

CONFLITOS DE LEIS NO ESPAÇO E
LACUNAS (INTER)SISTÊMICAS

SILH KANDINSKI
reprodução da obra
Real Círculo - 1926

Os princípios da Qualificação, da Instituição Desconhecida e a Ordem Pública são apresentados na sua confluência, no seu entrecruzamento, que se manifesta por meio de uma série de métodos como tradução, a substituição, a transposição, a qualificação-subsunção, a adequação, a adaptação e a aproximação, materializada esta conclusão por meio de um esforço de coordenação. A interdependência da questão principal com a questão prévia é igualmente analisada.

Nesta mais recente de suas obras o Professor Monaco se esmera numa análise profunda, elevando o estudo da solução do conflito das leis a um patamar que recorre à aplicação de outras ciências como a zoografia e a etnologia. No seu roteiro pelas diversas possibilidades de harmonizar a disciplina recorre a eminentes mestres europeus e a grandes doutrinadores nacionais.

Este estudo representa, no momento, a culminância da obra científica do autor que ingressa na renomada elite do corpo de titulares da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

JACOB DOLINGER

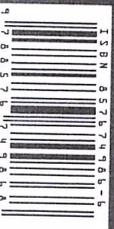
GUSTAVO FERRAZ DE
CAMPOS MONACO

CONFLITOS DE LEIS NO ESPAÇO E
LACUNAS (INTER)SISTÊMICAS

QUARTIER LATIN

GUSTAVO FERRAZ DE CAMPOS MONACO

CONFLITOS DE LEIS NO
ESPAÇO E LACUNAS
(INTER)SISTÊMICAS



QUARTIER LATIN

QUARTIER LATIN

I. QUALIFICAÇÃO E REQUALIFICAÇÃO

4. CULTURA, SABER CULTURAL E DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O conhecimento e a descrição de um sistema jurídico estrangeiro aproximam-se ligeiramente da construção etnográfica (do grego, étnos, “povo, nação, raça”, e *grapho*, “escrever”), enquanto produto cultural de uma dada sociedade^{38,39}. Com efeito, a análise dos institutos jurídicos e a organização das disciplinas que o compõem didaticamente tanto podem ser feitas por um indígena como por um alienígena, para falar com Amílcar de Castro⁴⁰. Um estudo etnográfico em antropologia procura “fazer o inventário dessas diferenças [de hábitos] e tentar explicar suas razões. Para fazer o inventário, é necessário ir ao encontro das pessoas e observar seus costumes, suas formas de fazer, de dizer; é necessário compartilhar sua vida cotidiana durante anos, aprender aquilo que sabem, compreender aquilo que fazem”. O antropólogo busca, assim, para fazer etnografia, uma comunidade de hábitos obrigatoriamente diferentes dos seus, “mais ou menos diferentes conforme a distância”⁴¹ que percorrer.

38 “Cultura é o conjunto das formas típicas de viver de grandes grupos de pessoas, incluindo suas atividades, suas formas básicas de pensamento, de expressão e de valores, sua maneira de ver o mundo. Em sentido lato, cultura é o resultado da atuação do homem no mundo, aquilo que é diferente da natureza: o mundo cultural é o mundo realizado pelo homem, inclusive suas normas postas e seguidas no dia-a-dia de uma sociedade” MARQUES, Cláudia Lima. O Direito Internacional Privado solucionando conflitos de cultura: os divórcios no Japão e seu reconhecimento no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 41, n. 162, p. 91-113, 2004, p. 92: “O direito não resulta da natureza; não provém dos fatos; é manifestação cultural, da inteligência, do sentimento; e não se desliga da ordem jurídica” CASTRO, Amílcar de. *Direito Internacional Privado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 15. AINDA, MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 28-29.

39 FERNÁNDEZ ARROYO, El Derecho Internacional..., cit., p. 19, chama atenção para a contradição gerada pelo fato de as normas de conflitos terem sido inseridas nos Códigos Civis de muitos dos Estados soberanos.

40 O autor mineiro apreciava muito tais expressões que podem ser conferidas em diversas passagens de sua obra: CASTRO, *Direito...*, cit., *passim*.

41 DESCOLA, Philippe. *Outras naturezas, outras culturas* [Diversité des natures, diversité des cultures]. Trad. Cecília Ciscatto. São Paulo: Editora 34, 2016, p. 9-10.

Nada impede, todavia, que referida comunidade esteja localizada em seu próprio país⁴², como o fez a antropóloga Ruth Cardoso, por exemplo, em suas pesquisas sobre integração e assimilação dos migrantes japoneses no estado de São Paulo⁴³.

A diversidade de hábitos culturais, assim, é essencial para uma verdadeira etnografia⁴⁴, e por essa razão é que se afirmou haver **ligeira aproximação** entre o conhecimento e a descrição de um ordenamento estrangeiro e uma verdadeira análise etnográfica. Mas é preciso reconhecer que, no mais das vezes, o analista de um sistema jurídico é alguém vinculado à cultura jurídica estudada, impregnado por seus hábitos e

A distância pode eventualmente ser definida a partir do eixo temporal (e não espacial), como o fez, com bastante leveza (e por isso mesmo com o assumido risco de perder em cientificidade) AUGÉ, Marc. *Une ethnologie de soi: le temps sans âge*. S.l.: Seul, 2014.

42 DESCOLA. *Outras naturezas...*, cit., p. 10.

43 CARDOSO, Ruth. *Obra reunida*. Organização de Teresa Pires do Rio Caldeira. São Paulo: Mameluco, 2011, p. 53-94. Nesse sentido, o estudo antropológico das populações migrantes provenientes do exterior pode enriquecer e auxiliar a percepção da condição jurídica do estrangeiro, enquanto objeto de atenção do Direito Internacional Privado. Lembra MARQUES, O direito..., cit., p. 94-95, com apoio em Habermas, que “em se tratando de multiculturalismo ou sociedades multiculturais, como a brasileira, a luta dos grupos sociais diferentes, como os grupos de raças diferentes ou de imigrantes (...) é pelo seu reconhecimento como grupo a merecer tratamento diferenciado, mais flexível ou tolerante no Estado Democrático de Direito”. Como salienta HESPANHA, Antônio Manuel. *O Caleidoscópio do Direito: o Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. 2. ed., Coimbra: Almedina, 2014 (reimpr. da segunda edição, de 2009), p. 65, o “aprofundamento do carácter multicultural” das sociedades que atualmente vivenciam uma “imigração massiva” em seus territórios, fez com que “o tema do pluralismo jurídico ganhasse ainda maior importância, sendo hoje abundantíssima a literatura dedicada às relações entre os direitos dos países de acolhimento e os direitos de origem das comunidades imigrantes”. GULLLAUMÉ, Johanna. *L'affaiblissement de l'État-Nation et le Droit International Privé*. Paris: L.G.D.J., 2011, p. 36, constata, na mesma linha, que o fenômeno do pluralismo jurídico em geral manifestou-se na História do Direito em diversos momentos sem ter jamais desaparecido, mas sempre com extensões e efeitos bastante diversos. E reconhece que o pluralismo se tornou mais vigoroso após a segunda Guerra Mundial.

44 “Qualquer homem pode transformar-se em etnógrafo e ir partilhar, no local, da existência de uma sociedade que o interessa”. LEVI-STRAUSS, Claude. *Raça e História*. In: *Antropologia Estrutural II*. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 328-366, 1993, p. 331.

– permita-se a redundância – habituado a certo modo de se encarar as questões⁴⁵.

De outra parte, o jurista estrangeiro que se aproxima de um sistema jurídico que lhe é estranho com o intuito de aplicá-lo, por não possuir qualquer convívio com os hábitos jurídicos da sociedade estrangeira, acaba por não praticar verdadeira etnografia na medida em que sua análise, documental, carece da diturna e aprofundada convivência cultural e institucional essenciais para um estudo verdadeiramente etnográfico. Mas isso não infirma que, como objetivo a alcançar, o Direito Internacional Privado deva

“primar pela manutenção de um diálogo intercultural entre as diversas ordens jurídicas existentes no planeta, garantindo assim que a pluralidade e a diversidade dos indivíduos sejam respeitadas, sobretudo quando, em virtude da intensificação das relações jurídicas multi-conectadas, os diversos grupamentos humanos interagem com crescente frequência no cenário pós-moderno da globalização.”⁴⁶

Há, por fim, a possibilidade de real estudo de inspiração etnográfica quando um estudioso alienígena – volte-se a Amílcar de Castro⁴⁷ – realiza um trabalho de fôlego – normalmente de origem acadêmica – acerca de determinado aspecto da ordem jurídica local (do local do estudo). Nesse caso, o estudioso deve se despir de suas preconcepções a respeito da regulamentação que seu ordenamento de origem empresta para a situação da vida sob análise e procurar compreender as razões pelas quais aquela cultura em que está imerso concebeu aquelas consequências – localmente vigentes – para a mesma situação da vida a que se dedica.

Nesse sentido, o cultor do Direito Internacional Privado que se veja obrigado a aplicar Direito estrangeiro a cujo conteúdo tem acesso por via exclusivamente documental não realiza verdadeiro trabalho de **escrita** do Direito de um **povo**, e sua angústia acerca da correta, devida e eficiente aplicação do Direito estrangeiro vê-se envolta nessa difícil-

45 Para uma diferenciação entre cultura e civilização em antropologia, veja-se DESCOLA, Philippe. *Par-delà nature et culture*. [S.l.]: Gallimard, 2005, p. 140-141.

46 ROSADO; ALMEIDA. A cinemática jurídica..., cit., sem paginação.

47 CASTRO. *Direito...*, cit., *passim*.

dade do conhecimento superficial da realidade cultural do povo que é o destinatário último da norma ali esculpida⁴⁸.

Não se faz, em Direito Internacional Privado, etnografia. Mas, far-se-ia etnologia?

Subindo-se um grau na escala do conhecimento antropológico, é possível valer-se de fontes documentais etnográficas de raiz para buscar empreender um estudo comparativo dos hábitos e valores em escala local. “O etnólogo generaliza um pouco mais a partir da informação etnográfica recolhida não por ele próprio, mas por seus colegas, e tenta então elucidar os traços gerais de um sistema cultural dentro de uma escala regional e as diferenças que este apresenta quando comparado a outros sistemas mundo afora”⁴⁹.

No âmbito jurídico, a escala regional a que se refere Philippe Descola apresenta uma vinculação mais perfeita com as chamadas **famílias jurídicas** ou **grandes sistemas jurídicos** do que com a continuidade ou a proximidade geográfica⁵⁰. Bem por isso, a comparação das respostas construídas pelos ordenamentos jurídicos para um determinado fato socialmente relevante poderá apontar um grau maior de similitude de regulamentação jurídica entre Estados pertencentes ao mesmo grande sistema jurídico do que entre Estados geograficamente avizinhad⁵¹.

Aqui, a identidade jurídico-cultural mostra-se mais relevante, portanto, que a eventual identidade sociocultural existente em razão de outros

48 “Deslocamo-nos literalmente com esse sistema de referências, e as realidades culturais de fora só são observáveis através das deformações que ele lhes impõe, chegando mesmo a colocar-nos na impossibilidade de perceber o que quer que seja”. LEVI-STRAUSS. *Raça e História...*, cit., p. 345.

49 DESCOLA. *Outras naturezas...*, cit., p. 35.

50 Uma análise cuidada do índice de LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos* [I grandi sistemi giuridici]. Trad. Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, é suficiente para se comprovar o quanto vai afirmado no texto.

51 “Há muito mais culturas humanas que raças humanas, já que umas se contam por milhares e as outras por unidades: duas culturas elaboradas por homens pertencentes à mesma raça podem diferir tanto, ou mais, que duas culturas provenientes de grupos racialmente afastados”. LEVI-STRAUSS. *Raça e História...*, cit., p. 329-330.

traços comuns decorrentes do compartilhamento de uma fronteira geográfica.

E em viés oposto, as diferenças estruturais e/ou materiais mais profundas entre os sistemas jurídicos decorrerão possivelmente da baixa identidade jurídico-cultural entre tais sistemas, fazendo acentuar as diferenças⁵².

Eventuais estudos de viés etnológico auxiliam o jurista, assim, na busca de uma percepção tanto estrutural quanto material de determinada relação juridicamente relevante e das consequências que, em Direito, a ela se atribuem em mais de um sistema jurídico nacional. As análises “etnográficas” empreendidas pelos juristas locais, ou mesmo as análises verdadeiramente etnográficas realizadas por juristas estrangeiros que tenham se dedicado ao estudo de certa situação social juridicamente relevante no exterior, são, assim, enriquecedoras e constituem-se na fonte doutrinária de que se valem, em Direito, os estudos comparativos de legislações eminentemente locais⁵³.

Nesse sentido, o cultor do Direito Internacional Privado que se veja obrigado a aplicar Direito estrangeiro a cujo conteúdo tem acesso por via exclusivamente documental não realiza, *a priori*, verdadeiro **estudo**

52 Como salienta JAVME, Erik. Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado (Trad. Claudia Lima Marques). *Revista dos Tribunais*. São Paulo, a. 88, v. 759, p. 24-40, jan 1999, p. 27-28, “a identidade cultural do indivíduo, como a dos povos é que necessita de atenção. A pluralidade reaparece como um valor jurídico (*Rechtswert*); as diferenças entre ordens jurídicas passam a ser interessantes”.

53 LOSANO. *Os grandes sistemas...*, cit., p. 545-546 afirma que tais estudos se apresentam sob “uma forte carga de etnocentrismo. Este último está também ligado ao fato contingente de que, quando se comparam dois direitos, um – o próprio – é em geral mais conhecido do que o outro: não raro essa situação de fato termina por constituir a base para juízos de valor” e que “as noções adquiridas pelos antropólogos e pelos etnólogos sobre as sociedades locais menos evoluídas foram utilizadas não para amalgamá-las de forma menos traumática com as mais avançadas, mas para desagregá-las mais rapidamente a partir de seu interior”. E critica: “esse uso destrutivo da antropologia e da etnografia (tanto jurídicas, quanto gerais) é objeto de uma vasta polémica sobre a função dos cientistas que se ocupam dessas disciplinas”. Assume-se, aqui, o risco de que a construção ora levada a efeito sirva para, deturpando-se a ideia geral aqui exposta, se defender uma visão nacionalista, paralela a um *lexforismo* forçado que sempre combati.

do Direito de um povo. E sua angústia cresce em intensidade quando se apercebe, fazendo espécie de etnologia *a posteriori* – e muitas vezes sem o saber –, que as diferenças, entre a regulamentação vigente no foro e aquela vigente no sistema de que se aproxima com o intuito de aplicá-lo, podem ser maiores do que poderia supor à primeira vista⁵⁴ e que a insistência em aplicar as normas estrangeiras pode perturbar os hábitos e valores locais⁵⁵. Mais que aproximar sistemas, o cultor pode ver-se na iminência de rechaçar o sistema estranho (reconhecendo não haver, quanto a esse aspecto da vida, quaisquer traços culturais comuns) ou, quando muito, tentar conciliá-los lançando mão de expedientes específicos e, por vezes, excêntricos⁵⁶.

De outra sorte, quando os traços culturais comuns se fazem presentes e a divergência entre os sistemas circunscreve-se a sutis traços estruturais ou de consequências materiais, o cultor do Direito Internacional Privado contribui com a análise etnológica do Direito ao decidir aplicar o Direito estrangeiro que é, não obstante as divergências relativamente ao Direito do foro, incapaz de chocar ou ofender os valores ali tidos como essenciais. Com efeito, aplicar a Lei do Estrado E2 no foro E1, sem que se invoquem violações ao princípio da ordem pública, contribui para a percepção coletiva de que o instituto jurídico construído pelos legisladores dos Estados E1 e E2 e as consequências por eles atribuídas para tais situações sociais, em que pesem as divergências de ordem estrutural

54 “Existem nas sociedades humanas, simultaneamente em elaboração, forças trabalhando em direções opostas; umas tendem à manutenção, e mesmo à acentuação dos particularismos; as outras agem no sentido da convergência e da afinidade”. LEVI-STRAUSS. *Raça e História...*, cit., p. 331. Veja-se um exemplo de estudo comparado em matéria tipicamente conflitual em GAUDEMET-TALTON, Hélène. *Les conflits de lois en matière de régimes matrimoniaux: tendances actuelles en Droit Comparé. Traux du Comité français de Droit International Privé*. Paris, a. 30/31/32, p. 197-227, 1969-1971.

55 “A atitude mais antiga, e que se baseia indiscutivelmente em fundamentos psicológicos sólidos (já que tende a reaparecer em cada um de nós quando nos situamos numa situação inesperada), consiste em repudiar pura e simplesmente as formas culturais: morais, religiosas, sociais, estéticas, que são as mais afastadas daquelas com as quais nos identificamos”. LEVI-STRAUSS. *Raça e História...*, cit., p. 333.

e/ou material eventualmente observadas, apresentam certo grau de similitaridade que permite tirar ao menos duas conclusões: (i) as estruturas jurídicas construídas aqui e ali equivalem-se, podendo-se tomar a situação juridicamente valorada por E1 pela situação juridicamente valorada por E2, e (ii) as consequências jurídicas impostas pelos Estados E1 e E2 são aproximadas do ponto de vista ontológico e axiológico⁵⁷.

Em Direito Internacional Privado, assim, contribui-se para a etnologia do Direito na medida em que seus aplicadores se veem forçados a deixar o comodismo imposto pelo nacionalismo, comparando o Direito estrangeiro ao Direito do foro, indagando-se acerca dos valores que orientaram a construção de umas e outras das normas em cotejo. Como afirma François Rigaux, “a teoria clássica das qualificações (...), fundamentando-se em taxonomias primárias cujo significado varia conforme os contextos em que são utilizados, (...) reflete um conhecimento bastante superficial do Direito estrangeiro”⁵⁸, que é preciso denunciar, conhecer e apurar.

Passando-se, por fim, ao terceiro grau do conhecimento antropológico, pode-se dizer que a antropologia “tenta entender os fenômenos mais amplos”, por meio de um “esforço ainda maior de pôr ordem em uma infinidade de dados disparatados e de tentar destacar os princípios que permitem ordenar as diferenças culturais encontradas nesses dados”⁵⁹.

No plano do saber jurídico é possível, em tese, proceder a essa busca por princípios que permitam dar ordenação às diferenças culturais encontradas nos dados extraídos das diversas normas jurídicas que compõem os diversos e individualizados ordenamentos jurídicos nacionais. Não incumbe tal tentativa, todavia, nem a comparatistas nem a cultores

57

“O direito comparado pós-moderno pesquisa as diferenças entre as ordens jurídicas, tendo em vista especialmente as diferentes posturas e condutas como formas de expressão contemporânea de valores (*Werten*) e estilos de pensar (*Denksitten*)” JAYME, Erik. *Identité culturelle et intégration: le Droit International Privé postmoderne. Recueil des Cours*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, v. 251, p. 9-268, 1995, p. 29.

58

RIGAUX. *A lei...*, cit., p. 194.

do Direito Internacional Privado de modo monopolista, muito embora quaisquer deles possam se dedicar a essa tarefa. No que concerne ao Direito Internacional Privado, é preciso ter sempre em mente que a disciplina é “uma tentativa de coordenação dos sistemas parcialmente bem-sucedida e incessantemente recomegada” e que se manifesta toda vez que “semântica e sintaxe juntam-se para dar aos especialistas da matéria uma linguagem e um modelo de racionalidade comuns, graças aos quais, sem consideração de fronteiras, eles conversam mais facilmente do que os profissionais de disciplinas jurídicas diferentes do mesmo país”⁶⁰.

5. CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO: CARACTERIZAÇÃO

As múltiplas culturas levaram – muitas vezes – os diversos Estados soberanos a construir normas jurídicas distintas em sua estrutura e/ou em seu conteúdo material⁶¹, reunindo-as, por razões de política legislativa⁶², segundo critérios que fazem sentido no sistema ali instituído⁶³,

60 RIGAUX. *A lei...*, cit., p. 195. No mesmo sentido, AGULLAR NAVARRO, Mariano. Divagaciones sobre las llamadas doctrinas eclecticas en el Derecho Internacional Privado. *Revista Española de Derecho Internacional*. Madrid, v. 14, n. 1-2, p. 145-168, 1961, p. 167, quando afirma que “el Derecho Internacional Privado ofrece un régimen de coordinación y de colaboración entre los sistemas jurídicos. Esta coordinación supone una interpenetración de esos sistemas, una comunicación de los mismos. Es una tarea de servicio, y en ella un principio importante es el de la efectividad de el resultado. El Derecho Internacional Privado, de hecho, realiza una división de trabajo entre los distintos sistemas jurídicos: les confiere misiones distintas, pero todas ellas pensadas en función de una vida jurídica en escala universal”.

61 “O Direito só dos valores culturais pode retirar a sua legitimação”. BAPTISTA MACHADO, João. *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*. 12. reimp. Coimbra: Almedina, 2000, p. 197; “De fato, muito longe estão os Estados de adotarem os mesmos conceitos jurídicos em suas regras de direito interno, decorrendo desta situação a variedade de qualificações”. GAMA E SILVA, Luiz Paulo. *Faculdade de Direito da USP, 1952*, p. 10.

62 Assim, em uma análise sociológica da qualificação, DÉPREZ, Jean. *Droit International Privé et conflits de civilisations. Recueil des Cours*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers. v. 211, p. 217-309, 1988, p. 280, quando afirma que “ce choix de qualification sont fréquemment sinon toujours operes en fonction de politiques juridiques qui les sous-tendent et qui constituent leur véritable inspiration et explication”.

63 “Uma sociedade cujas normas se não deixassem reconduzir a tais valores [culturais], possuiria na verdade ‘normas’, mas não uma ‘ordem normativa’, uma ‘ordem

pelo que se pode afirmar a viabilidade de se fazer ao menos uma etnologia da cultura jurídica em consideração. Quando Étienne Bartin⁶⁴ afirmou que, nos Países Baixos, o problema de se saber se a questão de o testador holandês ter realizado em solo e sob a égide do ordenamento francês um testamento formalmente reconhecido como válido por este último Estado⁶⁵ como sendo, naquele primeiro Estado, uma situação de capacidade (saber-se se um holandês era tido como capaz ou incapaz de dispor em última vontade, envolvendo-a com características – for-mais? – que nos Países Baixos eram expressamente proibidas⁶⁶) outra coisa não fez senão descrever a norma estrangeira a partir de sua visão, da visão de sua cultura⁶⁷. Procedeu, assim, em um primeiro momento, àquela espécie de etnografia a que se fez referência anteriormente (falsa etnografia, a que carece da imersão cultural e que, no caso do autor, era ainda obnubilada por sua visão estatista do Direito dos conflitos, descrito como um conflito de soberanias). E não agiu diferentemente Frantz

jurídica’ ou ‘sistema jurídico”. BAPTISTA MACHADO. *Introdução...*, cit., p. 197. LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 510, afirma: “é sabido que esta classificação não obedece a um critério unívoco, nem permite uma inserção adequada de todas as figuras. É uma classificação que reparte as matérias em centros de regulação numa óptica pragmática e que reflecte certos elementos culturais”.

64 Sobre o autor, por último, ANCEL, Bertrand. *Éléments d’histoire du Droit International Privé*. Paris: Éditions Panthéon-Assas, 2017, p. 496-513.

65 Acerca do alcance do art. 999 do Código Civil francês sobre os aspectos formais de testamentos celebrados no exterior, veja-se ELST, Raymond Vander. *Lacunes en Droit International Privé*. In: PERELMAN, Chaim (Ed.). *Le problème des lacunes en Droit*. Bruxelles: Bruylant, p. 401-423, 1968, p. 409-411.

66 O art. 992 do Código Civil neerlandês de 1829 que impedia a facção de um testamento inteiramente redigido de próprio punho encontra-se atualmente ab-rogado. Cf. BUREAU, Dominique; MUIR-WATT, Horatia. *Droit International Privé*, t. 1. 3. ed. Paris: PUF, 2014, p. 457-458.

67 BOUZA VIDAL, Nuria. *Problemas de adaptación en Derecho Internacional Privado e interregional*. Madrid: Editorial Tecnos, 1977, p. 53-54, acusa Bartin de ter agido de modo pré-ordenado por sua finalidade de desvirtuar o universalismo que surgia, e, às p. 58, nota 3, ressalta que essa crítica deve ser dirigida a Bartin, e não necessariamente a Kahn pelas razões a que posteriormente aludirei. Isso fica explícito, por exemplo, quando o próprio autor afirma, “la jurisprudence française contentées décisions dans les deux sens” BARTIN. De l’impossibilité

Despagnet⁶⁸. Com efeito, na ânsia de rebater os argumentos de Bartin, Despagnet acabou por ler os fatos exclusivamente a partir dos conceitos da legislação neerlandesa, revertendo a ausência de imersão cultural em uma assimilação que pretendu que fosse integral, mas que talvez tenha sido realizada com exageros⁶⁹. Percebe-se que a falsa etnografia pode ser perniciososa em uma via de mão dupla: com atrofia ou hipertrofia da motivação que levou à estatuição desta ou daquela norma no sistema jurídico diverso daquele que vigora no foro em questão.

Mas Bartin não estrançou sua análise nesse único exemplo. Analisou outros dois casos⁷⁰ que envolviam culturas outras, e percebeu que dos três relatos podia-se extrair uma característica comum: a diversidade de qualificações possíveis de serem fornecidas por ordenamentos jurídicos diferentes que plasman, cada um deles, uma cultura própria e particularizada⁷¹. E

68 ESPAGNET, Frantz. Des conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, n. 25, p. 253-273, 1898, p. 257-258.

69 O que foi percebido desde logo em estudo de um dos futuros juizes do Tribunal de Nuremberg DONNEDIEU DE VABRES, Henri. De l'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits de lois, *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, n. 2, p. 1231-1244, 1905, p. 1238, ao afirmar que "bien évidemment, la solution varierait suivant que le juge se sera placé aux lieux et places de l'une ou de l'autre des lois en conflit. Or il n'existe aucune raison de donner la préférence à l'une d'entre elles, comme le fait M. Despagnet que applique la loi de capacité, et néglige la loi de forme". E o próprio Bartin, em fina ironia, afirma: "c'est, dans l'esprit même de cette théorie des qualifications, sur le terrain du droit français que je me placerai. C'est à la jurisprudence française que j'emprunterai mes exemples. Je monterai (...) que (...) nous ne pouvons le faire, en France, qu'en tenant compte du droit interne français sur ces institutions-là." BARTIN. La doctrine..., cit., p. 568.

70 E não se tratou da trade mais famosa de casos do ponto de vista didático. Com efeito, em seus estudos, BARTIN. De l'impossibilité..., cit., refere-se ao caso holandês e ao caso das leis francesas acerca de débitos vencidos no período da Guerra franco-germânica e das leis de 1870 que impediram seu protesto. Este último não ganhou os manuais, tendo sido substituído pelo caso do casamento do grego ortodoxo (caso Caraslanis) a que adiante se fará referência, abandonando-se o caso dos débitos.

71 Aque Franz Kahn, o primeiro a explicitar a questão, chamou de "colisão latente" (*Latente Kollisionen*, apud LEWALD, Hans. Règles générales des conflits de lois; contribution à la technique du Droit International Privé. *Recueil des Cours*, Paris: Sirey, v. 69, p. 1-147, 1939, p. 69 ou *latente Gesetzskollision*, apud GRAULICH, Paul. *Dringende der Juristenwissenschaft*, 1911, p. 117).

afirmou que tal aspecto passara desapercibido a Savigny, que supusera que a natureza jurídica dessas relações não fosse duvidosa para ninguém, razão pela qual teria deixado de indicar a lei aplicável para tal finalidade⁷².

Percebeu, ainda, que a depender do local de proposição de eventual ação judicial (ou arbitral)⁷³, haveria a chance de, partindo-se de qualificações díspares (a depender do ponto de partida), chegar-se a normas de conflito que se completavam de formas diversas e, por isso, indicavam como aplicável uma lei diferente, ainda que para os mesmos grandes temas do Direito Privado houvesse uma identidade de conexões estabelecida entre aqueles Estados (de forma concertada ou espontânea, pouco importa), mas que nenhuns efeitos produziam justamente em razão do enquadramento diverso que esse e aquele ordenamentos davam a idênticos fatos⁷⁴.

Note-se que a cultura típica de Direito Internacional Privado dos ordenamentos cotejados com o francês nos três famosos e didáticos exemplos — "viúva maltesa", "testamento do holandês" e "casamento do grego"⁷⁵ —

72 Dalloz, 1961, p. 96), que decorre da divergência dos direitos materiais dos diversos Estados, mas a respeito de que acabou por prevalecer a nomenclatura cunhada por Bartin (conflito de qualificação).

73 BARTIN, Étienne-Adolphe. De l'impossibilité d'arriver à suppression définitive des conflits de lois (fin), *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, n. 24, p. 720-738, 1897, p. 733.

74 "Par le jeu de certaines règles de compétence internationale que je n'ai pas à préciser" BARTIN. De l'impossibilité..., cit., p. 226. O autor refere-se ao fenômeno da "itispendência internacional (que de verdadeira litispendência não se trata já que a "pendência da mesma lide" ocorre em jurisdições diferentes e autônomas, porquanto soberanas) em que avocam, uma e outra, a competência para conhecer de eventual litígio (e, ao mesmo tempo, limitando o exercício da jurisdição nacional), dando origem ao fenômeno do *forum shopping*. Quanto a este último tema, veja-se, MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 57-59; CAMARGO, Solano de. Forum shopping: a escolha da jurisdição mais favorável; Prefácio de Gustavo Ferraz de Campos Monaco. São Paulo: Intelecto, 2017.

75 BARTIN. La doctrine..., cit., p. 225-226.

76 Trata-se do caso *Caraslanis*, julgado pela Corte de Cassação francesa em 1955, em que explicitamente se aceitou a teoria da qualificação *lex fori*. WOLFF, Martin. *Derecho Internacional Privado* [Private International Law, 2. ed., 1950]. Trad. Antonio Marín López. Barcelona, Bosch, 1958, p. 155 sugere que as normas gregas de cunho substancial (por sua inspiração evidentemente religiosa) sejam atastadas em outros Estados soberanos nos quais receberiam uma qualificação ligada à forma. Não há, na obra de Wolff, uma referência explícita a esse caso.

e os numerosos institutos estrangeiros”, os quais, em seus ordenamentos de origem, cumprem o mesmo papel: propõem-se a “realizar a mesma função social que o legislador do foro teve em vista ao aludir a tal categoria, ou uma função substancialmente análoga”⁸⁴. O que ocorre, em suma, é que os elementos fáticos são apreendidos pelas normas jurídicas consideradas a partir de conceitos qualificadores próprios⁸⁵ a cada um dos ordenamentos colidentes.

É isso porque o que se busca com o estabelecimento de normas jurídicas amplas e generalizantes no Direito Internacional Privado é justamente evitar repetições, garantindo que a um conceito jurídico qual-quer possam se reconduzir diversas situações juridicamente relevantes. Daí porque Martin Wolff fale em uma forma condensada que se pode comparar ao “processo matemático de colocar um fator comum a vários números fuera del paréntesis”⁸⁶.

Nesse processo de generalização que visa colocar em evidência o que é essencial, os conceitos de que se valem as normas de conflitos acabam por poder ser preenchidos por conceitos de seu próprio ordenamento – o que é óbvio, já que é a partir dele que se processa a generalização – e, também, de “realidades jurídicas diferentes ou desconhecidas do Direito material do foro”⁸⁷. Trata-se da indeterminabilidade típica das normas conflituais, que configuram sua especialidade: abrir-se, “potencialmente, a todos os Direitos vigentes no mundo, como também, (...) a todos os Direitos que no mundo virão um dia a vigorar”⁸⁸.

É verdade que as premissas de que partiram uns e outros, os defensores da qualificação segundo a *lex fori* e os defensores da qualificação segundo a *lex causae*, eram em si muito diversas e a teleologia visada também guardava profundas e até mesmo insuperáveis divergências.

84 FERRER CORREIA. *Lições...* cit., p. 203.

85 RIGAUD. *A lei...*, cit., p. 66.

86 WOLFF. *Derecho...*, cit., p. 142-143.

87 LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 514.

88 MACGALHÃES COLLAÇO. Isabel Maria de. *Da qualificação em Direito Internacional Privado*. Lisboa: Editorial Império, 1964. p. 103-104.

Tanto é verdade que a proposição de Ernest Rabel acerca de um sistema de qualificação segundo princípios e valores universais⁸⁹ mostra-se teoricamente muito bonito⁹⁰, mas pragmaticamente de difícil efetivação⁹¹, ainda que se possa recorrer, novamente com supedâneo em Ferrer Correia, à ideia de que as categorias de conexão não sejam “moldes vazios” (como já o são, acrescento eu, os elementos de conexão que dependem da localização no espaço(-tempo) daquele conceito conectivo naquela específica relação fática e juridicamente relevante⁹²), mas, sim, “formas elásticas”⁹³.

Os defensores da qualificação segundo os parâmetros da *lex fori* apontam diversos argumentos em defesa de sua tese. Alegam que os legisladores nacionais estatuem as normas de conflito a partir de certos e determinados conceitos-quadro, indicando a cada um deles um específico elemento de conexão e que tais conceitos-quadro foram concebidos

89 RABEL. Le problème...; cit.; OST, François. *Le droit comme traduction*. Québec: Les presses de l'Université Laval, 2009, p. 46, menciona que um sistema internacional de qualificações se assemelharia ao idioma esperado.

90 Para JAYME. Identité culturelle...; cit., p. 109, trata-se da construção mais audaciosa. É a crítica formulada por MACGALHÃES COLLAÇO. *Da qualificação...*, cit., p. 194, no sentido de que os comparatistas não conseguem conhecer de antemão “os direitos que no mundo virão um dia a vigorar”, trabalhando apenas com o retrato do que está ou esteve em vigor no momento de sua análise.

91 Para mim, os elementos de conexão são continentes sem conteúdo dados *a priori*, mas dependentes da situação concreta e de sua relevância jurídica (possibilidade de se amoldar ao conceito jurídico elástico da norma de conflito). Por sua vez, FONSECA, José Roberto Franco da. Considerações críticas sobre alguns temas de Direito Internacional Privado. *Verba Juris: Anuário de Pós-Graduação em Direito*. João Pessoa, v. 8, n. 8, p. 21-40, 2009, p. 23-24, compara a norma de direito dos conflitos a uma norma em branco. A ideia é a mesma.

93 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 203; JAYME. Identité culturelle...; cit., p. 107; MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 101 (o autor menciona a capacidade de expansão dos conceitos-quadro). No mesmo sentido, GAMA E SILVA. *As qualificações...*, cit., p. 239, para quem “a jurisprudência se tem orientado, em tais casos, com prudência e sabedoria, procurando dar às regras de conflito uma conveniente elasticidade, para que possam satisfazer às necessidades da vida internacional, acolhendo as exigências e características desses institutos de acordo com a lei estrangeira”. Também, dentre tantos outros, mas com a curiosidade de utilizarem o termo adaptação para se referir ao caráter elástico das normas de conflito, LOUSSOUARN, Yvon; BOUREL, Pierre. *Droit International Privé*, 6. ed.

naquele ordenamento a partir de situações juridicamente relevantes ali previstas⁹⁴. Aduzem, em consequência, que as categorias jurídicas que dão origem aos conceitos-quadro podem até abarcar situações juridicamente relevantes em outros ordenamentos – e irrelevantes no foro (preocupação do próximo capítulo, mas que aparecerá ainda nesse, a partir do nº 7) – devido àquele caráter plástico (elástico) das categorias de conexão atrás mencionado. Outro aspecto lembrado pelos adeptos da qualificação segundo os critérios da *lex fori* costuma ser a decorrência da educação jurídica do aplicador do Direito, que o mantém vinculado às ideias gerais que dominam a legislação de seu país. Não obstante, é preciso ponderar que a indicação da lei estrangeira como *lex causae* obrigará tal aplicador do Direito a abandonar as concepções decorrentes de sua educação, o que mostra a contradição ínsita a esse argumento⁹⁵.

Bartín aduz, ainda, algo que é muito particular a seu raciocínio acerca do Direito Internacional Privado, concebido por ele como um conflito de soberanias. Consequentemente, a qualificação deveria fazer-se segundo a *lex fori* por ser esta a abertura eventual que o sistema jurídico do foro dá à lei estrangeira. Nesse sentido, apenas se essa norma de conflitos, segundo os parâmetros que o legislador daquele ordenamento estatuiu – o que inclui os critérios de Direito material que caracterizam a situação da vida sob análise –, autorizasse a aplicação do Direito estrangeiro é que se estaria dando azo à vontade soberana daquele Estado frente a cuja jurisdição as partes vieram buscar solução. Percebe-se, assim, que esse argumento trazido por Bartín guarda relação com o primeiro dos argumentos acima mencionados, porém, de modo bastante particularista

94 MAURY, Jacques. Règles générales des conflits des lois. *Recueil des Cours*. Paris: Sirey, v. 57, p. 325-468, 1936, p. 458.

95 TENÓRIO, Oscar. *Direito Internacional Privado*. 11. ed., t. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1976, p. 296 afirma que tal razão é pueril pois os juizes estão acostumados a distinguir os grupos de situações sem se preocupar com a classificação das instituições de outros sistemas jurídicos”. BATTIFOL, Henri. Principes de Droit International Privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. Sijthoff, v. 97, p. 433-571, 1959, p. 455-456 busca conciliar essa situação ao afirmar que “il n’en est pas moins précieus de poser le principe que, sauf preuve contraire, les catégories du juge saisi sont utilisables”.

e radical⁹⁶. Por fim, levanta-se, ainda, um argumento de lógica: como se saber, de antemão, a lei aplicável? Os defensores da qualificação segundo os critérios da *lex causae* partem do pressuposto que a lei a ser aplicada será uma, e a partir dela entabulam interpretações e análises que visam esclarecer as razões pelas quais aquela lei seria, afinal, a *lex causae*. Mas a verdade lógica, dizem os defensores da qualificação segundo os critérios da *lex fori*, é que apenas com a aplicação da regra de conflitos do foro é que se saberá qual seja efetivamente a lei aplicável, sendo inviável iniciar a especulação pelo ponto de chegada.

O próprio Martin Wolff, defensor da qualificação segundo critérios da *lex causae* afirma que “a opinião aqui sugerida possivelmente teria encontrado mais seguidores se não tivesse sido repetidamente criticada em razão do círculo vicioso ao qual parece estar ligada⁹⁷”. E afirma que a situação deve ser enfrentada com uma interpretação adequada da regra de conflitos que leve em consideração a aplicação de todas as regras que vigoram no sistema jurídico indicado pelo elemento de conexão, aí incluídas as normas qualificadoras do sistema⁹⁸. Como é óbvio, se a lei aplicável for a lei nacional, *lex fori* e *lex causae* coincidiriam e todo o raciocínio jurídico teria sido realizado, afinal, com recurso à lei do foro. Por seu turno, Despagnet aproveita a possibilidade de existirem situações juridicamente relevantes reguladas no sistema jurídico estrangeiro, a respeito das quais o sistema jurídico da *lex fori* silencie, porquanto para esse sistema se trate de situação juridicamente irrelevante⁹⁹, para defender não

96 Crítica a esse aspecto da doutrina de Bartín pode ser conferida em DONNEDIEU DE VABRES. De l’impossibilité... cit., p. 1233, ao afirmar: “Nous ne croyons pas que le conflit de lois s’analyse en un conflit de souverainetés. Nous croyons qu’un législateur, en admettant l’application de lois étrangères sur son territoire, ne limite pas sa propre souveraineté. Il l’exerce, au contraire, en s’appropriant la loi étrangère, qu’il juge compétente pour régir certains rapports de droit”.

97 “La opinión sugerida aquí posiblemente hubiera encontrado más seguidores si no hubiera sido repetidamente criticada con respecto ao círculo vicioso al que parece estar unida”. WOLFF. *Derecho...*, cit., p. 149-150.

98 Para LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 518, não há círculo vicioso, pois se trata de estabelecer “um raciocínio hipotético, atendendo a relevância jurídica dos factos perante cada uma das ordens jurídicas potencialmente aplicáveis”.

99 Volto a salientar que essa situação será abordada com maior detalhe...

haver outra saída além do reconhecimento de que a qualificação deva ser dada por meio do recurso à *lex causae* enquanto fonte dos conceitos jurídicos a que os fatos se subsumiriam. Afirma, de modo explícito, que “la logique commanderait même qu'on écartait *a priori* le rapport inconnu dans la *lex fori*”¹⁰⁰. Ao que me parece, tanto Despagnet quanto Wolff, ao defenderem a qualificação segundo os critérios da *lex causae*, buscam evitar uma dupla deformação¹⁰¹ pelas quais podem passar as situações da vida: de um lado, a fim de adequá-las aos critérios – diversos – da *lex fori*, o intérprete procederia a uma leve deformação para garantir sua subsunção à norma – elástica – de conflitos do foro. E afinal, mandada aplicar a lei estrangeira, haveria uma nova deformação da situação da vida, sem garantia de que essa adquiriria a original plasticidade de que dispunha antes de sua submissão à regra de conflitos do foro¹⁰². Outro argumento apontado pelos defensores da qualificação segundo critérios vigentes no sistema da *lex causae* é o de que só se devem “aplicar por força de uma norma de conflitos as normas materiais que correspondem à categoria normativa utilizada na previsão da norma de conflitos”, já que o alcance material da remissão seria limitado¹⁰³.

100 DESPAGNET. Des conflits..., cit., p. 260-261.

101 JAUFFRET-SPINOSI, Camille. La Convention de la Haye sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (ter juillet 1985). *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, v. 114, n. 1, p. 23-74, jan./mar. 1987, p. 24.

102 Por outras palavras, REIS, Gabriel Valente dos. O Direito Internacional Privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, n. 13, p. 293-325, jan/mar 2009, p. 268 pondera que a “qualificação pela *lex fori* prejudica por demais a aplicação do sistema jurídico estrangeiro, pois priva-o de suas definições”.

103 LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 517; MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 98. Em sentido contrário, defendendo uma recepção integral do ordenamento jurídico estrangeiro a ser aplicado no foro, GOLDSCHMIDT, Werner. *Sistema y filosofía del derecho internacional privado*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1948, p. 229; TOMMASI DIVIGNANO, Alessandro. *Lex fori e diritto straniero: introduzione critica al diritto internazionale privato*. Padova: CEDAM, 1964, p. 49; MONACO. *Control...*, cit., p. 115-116. A posição dos autores portugueses defluiu do conteúdo de seu direito positivo (art. 15º do Código Civil). Mas não parece ser de todo, conflitante com a ideia de recepção integral do ordenamento estrangeiro. É que mesmo que se proceda à recepção integral, caberá ao intérprete recortar hermeneuticamente o sistema jurídico estrangeiro, destacando as normas úteis à resolução do conflito.

Um ponto que chama atenção é o fato de os exemplos construídos pelos autores ou por estes colhidos da jurisprudência envolverem apenas dois Estados interessados em ver suas normas materiais atuadas para o deslinde da questão¹⁰⁴. Em um desenho estrutural como esse, sabendo-se qual é o foro competente provocado a atuar e que, em consequência, deverá tomar a decisão acerca de qual lei aplicar para transformar o litígio, os conflitos de qualificação podem envolver dois distintos ordenamentos: o do foro, nacional, e o outro, estrangeiro. Se ambos dão à situação da vida uma e somente uma única e coincidente qualificação, esta será o ponto de onde o intérprete partirá para definir a lei aplicável. Se, entretanto, cada um dos ordenamentos potencialmente aplicáveis empresta à mesma situação da vida qualificações distintas, a definição de qual seja a *lex fori* e qual seja a potencial *lex causae* passa a apresentar características mais complexas, mas é, ainda, deveras simplificada pelo fato de a situação fática apresentar vinculação com apenas dois ordenamentos, guardando proximidade com o raciocínio binário. Com efeito, têm-se a qualificação comumente observada no foro e a outra, observada no sistema da lei estrangeira, excluída qualquer terceira possibilidade¹⁰⁵. Os exemplos doutrinários trazem situações nas quais, ao se partir da

104 É verdade que tanto BARTIN, Étienne-Adolphe. De l'impossibilité d'arriver à sup-
pression définitive des conflits de lois (suite). *Journal du Droit International (Clunet)*,
Paris, n. 24, p. 466-495, 1897, p. 468-469, quanto DESPAGNET. Des conflits..., cit., se
referem a situações nas quais o foro é utilizado pelas partes de modo circunstancial,
sendo certo que a situação juridicamente relevante que demanda solução apresenta
elementos vinculados a outros dois ordenamentos. Não obstante, ambos discutem
as razões para a utilização dos critérios de qualificação segundo os conceitos da *lex
fori* ou da *lex causae* considerando no máximo dois ordenamentos: para Baratin, tão
somente os critérios da *lex fori* devem ser considerados (contrariamente ao que ocorre
quando se trata de definir, em um foro qualquer, qual a nacionalidade que deve ser
indicada à pessoa com dupla nacionalidade, hipótese em que a lei do foro não presta
qualquer auxílio – situação interessante de determinação da nacionalidade mais
relevante em razão da língua materna do indivíduo pode ser conferida em JAYME,
Erik. Les langues et le Droit International Privé. *Recueil des Cours*. The Hague/Boston/
London: Martinus Nijhoff Publishers, v. 381, p. 20-39, 2015, p. 27), ao passo que para
Despagnet os critérios a serem analisados são os das leis estrangeiras E2 e E3.

105 “O sistema de conceituação jurídica opera o mais das vezes num ritmo binário. Recorre-se a classificações exclusivas uma da outra”, o que propicia a “aplicação no campo jurídico do princípio lógico do terceiro excluído”. RIGAUDX. *Le...*, cit.,

qualificação determinada pelo sistema jurídico-material vigente no foro (E1), a *lex causae*, ou seja, a lei aplicável acabava sendo encontrada no sistema jurídico estrangeiro (E2), onde o enquadramento decorrente da conceituação e da classificação dadas por suas normas materiais poderia desembocar em outra questão jurídica ou outro instituto jurídico, diverso do que fora considerado anteriormente (no foro). Isso leva a uma indagação acerca do que teria ocorrido na hipótese de a qualificação segundo os critérios da *lex fori* (E1) desencadear a aplicação, no caso concreto, da lei material nacional, do foro (a mesma E1), hipótese em que a *lex causae* seria a própria *lex materialis fori*. Teriam os intérpretes se preocupado com o caminho teórico que trilharham caso a consideração partisse não mais daquele foro, que mandava aplicar a sua própria lei, mas sim, da outra lei em presença?

E o que teria ocorrido se, ao invés da concorrência de duas ordens jurídicas, os teóricos que por primeiro se preocuparam com a questão do conflito de qualificações estivessem na presença de situações fáticas nas quais três ou mais ordenamentos concorressem entre si, posto que todos competentes¹⁰⁶? Poderiam estabelecer *a priori*, qual seria a *lex causae* relevante para debater se a qualificação deveria ser feita segundo os critérios da *lex fori* ou os da *lex causae*? Ou deveriam desde logo considerar a questão a partir das qualificações possíveis em cada uma das ordens jurídicas em presença¹⁰⁷? Tenha-se presente que tal modo de analisar a questão poderia implicar em um número bastante grande de critérios qualificadores a se considerar (muito embora a prática desminta essa afirmação). Com efeito, mesmo que houvesse identidade qualificadora entre dois ou mais ordenamentos competentes e mesmo que, no limite,

106 BAPTISTA MACHADO, Âmbito... cit. Muito embora o autor português refira-se à circunstância de as leis potencialmente aplicáveis vincularem-se ao âmbito de eficácia das leis e refira-se à lei aplicável como aquela que tem seu âmbito de competência reconhecido, numa clara abordagem kelseniana, tenho para mim ser mais adequado se referir a leis competentes quando se tratar das leis potencialmente aplicáveis e como lei eficaz àquela que é, afinal, a efetivamente aplicada. É nesse sentido que as expressões aparecem no meu texto.

107 Essa a solução preconizada, dentre outros, por LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 518.

o conflito de qualificações deixasse de existir no caso concreto – se c quando todas as ordens competentes atribuísem à mesma relação fática os mesmos enquadramentos jurídicos –, a verdade é que a essa conclusão só se poderia chegar após a consideração dos critérios qualificadores vigentes em todas as ordens jurídicas em presença.

O problema, assim, está, segundo me parece, em centrar a questão naquilo que ela tem de essencial.

Sabe-se que o *nomen juris* é absolutamente irrelevante. As relações sociais são as mesmas na exata medida em que são faticamente percebidas da mesma forma em todos os Estados. No mundo fenomênico, nas situações de fato, o que se passa é o mesmo sejam os fatos observados aqui ou alhures¹⁰⁸. No que diferem é na subsunção destes fatos às normas de cada ordenamento e nas funções que cumpram nessa ou naquela sociedade. Diferem, assim, no enquadramento jurídico que à situação em tela tais ordenamentos competentes tenham normativamente procedido. Enquadrar a questão (i) como atinente à dissolução do patrimônio do casal que se desfaz por morte mediante incidência das regras de regime de bens ou como uma questão sucessória com subsunção dos fatos às normas de partilha *mortis causa*; enquadrar a questão (ii) como atinente à capacidade para testar, com incidência de normas da parte geral acerca da capacidade combinadas com normas sucessórias de capacidade especial eventualmente existentes¹⁰⁹, ou como atinente à forma do testamento, com subsunção da espécie às regras sobre forma do local da confecção

108 O que vai no texto já desconsidera os fatores apontados por François Rigaux e transcritos anteriormente. Isso porque, como salienta o mesmo autor, uma das diferenças entre a “qualificação entendida como a subsunção de uma situação de vida sob a hipótese de uma regra de direito e a operação que precederia a escolha da regra de direito aplicável a uma situação vinculada a várias ordens jurídicas” é justamente o objeto da qualificação. No primeiro caso, o objeto da qualificação é uma situação de vida. No segundo caso, que interessa ao Direito Internacional Privado, o objeto da qualificação é uma instituição jurídica. Cf. RICAUX. *A lei...*, cit., p. 82.

109 “No célebre caso citado por Bartin do testamento ológrafo holandês se não pode falar, (...) em conflito de qualificações, porque cumpria ao juiz analisar a questão sob dois ângulos distintos: a capacidade do testador e a forma do ato. I

da cédula testamentária; enquadrar a questão (iii) como atinente à capacidade matrimonial, com incidência de normas da parte geral acerca da capacidade combinadas com normas de Direito matrimonial que eventualmente estabelecessem hipóteses de capacidade especial, ou como atinente à forma de celebração do casamento, aplicando-se a *lex loci celebrationis* não mudam os fatos de (i) o cônjuge varão ter falecido em local diverso do de sua nacionalidade originária – mas no mesmo local de sua nacionalidade adquirida –, na constância do casamento, deixando viúva de mesma nacionalidade que a sua originária e patrimônio situado no local de seu último domicílio e de seu falecimento; nem o fato de (ii) alguém ter disposto em última vontade acerca de seu patrimônio em cédula testamentária elaborada observando-se determinada forma em local diverso do de sua nacionalidade, de seu domicílio e de seu local de posterior falecimento, diverso, ainda, do local da situação dos bens abrangidos no testamento; nem ainda o fato de (iii) um noivo de determinada nacionalidade ter se casado com noiva de outra nacionalidade, em cerimônia que tomou determinada forma adequada segundo os jurídicos parâmetros do local da celebração que, coincidentemente, era também o local cuja nacionalidade a noiva ostentava.

A pergunta, então, diz respeito à coerência de se proceder à qualificação segundo os critérios de conceituação e classificação vigentes em um sistema jurídico material diverso do sistema do foro, mormente quando se toma em consideração a possibilidade de haver três ou mais ordenamentos potencialmente aplicáveis, competentes, mas somente um apresentar aptidão para ser considerado eficaz, constituindo-se em *lex causae*. Não se mostra coerente justificar que a qualificação se dê com base nos critérios da *lex causae*, quando não é possível saber, de antemão, qual será essa lei¹¹⁰.

actus para exame da forma, que era permitida pela lei francesa”. GAMA E SILVA. *As qualificações...*, cit., p. 241-242.

¹¹⁰ O que não impede, mas talvez até exija, que se proceda a nova qualificação – típica de direito interno, mas com base no conteúdo da *lex causae* – por ocasião da efetiva interpretação e aplicação da norma material estrangeira para trans-formação do litígio.

Com efeito, a previsibilidade com que trabalharam os primeiros autores era da ordem de cinquenta por cento. Ou bem se aplicava a lei do foro ou bem se aplicava a única lei estrangeira considerada; ou bem se aplicava uma lei estrangeira ou bem se aplicava outra lei estrangeira naquelas hipóteses em que o foro era circunstancial e não relevante para a situação em tela. Em um cenário como esse, comparar os critérios de qualificação de um sistema e de outro conduz a análise do conflito de qualificação a um “jogo de perde-ganha”. Parte-se da lei de E1, que qualifica, para se aplicar E2 em decorrência da conexão determinada pela norma de Direito Internacional Privado de E1, concluindo-se que em E2 o mesmo fato recebe outra qualificação. Parte-se, em seguida e como consequência do primeiro raciocínio, da qualificação dada por E2 para se aplicar E2 ou E1 em decorrência do elemento fático que preencha o elemento de conexão escolhido pelo legislador de E1, foro competente, para aquela qualificação decorrente da incidência do Direito material de E2, tido como *lex causae*. Se a conexão indica como Direito material aplicável o Direito de E2, ganha-se, pois afinal E2 é mesmo o Direito material aplicável – muito embora o seja por outro fundamento e apenas naquele caso concreto, dada a configuração estrutural observada –, mas se a mesma conexão indica como Direito aplicável o Direito material de E1, perde-se, pois afinal a *lex causae* não era E2 – de cujo critério de qualificação o intérprete “partiu” depois de ter “queimado a largada” e de ter sido, em consequência, dada nova “partida” –, mas passava a ser E1 a *lex causae* – naquele caso e em razão da configuração estrutural observada –, criando-se um “jogo de empurrar” ou um círculo vicioso semelhante ao que se pode observar em matéria de reenvio de primeiro grau (retorno ou devolução)¹¹¹.

Porém, diferentemente do que ocorre com o reenvio de primeiro grau, em que se parte do foro E1 em direção ao sistema E2 e, por consequência, da regra de conflito de E2, retorna-se a E1 e surge o problema

¹¹¹ RIGAUD. *A lei...*, cit., p. 80, chama atenção para a coincidência de terem Barin e Kahn tratado independentemente das mesmas questões, a saber, o conflito de qualificações (Barin) ou latente (Kahn), e o conflito explícito representados em ambos os autores pelo reenvio e a exceção de ordem núbilira

de saber se se deve considerar novamente o Direito de conflitos de E1 ou, desconsiderando-o – posto que considerado anteriormente –, deve-se partir para a consideração do Direito material de E1, na hipótese de qualificação segundo critérios da suposta *lex causae*, a situação ganha contornos muito difíceis de se justificar. Com efeito, por esse raciocínio parte-se do Direito material de E1 para qualificar a situação em tela, e esbarrar-se nas normas de conflito desse mesmo sistema jurídico E1 que, por sua vez, indica E2 como o Direito material supostamente aplicável, mas em cujo bojo a mesma relação juridicamente relevante ganha outra qualificação que não é mais *x*, mas *y*. E o elemento de conexão indicado para as situações *y*, nesse caso hipotético, não é preenchido por um elemento da relação que se vincule a E2, mas, sim, a E1, fazendo com que a *lex causae* que se acreditava ser E2 passe a ser E1, ou seja, implique na competência do Direito material de E1, sem que as normas de conflito de E2 tenham se pronunciado. A dificuldade de se justificar o círculo vicioso reside justamente, segundo me parece, no fato de o sistema E2 ter influenciado a atuação material de E1 – como no reenvio de primeiro grau – não por considerações de Direito conflitual, mas, sim, de Direito material. É o Direito material de E2 que, ao qualificar – e apenas porque se considerou que esse seria o Direito da *lex causae* –, empurrou a situação da vida para o abrigo material de E1. Mas E1 – retorne-se ao princípio – não qualifica a situação em tela como *y*! Para E1, a situação da vida em consideração é *x*, e *x* leva a que se atribua eficácia a E2, e não a E1!

6. DEFESA DE UMA QUALIFICAÇÃO QUE SE INICIA (MAS NÃO NECESSARIAMENTE SE ENCERRA) SEGUNDO CRITÉRIO DA LEX FORI

Seja qual for o desenho metodológico observado no Direito Internacional Privado, a etapa de qualificação mostra-se de vital relevância. Um equívoco de qualificação empurra a situação da vida que se encontra sob o império do foro E1 para uma lei que não foi considerada pelo legislador de Direito Internacional Privado de E1¹¹² como a mais próxima

e, por isso, a lei com eficácia para dirimir os conflitos dentre todas as leis presentes e, por isso, competentes.

Da mesma forma, a qualificação realizada por meio da incidência de critérios relativos à suposta *lex causae* – como no exemplo anteriormente desenhado – pode levar, por vezes, a que a lei aplicável seja uma lei diferente daquela que – por algum motivo – foi considerada como tal, criando um círculo vicioso de difícil justificação como foi afirmado acima. Essa é, aliás, outra importante diferença entre a “qualificação entendida como a subsunção de uma situação de vida sob a hipótese de uma regra de Direito e a operação que precederia a escolha da regra de Direito aplicável a uma situação vinculada a várias ordens jurídicas”¹¹³. Com efeito, ao se proceder à qualificação segundo os critérios da *lex fori*, sabe-se que “a instituição que deve ser introduzida **sob o conceito de Direito material interno** é extraída de uma ordem jurídica estrangeira¹¹⁴ e pertencente, por conseguinte, a um sistema conceptual diferente”¹¹⁵ e não o contrário. Não se pode conceber que a instituição que acabe sendo privilegiada **sob o conceito de Direito Material estranho** seja extraída do próprio sistema conceptual do foro ou mesmo de um sistema que o foro não considerou, por seus próprios conceitos institucionais, como o mais próximo à relação em causal. Daí porque tenha havido quem defendesse¹¹⁶ a realização de múltiplas qualificações simultâneas a partir dos conceitos de todas as leis potencialmente aplicáveis “para que, a partir da análise ponderativa dos diferentes fatores de conexão”, fosse possível “chegar

para quem “por *lex fori* não podemos nós entender aqui a *lex materialis*, senão a *lex formalis*, o Direito Internacional Privado dessa lei. Como já foi dito, seria erro grave supor que o conteúdo e limites dos conceitos próprios do direito de conflitos se obtêm necessariamente e apenas por via de uma simples referência aos conceitos homólogos do respectivo sistema de preceitos materiais”.

¹¹² RIGAUDX. *A lei...*, cit., p. 82.

¹¹³ Para uma precisão, que não será seguida nesse trabalho, dos termos regras materiais estrangeiras, lei estrangeira e ordem jurídica estrangeira, veja-se a posição bastante particular de PICONE, Paolo. Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en Droit International Privé. *Recueil des Cours*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, v. 213, p. 9-296, 1999, p. 120-122.

¹¹⁵ RIGAUDX. *A lei...*, cit., p. 82, destaca que inexistente no original.

à qualificação final, definitiva” e baseada no princípio da proximidade. Em que pese a beleza teórica de uma tal proposta – que não deixa de se aproximar em certa medida da solução preconizada por Rabel¹¹⁷, com a diferença de não ser cumulativa, mas sucessiva –, esta carece de uma norma que autorize não apenas a busca da lei mais próxima segundo critérios discricionários, como que esta lei mais próxima, feita *lex causae*, determine a qualificação dos fatos. Com efeito, como ficou assentado na Introdução dessa obra, acerca das situações excepcionais,

“há a hipótese na qual o legislador do Direito dos conflitos autoriza o juiz (ou quem tenha competência para transformar o litígio) a afastar o Direito mandado aplicar pela norma indireta, com subsequente aplicação de outra lei – que tanto pode ser a nacional como outra lei estrangeira – mas já não por se entender que a situação obrigue à proteção de valores locais, mas, antes, porque a lei indicada pela norma conflitual não se revela aquela que possui vinculação mais estreita com a situação fática, dando-se, em consequência, o reinício do método de determinação do Direito aplicável¹¹⁸, agora iluminado pelo princípio da proximidade, como apresentado por Paul Lagarde em seu curso na Academia¹¹⁹. Tal cláusula de exceção, construída pelo legislador (nacional ou convencional) ou pela jurisprudência, pode ser redigida de modo a conceder ao aplicador do Direito uma atribuição geral e abstrata (como é o caso do art. 15, 1, da Lei Federal Suíça sobre Direito Internacional Privado, de 18 de dezembro de 1987¹²⁰) ou com atribuição específica e, por isso, bem mais restrita (como é o caso, por exemplo, do art. 9º, § 5º, do Anteprojeto de Lei elaborado pela Comissão composta pelos

117 RABEL. Le problème..., cit., p. 3: “une interprétation des normes de conflit (...) ne peut se borner à la réception des notions de la loi interne du juge parce qu'il faut tenir également des autres législations applicables mises en cause par les faits à apprécier”.

118 Veja-se, por todos, MOURA RAMOS. Les clauses..., cit., em especial o item 2.
119 LAGARDE. Le principe..., cit., em especial às páginas 29-126.
120 “Le droit désigné par la présente loi n'est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l'ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n'a qu'un lien très lâche avec ce droit et qu'elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit.” Veja-se, a respeito, WENGLER. L'évolution..., cit., em especial, p. 666-667, quando o autor recupera a célebre passagem de Magister

Aldricus: *quae potior et utilior videtur*.

Professores João Grandino Rodas, Jacob Dolinger, Rubens Limongi França e Inocência Mártires Coelho, aplicável apenas aos casamentos – e uniões estáveis – com elementos estrangeiros¹²¹.”

Ainda é preciso ponderar que se nas hipóteses em que a relação se encontra vinculada a dois sistemas diferentes assiste-se a um jogo de ganha-perde, nas situações em que houver três ou mais ordenamentos competentes, a escolha do ordenamento eficaz com base na *lex causae* implica em um jogo que perde em segurança e previsibilidade¹²². Com efeito, se a análise recair sobre uma situação da vida vinculada a E1 (foro exclusivamente competente ou foro escolhido pelas partes em cláusula de eleição de foro ou por uma delas, apenas, na propositura da ação, em hipóteses de competência jurisdicional concorrente), E2 e E3, e supondo-se que segundo a qualificação de E1 a eficácia segundo a regra de conflitos de E1 recaia sobre o Direito material de E2; que segundo a qualificação de E2 a eficácia de acordo com a regra de conflitos de E1 (foro competente) recaísse sobre o Direito material de E3; e que, por fim, segundo a qualificação de E3 a eficácia, ainda de acordo com a regra de conflitos de E1 (foro competente), recaísse sobre a lei material de E1 ou de E2, a escolha da *lex causae* para que se procedesse à qualificação é por demais discricionária. É verdade que se a qualificação de E3 com base na regra de conflito de E1 determinasse a aplicação da lei material de E2, esta poderia ser considerada a lei mais próxima. Mas a questão está jus-

121 “Se os cônjuges tiverem domicílios ou residências diversos, será aplicada aos efeitos pessoais do casamento a lei que com os mesmos tiver vínculos mais estreitos.”

122 “Ao estabilizar a relação entre ordens normativas estabelecendo regras para o reconhecimento de decisões exteriores à jurisdição e para a aplicação de leis alienígenas, o Direito Internacional Privado traz, ainda, segurança e previsibilidade às relações que contêm elementos de estranheza.” VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. Premissas fundamentais do Direito Internacional Privado. In: TIBURCIO, Carmen; VASCONCELOS, Raphael; MENEZES, Wagner (orgs.). *Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos (Festschrift ao Professor Jacob Dolinger)*. Belo Horizonte: Arraes, 2015, p. 38. Também, MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 29 e 33, quando afirma que “a justiça e a segurança não são senão ideais jurídicos dotados de um alto grau de abstracção e como tais suscetíveis de serem preenchidos com os conteúdos

tamente no fato de que a qualificação com base nesta lei leva à aplicação de outro Direito material, E3. Nesse sentido, revela-se incabível buscar a qualificação a partir da lei mais próxima, pois não se sabe ainda qual será a lei mais próxima a menos que se recorra a um critério arbitrário.

Há um equívoco lógico nos argumentos dos defensores de que se proceda à qualificação segundo critérios materiais vigentes no ordenamento da *lex causae*. Esse equívoco consiste justamente na dificuldade/impossibilidade de se saber qual seria a *lex causae* sem que se tenha atendido ao método de determinação da lei aplicável. Com efeito, a lei de regência torna-se aplicável na medida em que é indicada como eficaz, ao mesmo tempo em que se retira, naquele foro, a eficácia potencial das outras leis competentes¹²³.

Trata-se de uma operação tipicamente conflitual que permanece premente, contrariamente a certo discurso que prega a superação – se não a morte – do conflitualismo¹²⁴, e que em sua premença, seja qual for a nuance metodológica que se queira observar, deve partir de uma qualificação que traga segurança e previsibilidade jurídicas.

Uma qualificação aqui caracterizada como um jogo – seja o “jogo de ganha-perde”, seja o “jogo de adivinhos” –, da mesma forma que perde cientificidade, perde – na mesma direção e no mesmo sentido – os vetores da segurança e da previsibilidade, lançando os jurisdicionados interessados na transformação do litígio de que são partes na insegurança e na incerteza. Incerteza acerca da justificação a ser construída pelo cultor do Direito Internacional Privado para fundamentar porque a qualificação segundo critérios da *lex causae* partiu da consideração da lei de E(n)

123 Em que pese os esforços de WOLFF. *Derecho...*, cit., e de LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., para tentar demonstrar a inexistência do círculo vicioso.

124 A respeito, a lapidar conclusão de KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. Sijthoff, v. 112, p. 95-266, 1964, p. 263: “We hope that we have demonstrated that in spite of these attacks conflicts law remains unshaken. The prevailing opinion, which sticks to the traditional system of conflict of laws, finds itself, as it were, in the middle of a target screen. It is surrounded on all sides by interesting minority views which make life difficult. But

e não de E(n+1)¹²⁵, seja qual for a lei material afinal declarada eficaz. Insegurança acerca de qual será, ao fim e ao cabo, a lei que efetivamente será aplicada¹²⁶. Com efeito, costuma ser colocada de lado pelos cultores do Direito Internacional Privado a circunstância de que antes que uma autoridade de um Estado do foro que tenha sido retirado de sua inércia “decida” (*rectius*: declare) a lei aplicável para a regência efetiva da situação da vida, a situação já exista e produza seus efeitos, confiando reciprocamente nas circunstâncias decorrentes¹²⁷. As partes naquela relação plurilocalizada vinham atuando conforme sua percepção de qual seria o Direito a partir do qual se estabeleciam os direitos de cada qual e se definiam os deveres de um e outro¹²⁸. Claro que poderia haver erro nessa interpretação de qual seria o Direito-fonte de direitos e deveres materiais das partes, como pode ter havido modificação juridicamente relevante em razão de se tratar de um conflito móvel¹²⁹. Óbvio que na relação não

125 Dificuldade com que se deparara já BARTIN. La doctrine..., cit., p. 570 quando iniciou sua dedicação ao Direito Internacional Privado e alternava sua formação entre as fórmulas dos estatutários e os acórdãos franceses que pouco ou nada indicavam acerca do raciocínio que fora utilizado.

126 Em sentido contrário, também, GAMA E SILVA. *As qualificações...*, cit., p. 237-238, para quem “as situações de fato devem ser qualificadas mediante o exame de todos os sistemas jurídicos, que a complexidade daquelas revelam ao juiz como teoricamente aplicáveis, inclusive sua própria lei. Deste processo se incumbem o juiz, que deverá obedecer aos cânones lógicos da observação, para a fixação da verdade científica, como em qualquer ciência”.

127 “As orientações que tendem a uma supremacia imotivada da *lex fori* são, além disso, fundamentalmente incompatíveis com a tutela da confiança, visto que não asseguram a continuidade de situações constituídas ao abrigo de uma lei estrangeira com cuja aplicação os respectivos sujeitos podiam legitimamente contar.” MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 65.

128 “Não depende da regra de conflitos a definição do momento a que deve atender-se como relevante para a fixação da conexão e consequente determinação da lei competente: esse momento é o da verificação do facto, do evento ou da situação a propósito dos quais se põe o problema de saber se eles determinam ou não um dado evento jurídico: a constituição, modificação ou extinção dum(a) situação jurídica.” BAPTISTA MACHADO. *Âmbito...*, cit., p. 124-125.

129 RIGAUX, François. Le conflit mobile en Droit International Privé. *Recueil des Cours*. Leyde: A. W. Sijthoff, v. 117, p. 333-437, 1964, p. 345-346. Como afirma MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 29, “o reconhecimento dos efeitos jurídicos que lhes pertencem [às situações plurilocalizadas] segundo uma delas

intermediada pela autoridade encarregada de dizer o Direito¹³⁰ não há espaço para considerações importantes como a da existência de fraude ou da configuração de uma ofensa ao princípio da ordem pública, que só por ela podem ser enfrentadas e decididas¹³¹. Daí a importância das indagações teóricas e metodológicas acerca do Direito a ser efetivamente aplicado a partir da formulação oficial da *quaestio iuris decidenda*. Mas a desconsideração da vida dos direitos¹³² e deveres vividos pelas partes e da percepção que estas tenham fundado a respeito dessa questão só deve se dar a partir de situações graves e bem delimitadas. Não como decorrência de arroubos doutrinários que geram, por vezes, mas não sempre (como é óbvio), a incerteza a que acima se aludiu. E isso deveria bastar para que se acautelasse e não se exagerasse na construção de rebuscadas e pouco ortodoxas teorias.

7. QUALIFICAÇÃO E ANOMIA

Por outro lado, um sistema de Direito Internacional Privado calca-do na obrigatoriedade de que se qualifiquem as questões trazidas para análise, com base em critérios de conceituação e classificação vigentes no sistema material daquele próprio ordenamento provocado para conhecer do litígio, traz os caracteres de segurança e previsibilidade, mas também de formalismo exagerado. Segurança de que sendo o intérprete um cultor daquele próprio sistema, seja ele habilitado para manejá-lo adequadamente, extraindo de seu bojo a mais apropriada subsunção da situação

fática às normas materiais ali vigentes¹³³. Previsibilidade na medida em que, sempre que houver mais de dois ordenamentos jurídicos diferentes interessados em reger a relação social juridicamente relevante, não haverá qualquer “jogo de tentativa e erro” – representado seja pelo “jogo de per-de-ganha”, seja pelo “jogo de adivinhação” – e todos (inclusive as partes antes da apresentação formal da questão a uma autoridade) saberão, de antemão, que a situação em tela será qualificada segundo os critérios materiais vigentes na *lex fori*, ainda que, posteriormente, seja necessário proceder a uma “correção de rota” (mitigando-se assim o criticável formalismo de uma concepção de mão única a respeito da qualificação) que outra coisa não é que subsumir os fatos à lei aplicável¹³⁴ – seja essa lei a lei material do foro (quando, então, a “correção de rota” será despiciente), seja a lei material estrangeira (quando dependerá da circunstância de haver divergência entre a *lex materialis fori* e a *lex causae*) – procedendo-se à qualificação–subsunção, que tem por objeto não a instituição jurídica, mas, antes, uma situação da vida¹³⁵. Por outras palavras, procedendo–se à qualificação definitiva de que fala Haroldo Valladão¹³⁶.

133 O que também dependerá de uma norma de conflitos vazada em moldes claros, ainda quando se vale de conexões mais ou menos flexíveis: “On s’accordera à constater la primauté reconnue aux valeurs de sécurité juridique à l’égard de celles se rapportant à la flexibilité dans les règles de conflit.” MOURA RAMOS, Rui Manuel Gens de. Droit International Privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul? *Documentação e Direito Comparado. Boletim do Ministério da Justiça*. Lisboa, n. 73/74, p. 85-125, 1998, p. 100.

134 “Si noti bene, però: l’applicazione della *lex fori* riguarda la qualificazione del rapporto al solo effetto della determinazione della norma di Diritto Internazionale Privato a cui dev’essere chiesta l’indicazione della legge applicabile. Avvenuta la qualificazione a questo scopo e determinata la legge regolatrice, spetta a questa indicare le norme applicabili, anche se ne derivasse che il rapporto è in quella legge qualificato diversamente da quello in cui fu qualificato secondo la legge nostra per risolvere il problema di Diritto Internazionale Privato.” ANZILOTTI, Dionisio. *Corsi di lezioni di Diritto Internazionale (Diritto Privato)*. Roma: Athenaeum, 1919, p. 157.

135 RIGAUD, A. *Lei...*, cit., p. 82.

136 VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado: em base histórica e comparativa, positiva e doutrinária, especialmente dos Estados americanos*, v. 1. 5. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1980, p. 258: “(...) se a lei final declarada competente (...)”

130 Daí porque se afirma que o Direito Internacional Privado desempenhe uma dupla função: “O caráter preventivo seria facilmente denunciado tanto pela segurança e previsibilidade que um sistema de solução de conflitos pode [deve, diria eu] proporcionar às relações privadas (...). No que se refere à função corretiva, esta se apresentaria, em regra, também no sistema de solução de conflitos, mas sob outra perspectiva, isto é, no momento específico da aplicação da técnica para a solução de litígios multiconectados” VASCONCELOS. *Premissas fundamentais...*, cit., p. 39.

131 STRENGER, Irineu. Lacunas da lei em Direito Internacional Privado. *Revista do comércio e das relações internacionais*. São Paulo, n. 1, p. 129-143, 1989, p. 133-134.

Uma qualificação segundo os critérios materiais (institucionais) da *lex fori* tem a possibilidade – tal qual ocorre na qualificação segundo critérios vigentes no sistema da *lex causae* – de remeter o caso¹³⁷ (i) à aplicação da lei material de E1 (foro competente que vê sua lei material indicada como a eficaz), hipótese em que a *lex causae* será E1; (ii) à aplicação da lei material de um Estado estrangeiro qualquer, que não seja, portanto, o do foro (E≠1), hipótese em que a *lex causae* será E≠1; e – hipótese que não ocorre no sistema de qualificação pela *lex causae* – (iii) a uma “encruzilhada”, um “beco sem saída”, representado pela inexistência, na ordem jurídica de E1, de uma valorção jurídico-institucional para a situação fática vivenciada pelas partes, hipótese em que, apesar de haver em tese avocação de competências para que as autoridades locais decidam o litígio em tela, não há possibilidade jurídica de se formular o pedido perante o Judiciário local. E isso porque o caso concreto, para aquele sistema, enfrenta uma situação de anomia em que se não conhece a instituição jurídica em tela.

Nesse último caso, uma primeira aproximação pode levar o intérprete a acreditar estar diante de uma lacuna do sistema jurídico-material da *lex fori* ocasionada por aquela anomia não intencional (o que pode ser efetivamente o caso, com solução simples indicada pela Teoria Geral do Direito). Não obstante, uma análise mais detalhada do sistema pode indicar ter havido efetiva valorção da situação fática em causa e a deliberação intencional do legislador de E1 de não regulamentar a hipótese, relegando-a a uma eventual disciplina moral, ética, social, religiosa ou de qualquer outra natureza, que não a disciplina jurídica. Tratar-se-ia, para aquele sistema, então, de um indifferente jurídico e não de uma anomia ou, por outra, de uma anomia consciente e deliborada.¹³⁸

em causal, a qualificação provisória será corrigida de acordo com a posterior, definitiva”.

137 Entre uma e outra, a diversos matizes (que serão abordados no Capítulo III) dessas nuances, como nas cores do arco-íris. GAUDEMETALLON. Le plura-lisme..., cit., p. 23.

138 Que configura um espaço jurídico como arlanta...

Em ambas as sub-hipóteses aqui estabelecidas, o interesse do Direito Internacional Privado tem sido pontual, quando deveria ser sistemático, como procurarei demonstrar ao longo do texto.

Para já, adiante-se que o limite entre uma lacuna (anomia não intencional) e uma deliborada não regulamentação (construção de um indifferente jurídico) é espantosa e deve provocar consequências bastante díspares em Direito Internacional Privado. Os princípios da proximidade e da tolerância para com as diferenças devem fazer-se presentes e devem inclusive atuar nessa linha demarcatória a fim de bem separar a estrutura das duas hipóteses e as consequências de natureza conflitual que se apresentam.

Essa é a tese a ser exposta e defendida: as diferenças culturais geram sistemas sociais diversos em que as respostas jurídicas são diferentes, e uma dessas diferenças de valoração consiste justamente na percepção de haver regulamentação em um sistema e anomia em outro, sem que se deva recorrer à fácil afirmação de haver ali uma lacuna jurídica, posto que uma lacuna pode e deve sofrer um processo de colmatagem, havendo métodos consagrados para tanto. De outra sorte, a construção de um indifferente jurídico deve produzir seus legítimos e jurídicos efeitos quando esse sistema vier a ser aplicado no exterior, por um agente – estatal ou não – que desconhece a cultura jurídica daquele povo. Tudo com o intento de bem respeitar o construído axiológico de um povo cujo Direito se toma de empréstimo para transformar um litígio.

8. DIREITO POSITIVO BRASILEIRO

Seja como for, o fato é que as normas brasileiras de conflito não enunciam uma regra geral apta a construir um modelo de qualificação dos casos fáticos plurilocalizados, muito embora o façam em dois dispositivos específicos como adiante se verá, restando à doutrina a tentativa de forjar o modo pelo qual se deva, no foro brasileiro, proceder à qualificação. E ainda assim, por exemplo, Jacob Dolinger e Haroldo Valladão extraem das regras específicas expressas a regra geral oculta de modo diametralmente

oposto: para Dolinger a regra geral é a qualificação segundo os critérios da *lex fori*; para Valladão, pelos da *lex causae*¹³⁹.

Não é intuito dessa obra a construção de um imenso alinhavar de posicionamentos autorais, explicitando como os diversos autores pensaram o problema de que ora se ocupa, muito embora aqui ou ali tenham sido feitas referências a determinados autores escolhidos em razão de sua importância ou da influência que exerceram sobre os demais ou sobre a parca e incipiente jurisprudência nacional em matéria de Direito Internacional Privado.

O que é relevante ressaltar, nesse diapasão, é a possibilidade de se extrair do texto normativo vigente desde 1942 duas regras específicas. Trata-se dos textos do *caput* do art. 8º e do *caput* do art. 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, que destroam das cabeças dos demais artigos que estabelecem regras de cariz conflitual. Enquanto estes indicam a lei aplicável pela conjugação do elemento de conexão eleito pelo legislador e vinculado a uma grande disciplina jurídica ou um instituto jurídico particularizado aos quais as situações fáticas deverão ser reconduzidas, aqueles, além de estabelecerem as conexões relativas aos bens e às obrigações, explicitam o sistema jurídico de onde se devam extrair os critérios de conceitualização de bem¹⁴⁰ e obrigação, além dos critérios classificatórios dos bens (bem móvel, semovente, imóvel; divisível, indivisível; fungível, infungível; corpóreo, incorpóreo; consumível, inconsumível; singular, coletivo para ficar apenas nos bens individualmente considerados) e das obrigações (contrato, responsabilidade civil, ato unilateral de vontade, obrigação legal, obrigação natural).

No que concerne aos bens, assim, tanto a qualificação destes quanto a regência dos Direitos Reais são obteníveis com recurso à lei material vigente no local em que eles estiverem situados. E no que tange às obrigações, da mesma forma, tanto a qualificação quanto a regência dos

139 Sobre essa divergência, por último, REIS. O Direito Internacional..., cit., p. 313-314.

140 Trata-se de uma das exceções à regra da *lex fori* admitidas pelo próprio BARTIN. De l'impossibilité... cit., p. 246 e seguintes, quanto ao caráter móvel ou imóvel do bem.

direitos e deveres ali encerrados serão determinados pela lei material vigente no local em que tiverem sido aperfeiçoadas as relações obrigacionais em tela, com exceção das obrigações para cuja validade se exige forma essencial e cuja execução tenha ocorrido ou devesse ter ocorrido em solo brasileiro – hipótese em que a lei de regência deixa de ser a *lex loci celebrationis* para ser a *lex loci executionis*, aplicando-se, em consequência, a lei brasileira tanto para sua regência quanto para sua classificação, ressalvada tão somente a observância de formalidades essenciais exigidas pela lei do local de sua constituição¹⁴¹.

Apesar de não ter sido ainda explicitado, entende-se por qualificação – como se pode depreender do texto *supra* – o processo mental de conceitualização e classificação de uma relação jurídica pluralizada e que não depende exclusivamente, como se verá, dos conceitos jurídicos vigentes em um ou em outro dos ordenamentos presentes. Por outras palavras, trata-se do ajuste da situação juridicamente relevante a uma das instituições normativamente constituídas pelo legislador com a finalidade de dar-lhe jurídico enquadramento, porém partindo-se da *lex fori* e chegando-se a utilizar, muitas das vezes, de conceitos da *lex causae* (qualificação-subsunção).

Isso significa que nas situações relativas aos bens e às obrigações, o intérprete brasileiro deverá, por explícita disposição legal, tomar em consideração, para proceder à subsunção do fato à norma, a mesma lei que tomará para fins de determinação dos aspectos estruturais e materiais da *quæstio iuris decidenda*.

Ao assim dispor, o legislador brasileiro reconhece que pode haver divergência no conceito de bens divisíveis e indivisíveis (especialmente quando a indivisibilidade se dá por determinação legal e não pelas características físicas do bem), por exemplo, entre o ordenamento brasileiro

141 "Figura-se difícil conciliar a exigência, no estrangeiro, da forma essencial brasileira, com as peculiaridades da lei local quanto aos requisitos extrínsecos do ato." RÃO. *O Direito...*, cit., p. 445. Para o autor teria sido preferível manter a regra da introdução ao Código Civil de 1916, que submetia à lei brasileira todas as obrigações que aqui houvessem de ser executadas, nada exigindo quanto à forma, que obedecia à regra *locus regit actum* quanto a este aspecto.

e o estrangeiro em que o bem se encontra situado ou registrado. Reconhece, ainda, a possibilidade de que uma obrigação que no ordenamento nacional é estabelecida apenas e tão somente por meio do acordo de vontades entre as partes seja, no ordenamento alienígena, estabelecida por determinação legal caso as partes não concertem sua vontade em determinado sentido, observadas tais ou quais condições ou certo prazo, por exemplo.

Não há dúvida de que os ordenamentos jurídicos possam apresentar dessemelhanças como essas. Quando estas ocorrerem, a divergência será sanada quer pela lei do local da situação do bem, quer pela lei do local em que for constituída a obrigação. Mas dizer que um bem é divisível e não divisível não é já estabelecer consequências decorrentes da situação da coisa em tela? Ou concluir que a obrigação decorre da vontade ou da lei não é já atribuir-lhe consequências desta ou daquela natureza, determinadas pela lei vigente no local em que a obrigação se aperfeiçoou? Ao proceder-se à classificação do bem ou da obrigação já não se direciona, muitas vezes, para consequências desta ou daquela natureza? Não se está assim, no campo da regulamentação mais que no da qualificação, em que pese o caráter de classificação dos pontos até agora levantados? Parece haver muita interpenetração nessas questões.

A pergunta crucial, entretanto, parece ser a seguinte: os conceitos institucionais de bem ou de obrigação defluem de qual ordenamento? Por outras palavras: as diferenças culturais entre dois povos plasmados nos respectivos ordenamentos jurídicos não podem, em tese, levar a que um objeto que para o sistema jurídico brasileiro constitui-se em um bem não o seja no ordenamento *ad quem*? Ou que uma relação que no foro é meramente social seja uma relação jurídica obrigacional no outro ordenamento? Parece que sim. E nesses termos, o intérprete brasileiro não usará sua própria concepção de bem para enquadrar a situação da vida sob a égide do art. 8º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Não usará, também, sua própria concepção de obrigação para enquadrar aquela outra situação da vida no desenho demarcatório do art. 9º da mesma lei? A questão não é nova, e veio a lume com a publicação,

por Jacob Dolinger, da pergunta que lhe fora formulada, no ano letivo de 1996-1997, pela aluna Flávia Fernandes da Rocha, quando esta sugeriu

“que a rigor bens e obrigações não constituem exceções, pois, ao dispor a LINDB, no art. 8º, que os bens se qualificam e regem pela lei de sua situação, já está aí estabelecida a qualificação pela *lex fori*, ao definir que o objeto versado é um bem, e a submissão à qualificação do *situs* dos bens, para distinguir os móveis dos imóveis, os fungíveis dos infungíveis, está é uma subqualificação que, por uma questão até de lógica, segue a lei do local onde estão situados os bens.”¹⁴²

Mas o professor já não concorda com a aplicação do raciocínio formulado por sua aluna no que concerne às obrigações?¹⁴³

Com efeito, creio que o primeiro enquadramento, de caráter institucional, como bem ou como obrigação, a fim de se buscar a conexão determinada nos artigos 8º ou 9º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, é realizada pelo intérprete a partir da concepção que este último possui de “bem” e de “obrigação” enquanto conceitos jurí-

142 DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado: parte geral e processo internacional*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 403, nota 28.

143 A razão vem apontada em DOLINGER. *Contratos e obrigações...*, cit., p. 491-496, em especial na nota 36. Analisando o contrato entre ausentes tanto sob o prisma espacial, quanto sob o prisma temporal, Jacob Dolinger conclui que o momento da configuração da obrigação dá-se pela incidência da regra do local da constituição das obrigações, que determinará o termo inicial do contrato entre ausentes, o que faz com que a qualificação desse tipo de contrato internacional, o contrato entre ausentes, tenha que ser mesmo determinado pela *lex causae* por ser esta última a lei que indicará seu *dies a quo*, além de proceder à subqualificação da relação jurídica obrigacional como unilateral ou bilateral, solidária ou não solidária etc. Tenho, todavia, dificuldade em aceitar a premissa de que parte o autor: a de que todo contrato internacional se dá entre ausentes e que esse critério tem maior vinculação com o eixo temporal. Especialmente com mecanismos de comunicação que garantem a presença no tempo, mesmo que com ausência (distância) espacial. Nesses casos, a divergência de critérios para a definição do momento em que o contrato deve ser reputado como firmado importará? Não estavam os contratantes “ao vivo”, negociando suas cláusulas e definindo seus contornos? Resta a dúvida sobre o *locus*, mas restará dúvida quanto ao *tempus* se proposta e aceitação terão se dado concomitantemente, impedido apenas o aperto de mãos que selaria o acordo, postergando-se a

dicos¹⁴⁴. Nesse sentido, a qualificação inicia-se, também quanto a essas temáticas, segundo os ditames da *lex fori* apesar do quanto determinado pelo legislador. A *lex causae*, seja essa a lei do local da situação da coisa, seja a lei do local do aperfeiçoamento da obrigação ou da execução (se esta se situar em território brasileiro e demandar forma essencial), incumbirá certamente a classificação do bem ou da obrigação e a regulamentação de fundo da questão em tela.

Independentemente de a competência da *lex causae* defluir da regra de conflitos (qualificação pela *lex causae*) enquanto tal ou do fato de a classificação confundir-se, em parte, com o mérito dessas hipóteses – e já não existir essa confusão em matéria sucessória, de direitos pessoais ou de família, nem relativamente à capacidade das pessoas jurídicas ou, ainda, em questões formais ou de cunho processual –, a verdade é que não será a *lex fori* enquanto tal – muito embora possa ser a lei do foro a título de *lex causae* – que determinará quer os aspectos classificatórios, quer os aspectos materiais da situação em análise.

E assim, chegando-se a esse ponto, é preciso reformular a ideia de qualificação para deixar explícito que o aspecto classificatório, naquilo que não se confunde com os aspectos institucionais propriamente ditos, devem defluir sempre da *lex causae* e nunca da *lex fori*.

Nesse sentido, quando se toma, por exemplo, uma situação típica de Direito de Família, deve-se partir do Direito da *lex fori* para se conceituar a relação analisada, dando-lhe o devido *nomen juris* à luz dos conceitos do sistema jurídico do foro para, em seguida, enquadrá-la na moldura típica desse mesmo sistema (relação *x*, tratada no âmbito e sob os princípios pertinentes ao Direito de Família, nesse exemplo). Realizado esse

144

No mesmo sentido, REIS. O Direito Internacional... cit., p. 315, para quem “a qualificação não pode e não deve ser assunto tratado em norma positiva, na medida em que tal tratamento conduz inevitavelmente a um raciocínio tautológico”. Por outro lado, deve-se lembrar a afirmação de HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria: horizonte e fronteira do Direito Internacional. Revista da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 87, p. 213-235, 1992, p. 232, de que “não há um direito vagando no espaço”. No mesmo sentido, MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit., p. 73, ao afirmar que a eficácia dos usos do comércio dependerá do reconhecimento que a *lex contractus* fizer de sua juridicidade.

raciocínio, deve-se encontrar a conexão determinada pelo legislador de Direito Internacional Privado do foro. E tudo o mais dever-se-á passar sob a égide do enquadramento – semelhante ou diverso – dispensado à mesma situação fática pelo sistema da *lex causae*. Se esta for a lei nacional, do foro, o Direito material local reassume funções e atribui enquadramento específico à situação que deixa de ser uma relação genérica, de Direito de Família, regida pelo *caput* do art. 7º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro ou por qualquer das regras especiais de seus parágrafos para voltar a ser a relação *x*. E à relação juridicamente relevante *x*, esse mesmo Direito do foro, feito *lex causae* em razão da conexão e da estrutura fática específica, atribuirá os efeitos e as consequências determinados pelo legislador material do sistema brasileiro, procedendo-se, agora sim, à subsunção dos fatos às normas materiais.

9. QUALIFICAÇÃO OU QUALIFICAÇÃO-SUBSUNÇÃO

Por outro lado, quando se estiver diante de uma situação da vida à qual se tenha determinado a aplicação da lei material de um Estado estrangeiro qualquer, que não seja, portanto, o do foro (E≠1), hipótese em que a *lex causae* será E≠1, será o Direito material deste ordenamento quem assumirá a situação fática em tela para dar-lhe enquadramento classificatório adequado e interpretação segundo os ditames deste mesmo sistema, procedendo-se à devída subsunção¹⁴⁵.

Nesse caso, pode ocorrer de o sistema material da *lex causae* atribuir àquela relação jurídica que fora enquadrada pela *lex fori*, no momento da qualificação, como sendo uma relação de tipo *x*, uma estrutura idêntica à imaginada pelo legislador do foro, pelo que a relação *x* continuará sendo qualificada e classificada como uma relação *x*, porém, sujeita a efeitos e consequências eventualmente diversos dos que lhe seriam atribuídos se a lei aplicável fosse a lei nacional. Reforce-se algo que acima já ficou dito: que o *nomen juris* não importa nada nessa análise (daí o recurso à variável *x* e não a uma relação típica do sistema jurídico brasileiro). Nesse

145

PICONE. Les méthodes..., cit., p. 57-58; MOURA VICENTE. *Da responsabilidade...*, cit. p. 06-07.

caso, as estruturas atribuídas por ambos os sistemas jurídicos em causa à situação da vida em análise se equivaleriam e a qualificação obtida com base na *lex fori* seria assumida pela *lex causae* sem dificuldades (posto que idênticas ou muito próximas), independentemente do nome jurídico que o sistema atribua à situação concretamente considerada.

De outro lado, havendo divergências jurídico-estruturais no modo de se encarar aquela situação da vida, pode sempre ocorrer de o sistema jurídico material da *lex causae* atribuir à relação juridicamente relevante um enquadramento diverso daquele de que se partiu. Nesse caso, o intérprete estará diante de fatos que receberam valorações diferenciadas de culturas sociais diversas, mas merecedores de se revestirem, aqui e ali, de certa roupagem jurídica. Vale dizer, em ambos os sistemas jurídicos houve a construção de um tipo jurídico-normativo para situações fáticas como as que se esteja a analisar, ou seja, em ambos os sistemas, há uma subsunção possível dos fatos às normas, muito embora essas subsunções diverjam, em tese. Com efeito, no ordenamento da *lex fori*, a relação fática fora enquadrada como a relação jurídica *x*, enquanto no ordenamento desta *lex causae* em particular seu enquadramento se dá como a relação jurídica *y*. Perceba-se que não se trata de alteração do *nomen juris*, como já se afirmou. Há verdadeira divergência estrutural, mudando-se a tipologia jurídica de que o intérprete partiu e de que se valem as normas de conflito para designar a conexão adequada. Pode ocorrer de o novo sistema continuar enquadrando a relação na esfera de influência do Direito de Família – como ocorria no sistema da *lex fori* –, hipótese em que os princípios reitores serão tendencialmente assemelhados –, como pode ocorrer de a relação deixar de sofrer atuação dos princípios típicos dessa seara do saber jurídico, enquadrando-se, no sistema da *lex causae*, como uma relação tipicamente obrigacional ou de sucessões, por exemplo.

Ambas as hipóteses forçariam o intérprete a proceder a uma readequação de sua estrutura de pensamento (consequente da subsunção dos fatos às normas materiais estrangeiras aplicáveis) na medida em que no sistema que deverá aplicar para o deslinde da questão, por força de as regras de conflito terem-no indicado como o sistema jurídico compe-

tente, a valoração for diversa daquela de que partiu e com a qual estava acostumado. Passa-se, assim, a proceder a uma espécie de requalificação da situação da vida¹⁴⁶ à luz dos jurídicos conceitos da *lex causae*¹⁴⁷. Requalificação essa que pode ser mais ou menos profunda a depender da profundidade das divergências observáveis, mas que é, em verdade, decorrente da subsunção dos mesmos fatos de que se partiu às normas competentes e eficazes da *lex causae*¹⁴⁸.

Por fim, pode também ocorrer de o sistema jurídico da *lex causae*, para o qual o intérprete fora remetido pelas regras de conflito do foro, não possuir quaisquer normas jurídicas sobre o assunto em tela¹⁴⁹. Escrutinado todo o ordenamento jurídico da *lex causae*, o intérprete percebe que o legislador do Estado E≠1 silenciou acerca dos efeitos e das consequências

146 "Il se peut que, postérieurement à la découverte de la *lex causae*, se repose un nouveau problème de qualification, non pas directement relatif à l'éclaircissement d'une notion, mais, comme originellement, relatif à l'éclaircissement d'une situation" LOUIS-LUCAS, Pierre. Qualification et répartition. *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, v. 46, n. 2, p. 153-183, avr-juin 1957, p 157.

147 "[Kahn], lejos de partir de un absoluto predominio de la *lex fori*, se dio cuenta de la necesidad de distinguir entre el problema de la calificación previa de las instituciones, elección de la norma de conflicto y aplicación de una ley extranjera. Kahn no hace derivar de la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones, según la ley del foro, la ley aplicable de forma inmediata, sino que matiza algo más al hablarnos de la «relatividad» de los conceptos de conexión. Ello significa que para evitar la arbitrariedad que supone la admisión o no de una relación jurídica calificada de distinto modo por el derecho extranjero, es preciso que dicha relación se examine con independencia del carácter formal que tenga, buscando si la función destinada a cumplir en el ordenamiento jurídico del que forma parte es o no equivalente a la prevista en abstracto por la norma de conflicto del foro" BOUZA VIDAL. *Problemas...*, cit., p. 58, nota 3. También LOUIS-LUCAS. *Qualification...*, cit., p 157.

148 RIGAUD, A. lei... cit., p. 82. No mesmo sentido, GODECHOT-PATRIS, Sara. Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes. *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, n. 2, p. 271-312, avril/juin. 2010, p. 288.

149 Trata-se de situação possível, embora de difícil configuração na medida em que o normal é se assistir a questões relativas ao cumprimento e execução de uma situação jurídica nascida no exterior ser requerida no foro. Mas em ações constitutivas ou extintivas pode-se pedir no foro algo que aqui seja juridicamente relevante e que no sistema da *lex causae* inexistia. A conexão determinada pelo foro nem por isso poderá ser acusada de errônea ou equivocada. Bastaria que a relação tivesse vínculos com outro sistema jurídico estrangeiro e a *lex causae* seria outra (e na qual a questão de direito fosse relevante e conhecida do ordenamento) mas desconhecida do

a serem atribuídas para uma relação fática como a que se estiver a analisar. Ou seja, trata-se de uma situação da vida que mereceu roupagem jurídica específica no sistema material da *lex fori*, E1, mas que no sistema da *lex causae*, E≠1, indicada como aplicável pelas regras de conflito de E1, não mereceu qualquer tratamento explícito por parte do legislador.

Terá este apenas se olvidado de atribuir efeitos e consequências de natureza jurídica para a relação – hipótese em que seria possível cogitar de uma lacuna desse sistema E≠1, com a necessidade de se recorrer à Teoria Geral do Direito, ou, por outra, terá o legislador optado conscientemente por não atribuir tais efeitos e consequências? E nesse caso, por qual razão? Com que intento? Eis parte do problema a que essa investigação se dedicará em sua segunda parte, já que a intenção manifiesta desta primeira parte é apenas a de revisar conceitos para detectar os problemas, incumbindo-se a segunda parte da proposição de critérios para superação dos mesmos.

10. QUALIFICAÇÃO E INSTITUIÇÃO DESCONHECIDA:

IMBRICAMENTO

Antes de avançar a análise para outro conceito, no entanto, é preciso ainda que o estudo acerca da qualificação se detenha em uma última situação que acima restou indicada, porém, não desenvolvida e à qual chamei “encruzilhada”, “beco sem saída” e que encontra origem na questão da qualificação, muito embora se espraie pela temática da instituição desconhecida em Direito Internacional Privado. Bem por isso, a questão será colocada nesse capítulo – à luz do ordenamento brasileiro – e desenvolvida no subsequente.

Trata-se da situação representada pela inexistência, no sistema jurídico vigente no Estado E1, do foro, de uma valoração jurídica para a situação fática vivenciada pelas partes. Nessa hipótese imaginada, apesar de haver atribuição, em tese, de competências para as autoridades locais decidirem o litígio em tela, não há, naquele sistema, norma jurídica que autorize a constituição ou o gozo do direito pleiteado ou não existe

daquilo a que Enrico Tullio Liebman chamou de possibilidade jurídica de se formular o pedido perante o Judiciário local, delimitando a demanda entre aquelas partes, e com aquela causa de pedir.¹⁵⁰

Imagine-se uma relação fática qualquer que se enquadre naquelas situações em que a chamada competência internacional¹⁵¹ é estabelecida de forma concorrente pelo legislador, isto é, aquelas situações em que o legislador brasileiro avoca¹⁵² competência para o magistrado brasileiro conhecer da demanda, sem estabelecer qualquer relação de exclusividade, ou seja, sem impedir que eventual decisão judicial estrangeira sobre a mesma demanda seja oportunamente homologada em território nacional, adquirindo – quando homologada – condições de eficácia uma

¹⁵⁰ “Pedido juridicamente possível é aquele que, considerados em tese os três elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir), não encontra óbice expresso no ordenamento jurídico material.” BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 261.

¹⁵¹ “A competência é um atributo específico, significando o poder para julgar uma causa determinada. Assim, a competência causa pressupõe a jurisdição, pois só é competente para julgar determinada causa aquele que já tem jurisdição.” TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 21, “As regras dos arts. 88 e 89 do CPC de 1973, que disciplinam a competência internacional, a rigor, enumeram as hipóteses nas quais o Judiciário brasileiro pode exercer uma das funções da soberania, decidindo o caso concreto. Trata-se, portanto, de matéria relacionada à jurisdição (e não à competência) no plano internacional. Registre-se que o novo Código, (...), alterou a denominação do título e capítulo correspondente, passando a utilizar a expressão ‘Dos limites da jurisdição nacional’. Registre-se, porém, que cabem críticas à expressão ‘dos limites’, pois pode dar a errônea impressão de que a jurisdição não pode ser exercida em hipóteses não ali mencionadas” (p. 23-24).

¹⁵² MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. O direito aplicável pela Corte Constitucional Internacional: uma questão de direito internacional público ou de direito internacional privado harmonizado? *Revista Internacional d’Humanitats*. São Paulo: Barcelona: Centro de Estudos Medievais - Oriente & Ocidente EDF/FEUSP. Univ. Autònoma de Barcelona - Dep. de Ciències de l’Antiguitat i de l’edat Mitjana. Ano XX, n. 41, p. 19-26, set-dez 2017, p. 22. Também: MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. Le droit applicable par la Cour: une question de Droit International Public ou de Droit International Privé harmonisé? In: GHACHEM, Asma; PALLARD, Henri (dir.). *Une Cour Constitutionnelle Internationale au service du Droit démocratique et du Droit Constitutionnel* (actes du colloque). Revrouilh

vez que presentes os fatores para tanto¹⁵³. Imagine-se, por fim, que o pedido envolva situação que no Direito brasileiro não mereceu qualquer intervenção do legislador, tendo sido, portanto e em tese, relegada à regulamentação moral, ética, social, religiosa etc., mas nunca jurídica, ou que se trate de situação para a qual o legislador de Direito material manifestou-se de modo peremptório quanto à total interdição no que tange à concessão de consequências juridicamente relevantes¹⁵⁴. Tratar-se-ia, na dicção do Código de Processo Civil de 1973, de um pedido juridicamente impossível ou da impossibilidade jurídica do pedido, que fulminava a ação sem julgamento de mérito¹⁵⁵, por carência de uma das condições da ação – situação em “que o Estado se nega a dar a prestação

153 AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000 fala em elementos de existência, requisitos de validade e fatores de eficácia. Também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. 1. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 508.

154 A rigor, “a impossibilidade jurídica do pedido somente se verifica se houver vedação expressa no ordenamento jurídico material” BEDAQUE. *Efetividade...*, cit., p. 266. No entanto, o mesmo autor afirma, mais adiante, que nas hipóteses em que se extrai “a vedação legal pela ausência de tipicidade do fato” “está-se diante de uma hipótese de demanda juridicamente impossível: “a consequência só é admitida se preenchidos determinados requisitos previstos na norma. Se a própria descrição feita na inicial não se apresenta em conformidade com o modelo, a impossibilidade do efeito pretendido é detectada de plano, sem necessidade de qualquer outra atividade processual” (p. 267).

155 A matéria nunca foi pacífica e o próprio Liebman reformulou suas considerações sobre a possibilidade jurídica do pedido enquanto condição da ação depois que o divórcio foi introduzido no sistema material italiano, muito embora a tenha mantido com outra conformação jurídica, vinculada ao interesse processual. Mais recentemente, outros autores, como José Roberto dos Santos Bedaque, mudaram de opinião a respeito (veja-se seu posicionamento anterior em BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2. ed. São Paulo: RT, 1994; BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009), ainda à luz do sistema processual instalado em 1973, enquadrando a decisão que reconhece a impossibilidade jurídica do pedido como questão vinculada ao mérito da demanda. Como se verá a seguir, tais questões ganham colorido próprio quando se está diante de uma situação plurilocalizada e estada em *causa petendi* remota internacional. Sobre a causa de pedir, veja-se, por todos TUCCL, José Rogério Cruz e. A

jurisdicional, considerando-se, por isso, juridicamente impossível qualquer pedido dessa natureza”¹⁵⁶.

Pois bem, antes de o Código de Processo Civil de 2015 ter adquirido vigência pelo decurso do prazo de sua *vacatio legis*, o magistrado competente a quem tivesse sido distribuída uma ação nesses moldes poderia sempre ter invocado a falta de uma das condições da ação para extinguir o processo sem julgamento do mérito. Como tal decisão dava origem tão somente a uma coisa julgada formal, a mesma ação (identidade de partes, pedido e causa de pedir) poderia ser reformulada a qualquer tempo perante o Judiciário brasileiro¹⁵⁷.

Imagine-se, assim, que tenha havido repropósito de referida ação já sob a vigência do Código de Processo Civil de 2015, que não atribui explicitamente às condições da ação esse *nomen iuris*, mas estabelece

156 CINTRÁ, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 277.

157 Escrevendo ainda à luz do Código de Processo Civil de 1973, BEDAQUE. *Efetividade...*, cit., p. 354-355, afirmava que “o art. 268 do CPC diz textualmente que a extinção do processo sem julgamento do mérito, salvo algumas hipóteses expressamente referidas, não obsta a que o autor intente de novo a ação. A interpretação desse dispositivo é aparentemente simples. Se a sentença de carência é uma das situações em que o processo é extinto sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI), pode o autor repropor a mesma demanda, pois, além do disposto no art. 268, não se verifica o fenômeno da coisa julgada material (CPC, art. 468). Se assim é, atribuir-lhe imutabilidade, impedindo seja novamente proposta a mesma ação, geraria insegurança no sistema, pois se estaria contendo à lei compreensão diversa daquela expressamente adotada”. E prossegue: “compreensível o temor, especialmente porque considerar inatível a sentença de carência, ainda que observados os limites da decisão, representa aparente limitação ao direito de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV). O risco, todavia, inexistente”. E expõe a inflexão de seu raciocínio, minuciosamente exposto nas páginas antecedentes: “na sentença em que se reconhece a impossibilidade jurídica da demanda, embora feita tão-somente com base nos fatos afirmados na inicial, a cognição é apta a solucionar integralmente a lide, motivo pelo qual a sentença deve adquirir a qualidade de coisa julgada material com relação a todo o objeto do processo”. Como procurarei demonstrar, nesse e no próximo capítulo da presente investigação, o raciocínio anterior do Ilustre processualista, com quem me iniciei na ciência processual e de quem fui aluno nos quatro anos do curso de processo civil em minha graduação, coadunava-se melhor com as situações plurilocalizadas, com a chamada competência concorrente e com a *causa petendi* remota internacional. Eisso em que pese a alteração – equivocada,

como causas de não resolução de mérito a falta de interesse processual e a ilegitimidade de parte no art. 485, V, em consonância com os termos do art. 17 do mesmo diploma legal que determina que “para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade”. A opção legislativa, como é sabido, pode encontrar esteio no posicionamento doutrinário de Enrico Tullio Liebmann para quem, refletindo sobre a tipificação das condições da ação por ele mesmo proposta, com a introdução do divórcio no sistema material italiano, tornara-se preciso reformular sua teoria para explicitar que a impossibilidade jurídica do pedido estaria contida na condição da ação denominada interesse de agir¹⁵⁸. Mas pode também ter como esteio a percepção de que a temática da impossibilidade jurídica do pedido contém em si uma decisão integral de mérito, ao se reconhecer que o ordenamento não garante ao demandante o quanto pleiteado¹⁵⁹.

Toda essa digressão a respeito da possibilidade jurídica do pedido ou do interesse processual a autorizar a não resolução de mérito teve o intuito de levantar outro problema a ser discutido nessa obra (que, em verdade, é o mesmo problema acima apontado, porém, sob outra perspectiva de competência jurisdicional). A circunstância de uma situação fática envolver elementos vinculados a dois ou mais ordenamentos, sendo certo que em um deles a situação não tenha merecido explícito tratamento jurídico da parte do legislador nacional, traz dificuldades no plano da qualificação que deve ser realizada segundo os ditames da *lex fori*, em que o Estado E1, onde a questão é trazida ao Judiciário, é justamente o Estado que desconhece juridicamente a situação da vida em tela, não lhe atribuindo relevância jurídica, o que pode significar o não reconhecimento do *status* de interesse processual que autorize a análise

158

Veja-se a nota 106, de Cândido Rangel Dinamarco, à tradução brasileira da quarta edição do Manual de Enrico Tullio Liebman, em que, após explicar as razões e a extensão da mudança de entendimento de Liebman, Dinamarco esclarece que “por sugestão do próprio autor, contudo, inclui-se nesta nota a parte da 2ª edição em que essa condição da ação [possibilidade jurídica] vem estudada”, o que se justificava para o leitor brasileiro ante a explícita adesão do legislador de 1973 ao sistema processual teorizado pelo autor italiano: LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de Direito Processual Civil* [Manuale di Diritto Processuale Civile, 4. ed., 1980]. v. I. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

do mérito ou a própria interdição de que aquela situação da vida seja proposta perante o Judiciário¹⁶⁰.

Trata-se de se perguntar se a falta de regulação verificada no foro deverá implicar em qual dessas alternativas: (i) desde logo na não resolução de mérito, por carencia da ação, faltante o interesse processual; (ii) na decretação imediata da improcedência, sem qualquer consideração típica de Direito Internacional Privado, pela simples aplicação do Direito material nacional; ou (iii) se sobraría algum espaço para que o magistrado indagasse acerca do Direito aplicável — o que só poderia ocorrer, segundo penso, se o sistema se vinculasse à qualificação segundo os ditames da *lex causae*, onde a situação fora regrada — e, nessa hipótese, (iii-i) caso o âmbito de eficácia seja encontrado em um ordenamento alienígena qualquer, poder a ação prosseguir em busca de uma resolução de mérito com supedâneo no Direito estrangeiro, dando ocasião à procedência ou à improcedência da demanda, ou, ainda, (iii-ii) caso o âmbito de eficácia mantenha-se vinculado ao Direito material do foro, agora sim, indagar-se de eventual instituição desconhecida, à luz da doutrina de Savigny¹⁶¹, a ser mais bem enfrentada no capítulo subsequente.

Ocorre que as alternativas acima imaginadas se desdobram em dificuldades de monta (subsequentes ou mesmo antecedentes). Isso porque em matéria processual e procedimental a lei aplicável é aquela vigente no foro¹⁶². Assim, sendo uma questão de interesse processual, a lei do

160

“A inexistência da figura jurídica definida pela lei estrangeira tem consequências jurídicas diferentes dos casos de ordem pública e fraude à lei: não há a ineficácia, mas sim a impossibilidade jurídica de se abranger a situação da forma indicada pela regra de conflitos, a ensejar a aplicação da lei nacional” BAPTISTA. O direito..., cit., p. 98-99.

161

SAVIGNY, Friedrich Carl von. *Sistema do Direito Romano atual* [System des Heutigen Römischen Rechts]. Trad. Ciro Mioranza. v. 8. Jjuir: Unijuí, 2004, p. 53, 56, 57.

162

“A aplicação da *lex fori* [para as questões processuais e procedimentais] é justificada pelo estreito laço do procedimento com o funcionamento de um órgão da autoridade pública, mas também pela racionalidade da aplicação de regras idênticas a todas as ações dependentes de um sistema jurisdicional. A coerência do sistema processual da *lex fori* é a razão da aplicação da lei nacional” BAPTISTA. O direito..., cit., p. 98-99.

foro abortará quaisquer atos subsequentes em decorrência do escopo mesmo do estabelecimento das condições da ação. Sendo questão de mérito, far-se-ia necessário dar início ao método do Direito Internacional Privado, com a subsequente qualificação segundo critérios da própria *lex fori* que desconhece relevância jurídica à situação trazida ao Judiciário a partir de uma causa de pedir remota estreada no Direito estrangeiro (que pode, ao fim e ao cabo, não ser o aplicável...) ou, ainda, se se deveria abrir espaço, nesse caso, a uma qualificação segundo critérios vigentes na *lex causae* (que continuará a ser potencial, dada a petição de princípio lógico inerente à situação).

Levando-se em consideração que o processo:

“nada mais é do que o método de trabalho regulado pelo Estado e destinado a permitir ao juiz, com a plena participação das partes, o exato conhecimento da controvérsia e a adoção dos meios aptos a eliminá-la, assegurando a satisfação do interesse juridicamente protegido. Todos têm a possibilidade de ser ouvidos em juízo, ainda que o pedido, por razões formais ou substanciais, não apresente mínimas condições de ser examinado.”¹⁶³

Deve-se indagar se o interesse do Estado brasileiro é o de conhecer e decidir – ainda que com o recurso às normas estrangeiras competentes e eficazes – tão somente das situações que configurarem legítimo interesse processual (deixando eventualmente de examinar situações que só podem ser demandadas no exterior, posto que ali juridicamente possíveis), ou se, por outro lado, o interesse do Estado brasileiro é o de conhecer de

natural que a lei processual se imponha exclusivamente no território do Estado que a edita. É inerente à soberania de cada Estado, no contexto internacional, a regência de suas próprias atividades por lei nacional e nunca por lei estrangeira. Essa é a superior razão de ordem política que afasta a submissão do juiz de um Estado soberano à lei processual ditada por outro Estado. Como agente estatal, o juiz atua segundo as leis processuais emanadas de fontes materiais e formais de seu país, nada mais” DINAMARCO. *Instituições...*, v. I, cit., p. 171.

163 BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre jurisdição e ação. In: ZUFFELATO, Camillo; YARSHHELL, Flávio Luiz (org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente, futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 553.

todas estas demandas aqui intentadas com efetiva decisão de mérito e, nesse caso, com base em que lei e com qual fundamento.

Se a impossibilidade jurídica do pedido em situações como essas levar a uma decisão de mérito com base na lei material do foro sem que se proceda a qualquer indagação a respeito da lei aplicável, a decisão nesses termos proferida será uma sentença de mérito apta a ser homologada nos demais foros estrangeiros concorrentemente competentes? Se sim – como parece à primeira vista –, haverá uma corrida à jurisdição brasileira para que, de posse da decisão de mérito que reconheceu a improcedência macroscópica do pedido, exporte-se essa decisão aos demais foros, estendendo os efeitos da coisa julgada material brasileira por meio da homologação ou outro meio de reconhecimento – mesmo a eventual dispensa de qualquer ato formal –, gerando, por fim, uma situação de efetiva denegação de justiça quando se puder opor exceção de coisa julgada nesses foros concorrentemente competentes.

Se a impossibilidade jurídica da demanda for reconhecida no foro brasileiro como hipótese de carência, por outro lado, essa sentença será passível de reconhecimento por homologação ou outro modo de extensão de seus efeitos? Difícilmente, já que revela-se ausente conteúdo decisório material. Por outro lado, a parte interessada poderá intentar a demanda em outro foro onde a situação da vida for juridicamente valorada e passível de uma efetiva decisão de mérito (seja pela procedência, seja pela improcedência do pedido formulado).

Por fim, se o interesse do Estado brasileiro for o de analisar os aspectos de Direito Internacional Privado, determinando a lei aplicável à resolução da demanda, será preciso enfrentar a questão de se saber como qualificar a situação da vida representada pela demanda se a causa de pedir remota for desconhecida da legislação material do foro, uma vez que esta devesse servir de parâmetro para a qualificação.

Tudo isso leva à necessidade de proceder a uma dupla aproximação da assim chamada instituição desconhecida em Direito Internacional Privado e que foi assim apresentada por Savigny: “instituições jurídicas

de um Estado estrangeiro, cuja existência não é reconhecida no nosso e que, por conseguinte, não têm nenhum direito à tutela jurídica em nosso Estado”¹⁶⁴, pelo que se conformariam como “um dos limites da comunhão de direito, que tem sempre por base uma instituição”¹⁶⁵.

¹⁶⁴ SAVIGNY. *Sistema...*, cit., p. 54 (§ 349), destaque inexistente no original.

¹⁶⁵ FULGÊNCIO, Tito. *Synthesis de Direito Internacional Privado*. Rio de Janeiro: Freitas