durante a Segunda Guerra Mundial. Como aduzido ao tratar da restituição do quadro de Schiele em decisão posterior à agora estudada, um dos pontos que fundamentou a decisão foi o de que o Governo da Áustria não detém a exclusividade para julgar os casos oriundos da violação dos direitos humanos durante o regime nazista<sup>286</sup>.

Dessa forma, verifica-se que a possibilidade de Maria Altmann litigar contra o Governo da Áustria foi decorrente da aplicação negativa do *comity*. Essa aplicação consistiu no argumento de que a imunidade de jurisdição conferida a um Estado estrangeiro pode ser cancelada a qualquer momento em observância às questões que envolvam os interesses do país. Assim, foi adotada a visão predominante e clássica de *comity* existente na justiça norte-americana desde o caso *Hilton v. Guyot*, que guarda relação com a terceira regra desenvolvida por Huber, ao levar em consideração os interesses nacionais na aplicação da doutrina do *comity*. Contudo, parece haver certa confusão com a acepção dada ao *comity*, de que seria mera questão de cortesia entre as nações, o que, conforme foi visto, não segue a melhor doutrina sobre a matéria.

Entretanto, embora a adoção do *comity* como mera questão de cortesia fuja à classificação estudada de Calamita, pode ser considerada como uma das facetas da doutrina do *comity*, devido a sua grande utilização em casos práticos, conforme já foi ressaltado em outros pontos deste trabalho. Em resumo, *comity* é, para este estudo, a doutrina que trata da aplicação extraterritorial do direito, com a utilização do direito estrangeiro, o reconhecimento dos atos praticados no exterior, a possibilidade de haver a declinação da competência em favor de uma jurisdição de outro Estado e os atos de cortesia praticados entre Estados.

#### 4.2.3 *Comity* e proteção do patrimônio cultural nacional

---

<sup>286</sup> No caso *De Keller c. Maison de la Pensée Française*, o entendimento da justiça francesa foi no sentido oposto do encontrado pela Suprema Corte norte-americana. O caso trata de um evento em Paris, organizado pela *Maison de la Pensée Française*, no qual foram expostos quarenta e nove quadros pintados por Picasso, sendo que doze, segundo o catálogo, pertenciam a coleções particulares francesas e, os demais, a museus de Leningrado e Moscou. Durante a revolução russa, que se iniciou no ano de 1917, muitas coleções particulares foram transferidas para o domínio do Estado. Entre essas coleções estava a de Sergei Ivanovitch Stchoukine, que se refugiou em Paris em 1918, falecendo em 1936. A coleção inteira foi declarada propriedade do Estado Soviético, pela resolução n.º 506, de 05 de novembro de 1918, do Conselho dos Comissários do Povo. Quando duas filhas de Sergei Stchoukine tomaram conhecimento da exposição em Paris, constataram que dois quadros expostos pertenciam à coleção particular de seu ancestral russo, adquiridos no ano de 1915. Em 05 de julho de 1954, elas ingressaram com ação no Tribunal Civil de Sena solicitando o sequestro das pinturas que se encontrassem com detentores precários, com fundamento na existência de um título de propriedade adquirido por via sucessória. O Tribunal francês se deu por incompetente devido à imunidade de jurisdição do Estado Soviético, pois considerou que os verdadeiros demandados deveriam ser os museus soviéticos, e não o museu francês responsável pela mostra. FUENTES CAMACHO, Víctor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Editorial Beramar, 1993. p. 109.

Caamiña Domínguez, em seu livro que trata da questão dos conflitos de jurisdições e de leis envolvendo o tráfico ilícito de obras de arte, aponta que o caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz* é um exemplo paradigmático de colisão de normas envolvendo regras cujo âmbito de aplicação seja a regulação da exportação de bens culturais.

No caso, uma das principais causas da discussão foi uma lei da Nova Zelândia que dispõe que a consequência da saída ilegal de um bem seria que esse bem passaria automaticamente a ser propriedade do Estado da Nova Zelândia, segundo o que determinava a legislação local<sup>287</sup>. Fuentes Camacho, por sua vez, relata este caso como um exemplo de situação em que houve a paralisação de um procedimento de venda pública de um bem cultural ilicitamente exportado em consideração ao interesse do país de procedência do bem<sup>288</sup>. Já Siehr trata do caso como exemplo de questão envolvendo a escolha da lei aplicável<sup>289</sup>.

A disputa judicial tinha como objeto uma escultura retirada de uma porta talhada de arte maori<sup>290</sup>, e envolvia a questão de se determinar o que se poderia entender por direito público. Os fatos remontam ao ano de 1973, quando um comerciante britânico adquiriu a mencionada parte da porta na Nova Zelândia. Em seguida, sem qualquer tipo de permissão oficial, a peça foi levada para Nova Iorque. Na cidade norte-americana, o comerciante contatou com George Ortiz, conhecido colecionador privado de obras de arte, residente na Suíça, a quem vendeu o objeto.

No ano de 1978, por motivos familiares, Ortiz procurou a Galeria de leilão Sotheby's para vender sua coleção. Pelo catálogo da referida firma, que relacionava os bens que seriam leiloados, o Governo da Nova Zelândia tomou conhecimento do paradeiro da obra, ingressando com uma demanda judicial, postulando a propriedade do referido bem<sup>291</sup>, com a restituição deste, por fazer parte do seu patrimônio cultural nacional.

A peça era parte de um conjunto de bens existente em uma casa dedicada à venda de produtos comestíveis que pertenceu ao chefe de uma tribo maori. Seu paradeiro teria ficado desconhecido, até que, em 1972, foi achada por um aborigem chamado Manukonga, que a

---

<sup>287</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes em El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 258.

<sup>288</sup> FUENTES CAMACHO, Vítor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Beramar, 1993, p. 103.

<sup>289</sup> SIEHR, Kurt. G. *International Art Trade and the Law. Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1994, p 184.

<sup>290</sup> A eventual dúvida se esse objeto seria um bem cultural ou uma obra de arte fica superada em face das ponderações aduzidas no início deste capítulo, sendo que para este trabalho, será considerada como obra de arte tendo em vista que adquiriu individualidade e tratamento comercial dado aos bens artísticos.

<sup>291</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes em El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 258.

levou para sua residência, vendendo-a no ano seguinte para Lance Entwistle. Este, por sua vez, teria convencido Ortiz de que era o legítimo proprietário da obra e que poderia lhe entregar o respectivo título válido de propriedade, mesmo não havendo certificado de exportação e, dessa forma, embora tenha pagado apenas US\$ 6000 dólares norte-americanos, conseguiu o valor de US\$ 65000 dólares norte-americanos de Ortiz.

Em 1977, necessitando obter recursos para pagar o valor do resgate que era exigido pelos sequestradores de sua filha, Ortiz, que havia levado o bem para Genebra, o que explica a oferta do seu acervo em Londres, colocou-o à venda. A descoberta da peça maori pelo Governo da Nova Zelândia ocasionou o ajuizamento de demanda para impedir o leilão, postulando uma indenização correspondente ao dano sofrido<sup>292</sup>.

Atraído pelo catálogo da Galeria Sotheby's, que exibia fotografias de ótima qualidade do objeto cultural pertencente a Ortiz, anunciando a hasta pública, marcada para 29 de junho de 1978, o governo da Nova Zelândia ingressou em juízo na Inglaterra, três dias antes, em 26 de junho de 1978, com uma medida postulando a declaração de que o bem lhe pertencia, cumulada com o pedido de que ele fosse depositado em juízo, impossibilitando a sua venda pela casa de leilão londrina. Com essa medida, foi colocado em movimento o sistema judiciário inglês, para proteger um patrimônio cultural da Nova Zelândia, formando-se o cenário ideal para a aplicação da doutrina do *comity*, aqui considerado como o reconhecimento do direito estrangeiro e a sua aplicação dentro do território da Inglaterra.

Em consequência das medidas judiciais ajuizadas pelo governo da Nova Zelândia, a peça não foi incluída no leilão, possibilitando que a justiça inglesa se pronunciasse acerca da titularidade desse bem, e decidisse se ele efetivamente pertenceria ao governo da Nova Zelândia ou se seria de propriedade de Ortiz, em face de aquisição anteriormente levada a efeito em 1973.

O Advogado Geral da Nova Zelândia, prevenido quanto à relutância das cortes inglesas em dar efetividade ao direito público estrangeiro, após o ajuizamento da ação, tentou transformar a demanda em um processo normal de direito privado para recuperação de uma propriedade pertencente a outro Estado. De acordo com o *New Zealand Historic Articles Act*, de 1962, é proibida a retirada do território nacional de artigos considerados pertencentes ao seu patrimônio histórico, sem a respectiva permissão de exportação. Assim, era necessário deliberar acerca da aplicação deste dispositivo legal neozelandês nos tribunais ingleses. Se

---

<sup>292</sup> FUENTES CAMACHO, Vítor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Beramar, 1993, p. 103.

houvesse a decisão do tribunal em dar efetividade ao direito da Nova Zelândia estaria aplicando o *prescriptive comity*, conforme a classificação de Calamita<sup>293</sup>.

A interpretação dada ao direito da Nova Zelândia pela *Court of Appeal* e pela *House of Lords*, no caso *New Zealand v. Ortiz*, não era no sentido de que haveria o confisco automático do bem, como queria o governo da Nova Zelândia, e sim de que necessitaria antes ser apreendido o bem, retroagindo, então, a suposta propriedade do governo da Nova Zelândia à data em que deveria ter inicialmente ocorrido o confisco. Como a obra maori não havia sido objeto de confisco enquanto estava no território neozelandês, não poderia mais ser retomada pelo governo, haja vista que estava em outro país, não submetido àquele direito. Dessa forma, segundo Lorde Denning, dar efetividade ao direito da Nova Zelândia no caso seria atribuir-lhe efeito extraterritorial, o que violaria as regras do Direito Internacional Público<sup>294</sup>. Lorde Denning também analisou se o Estado da Nova Zelândia teria adquirido a propriedade do bem, respondendo negativamente a esta questão, o que fulminava, também, qualquer direito postulado pelo governo da Nova Zelândia, sendo que esta mesma orientação foi seguida pela Câmara dos Lordes.

O referido *New Zealand Historic Articles Act* previa que, uma vez exportado de forma ilícita determinado bem cultural, ele passaria automaticamente a ser de propriedade da Coroa neozelandesa. Como a exportação havia desobedecido aos trâmites legais, em primeira instância se considerou que era necessária a aplicação do direito estrangeiro, neozelandês, no Reino Unido, o que seria o caso de aplicação da doutrina do *comity*, conforme já salientado. Entretanto, existia o entendimento de que a proibição da aplicação do direito estrangeiro no território inglês estaria limitada às questões envolvendo normas penais, fiscais, e outras leis de direito público. Em decorrência desse entendimento, os tribunais ponderavam acerca da possibilidade da norma da Nova Zelândia estar incluída em alguma dessas categorias<sup>295</sup>.

Primeiramente, tratou-se de se afastar a possibilidade de a norma, cuja aplicação estava sendo postulada, ser de direito penal, pois se referia a uma lei de proteção ao patrimônio cultural daquele país, e não a uma lei que estabelecia qualquer tipo de sanção penal em face do seu descumprimento.

Da mesma forma, não seria uma norma fiscal, uma vez que o tribunal entendia que essa categoria de normas era reservada para as leis que regulavam os impostos.

---

<sup>293</sup> CALAMITA, N. Jansen. Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3.

<sup>294</sup> SIEHR, Kurt. G. International Art Trade and the Law. *Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1994, p. 186.

Como os juízes não conseguiram decidir se a norma poderia ou não ser enquadrada na terceira categoria, a que se refere às normas de direito público, a *House of Lords* não se pronunciou sobre a questão, passando a focar a discussão no fato de o Governo da Nova Zelândia haver ou não se tornado proprietário do bem.

O *New Zealand Historic Articles Act 1962* não teve uma interpretação pacífica no julgamento, não restando claro, segundo os julgadores, se o bem teria passado automaticamente a ser propriedade do Governo neozelandês, por ter sido exportado sem a respectiva licença, ou se este apenas teria o direito a proceder ao seu confisco depois das autoridades terem efetuado a sua apreensão.

Em primeira instância, o tribunal decidiu que o Governo da Nova Zelândia havia adquirido a propriedade de forma automática, sendo que, para tanto, foi necessário um pronunciamento acerca da aplicação do direito neozelandês no território inglês.

Após decidir que não se tratava de uma questão envolvendo o reconhecimento de um direito, mas tão-só da execução de um direito, foi aduzido que a propriedade do Governo estrangeiro decorria da aplicação do direito da Nova Zelândia no território inglês.

Mais adiante, o Juiz Staughton afirmou que, ante a falta de um princípio do direito inglês que impedisse a execução de normas estrangeiras de direito público, devia ser examinado o caso concreto. Assim, questionou-se se a ordem pública internacional<sup>296</sup> seria obstáculo para o reconhecimento de lei estrangeira, ao que foi respondido negativamente, com recurso ao uso do *comity*, como uma questão de cortesia: *La cortesía exige respetar el patrimonio cultural de los demás Estados, acordando tanto el reconocimiento como la ejecución de sus leyes relativas al título sobre la propiedad situada en su territorio*<sup>297</sup>.

Embora não tenha sido a posição que restou vencedora no caso<sup>298</sup>, a decisão foi corajosa ao colocar o *comity* como forma de reconhecimento do direito de outro país como

<sup>295</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 258.

<sup>296</sup> Conforme Marques dos Santos, ao tratar da noção de ordem pública internacional: “Esta tentativa do aresto Latour para captar os contornos de uma noção tão fugidia e tão inapreensível como a ordem pública internacional, sendo justamente célebre, nem por isso deixou de ser objecto de críticas. H. Batiffol, no seu comentário ao aresto, considera esta formulação demasiado estreita e opõe-na à do próprio P. Lrebour-Pigeonnière, relator do acórdão, o qual, além de englobar no conceito de ordem pública internacional os “princípios de justiça universal” também abarcaria as “políticas legislativas” que os juízes consideram ser seu dever defender e prosseguir, ainda que a “opinião francesa” esteja dividida, ou hesitante, a esse respeito”. MARQUES DOS SANTOS, António. *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria geral*. 1. vol. Coimbra: Almeida, 1991, p. 112-3.

<sup>297</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en El Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 259.

<sup>298</sup> Em artigo intitulado *Professor Lowenfeld ant the Enforcement of Foreign Public Law*, Laurence Collins, *Justice os the Supreme Court of the United Kingdom e Lord of Appeal in Ordinary House of Lords*, comenta a opinião do referido Professor sobre o caso, conforme consta do livro *Conflict of Laws English Style*, publicado

medida efetiva para proteção do patrimônio cultural de uma nação, mesmo que tenha sido abordado pelo seu aspecto de cortesia, o que, atualmente, vem sendo combatido pela doutrina, conforme amplamente demonstrado, mas que também pode ser aceito como uma forma de *comity*, em uma visão mais ampla da doutrina<sup>299</sup>. O *comity* aqui seria entendido como um ato de cortesia de um Estado em relação a outro para que fosse respeitado o patrimônio cultural deste. De qualquer forma, toda a discussão judicial foi sobre a aplicação do *comity* nas formas estudadas por Calamita, porque se fosse considerado que se deveria dar efetividade ao direito da Nova Zelândia, admitindo-se que já teria ocorrido a aquisição da propriedade em face da exportação ilegal do bem, também seria um caso de *comity*, na forma de *prescriptive comity*, pela aplicação do direito estrangeiro, ou de *adjudicatory comity*, pelo reconhecimento do ato que tornou o bem como de propriedade do governo, após a saída ilegal do bem do território neozelandês.

O resultado final do julgamento pela *House of Lords*, entretanto, foi no sentido de não reconhecer o direito do Governo da Nova Zelândia sob a alegação de que não teria adquirido a propriedade sobre a obra de arte, uma vez que não efetivou o ato de constrição antes de o bem ser exportado de forma ilícita do seu território, de certa forma abrindo a porta para a possibilidade de ser aplicado o direito estrangeiro no território inglês, caso o procedimento na Nova Zelândia tivesse seguido o estipulado na decisão, demonstrando, assim, que seria adotada a doutrina do *comity*.

Essa discussão acerca de qual legislação que deve ser aplicada quando se discute a propriedade de uma obra de arte em relação à proteção do patrimônio cultural nacional encontrou solução interessante também no caso *Jeanneret v. Vichey*<sup>300</sup>. Aqui, a Sra. Jeanneret, quando descobriu que uma obra de Henri Matisse que havia adquirido teria sido exportada ilegalmente da Itália pela Sra. Vichey, solicitou a sua devolução, obrigando os tribunais norte-americanos a se pronunciarem sobre o pedido de restituição feito pelo Governo Italiano, sob a

---

em 1989 : “He wondered whether the result encouraged smuggling and theft, and said that Lord Denning had passed the buck, by stating that the retrieval of such works of art must be achieved by diplomatic means, and there should be an international convention on the matter. He thought that the idea that there should be a public policy objection to restoration of a work of art to its rightful place made no sense, and therefore the ‘other public laws’ exclusion accepted by Lord Denning largely on the basis of Dicey and Morris was equally unpersuasive. His conclusion was that he was not persuaded by either the revenue or the penal aspect of the rule, and to enlarge the rule with a general, elastic category that might include practically any legislation that went beyond the traditional common law seemed to be inconsistent with the co-operation (or comity) that he would have thought nations ought to develop in their relations with one another.” Disponível em <[http://www.law.nyu.edu/ecm\\_dlv2/groups/public/@nyu\\_law\\_website\\_\\_journals\\_\\_journal\\_of\\_international\\_law\\_and\\_politics/documents/documents/ecm\\_pro\\_064910.pdf](http://www.law.nyu.edu/ecm_dlv2/groups/public/@nyu_law_website__journals__journal_of_international_law_and_politics/documents/documents/ecm_pro_064910.pdf)> . Acessado em 13/01/12.

<sup>299</sup> CALAMITA, N. Jansen. Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings. U. Pa Int’l Econ. L, vol. 27:3.

<sup>300</sup> *Jeanneret v. Vichey*, 541 F. Supp. 80 SDNY 1982, 693 f. 2D 259 (2D Cir. 1982).

alegação de que teriam sido violadas as leis de exportação do seu país<sup>301</sup>. Alegou, ainda, que a saída dessa obra do território italiano seria uma grande perda para o patrimônio cultural nacional, por ter, inclusive, participado da Bienal de Veneza, em 1952. Contudo o tribunal dos Estados Unidos da América considerou que Matisse possuía nacionalidade francesa e que não havia prova de que existisse um vínculo cultural estreito válido entre o artista e a cultura italiana, motivo pelo qual não acolheu o pedido deste país<sup>302</sup>.

O histórico do caso começa com a morte do colecionador de arte italiano Carlo Frua DeAngeli, em 1969, que deixou, entre outros bens, o quadro pintado por Matisse, *Portrait sur Fond Jaune*, que acabou pertencendo exclusivamente a sua filha Anna Vichey. Alguns meses depois, em julho de 1970, a pintura saiu da Itália sem a respectiva licença de exportação e foi enviada para o Banco Gut Streiff, em Zurique. Mais tarde, no mesmo ano, o quadro foi enviado para o apartamento de Vichey, em Nova Iorque.

Três anos depois, em 1973, a Sra. Jeanneret adquiriu o quadro, que lhe foi entregue na Suíça, pagando 700.000 francos suíços. Em 1974, ela incluiu a obra em uma exposição de sua galeria sobre os pintores do Século XX. Depois de ter exposto o quadro em diversas cidades da Europa, e não ter obtido uma proposta de compra com valor que considerasse satisfatório, a galerista de genebra entrou em contato com a diretora de um museu italiano que a informou que a tela teria saído daquele país sem a competente licença de exportação, e que estaria sendo reclamada pelo Governo Italiano<sup>303</sup>.

Em razão desses fatos, a Sra. Jeanneret ingressou com uma ação no Estado de Nova Iorque, postulando a anulação do contrato de compra e venda realizado com a Sra. Vichey. Embora a decisão tenha sido favorável a Sra. Jeanneret em primeiro grau, o julgamento de apelação reverteu o resultando, considerando que o Governo Italiano não tinha razão em reclamar qualquer direito em relação ao quadro de Matisse, pois não havia prova de que este pintor ou o seu quadro fizessem parte do patrimônio cultural italiano.

Esse caso demonstra que é possível a escolha da lei aplicável não só se considerando o local da coisa, mas também critérios que busquem a solução mais justa para a demanda, o que, no final, é o objetivo do *comity*<sup>304</sup>. Também mostra que diversos elementos precisam ser

---

<sup>301</sup> *Jeanneret v. Vichey*, 541 F. Supp. 80 SDNY 1982, 693 f. 2D 259 (2D Cir. 1982).

<sup>302</sup> CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 272-3.

<sup>303</sup> FUENTES CAMACHO, Vitor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Beramar, 1993, p. 163.

<sup>304</sup> Pondera Fuentes Camacho sobre este caso: “Convienes, sin embargo, tener en cuenta que no se trataba propiamente de un litigio sobre la reivindicación de un bien cultural ilegalmente exportado. La cuestión relativa a la adquisición de la propiedad *ex lege* por el Estado italiano como consecuencia de la exportación ilegal del lienzo se suscita aquí a título incidental, como *prius* respecto de la determinación de la eventual nulidad del

considerados no momento em que se postula que determinado bem faça parte do patrimônio cultural de um país. Não basta a simples afirmação de que para uma obra pertencer ao seu patrimônio cultural, é necessário que de alguma forma exista uma relação entre o bem e as características históricas e culturais locais, bem como que não haja uma relação mais estreita com outro país ou nação que também reivindique a obra. Da mesma forma esses vínculos precisam ser de tal ordem que justifiquem a negativa de reconhecimento do direito de uma pessoa de ser proprietária do bem cuja titularidade está em discussão <sup>305</sup>.

Isso posto, este capítulo dedicou-se a demonstrar a relação existente entre a aplicação do *comity* e a proteção internacional das obras de arte. Restou demonstrado, entre outros exemplos, o caso da restituição do quadro pintado por Schiele, O Retrato de Wally, sendo afastada a aplicação do *comity*, porque não ficou provado que haveria qualquer medida similar em andamento perante a justiça austríaca, bem como não caberia a ela a exclusividade de julgar os casos envolvendo direitos patrimoniais decorrentes da Segunda Guerra Mundial. Houve, ainda, a apreciação do caso envolvendo uma obra de Gustav Klimt, *Adele Bloch-Bauer I*, devolvida aos legítimos herdeiros, e que foi decidido com a aplicação negativa do *comity*. Neste caso, o tribunal norte-americano considerou que a regra que disciplinava os casos em que um Estado estrangeiro poderia ser demandado na jurisdição dos Estados Unidos da América, pois o *Foreign Sovereign Immunities Act* seria mera questão de *comity*, e não direito adquirido, podendo ser suspenso a qualquer momento, segundo a conveniência dos interesses nacionais.

Quanto à decisão no caso envolvendo a restituição da obra maori ao governo da Nova Zelândia foi aduzido que deveria ser respeitado o patrimônio cultural deste país, mesmo que a questão estivesse sendo julgada nos tribunais ingleses, por uma aplicação do *comity*, demonstrando que essa doutrina pode ser utilizada para determinar o respeito ao patrimônio cultural dos países, embora não tenha sido a decisão vencedora.

---

contrato de venta de aquél. De haberse planteado como acción civil reivindicatória del retrato por la representación del Gobierno de Italia, lo más seguro habría sido que se hubiese ejercitado entre los Tribunales civis suizos y que la controversia hubiera sido resuelta por ellos. FUENTES CAMACHO, Vitor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid: Beramar, 1993, p. 163-4.

<sup>305</sup> Conforme Caamiña Dominguez: “Podríamos mencionar una cuarta modalidad, que en realidad sería una combinación de las dos primeras: la *exportación ilegal de un bien cultural robado*. En este caso, el bien cultural robado há de ser calificado como inexportable por el Estado de origen, o precisar um permiso para salir del país. Como el propietario há sido víctima de um robô, no intervendrá em modo alguno em la exportación del bien, sino que ésta será llevada a cabo por los sujetos que, directa o indirectamente, han contribuído al robô del mismo. Em estos supuestos, será preciso valorar la conveniência de solicitar la restitución del bien com base en el robo o en la exportación ilegal. En cada caso, los sujetos legitimados para ejercitar la acción y los requisitos exigidos para ordenar el retorno del bien cultural suelen ser distintos”. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007, p. 71.

No caso da propriedade de um quadro de Matisse, reivindicada pelo governo da Itália, foi determinado que é necessária a prova de que o bem realmente possui importância para o patrimônio cultural local, para que um Estado possa ter direito a sua devolução. Essa é discussão que ocorreu na União Europeia, com a edição de Diretiva 93/7/CEE, relativa à restituição de bens culturais que tenham saído ilicitamente do território de um Estado-membro, conforme foi demonstrado no início do capítulo, quando se fez uma distinção entre bens culturais e obras de arte e uma breve exposição sobre o tratamento jurídico dado ao tema no âmbito internacional.

Por fim, foram relatados outros casos, que serviram para demonstrar que a escolha da lei aplicável, nos situações na quais estão em discussão direitos relativos aos bens culturais e às obras de arte, deve ser levada em conta, segundo os critérios que se relacionam com a proteção do patrimônio cultural do país de onde foi exportado ilicitamente o bem, para que se decida qual o direito que vai reger a relação posta sob análise do judiciário.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo objetivou apresentar a relação entre a utilização da doutrina do *comity* e a proteção internacional das obras de arte. O *comity* foi visto como sendo a aplicação extraterritorial do direito, com o respeito ao ato jurídico perfeito praticado no exterior, a aplicação do direito alienígena, a declinação da competência local em favor de uma jurisdição estrangeira e a cortesia entre Estados. A questão inicial proposta foi: Pode o *comity* ser utilizado, de forma efetiva, como instrumento de obtenção de justiça na proteção internacional das obras de arte? Para tanto, houve a necessidade da elaboração de um problema anterior: o que se entende pela doutrina do *comity*?

A busca de uma elaboração de um entendimento sobre essa doutrina foi devida ao fato de que há pouco material disponível, tanto em nível nacional como internacional, que trate de definir e aprofundar o estudo do *comity*. Partindo dessa indefinição doutrinária e jurisprudencial, foi traçada a sua evolução, desde o estudo da Escola Holandesa, cujo maior expoente foi Ulrich Huber, até os dias atuais.

A independência dos Países Baixos, com a reunião das sete províncias, que se rebelaram contra o domínio espanhol, acabou por criar a demanda por uma solução jurídica capaz de conciliar diversos ordenamentos jurídicos que passaram a coexistir dentro do território da nova União. Em face dessa necessidade, surgiu a Escola Holandesa, tendo como expoentes Paul Voet e John Voet, e, em especial, Ulrich Huber, que estabeleceu três axiomas que influenciaram a teoria sobre o conflito de leis de forma marcante nos séculos seguintes.

Os três axiomas de Huber, estudados, são: o direito de cada Estado possui força nos limites do seu governo, e todos estão sujeitos a ele, apenas nos limites do seu território, e não além deste; todas as pessoas que estão no território de um determinado governo, independentemente de estarem permanente ou provisoriamente, estão sujeitas às suas regras; e as regras do *comity* admitidas em cada Estado, em respeito à soberania dentro de cada território, mantêm esse efeito em todos os lugares, desde que não prejudiquem o poder ou os direitos de outro governo ou de seus cidadãos. Essa tentativa de harmonização de sistemas jurídicos diversos, elaborada por Huber, permanece válida, estudada e aplicada até os dias atuais.

O direito inglês sofreu grande influência da Escola Holandesa, acabando por exportar a doutrina do *comity* para os Estados Unidos da América, principalmente na resolução de

conflitos envolvendo o direito à escravidão. Dentre as diversas aplicações do *comity*, ganhou destaque o estudo dos casos que tratam da libertação de escravos, haja vista que essa questão foi de vital importância para a manutenção da união da nação norte-americana. A guerra da Secessão, que foi um conflito engendrado pela diferença entre o posicionamento dos Estados do Sul e do Norte dos Estados Unidos da América em relação à escravidão, quase colocou em risco a existência da União norte-americana, justificando, assim o estudo desse tema, principalmente no período anterior ao conflito, conhecido como *antebellum*.

A análise dos casos apresentados neste trabalho, relativos ao período *antebellum*, serviram para demonstrar que o *comity* foi amplamente utilizado na resolução desses conflitos, principalmente depois da divulgação dessa doutrina, com a edição da obra de Joseph Story, em 1834. Nesse período a doutrina do *comity* não era vista como mera questão de cortesia, como acabou sendo utilizada em decisões posteriores ao conflito confederado, mas sim como uma necessidade de respeito aos atos jurídicos e aos direitos de todos os Estados, conforme esculpido na Constituição norte-americana, nas cláusulas *The Full Faith and Credit Privileges and Immunities Clauses*.

Depois que as questões envolvendo a escravidão desapareceram, com a abolição da escravatura nos Estados Unidos da América, o direito da concorrência passou a aplicar a doutrina do *comity* em diversos casos, com a ponderação de interesses e o teste da balança, para determinar qual o foro apropriado para apreciar uma determinada demanda judicial. Embora fosse utilizada na sua aceção preponderante de cortesia, a doutrina do *comity* se manteve viva na jurisprudência norte-americana.

Esse delinear histórico da doutrina foi capaz de mostrar que o *comity* passou a ser identificado como forma de cortesia entre as nações, significado que deve ser incorporado ao seu estudo, uma vez que já foi consagrado pela jurisprudência. Entretanto, inconformado com o entendimento que era dado à decisão do caso *Hilton v. Guyot*, J. Calamita desenvolveu uma tripla classificação da utilização da doutrina do *comity*, rejeitando a concepção de que seja mera cortesia entre as nações.

Inicialmente, aduziu que o *comity* se apresenta na forma de *prescriptive comity*, que se ocupa de qual a legislação, de qual país, será adotada no caso concreto, sempre com a preocupação da obtenção do resultado mais justo. Depois, demonstrou que há o *adjudicatory comity*, que trata da efetividade e respeito aos atos jurídicos perfeitos, tanto judiciais como extrajudiciais praticados no estrangeiro, sempre se fazendo a verificação esculpida no terceiro axioma de Huber, ou seja, de que não haverá ofensa ao direito ou às questões de ordem pública internas. Por fim, aduziu a forma de *forum non conveniens*, que é a escolha do foro

adequado para julgar determinada demanda, considerando-se elementos como a facilidade na produção de provas, o melhor entendimento do direito aplicável, bem como o acesso das partes ao juízo, entre outras questões.

O *comity* como forma de cortesia, embora refutado por Calamita, aparece como complementação a sua classificação, devido a sua grande utilização pela doutrina e pela jurisprudência, em especial a norte-americana. Dessa forma, pode-se concluir que o *comity* tem quatro facetas, as três apresentadas por Calamita, mais a forma de cortesia entre as nações. Entretanto, a doutrina do *comity* não se confunde com os meros atos de cooperação entre os Estados.

Para trazer essa doutrina para mais perto da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, foi demonstrada a possibilidade de haver o reconhecimento direto, no Brasil, de sentenças proferidas no estrangeiro, sem que exista a necessidade de que sejam submetidas ao modelo tradicional de reconhecimento judicial perante o Superior Tribunal de Justiça. Também foi verificado que a doutrina do *comity* poderia representar um fator de aprimoramento da integração buscada entre os Estados-partes do Mercosul.

Nesse sentido, a revogação do artigo 15, parágrafo único, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, e a importância da reforma efetuada no Estatuto da Criança e do Adolescente, em 2009, com a inclusão do artigo 52-B, que dispensa de homologação as sentenças de adoção envolvendo brasileiros residentes no exterior que voltem a residir no país, respeitado o disposto no artigo 17, *c*, da Convenção de Haia, relativa à Proteção das Crianças e à Cooperação em Matéria de Adoção Internacional, aparecem como casos de aplicação do *comity* no ordenamento jurídico brasileiro. Da mesma maneira, foi verificada a possibilidade de que as sentenças proferidas no âmbito do Mercosul envolvendo direitos da personalidade possam produzir efeitos em territórios nacionais, independentemente de homologação, como forma de intensificar a integração dos Estados-partes.

Dessa forma, foi possível responder a questão secundária proposta, de qual seria o entendimento acerca da doutrina do *comity*, com a adoção da classificação de Calamita complementada pela utilização do *comity* como cortesia entre as nações. Passou-se, então, a cuidar de construir a resposta ao problema principal proposto, qual seja, se a aplicação dessa doutrina na proteção internacional das obras de arte pode ser uma forma de obtenção de soluções mais justas.

Assim, verificou-se que o final da Idade Média e o início do Renascimento foram os períodos nos quais se desenvolveu a noção de patrimônio cultural, passível de proteção, pelo interesse da Igreja Católica em preservar a herança cultural do Império Romano, ao qual

estava diretamente vinculada, bem como foi o período do surgimento de uma nova configuração geopolítica em decorrência da extinção dos feudos.

Paralelo ao surgimento do conceito de patrimônio cultural, os dispositivos legais que objetivavam a proteção desses bens começaram a despontar no cenário mundial. Nos tratados sobre a matéria houve a necessidade de conceituação de bem cultural e objetos de arte, optando-se pela classificação exemplificativa, em face da dificuldade de se obter uma definição satisfatória. Essa foi a solução adotada pela Diretiva 93/7/CEE, que disciplina a proteção do patrimônio artístico e cultural dentro da União Europeia, apontada, também como uma previsão de aplicação da doutrina do *comity* na proteção das obras de arte.

Com os exemplos práticos estudados, verificou-se que a aplicação da doutrina do *comity* nos casos envolvendo a restituição de obras de arte pode ser um fator de obtenção da solução mais justa para o caso concreto. Isso em decorrência de que são demandas que envolvem elementos pertencentes a diversas ordens jurídicas, necessitando a análise de atos complexos e de situações que tocam a questão dos direitos humanos, principalmente quanto à discussão do direito de propriedade do bem, que, em alguns casos, retroage ao tempo da Segunda Guerra Mundial, quando foram confiscados diversos objetos de arte, com base apenas na etnia de seus possuidores, sem que houvesse a justa compensação financeira.

Por todo o exposto, é possível responder-se afirmativamente a questão proposta no início deste trabalho, sobre a aplicação da doutrina do *comity* como forma de se obter uma solução mais justa ao caso concreto. O *comity* aplicado à proteção internacional das obras de arte busca identificar qual a legislação que deve ser aplicada, qual o foro adequado para processar o feito e determinar o respeito ao ato jurídico perfeito realizado no estrangeiro, desde que não ofenda aos interesses do Estado e dos seus cidadãos. Ao lado da aplicação da cortesia entre as nações, essas formas de utilização da doutrina do *comity* contribuem para a realização da justiça, com a análise de todos os elementos envolvidos, mesmo que pertencentes a ordenamentos jurídicos diversos.

Também é adequado salientar que o estudo desta doutrina, com a exposição das suas diversas formas de aplicação, possibilita a organização da forma como se dá a sua utilização. Essa abordagem estruturada do *comity* engendra a teorização da doutrina, resgatando trabalhos históricos, como os realizados pela Escola Holandesa, de um lado, e por Joseph Story, de outro, aglutinando conhecimento aos operadores do direito.

A atual tendência de formação de blocos econômicos reacende a questão da validade internacional dos atos jurídicos, abrindo um campo de pesquisa no qual pode haver a discussão acerca da forma como a doutrina do *comity* pode contribuir para a maior integração

entre os novos sujeitos de direito internacional, vendo-se justificado, portanto, o estudo sistematizado da doutrina do *comity* aqui realizado, que pode servir de base para a continuação desta pesquisa com a reflexão e análise dos desdobramentos que a utilização desta doutrina pode representar nos julgamentos futuros.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHOUR, Bem Yadh. Souveraineté et protection internationale des minorités. t. 245. *Recueil des Cours*. Haia: Martinus Nijhoff, 1994, p. 321-461.

ANGLIM, Jennifer M., *Crossroads in the Great Race: Moving Beyond the International Race to Judgment in Disputes over Artwork and Other Chattles*. V. 45, n. 1, Harvard International Law Journal.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado. Teoria e Prática Brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, José Márcio (org). *Diversidade Cultural: da proteção à promoção*. São Paulo: Autêntica, 2008.

BEDIN, Gilmar Antônio et al. *Paradigmas das relações internacionais: realismo – idealismo – dependência – interdependência*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2004.

BERNAD Y ALVAREZ DE EULATE, Maximiliano. La Coopération Transfrontalière Régionale et Locale. *Recueil des Cours*. T. 243. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1994, p. 293-416.

BISCHOFF, James L. *A Proteção Internacional do Patrimônio Cultural*. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS. v. 24. Porto Alegre: Editora Sulina, 2004, p. 191-218.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, Célia M. *Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales*. Madrid: Colex, 2007.

CALAMITA, N. Jansen. *Rethinking Comity: Towards a Coherent Treatment of International Parallel Proceedings*. U. Pa Int'l Econ. L, vol. 27:3.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. A pessoa humana como sujeito de Direito Internacional: A experiência da corte interamericana de Direitos Humanos. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudo em homenagem ao Professor Celso D. De Albuquerque*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis. *La sentencia extranjera en España y la competencia del juez de origen*. Madrid: Tecnos, 1986.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

- CAPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de consitucionalidade das leis no direito comparado*. Porto Alegre: Fabris, 1984.
- CARASSAVA, Anthee; EAKIN, Hugh. *Getty Museum Is Expected to Return Gold Wreath to Greece*. New York Times. Disponível em <<http://www.nytimes.com/2006/12/11/arts/design/11arti.html?pagewanted=print>> Acessado em 11/12/06.
- Caso *kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd*. Sentença disponível em <[http://www.uam.es/personal\\_pdi/derecho/pineau/marquesa%20santa%20cruz.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/pineau/marquesa%20santa%20cruz.pdf)>. Acessado em 19/05/07.
- CHECHI, Alessandro. *The role of judges in the Proper Resolution of International Cultural Heritage Disputes*. EUI Cultural Heritage, Newsletter. v. 1, number 2, jan/feb 2008.
- CHILDRESS III, Donald Eral. *Comity as conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws*. Pepperdine University School of Law. Legal Studies Research Paper Series. Paper 2010/9, June 2010.
- CLAVAL, Paul. *A geografia cultural*. 2. ed. Florianópolis: UFSC, 2001.
- DEBRUN, Michel. *Jornal da Unicamp*, Edição 252, de 17 a 23 de maio de 2004. Disponível em <[http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp\\_hoje/ju/maio2004/ju252pag08.html](http://www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/ju/maio2004/ju252pag08.html)>. Acessado em 07/03/07.
- DINIZ, Maria Helena. *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007
- DODGE, Willian S. *International Comity in American Courts*. Disponível em <<http://www.asil.org/files/dodge.pdf>>. Acessado em 09/07/10
- DOLINGER, Jacob. *Os Estados Unidos perante o direito internacional. A decadência jurídica de uma grande nação*. MENEZES DIREITO, Carlos Alberto; CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto; PEREIRA, Antônio Celso Alves (orgs.). *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – Estudo em homenagem ao Professor Celso D. De Albuquerque*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.
- FERRY-MACCARIO, Nicole; SILHOL, Olivier. *Droit de l'art*. France: MAME, 2006.
- FINKELMAN, Paul. *An Imperfect Union. Slavery, Federalism, and Comity*. Chapel Hill: Morris S. Arnold, 1981.
- FRADERA, Véra Maria Jacob de. *Reflexões do direito comparado para a elaboração do direito comunitário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- FUENTES CAMACHO, Vítor. *El Tráfico Ilícito Internacional de Bienes Culturales*. Madrid:

Beramar, 1993.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre faticidade e validade*. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMELINK, Cees. *Direitos Humanos para a sociedade da Informação*. In MARQUES DE MELO, J. & SAQTTLER, L. *Direitos à Comunicação na Sociedade da Informação*, SBC, UESP, 2005

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito internacional da concorrência*. Curitiba: Juruá, 2008.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Liberdade de Concorrência na União Européia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 2006.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *Mercados comum e interno e liberdades econômicas fundamentais*. Curitiba: Juruá, 2010.

JAYME, Erik. *The Status of Cultural Property in German Private International Law*. German National Reports in Civil Law Matters for the XIVth Congress of Comparative Law in Athens 1994.

JAYME, Erik. Identité culturelle et integration: le droit internatinal privé postmoderne. Cours Général de Droit Privé. *Recueil des Cours*. t. 251. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1995, p. 9-268.

JAYME, Erik. *Il Salvocondotto delle Opere D'arte Prestate Dall'estero: Problemi di Diritto Internazionale Privato*. In: CALVO CARAVACA, Allonso Luiz; BLANCO-MORALES LIMONES, P. (orgs) – *Globalización y Derecho*. Madrid: Colex, 2003. p. 11-12.

KANT, Immanuel. *À Paz Perpétua*. Porto Alegre: L&PM Editores, 1985.

KAUFMAN, Roy S. *Art law handbook*. Nova Iorque: Aspen Publishers, 2000.

KNERLY JR, Stephen J. et al. *International Loans State Immunity and Anti-Seizure Laws*. Boston: ALI-ABA, 2009. Disponível em <[http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA\\_2009\\_\\_Summary\\_of\\_Seizure\\_Laws.pdf](http://www.lending-for-europe.eu/fileadmin/CM/public/training/Antwerp/ALI-ABA_2009__Summary_of_Seizure_Laws.pdf)>. Acessado em 28/01/2012.

KOWALSKI, Wojciech W. Restitution of Works of Art Pursuant to private and Public International Law. Cours Général de Droit Privé. *Recueil des Cours*. t. 288. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 2002.

LAFER, Celso. *A identidade internacional do Brasil e a política externa brasileira. Passado, presente e futuro*. São Paulo: Perspectiva, 2001.

LAUDO ARBITRAL. *Maria V. Altman v. the Republic of Austria*. Disponível em <<http://www.adele.at/Schiedsspruch/award.pdf>>. Acessado em 07/12/06.

LEVI, Donata. *The Administration of Historical Heritage. The Italian Case*. National

- Approache to the Governance of Historical Heritage over time. A Comparative Report. S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- LORENZEN, Ernest G. Huber's De Conflictu Legum. In: *Celebration Legal Essays to Mark The Twenty-Fifth year of service of John H. Guimore*. New York: William S. Hein, 1987, p. 199-242.
- MAGALHÃES E GUERRA, Marcel Vitor de. *Nova hermenêutica das normas de competência internacional: Incompatibilidade do modelo rígido*. Revista do NEJ. v. 14 – n. 3. p 23-39/ 3º Quadrimestre 2009.
- MARQUES DOS SANTOS, António. *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*. v. 1. Coimbra: Almedina, 1991.
- MANCINI, Pasquale Satanislao. *Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2003.
- MEER, Frits M. Van der, and RAADSCHELDERS, Jos C, N. *In Service of Dutch National Identity: The Discovery, Governancer and Maneggement of Historical an Cultural heritage*. A Comparative Report. S. Fisch (ed.) Amsterdam: IOS Press, 2008, p. 125–145.
- MLIARD, Aaron. *Statutes of Limitations*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <<http://www.artcellarechange.com/artlaw3.html>>. Acessado em 14/07/07.
- MLIARD, Aaron. *The Discovery Rule*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <<http://www.artcellarexchange.com/artlaw4.html>>. Acessado em 12/05/07.
- MLIARD, Aaron. *Nazi Confiscated Art*. American Society of Appraisers and Aaron M. Milard, 2000. Disponível em <<http://www.artcellarexchange.com/artlaw5.html>>. Acessado em 12/05/2007.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A Tutela do Patrimônio Cultural sob o Enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MORAIS, Frederico. *Arte é o que eu e você chamamos arte*. Rio de Janeiro: Record, 2002.
- PAUL, Joel R. *The transformation of international comity*. Artigo disponível em <<http://www.law.duke.edu/journals/lcp>> . Acessado em 19/10/2010.
- POULOT, Dominique. *Patrimoine et musées: L'istitution de la culture*. Paris: Hachette, 2001.
- Sentença do caso *Kingdom of Spain v. Christie, Manson & Woods Ltd*. Disponível em <[http://www.uam.es/personal\\_pdi/derecho/pineau/marquesa%20santa%20cruz.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/pineau/marquesa%20santa%20cruz.pdf)>. Acessado em 19 de mai de 2007.

- REALE, Miguel. *Os direitos da personalidade*. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acessado em 01/08/2012.
- REYNOLDS, William L.; RICHMAN, William M. *The Full Faith Credit Clause; a reference guide to the United States Constitution*. Westport: Praeger, 2005.
- SCHORSKE, Carl. E. *Viena Fin-de-Siècle. Política e Cultura*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- RUIZ DÍAZ LABRANO, Roberto. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: La Ley, 2010.
- SIEHR, Kurt. G. International Art Trade and the Law. *Recueil des Cours*. t. 243. Haia: Martinus Nuhoff Publishers, 1994, p. 1-292.
- SIEHR, Kurt. G. *The Beautiful One has Come – To Return. The Return of the Bust of Nefertiti from Berlin to Cairo*. Cambridge, 2006. Disponível em <[http://www.uam.es/personal\\_pdi/derecho/pineau/nefertit.pdf](http://www.uam.es/personal_pdi/derecho/pineau/nefertit.pdf)>. Acessado em 19/05/07.
- SIEGMUND, Erica. *Extraterritoriality and the Unique Analogy Between Multinational Antitrust and Securities Fraud Claims*. *Virginia Journal of International Law*. v. 51, n. 4. Disponível em <<http://www.vjil.org/assets/pdfs/vol51/issue4/Siegmund.pdf>> Acessado em 16/01/2012.
- SILVA ALONSO, Ramón. *Derecho Internacional Privado*. Assunção: Intercontinental, 1999.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
- SILVA, Valéria Guimarães de Lima e. *Direito Antitruste - Aspectos Internacionais*. Curitiba: Juruá, 2006.
- SOBRAL, José Manuel. *Memória e Identidade Nacional: considerações de carácter geral e o caso português*. Disponível em <<http://www.ics.ul.pt>>. Acessado em 07 março de 2007.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens Culturais e sua Proteção Jurídica*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- STORY, Joseph. *Commentaries of the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in the regard the Contracts, Rights, and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*. Boston: Hilliard, Gray, and Company, 1834.
- TALPIS, Maitre Jeffrey; KRNJEVIC, Maitre Nick. *The Hague Convention on Choice of Court Agreements of June 30, 2005: The Elephant That Gave Birth to a Mouse*. Canada, 2005.
- UNESCO. *UNESCO and UNIDROIT - Cooperation in the Fight against Illicit Traffic in Cultural Property*. Disponível em <<http://unesdoc.UNESCO.org/images/0013/001399/139969E.pdf>>. Acessado em 12/05/07.

UNIDROIT. *Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Objects*. Unif. L. Rev. 2001-3. Disponível em: <<http://www.UNIDROIT.org/english/conventions/1995culturalproperty/main.htm>>. Acessado em 02/12/06

VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 3. ed. 2. v. Rio de Janeiro: Freitas e Bastos, 1983.