

## II. INSTITUIÇÃO DESCONHECIDA, DÚPLICE APROXIMAÇÃO

### 11. DESCONHECER, CONHECER, RECONHECER

O que alguém conhece certamente poderá ser do desconhecimento de outrem. Nesse sentido, conhecido e desconhecido são contraposições dicotômicas que trazem à luz a figura do reconhecimento<sup>166</sup>. O que eu desconheço e que é do conhecimento do outro cria em mim a angústia do ato de reconhecer<sup>167</sup>. Como consequência dessa dicotomia, apenas o desconhecido absoluto estaria imune à angústia do reconhecimento (mas talvez não imune a outras angústias), o que envolveria o contato com o etéreo, com o místico, que certamente não interessam a essa pesquisa. Mas a ideia de verdade, introduzida por Paul Ricœur na temática do reconhecimento traz consigo um aspecto de valor: a verdade pode ser fátual ou normativa<sup>168</sup>. E isso é essencial quando se trata de reconhecer um direito<sup>169</sup>.

Há, também, o desconhecido científico. Thomas Kuhn, em seus estudos sobre Filosofia da Ciência<sup>170</sup>, construiu um modelo de explicação

166 Sobre uma filosofia do reconhecimento, veja-se RICCEUR, Paul. *Parcours de la reconnaissance*. S.l.: Gallimard, 2004.

167 É o que se passa, por exemplo, no instituto jurídico da representação para a prática de certos atos da vida civil em que predeterminação, conhecimento e acumulação do saber podem ganhar relevância para se aferir atribuição de responsabilidade do representante, do representado ou de ambos. A respeito: PEREIRA, Maria de Lurdes. Os estados subjetivos na representação voluntária, em especial o conhecimento ou desconhecimento juridicamente relevante. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Lisboa, v. 39, n. 1, p. 135-192, 1998. No âmbito do Direito Internacional Privado, a representação mereceu profundo estudo que pode ser conferido em BRITTO, Maria Helena. *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em Direito Internacional Privado*. Coimbra: Almedina, 1999.

168 RICCEUR. *Parcours...*, cit., p. 22.

169 RICCEUR. *Parcours...*, cit., p. 35.

170 “Embora a *Estrutura* haja exercido imenso impacto imediato sobre a comunidade de historiadores da ciência, seus efeitos mais duradouros foram provavelmente sobre a filosofia da ciência e, sem dúvida, sobre a cultura pública.” HACKING, Ian. Ensaio introdutório. In: KLUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* [The structure of scientific revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson

do desenvolvimento do conhecimento científico que, em que pese não ser inteiramente consensual, apresenta uma parte menos debatida (no sentido de não ser contraposta) e que serve aos propósitos da discussão que aqui se quer empreender. Basicamente, Kuhn sustenta que uma ciência normal avança sua atuação para além de uma primeira fase, chamada por ele de pré-paradigmática, justamente quando é capaz de construir um paradigma. E **paradigma** aparece como “um termo estreitamente relacionado com **ciência normal**” pretendendo “sugerir que alguns exemplos aceitos na prática científica real – exemplos que incluem, ao mesmo tempo, lei, teoria, aplicação e instrumentação – proporcionam modelos dos quais brotam as tradições coerentes e específicas da pesquisa científica. (...)”. O estudo dos paradigmas (...) é o que prepara basicamente o estudante para ser membro de determinada comunidade científica na qual atuará mais tarde<sup>171</sup>.

No período da chamada “ciência normal” se lida com aquilo que se conhece a fim de se buscar o desconhecido. Trata-se de um “trabalhar continuamente para resolver alguns poucos enigmas que ficaram sem solução no campo atual do conhecimento”<sup>172</sup>. Assim, Chibeni e Moreira-Almeida<sup>173</sup> dão o exemplo do estudo do código genético, em que é paradigmático o modelo dos ácidos ribonucleico (RNA) e desoxirribonucleico (DNA), nos quais as bases nitrogenadas se encadeiam (no RNA e no DNA) e se combinam (DNA) de modo conhecido, consistindo o desconhecido justamente na sequência observada nessa ou naquela espécie de ser vivo. Com efeito, os estudos genéticos usam tal paradigma e constituem-se, assim, em ciência normal.

171 KUH[N], Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas* [The structure of scientific revolutions]. Trad. Beatriz Vianna Boeira; Nelson Boeira. 13. ed. São Paulo: Perspectiva, 2017, p. 72.

172 HACKING. Ensaio..., cit., p. 20.

173 CHIBENI, Sílvio Seno; MOREIRA-ALMEIDA, Alexander. Investigando o desconhecido: filosofia da ciência e investigação de fenômenos “anômalos” na psiquiatria. *Revista de psiquiatria clínica* [online]. São Paulo, v. 34, supl. 1, p. 8-16. Disponível em: <HTTP://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\_arttext&pid=0101-6083200700003&lng=en&nrm=iso>. Último acesso em 12 de

Pode-se dizer que antes da consolidação dos estudos da escola estatutária italiana, o Direito Internacional Privado viveu sua fase pré-paradigmática<sup>174</sup>, sendo certo que com a sedimentação de um modo de pensar o problema, em fase de normalidade científica, pode-se avançar a construção de um paradigma que sobreviveu por longo período como incontestante, em que pese não estar inserido em qualquer diploma normativo, mas que, ao contrário, impunha-se pela razão<sup>175</sup>.

Kuhn mostra, porém, que em algum momento o paradigma de uma dada ciência pode se tornar insuficiente para a explicação decorrente da própria evolução da ciência normal. Chibeni e Moreira-Almeida afirmam expressamente que “o dever do cientista é insistir no emprego das regras e dos princípios paradigmáticos fundamentais o quanto possa. Mas [que] esse apego ao paradigma – essencial (...) – não pode ser levado ao extremo”<sup>176</sup>.

No início do período das grandes codificações, que foi precedido pela imposição do territorialismo por parte das escolas estatutárias francesa (em parte) e holandesa como modo de se contrapor ao raciocínio mais aberto dos estatutários italianos, o problema de certa forma se colocou. Calçados na ideia de *comitas gentium* inserida na seara do Direito dos conflitos pelos territorialistas holandeses, passa-se a vivenciar no Direito Internacional Privado justamente essa dificuldade de manutenção

174 No caso do Direito Internacional Privado, a fase pré-paradigmática vincula-se, como salienta Rodrigo Octávio [de Langgaard MENEZES], à questão de se saber como lidar com o estrangeiro. Veja-se: OCTÁVIO [de Langgaard MENEZES], Rodrigo. *Direito Internacional Privado (Parte Geral)*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, p. 28 e seguintes. No mesmo sentido, ANCEL. Éléments d’histoire..., cit., p. 23-68.

175 “Até ao século XIX, o DIP fora de formação científica e jurisprudencial. As regras de resolução dos conflitos de estatutos e de leis, que os juízes aplicavam em cada caso, não eram regras postas por um legislador interno ou internacional, mas princípios de autoridade exclusivamente científica, que, portanto, não podiam aspirar a uma obrigatoriedade coercivamente imposta” FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 114-115.

176 CHIBENI; MOREIRA-ALMEIDA. Investigando o desconhecido..., cit., sem pagi-

incontestes do paradigma até então inquestionável<sup>177</sup> de que os estatutos garantiriam ou não, conforme a natureza da *quaestio iuris decidenda*, eficácia extraterritorial aos costumes ou às normas em consideração<sup>178</sup>.

Quando o avanço da ciência dita normal começa a demonstrar de modo repetitivo a presença do que Kuhn denomina “anomalias” do uso do paradigma, instala-se a crise. Não se trata de simples fenômenos que vão contra a teoria que se constitui como paradigma e que normalmente seriam postos de lado. “O reconhecimento de algo como sendo uma anomalia significante que deve ser explicada – mais do que uma discrepância que irá se resolver sozinha com o tempo – é, por sua vez, um evento histórico complexo, e não uma simples refutação”<sup>179</sup>.

Como afirma Rodrigo Octávio [de Langgaard MENEZES]<sup>180</sup> relativamente à passagem do Direito Internacional Privado de natureza científica para aquele de origem positiva, “dessa luta surge, como o mais belo produto da alquimia medieval, o renascimento das instituições sociais, políticas e jurídicas da humanidade” por meio da codificação<sup>181</sup>.

Instala-se, nesse momento, a fase de crise<sup>182</sup> do saber científico, em que “a anomalia parece ser algo mais do que um novo quebra-cabeça

177 “Essa paridade pode ser considerada como um acordo amigável entre Estados soberanos que admitem leis originalmente estrangeiras no número das fontes a que seus tribunais devem referir-se para o julgamento de numerosas relações jurídicas [Huber, J. Vöet, Story]. Não se deve somente ver nessa concessão o efeito de uma simples benevolência [*comitas gentium*], o ato revogável de uma vontade arbitrária, mas muito mais um desenvolvimento do próprio direito, seguindo em seu curso a mesma marcha que seguem as normas sobre a colisão entre os direitos particulares de um mesmo Estado.” SAVIGNY. *Sistema...*, cit., p. 50 (§ 348).

178 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 115.

179 HACKING. *Ensaio...*, cit., p. 33.

180 O caríssimo amigo João Alberto Schützer Del Nero foi quem me alertou para o nome completo do sempre cognominado Rodrigo Octávio. Deixo, aqui, consignados meus agradecimentos.

181 OCTÁVIO [de Langgaard MENEZES]. *Direito...*, cit., p. 57.

182 “Crises são *estados de fraqueza, instabilidade e risco na vida* das pessoas ou das instituições, quando elas perdem vitalidade e se veem ameaçadas pela degeneração ou mesmo morte. Uma entidade em crise tem suas potencialidades aniquiladas ou reduzidas, mostrando-se comprometida sua capacidade de realizar objetivos. Variam em intensidade as crises a que estão sujeitas as mes-

da ciência normal, [o que] é sinal de que se iniciou a transição para a crise e para a ciência extraordinária”<sup>183</sup>. E “decidir rejeitar um paradigma é sempre decidir simultaneamente aceitar outro e o juízo que conduz a essa decisão envolve a comparação de ambos os paradigmas com a natureza, **bem como** sua comparação mútua”<sup>184</sup>, o que explica as razões pelas quais alguns pontos essenciais do paradigma científico anterior possam manter-se, em que pese a ruptura<sup>185</sup> vivenciada.

Assim, supondo-se uma crise no âmbito do Direito Internacional Privado, os conflitos de leis – que se constituem na essência da disciplina enquanto saber científico – permanecerão como problema essencial de preocupação do cultor da disciplina, ainda que outro paradigma para se lidar com o problema venha a surgir<sup>186</sup>. Foi o que se verificou, por exemplo, com a revolução que no Direito Internacional Privado foi representada pela alteração de paradigma proposta por Savigny<sup>187</sup> relativamente ao raciocínio até então dominante atribuído aos estatutários<sup>188</sup>.

Segue-se um período mais ou menos longo de “discussões e divergências sobre os fundamentos da ciência que lembra um pouco a fase pré-paradigmática. A diferença básica é que, mesmo durante a crise, o paradigma até então adotado não é abandonado, enquanto não surgir um outro que se revele superior a ele em praticamente todos os aspectos”<sup>189</sup>. As novas ideias não podem ser estritamente comparadas às antigas ainda que se valham dos mesmos conceitos. Isso decorre de uma mudança de

soas e as instituições em geral – há crises passageiras e menos profundas, como também as há mais profundas e definitivas, capazes de pôr fim à sua existência.” DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. II, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 735 (destaques do original).

183 KUHN. *A estrutura...*, cit., p. 166.

184 KUHN. *A estrutura...*, cit., p. 160.

185 RICCEUR. *Parcours...*, cit., p. 55 atribui a Descartes o ato de ruptura no que tange à teoria do julgamento, evidenciando a importância do conhecimento e do reconhecimento para tanto.

186 Veja-se VASCONCELOS. *Premissas fundamentais...*, cit., p. 36.

187 Sobre o autor e sua teoria, por último: ANGEL. *Éléments d'histoire...*, cit., p. 473-495.

188 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 116.

189 CHIBENI; MOREIRA-ALMEIDA. *Investigando o desconhecido...*, cit., sem pagi-

concepção de mundo<sup>190</sup>, em que os conceitos adquirem novos significados que não são necessariamente mais verdadeiros que os anteriores. “O que ocorre durante uma revolução científica não é totalmente redutível a uma reinterpretção de dados estáveis e individuais”<sup>191</sup>.

Apenas quando a maioria da comunidade científica adere voluntariamente ao novo paradigma<sup>192</sup>, abandonando-se o paradigma superado, é que terá ocorrido verdadeira revolução científica (na nomenclatura de Kuhn), abrindo-se espaço a uma nova fase de normalidade científica.

No âmbito do Direito Internacional Privado, o novo paradigma a partir do qual se constrói a nova fase de normalidade científica, sem dúvida, assenta na ideia da existência de uma comunidade de Direito entre os diversos Estados<sup>193</sup>, “uma comunidade de Direito entre os diferentes povos que tem relações entre si”<sup>194</sup>.

É, assim, nos períodos de crise e revolução – e não nos períodos de normalidade – que o verdadeiramente desconhecido se torna objeto de preocupação para o cientista. E o desconhecido, aqui, vai sendo pouco a pouco reconhecido, de forma a que se torne conhecido de todos<sup>195</sup>, por meio da forja de novo paradigma.

## 12. DESCONHECER, CONHECER, RECONHECER NO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

O desconhecido de que o Direito Internacional Privado deve se ocupar, na inter-relação entre dois ou mais ordenamentos competentes

190 HACKING. *Ensaio...*, cit., p. 14.

191 KUHN. *A estrutura...*, cit., p. 214.

192 “La demande de reconnaissance exprime une attente qui peut être satisfaite seulement en tant que reconnaissance mutuelle, que celle-ci reste un rêve inaccessible ou qu’elle requière des procédures et des institutions qui élèvent la reconnaissance au plan politique”. RICCEUR. *Parcours...*, cit., p. 40.

193 FERRER CORREIA. *Lições...*, cit., p. 117.

194 SAVIGNY. *Sistema...*, cit., p. 50 (§348).

195 “La possibilité de répliquer par une seconde révolution à la révolution copernicienne et de chercher du côté des choses mêmes les ressources de développement d’une philosophie de la reconnaissance progressivement soustraite à la tutelle de la théorie de la reconnaissance”.

para o deslinde da questão e a definição efetiva de qual deles será tido, no foro, como eficaz, não se assemelha ao desconhecido absoluto de que acima se tratou. O interesse, aqui, volta-se para o reconhecimento ou não de uma situação fática como juridicamente relevante, quando ela é assim considerada por um, ou por alguns, mas certamente não por todos os ordenamentos jurídicos competentes<sup>196</sup>, mesmo que ainda não se saiba – em razão do estágio metodológico em que se esteja na consideração da situação da vida – qual delas será a lei que adquirirá eficácia para a resolução da lide.

Essa obra propõe, quanto à instituição desconhecida, uma duplicidade aproximada, como ficara já assente no capítulo anterior e deflui expressamente do título do presente capítulo.

Uma – a abordagem tradicional – será aqui criticada por se entender que, no âmbito do sistema jurídico brasileiro, não merece acolhida na medida em que se confunde com um instituto de cariz processual como são as condições da ação, e no âmbito da teoria geral do Direito Internacional Privado, melhor sorte não lhe assiste por sua inadequação metodológica e teleológica. Outra – a abordagem que aqui se vai expressamente propor – terá o intuito de adequar o paradigma da instituição desconhecida a sua teleologia e sua função primordiais, não sem se reconhecer que essa outra abordagem auxiliará na intenção de se detectar o problema de que essa investigação se ocupa e a que procurará responder, propondo-lhe solução, na segunda parte.

Haverá, como está claro, o risco (que ora se assume) de uma duplicidade crítica a essa segunda forma de abordar o problema: a de que se agiu com exagero e pretensão utilitarista. Exagero ao se propor um novo viés de análise com o intuito de questionar a abordagem tradicional, pretensamente instalando-se uma crise que pode ou não vir a significar um novo paradigma de análise da instituição desconhecida e suas consequências.

196 “Um ensinamento precioso colhido na análise dos conflitos de normas e de decisões foi o de que a norma, entendida como «unidade última indivisível do sistema jurídico» pode e deve ser concebida como uma resposta a uma questão da dinâmica normativa”.

Pretensão utilitarista na medida em que se pode sempre contrapor o argumento de que se deu nova abordagem apenas e tão somente para criar artificialmente o problema que se visa solucionar.

Correndo o risco de receber ambas as críticas, creio que a intenção aqui sumariada é válida. Quanto mais não seja, para que o autor reveja seu próprio posicionamento, caso venha a se convencer da imprecisão da abordagem que julga ser – à partida – a mais adequada.

### 13. A INSTITUIÇÃO DESCONHECIDA NA ABORDAGEM TRADICIONAL

A abordagem tradicional cuida da instituição desconhecida como sendo uma exceção à aplicação do Direito estrangeiro, na esteira do raciocínio que Savigny construiu. Como tal, a instituição desconhecida é caracterizada como a situação “em que o aplicador da lei se depara com uma instituição vigente em outro sistema, que não é conhecida no sistema da jurisdição julgadora”<sup>197</sup>. Ou seja, trata-se de um desconhecimento *in quo*, e não um desconhecimento *ad quem*. O foro (de onde se partiu em busca da lei competente e aplicável) é o sistema jurídico que desconhece o instituto que existe no sistema jurídico da lei aplicável e que lá é juridicamente relevante. Diz-se “juridicamente relevante” porquanto se constitua para aquela cultura – diferente que a do foro – em uma situação da vida que tenha merecido a intervenção do legislador estatal que a ela atribui uma específica consequência.

Além disso, é preciso deixar assente que desconhecer, aqui, significa a total inexistência de uma situação aproximada e que possa ser abarcada pela norma de conflitos de caráter elástico do foro. Com efeito, se houver essa situação equivalente, será possível qualificar segundo os critérios da *lex fori* e aplicar o Direito indicado pela norma de conflito<sup>198</sup>. Se a *lex*

*causae* for obtida com recurso à lei nacional, talvez seja necessário adequar os institutos vigentes no exterior e no foro – e o próximo capítulo tratará de refletir como proceder a essa adequação. Por outro lado, se a *lex causae* for obtida com recurso a uma lei estrangeira qualquer, será preciso se assegurar de que as divergências existentes não impliquem na necessidade de preservar a ordem pública local.

Pense-se no exemplo da *kafala* muçulmana<sup>199</sup> em que uma criança órfã é entregue a outro núcleo familiar, aos cuidados do *kafil*, com cujos membros não tem necessariamente relação de parentesco. Essa família se responsabiliza pelos destinos daquela criança, que é por aquela cuidada e educada<sup>200</sup>. Como é cediço, a situação nem de longe se assemelha à adoção tal qual conhecida, por exemplo, no Direito brasileiro<sup>201</sup>, posto que no Direito islâmico a *kafala* é inábil para constituir qualquer vínculo que pudesse se assemelhar ao parentesco de primeiro grau, que cria uma relação materno/paterno-filial, é revogável a qualquer tempo (na medida em que não revoga os laços com os pais biológicos, vedado pelo Corão) e perde eficácia por ocasião da assunção da criança à plena capacidade<sup>202</sup>. Nem de longe, também, a situação se assemelha à escolha do guardião ou do tutor do menor incapaz, posto que o Direito islâmico atribua uma gama maior de direitos e deveres aos responsáveis pela criança órfã<sup>203</sup>. Disso dá prova, também, o texto dos artigos 3º e 33 da Convenção da Haia de 1996<sup>204</sup>.

199 PIZZOLANTE, Giuseppe. La kafala islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Milano, v. 43, n. 4, p. 947-968, ott./dic. 2007.

200 CODECHOT-PATRIS. *Retour...*, cit., p. 282.

201 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Direitos da criança e adoção internacional*. São Paulo: RT, 2002.

202 PIZZOLANTE. *La kafala islâmica...*, cit., p. 948.

203 MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *Guarda internacional de crianças*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

204 Convention on jurisdiction, applicable law, recognition, enforcement and co-operation in respect of parental responsibility and measures for the protection

197 DOULINGER. *Contratos e obrigações...*, cit.

198 Ou, para falar com BUREAU; MUIR-WATT. *Droit...*, t. 1, cit., p. 456, “l'accueil de la préention étrangère dans une catégorie du for suppose néamoins que puisse être trouvée une certaine équivalence avec les institutions homologues du for, au vu desquelles la catégorie s'est construite. Cette recherche d'une correspon-

Para se enquadrar o exemplo ora construído na hipótese da instituição desconhecida tal qual ela é tradicionalmente apresentada, seria preciso que uma família, regida pelo Direito islâmico (por ser domiciliada em um Estado soberano qualquer no qual os aspectos de Direito de Família fossem determinados pelas normas de cunho religioso, dependendo, por conseguinte, da religião das partes<sup>205</sup>), de passagem pelo território brasileiro, viesse a requerer aqui a constituição da *kafala* relativamente a uma criança órfã. Seria, ainda, preciso que o julgador brasileiro, qualificando a questão segundo os ditames da *lex fori*, como se defendeu no Capítulo I, vencesse a (passasse por cima da) constatação de que o que fora efetivamente pedido inexistia no ordenamento jurídico material nacional<sup>206</sup>, enquadrando a questão, a seguir, no âmbito do Direito de Família ou, quando muito, no âmbito do Direito assistencial (tutela, questão de capacidade). Ato contínuo, valendo-se da conexão determinada pelo legislador de conflitos do sistema brasileiro, averiguasse o domicílio das partes interessadas e – resolvendo, ainda, o subconflito decorrente da submissão da questão, no sistema jurídico *ad quem* (Direito interlocal do Estado estrangeiro ou, na sua falta, às respectivas normas de conflitos), à religião das partes – encontrasse, enfim, a norma material de regência da situação da vida apresentada para sua intervenção com base na lei considerada como a mais próxima e que é, afinal, a lei material estranha ao ordenamento brasileiro (domicílio das partes). E, perscrutando-a, só

205 Trata-se da situação em que há referência da norma de conflitos a um ordenamento jurídico plurilegislativo, que não foi prevista pelo legislador brasileiro de conflitos, mas o foi, por exemplo, pelo português (art. 20º do Código Civil), um Estado em que coexistam diferentes sistemas jurídicos locais, a concretização do elemento de conexão (a nacionalidade) far-se-á recorrendo ao direito interlocal do Estado estrangeiro e, na sua falta, ao respectivo DIP. Se nem assim puder resolver-se a questão, considera-se como lei pessoal do indivíduo a da sua residência habitual." FERRER CORREA. *Ligções...* cit., p. 399. Ainda, BAPTISTA MACHADO. *Ligções...* cit., p. 238-239. No entanto, o legislador português nada dispõe sobre o modo de solução quando a remissão a um ordenamento plurilegislativo decorre de outra questão que não a da aplicação da lei pessoal, abrindo-se, assim, certa controvérsia doutrinária que pode ser conferida em LIMA PINHEIRO. *Direito...* v. 1, cit., p. 463 e seguintes.

"Dificilmente podia el Derecho francés calificar una institución desconocida en

agora percebesse que a situação era desde sempre desconhecida de nosso ordenamento jurídico material. Isso, bem entendido, se não chegasse à conclusão de que a norma estrangeira, porquanto não implicasse na efetiva constituição de vínculo paterno-filial, violava, no entanto, o princípio da ordem pública brasileira. Nem ainda implicasse na atribuição de guarda ou tutor ao menor incapaz porquanto não se estaria respeitando o valor ínsito ao sistema material brasileiro segundo o qual nenhuma criança pode deixar o território nacional na companhia de estrangeiros, senão por adoção.

Qualificação e princípio da ordem pública, assim, confundem-se na abordagem que tradicionalmente se faz da instituição desconhecida e com o alcance que a ela diturnamente se dá. Não por outra razão, Oscar Tenório afirmou que "impreciso está em Savigny e impreciso continua na doutrina moderna o problema da instituição desconhecida, em virtude de suas íntimas ligações com a ordem pública e a qualificação"<sup>207</sup>.

Pode-se argumentar que a situação da vida escolhida para a construção do exemplo é peculiar pela circunstância de sua vinculação com valores de natureza religiosa e que haverá inúmeras outras situações em que a demarcação da instituição desconhecida é mais facilmente detectada. A doutrina é pródiga em exemplos, mas creio que a análise pormenorizada de um outro apenas seja suficiente para demonstrar que também aqui há uma aproximação com a qualificação<sup>208</sup> segundo os critérios da *lex fori* e a incidência do princípio da ordem pública. Com efeito, na maioria dos países que organizaram sistemas jurídicos de inspiração continental, o *tryst* do Direito anglo-americano configura-se desconhecido como tal. Essa constatação obriga os intérpretes a buscarem adaptar a instituição estrangeira, que lhes é desconhecida, a

207 TENÓRIO. *Direito...* t. 1, cit., p. 333. No mesmo sentido, quando afirma que "esta seria a explicação porque o problema da instituição desconhecida não tem sido objeto de preocupação do direito internacional positivo. A lacuna decorria da circunstância de o problema ter sido integrado no da ordem pública e no da qualificação" (p. 336). No mesmo sentido, MIAJA DE LA MUJELA, Adolfo. *Derecho Internacional Privado*. t. 1. 7. ed. Madrid: Atlas, 1976, p. 417.

alguma outra instituição ali existente para fins de proceder à qualificação da situação juridicamente relevante, aproximando tais instituições e, em consequência, aproximando também os ordenamentos em tela.

Nos termos da Convenção da Haia, de 1º de julho de 1985, relativa à lei aplicável ao *trust* e a seu reconhecimento, que adquiriu vigor internacional em 1º de janeiro de 1992, entende-se por *trust*<sup>209</sup> as relações jurídicas criadas por uma pessoa, que o constitui por ato entre vivos ou *mortis causa*, designando uma dotação patrimonial que comporá um acervo autônomo daquele que eventualmente remanesce sob a titularidade do instituidor, ou que constituirá o seu espólio (quando houver). Os valores que comporão a dotação patrimonial restarão sob o controle de um *trustee*, dotado de específicos poderes<sup>210</sup>, que os administrará no interesse de um beneficiário – o próprio instituidor ou um terceiro – ou de um fim determinado<sup>211</sup>. Tratando-se de um conceito extraído de uma convenção internacional, pode-se antever que este tenha preservado aquilo que há de essencial na figura jurídica em tela, como forma de se atingir o consenso<sup>212</sup>. Com efeito, sendo um instituto jurídico típico de sistemas de *common law*, houve um esforço bastante grande da organização internacional para garantir sua aceitação por Estados vinculados aos sistemas de *civil law*, nos quais o *trust* era verdadeira instituição des-

conhecida<sup>213</sup>. Nestes termos, a eventual ratificação ou adesão de Estados de *civil law* visa disseminar o instituto, garantindo seu reconhecimento, como o próprio título da convenção deixa entrever<sup>214</sup>.

Seja como for, a verdade é que o texto convencional não vigora no Brasil, razão pela qual um eventual pedido de instituição de um *trust* em território nacional ou o pedido eventual de reconhecimento, enquanto questão prévia<sup>215</sup> ou incidental<sup>216</sup>, de um *trust* instituído alhures, demandaria uma análise típica de Direito Internacional Privado em que as figuras da qualificação, da instituição desconhecida e do princípio da ordem pública acabariam por se entrelaçar.

Para se enquadrar o exemplo ora construído na hipótese da instituição desconhecida tal qual ela é tradicionalmente apresentada, seria preciso que o magistrado brasileiro fosse apresentado a uma situação da vida que lhe demandasse a qualificação da questão segundo os ditames da *lex fori*, como se viu no Capítulo I, vencesse a (passasse por cima da) constatação de que o que fora efetivamente pedido inexiste no ordenamento jurídico material nacional enquanto tal, enquadrando a questão, a seguir, no âmbito do Direito das obrigações ou da sucessão, conforme o caso<sup>217</sup>. Ato contínuo, valendo-se da conexão determinada pelo legisla-

209 CARBONE, Sergio Maria. Trust interno e legge straniera. *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*. Milano, v. 39, n. 2, p. 353-362, apr./giug. 2003.

210 MARTINS-COSTA, Judith Hofmeister. Os negócios fiduciários: considerações sobre a possibilidade de acolhimento do «trust» no Direito Brasileiro. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 79, n. 657, p. 37-50, jul. 1990. JAUFFRET-SPINOSI. La Convention..., cit.; OLIVA, Milena Donato. O trust e o direito brasileiro: patrimônio separado e titularidade fiduciária. *Revista Semestral de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro, n. 6, p. 149-177, jan./jun. 2010.

211 BATIFFOL. Réflexions..., cit., p. 175.

212 RODAS, João Grandino; MONACO, Gustavo Ferraz de Campos. *A Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: a participação do Brasil*. Brasília: FUNAG, 2006, p. 265-266.

213 Não foi necessariamente o que ocorreu durante as negociações: "Les travaux préparatoires démontrent bien la conscience des représentants des pays où existe le trust de la concession unilatérale que représente pour les pays qui l'ignorent, la reconnaissance dans la discuter de cette institution, pour en faire produire les effets sur leur territoire." JAUFFRET-SPINOSI. La Convention..., cit.

213 JAUFFRET-SPINOSI. La Convention..., cit., p. 23.

214 Segundo LOON, J. H. A. van. The Hague Convention of 1<sup>st</sup> July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their recognition. *Trust & Fiducie – la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*. Paris: Montchrestien, 2005, p. 19-20, pode-se detectar na convenção os maiores esforços da Conferência no sentido de fazer emergir características que pudessem representar um ponto de convergência para a harmoniosa implementação do instituto em ambos os sistemas, muito embora essa não tenha sido a intenção primordial do texto convencional. Cf. RODAS; MONACO. *A Conferência...*, cit., p. 265-266.

215 A respeito: WENGLER, Wilhelm. Nouvelles réflexions sur les questions préliminaires. *Revue Critique de Droit International Privé*. Paris, v. 55, n. 1, p. 165-225, 1966; DEBY-GERARD, France. *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*. Paris: Dalloz, 1973, p. 301-330; BAPTISTA MACHADO. *Litôges...*, cit., p. 75-78.

216 A respeito: SCHMIDT, Torben Svenné. The incidental question in Private International Law. *Recueil des Cours*. Dordrecht/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, v. 233, p. 304-413, 1992.

dor de conflitos do sistema brasileiro, averiguasse o local da constituição da obrigação ou do último domicílio do falecido e encontrasse, enfim, a norma material de regência da situação da vida apresentada para sua intervenção com base na lei considerada pelo legislador brasileiro como sendo a mais próxima, que seria, afinal, a lei material estranha ao ordenamento brasileiro (local da constituição da obrigação ou do último domicílio do instituidor / autor da herança). E, perscrutando-a, só agora perceberse que a situação era desde sempre desconhecida de nosso ordenamento jurídico material, procedendo à adaptação<sup>218</sup> que se vê facilitada em razão de se tratar de uma instituição flexível e francamente adaptável<sup>219</sup>. Isso, bem entendido, se não chegasse à conclusão de que a norma estrangeira violava o princípio da ordem pública tal qual este se conforma nos valores professados pela sociedade brasileira, afastando-a.

Irineu Strenger divide a doutrina em três linhas de raciocínio: (i) os que enxergam na instituição desconhecida um modo disfarçado de atuação da ordem pública, pelo que pugnam pelo afastamento da lei estrangeira, que deve ser posta de lado<sup>220</sup>; (ii) os que enxergando ainda um campo para a atuação da ordem pública recomendam que a questão seja analisada hipótese a hipótese, e afastada a lei estrangeira tão somente quando configurada a afronta àquele princípio pelo conteúdo mesmo da lei estrangeira [*rectius*: pelos efeitos que essa lei estrangeira desencadeia

de mandato, gestão de negócios, alienação fiduciária em garantia, a comissão mercantil, o pacto de retrovenda, além da instituição do fideicomisso e alguns tipos de fundação” MARTINS-COSTA. Os negócios fiduciários... cit., p. 44.

218 Como se verá, a adaptação depende do aspecto funcional que o instituto assume em um e outro dos ordenamentos presentes, o que assistiu a sua constituição e o que garantirá o reconhecimento de seus efeitos. BOUZA VIDAL. *Problemas...* cit., p. 86 e seguintes. Como salienta MARTINS-COSTA. Os negócios fiduciários... cit., p. 42, “quando se coloca o exame das funções que podem ser desenvolvidas através desses negócios [os negócios fiduciários], dos usos que comporta em razão de sua natureza ‘politécnica’, a figura que imediatamente se evidencia, dada a sua similitude, é o *trust* do direito anglo-americano, o qual, como já se observou, apresenta a mesma maleabilidade funcional”.

219 JAUFFRET-SPINOSI. La Convention... cit., p. 25: “une institution très souple, adaptable dans le pays de *common law* à un si grand nombre de situation qu’il est impossible d’en donner une définition contenant ses multiples facettes (...) c’est un moule, une coquille hospitalière pour d’innombrables situations”.

no foro]; e (iii) os que defendem que a autoridade do foro começa na lei estrangeira e dela tiram as consequências cabíveis. E esclarece enxergar nessa última forma de encarar o problema uma “solução mais equilibrada”<sup>221</sup>.

Em ambos os exemplos, a questão confunde-se com a incidência do princípio da ordem pública<sup>222</sup> na exata medida em que se percebe que as diferenças materiais entre os sistemas impactam sobre os fatos apresentados quando se entende que a norma do sistema jurídico *ad quem*, ao regular a questão, pode acabar afrontando os valores do foro justamente porque esse último sistema trata a mesma questão como uma situação juridicamente irrelevante<sup>223</sup>. Acaba-se produzindo entre os sistemas, a sensação de abjeto de que fala Paul Ricœur<sup>224</sup> na medida em que um regula juridicamente os fatos e o outro não. Como consequência, sem que necessariamente se recorra à ideia de instituição desconhecida, o sistema da *lex fori* vê, muitas vezes, seu intento atendido, impedindo que na prática se dê valoração jurídica ao irrelevante com a invocação do princípio da ordem pública. Daí ser correta, segundo me parece, a observação de Oscar Tenório segundo a qual a instituição desconhecida é imprecisamente tratada pela doutrina, dada – justamente – essa sua íntima ligação com a ordem pública.

Em ambos os exemplos, ainda, a questão confunde-se com a qualificação na exata medida em que se percebe que os fatos apresentados não se subsumiam perfeitamente nos institutos típicos do sistema jurídico da *lex fori*. As íntimas ligações mencionadas por Oscar Tenório entre qualificação e instituição desconhecida residem justamente na percepção de que uma qualificação segundo os ditames da *lex fori* que fosse

221 STRENGER. *Direito...* cit., p. 431.

222 STRENGER. *Direito...* cit., p. 431.

223 “Em último termo é rigorosamente exata a ideia de Zitelmann: «so viele Räume als Rechtsfolgen» (são tantos os espaços a considerar quantas as estatuições); que o mesmo é dizer: são tantos os sectores do juridicamente irrelevante quantos os tipos de consequências jurídicas ditadas pela lei, ou ainda: a cada contexto teleológico ou institucional corresponderá um domínio do juridicamente irrelevante” RAPTISTA MACCHIANO. *Ámbito...* cit., p. 240.



adequadamente realizada diminuiria consideravelmente a possibilidade de existência da instituição desconhecida nesses moldes propostos pela doutrina tradicional: a percepção de tratar-se de um desconhecimento *a quo* e não de um desconhecimento *ad quem*. Por outro lado, é justamente esse o principal ponto que recomenda – para os defensores dessa corrente – que a qualificação se faça segundo os critérios da *lex causae*, que é tida, curiosamente, à partida, como sendo a lei estrangeira onde a situação fora juridicamente valorada (veja-se o incisivo raciocínio de Despagnet em sua ânsia de rebater Bartin) e onde é possível obter uma resposta com conteúdo material que se amolde adequadamente à situação trazida à decisão<sup>225</sup>.

#### 14. A INSTITUIÇÃO DESCONHECIDA EM NOVA ABORDAGEM

Tenho para mim, todavia, que o raciocínio oposto traria melhores e mais lógicos resultados. A instituição desconhecida diz respeito, segundo me parece, à circunstância de a situação fática não ter sido juridicamente valorada no sistema jurídico material estrangeiro, feito *lex causae* por força da conexão estabelecida no sistema conflitual do foro e não por ser desconhecido (juridicamente irrelevante) no sistema jurídico material da *lex fori*<sup>226</sup>. Fosse essa a conformação atribuída por Savigny à figura da instituição desconhecida e não haveria dificuldade para se justificar sua teleologia.

Com efeito, segundo a visão que aqui se defende, tratar-se-ia de situações que envolvessem um pedido formulado no foro brasileiro (por exemplo), que retiraria a autoridade competente – judicial ou extrajudi-

225 Segundo LIMA PINHEIRO. *Direito...*, v. 1, cit., p. 517, “uma caracterização *lege fori* levaria neste caso a negar a tutela jurídica de uma situação que é tutelada pelo sistema ou sistemas com que está mais conectada o que contradiz a justiça da conexão”. Ocorre que, no sistema brasileiro, um tal pedido, quando formulado com supedâneo em uma lei estrangeira sem que em nosso sistema material exista regulamentação jurídica da questão não alcançaria uma decisão de mérito por falta de interesse processual.

226

“Pode acontecer que a situação seja juridicamente relevante perante o sistema ou sistemas com que está mais estritamente conexa e não o seja perante o direito material da *lex fori*”. PINHEIRO, LIMA. *Direito...*, v. 1, cit., p. 517.

cial – de sua inércia, já que se trataria de um pedido formulado no foro com legítimo interesse processual (e com a formulação de um pedido que nele seria juridicamente possível). Para a análise de tal situação da vida, a referida autoridade faria incidir as normas conflituais do foro segundo a qualificação que a ela tivesse dado segundo os critérios de conceituação e de classificação aplicáveis (conceituação sempre pelos critérios da *lex fori*, classificação pelos desígnios da *lex fori* na maioria das vezes e pelos critérios da *lex causae* nas hipóteses de bens ou obrigações) e que seriam extraídos do sistema jurídico pertinente.

Observada a conexão indicada pelo legislador do Direito Internacional Privado do foro, e para o caso de ter sido a lei material estrangeira designada como a mais próxima, e por isso eficaz, tornar-se-ia imperioso que a autoridade competente procurasse conhecer a inteireza daquele sistema jurídico estrangeiro (sua plenitude), analisando-o em sua essência, com o fito de encontrar as normas aptas a garantir a adequada subsunção dos fatos em tela às normas jurídicas de conteúdo material eventualmente existentes naquele sistema considerado.

Encontrando-as – com idêntica ou diversa qualificação –, não se trataria de instituição desconhecida. Aplicar-se-ia a lei estrangeira caso não se configurasse qualquer outra exceção, procedendo-se, eventualmente, à adaptação necessária entre os institutos tais quais regulados nos ordenamentos *a quo* e *ad quem*<sup>227</sup>.

Caso não existam, todavia, as normas aptas a garantir a correta subsunção da hipótese fática a um desenho normativo adequado, novamente estar-se-ia diante do problema – já apontado no Capítulo I – de se saber se essa ausência significa uma intencional opção de não regulamentação da situação da vida, porque aquela sociedade entende, à luz de sua cultura, que a hipótese prescinde de intervenção jurídica, situação em que – ao fim e ao cabo – o silêncio da lei “é um «silêncio eloquente», um silêncio que fala”<sup>228</sup>, ou se a inexistência de normas expressas sobre a *quæstio iuris decidentia* decorre

227

Daí porque VALLADÃO. *Direito Internacional Privado*. cit., p. 481, prefira o termo *nonnominatam*.

de uma omissão legislativa – intencional ou não – havendo, por conseguinte, normas materiais aplicáveis a situações outras – porém, aproximadas – que permitam concluir que o legislador estrangeiro teria dado à situação em tela uma regulamentação semelhante àquelas que efetivamente foram previstas pelo sistema jurídico material *ad quem*, situação em que o julgador trataria de preencher o espaço deixado pelo legislador, por meio da analogia. Por outras palavras: tratar-se-ia de uma instituição verdadeiramente desconhecida na *lex causae* ou de uma lacuna da *lex causae*?

Se se pensar a problemática à luz da construção doutrinária de José Roberto dos Santos Bedaque<sup>229</sup> mencionada no capítulo anterior, fosse tomada a primeira ou fosse tomada a segunda das decisões, ambas se conformariam como decisões de mérito. Com efeito, a segunda (obtida por meio da analogia) seria uma decisão de procedência (total ou parcial) ou de improcedência do pedido com base na interpretação analógica que se fizesse das normas assemelhadas ou nos princípios de Direito que viessem a incidir e da subsunção dos fatos a tais normas ou princípios. Por sua vez, a primeira (tomada a partir da valoração que se desse ao silêncio do legislador como a da construção de um irrelevante) seria, na visão do processualista, uma decisão de mérito em que se proferiria a improcedência do pedido que, pode-se dizer, seria “extraída do conteúdo do sistema, mas a partir da premissa negativa de que os fatos juridicamente irrelevantes não podem fundar pretensões ou direitos.”<sup>230</sup>

A respeito desse tema, João Baptista Machado procurou esclarecer – para criticar – o processo metodológico por meio do qual o julgador atinge a conclusão que leva à rejeição do pedido do autor de uma demanda a partir de uma situação juridicamente irrelevante para aquele sistema. Esclarece, com a profundidade de raciocínio que sempre o caracterizou, que

“à primeira vista parecerá tratar-se de um argumento *e contrario*<sup>231</sup>, se a hipótese não é coberta por qualquer disposição legal, e se, além

229 BEDAQUE, *Efetividade...*, cit.

230 BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 246.

231 Mais adiante esclarece o autor que “o argumento *e contrario* baseia-se ainda na valoração duma norma determinada que é integrante do sistema” BAPTISTA

disso, se não apresenta uma lacuna susceptível de preenchimento pelo recurso à teleologia do sistema e aos princípios e valores jurídicos que de qualquer modo integram este, então dever-se-ia concluir *e contrario* que o caso não é abrangido por nenhuma disposição ou princípio do sistema vigente, pelo que estaria excluído do «âmbito do jurídico».”<sup>232</sup>

No entanto, o enquadramento tem de ser diferente, como reconhece o próprio autor (e como, em outro contexto, ponderara Liebman<sup>233</sup>), quando explica que sempre que um caso como estes – em que avulta o indiferente<sup>234</sup>, ou melhor, o irrelevante jurídico – se apresenta, o melhor e mais legítimo raciocínio é aquele que se manifesta por meio da imposição de uma decisão em que se esclarece que a pretensão do autor não tem fundamento legal<sup>235</sup>, carecendo o autor de interesse processual<sup>236</sup>.

Nesses casos, o julgador

“não toma, pois, como premissa maior da sua sentença o conteúdo de qualquer norma legislada ou obtida por integração do sistema, não aplica qualquer «preceito», não faz uma apreciação do caso segundo critérios jurídicos positivos, isto é, segundo critérios normativos que possam considerar-se elementos integrantes do sistema; antes, a premissa maior em que vai fundamentar a sua decisão negativa terá de ser a proposição segundo a qual as pretensões ou «direitos» que não tenham fundamento na lei não têm validade jurídica.”<sup>237</sup>

Assim, em um sistema jurídico de inspiração muçulmana, o pedido ali formulado para que se reconhecesse uma *kefala* em que, pelas regras de conflito locais, se houvesse eventualmente de aplicar a lei brasileira, seria possível concluir que o legislador estrangeiro – no caso, o brasileiro – optara por não dar valoração jurídica àquela situação em concreto, muito embora

232 BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 246.

233 LIEBMAN, *Manuale...*, cit., p. 122.

234 “Assim como o ponto zero no termômetro indica certa temperatura, assim a pretensa ‘indiferença’ (inqualificação) jurídica representa na verdade uma tomada de posição.” ENGISCH, Karl. *Der rechtsfyerige Raum*, p. 397, apud BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 250.

235 BAPTISTA MACHADO, *Âmbito...*, cit., p. 248.

236 “Sarebbe infatti inutile pretendere in esame la domanda per concedere (o negare) il provvedimento chiesto (...) se il provvedimento mandatato non può essere

socialmente o instituto possa existir em algumas regiões ou ter existido em outro tempo<sup>238</sup>, como é exemplo a personagem de José Dias, “que amava os superlativos”, do romance **Dom Casmurro**, de Machado de Assis. José Dias é um **agregado** à família de Bentinho, tendo sido por ela criado e de quem recebeu cuidados, estudos e atenção, sabendo sempre não pertencer à família que o acolhera por não ter com seus membros qualquer laço de parentesco, mas que “com o tempo adquiriu certa autoridade na família, certa audiência, ao menos; não abusava, e sabia opinar obedecendo”. No entanto, do ponto de vista do sistema jurídico, trata-se de uma hipótese de *e silentio legis completæ*<sup>239</sup>. A resposta que o ordenamento jurídico brasileiro dá a essa situação fática, que se configura como questão de Direito à luz do sistema islâmico, é, pois, o silêncio, que “no domínio dos conflitos entre sistemas jurídicos” “tem um valor decisivo”<sup>240</sup> como tenho tentado e continuarei a tentar demonstrar nessa pesquisa.

Assim também na hipótese dos direitos relativos a um *trust* serem requeridos perante a autoridade de um Estado vinculado ao sistema de *common law* e averiguar-se que referido *trust* estaria submetido às normas vigentes no sistema jurídico material brasileiro. Nesse caso, embora não existam normas específicas sobre o instituto no Direito estrangeiro – no caso, o brasileiro –, haveria no sistema *ad quem* situações juridicamente relevantes e assemelhadas. Restando-se saber se se tornaria possível ou aconselhável proceder à adaptação ou não (e em que medida), ou se, por outra, seria mais conveniente proceder à analogia como modo de se procurar suprimir a aparente lacuna do sistema na resolução daquele caso concreto.

## 15. FUNDAMENTO CONFLITUAL DA ABORDAGEM PROPOSTA

Uma razão porque me parece que essa inversão na ordem de consideração da instituição desconhecida seja aconselhável diz respeito primordialmente à teleologia da figura conflitual: evitar a aplicação de um Direito

estrangeiro que fora considerado o mais próximo no jogo neutro<sup>241</sup> e asséptico típico do Direito Internacional Privado e que, no jogo concreto e valorado da realidade da aplicação do Direito estrangeiro, mostra-se inconveniente, tormentoso e – por que não? – de impossível observância.

É inconveniente o Direito material que foi obtido com fraude. É tormentoso o que ofende os valores do sistema jurídico do foro, criando um abjeto por afronta ao princípio da ordem pública. É impossível o que se omitiu deliberadamente de ofertar uma valoração jurídico-material à situação da vida considerada.

E uma omissão deliberada com tais características deve produzir consequências tanto nos limites daquele sistema – não outorgar consequências juridicamente relevantes a meras situações sociais – como nos limites dos sistemas estrangeiros que se disponham a aplicar o Direito material daquela sociedade<sup>242</sup>, por entendê-lo o Direito eficaz, mais próximo, mais bem posicionado para responder ao litígio eventualmente instalado. A circunstância, no entanto, de o legislador daquele sistema ter se absteído de atribuir consequências jurídicas à situação fática deve ser respeitada. Na teoria de João Baptista Machado, a Regra de Conflitos Primária estabelece o âmbito de competência das leis interessadas, ao passo que as regras de conflitos secundárias atribuem a eficácia das leis competentes e que se encontram em concurso. Inclusive, se for o caso, a eficácia da lei estrangeira em cujo conteúdo a situação de que se partiu foi valorada como irrelevante. E é justamente nesse sistema que se vai buscar o âmbito de sua própria aplicação – “dentro do sector de matérias

238 “Seule da tutelle officieuse, aujourd’hui proscrire pourrait constituer un cadre d’accueil satisfaisant” à *koftala*. CODECHOT-PATRIS. Retour..., cit., p. 287.

239 BAPTISTA MACHADO. Âmbito..., cit., p. 244 e 248.

241 “Il est donc opportun que cette répartition [das competências legislativas] se fasse de la façon la plus objective possible et c’est une des raisons pour lesquelles la neutralité de la règle de conflit est souhaitable” GAUDEMET-TALLON. Le pluralisme..., cit., p. 183. Mais adiante, a autora acrescenta: “il faut insister sur ce que la règle de conflit «neutre» au sens où nous venons de l’indiquer n’est pas pour autant une règle de conflit «désincarnée» qui ferait totalement abstraction des réalités dans lesquelles elle s’insère” (p. 187). Análise crítica quanto ao caráter neutro pode ser conferida em FERNÁNDEZ-ARROYO. El Derecho Internacional..., cit., p. 21-24.

242 “A estes ramos do Direito [Direito Transitório e DIP] importa considerar não só o juridicamente relevante como tudo aquilo que deva ter-se por juridicamente

ou questões circunscrito por aquele primeiro âmbito<sup>243</sup> — que poderá ser um âmbito de inaplicabilidade daquele sistema. Vale dizer: o sistema estrangeiro foi designado como aplicável pela regra de conflitos secundária, mas há um óbice intransponível a que possa ser aplicado (revelando inexistência do que se aplicar, *in casu*). Tal óbice está justamente na tomada de posição daquele sistema quanto à irrelevância jurídica da situação. Mas essa irrelevância, como se tem dito, é uma irrelevância que emerge daquele sistema que foi feito *lex causae* pela norma de conflitos do foro.

Nesses termos, o respeito à vontade desse legislador estrangeiro reside justamente em não aplicar aquele sistema jurídico que desconhece qualquer espécie de valoração (jurídica) exatamente para a situação social em tela.

Remanesce, todavia, um problema de ordem processual a ser dimido. Uma medida — judicial ou administrativa, pouco importa — encontra-se pendente de solução, encaminhamento ou decisão no foro. O legislador de Direito Internacional Privado do foro entendera que a solução, o encaminhamento ou a decisão deveriam ser tomados com esteio nas normas jurídicas materiais do Estado E#1, ou seja, em uma lei estrangeira qualquer. No entanto, como nesse sistema jurídico não houvesse norma possível de ser atuada no foro E1 na exata medida em que o legislador de E#1 não atribuiu quaisquer consequências jurídicas à hipótese, nem possuísse circunstância assemelhada que pudesse constituir-se no ponto de partida para uma solução por analogia ou não apresentasse qualquer princípio em que pudesse estar eventual decisão, apenas a constatação de se tratar de uma instituição desconhecida no sistema material da *lex causae* passava a ser viável.

E o vácuo normativo (o “zero do termômetro” a que se refere English, citado em nota algumas páginas atrás) deverá implicar no afastamento da lei estrangeira E#1, com a aplicação subsequente da lei material do foro, tal qual ocorreria na hipótese de se constatar violação do princípio da ordem pública, caso a mesma lei estrangeira fosse aplicada e — suponha-

— em seu conteúdo houvesse não uma omissão deliberada, mas sim normas que atribuíssem soluções muito diversas que as previstas no foro e, mais que isso, chocantes aos valores ali professados. E isso pela clara impossibilidade de que a autoridade do foro proferisse o *non liquet*<sup>244</sup>, recusando-se a decidir a situação que lhe fora trazida à análise e que não só demonstrou aptidão para retirá-lo de sua inércia como demandou-lhe uma decisão de mérito, por preenchimento das condições da ação previstas por sua lei processual. Já que “a admissibilidade da ação, assim como as condições de seu exercício, são reguladas pela *lex fori*, qualquer que seja a lei reguladora da situação material deduzida em juízo”<sup>245</sup>.

Nesse sentido, entre a instituição desconhecida — nessa abordagem aqui defendida — e o princípio da ordem pública haveria tão somente identidade de objetivos, de teleologia: evitar a aplicação, no foro, de sistemas jurídicos estrangeiros que por alguma razão não possam ser aplicados. Deixaria de haver, aqui, “íntimas ligações” entre as figuras conflituais, que não se confundiriam em hipótese alguma.

Também no campo da qualificação, a confusão que gera a íntima ligação com a instituição desconhecida deixaria de se fazer presente. Na proposta ora apresentada, a qualificação segundo a *lex fori* reforçaria a ideia de que aquilo que se pede é, no foro, juridicamente possível justamente porque o legislador do foro atribui jurídicos efeitos à situação da vida em consideração. E tanto assim é que se torna possível qualificar a situação da vida sem o risco de se forçar o enquadramento de uma situação fática em um modelo jurídico outro que não aquele vigente no foro (qualificação *lex fori*). Era justamente isso que acontecia nos exemplos de qualificação segundo a *lex fori* dos pedidos de *kyōka* ou de *través* formulados no Brasil, e que aconteceria em quaisquer exemplos de instituição desconhecida analisados segundo a abordagem tradicional,

244 Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942): Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

245 LIEBMAN, *Manuale...*, cit., p. 200. No original: “l’ammmissibilità dell’azione, così come le sue condizioni di esercizio, sono regolata dalla *lex fori*”.

pois, com efeito, se a instituição deve ser desconhecida no sistema *a quo*, não seria possível, em tese, qualificar segundo os ditames da *lex fori* já que nesse sistema a instituição jurídica inexistiria<sup>246</sup>. E mais: é difícil conceber que uma autoridade do sistema jurídico do foro possa ser retirada de sua inércia, movimentando-se recursos públicos, para que se tome uma decisão juridicamente relevante se o conteúdo do que é requerido é, ao fim e ao cabo, juridicamente irrelevante para o foro<sup>247</sup>, tanto que se constitui em uma instituição desconhecida naquele sistema.

Poder-se-ia argumentar que, de todo modo, uma decisão assim havida seria passível de homologação e execução no ordenamento jurídico estrangeiro, a cujas normas materiais se terá eventualmente recorrido para formatar a decisão judicial, o que é verdadeiro apenas em parte. Com efeito, se se insistir na aplicação da lei estrangeira e se se entender que ela ofende o princípio da ordem pública vigente no foro, a decisão afinal havida será tomada com base na lei do foro que irá, por fim, entender inexistente quaisquer regras que possam transformar o litígio. Será reconhecida a falta de interesse processual que deveria ter se configurado *a priori* apenas *a posteriori*? De outra sorte, se houver no foro normas que possam ser aplicadas por analogia ao caso trazido à decisão, será que o conteúdo desta não será tido no foro em que se pretender executá-la

246 E isso independentemente de se reconhecer caráter elástico aos objetos de conexão descritos nas normas de conflito do foro. É verdade que no caso do *trust* seria mais fácil dar-lhe enquadramento *simile à luz da lex materialis fori* brasileira. Cf.: JAUFFRET-SPINOSI. *La Convention...*, cit.; MARTINS-COSTA. *Os negócios fiduciários...*, cit.

247 Referindo-se ao princípio da efetividade, TIBURCIO. *Extensão...*, cit., p. 205, esclarece que “as hipóteses previstas são as que têm alguma ligação relevante em razão do interesse do Estado em exercer a sua jurisdição nesses casos. No âmbito do Judiciário, o referido princípio significa que um juiz deve se considerar incompetente para proferir sentença que não seja passível de produzir efeitos no foro ou em qualquer outro local”. Também quanto a esse princípio, CASSELLA, *da Faculdade de Direito*. São Paulo, v. 98, p. 564-571, 2003, p. 569: “Tratando-se de demanda cuja sentença terá obrigatoriamente efeitos em território nacional por força do domicílio do citando, interesse existe do Estado brasileiro na ação, até porque serão os bens aqui localizados do citando que poderão ser objeto de persecução ulterior. É, pelo princípio da efetividade, a jurisdição estrangeira!

como ofensiva à ordem pública daquele sistema, em terceiro grau de sua incidência<sup>248</sup>? Essa é a questão. Nesse modelo, a decisão afinal proferida será possivelmente inexecutável e nesse cenário não será melhor extinguir o processo sem julgamento de mérito desde logo, dando-se oportunidade ao autor da demanda que escolha outro foro onde sua pretensão encontre mecanismos de ser reconhecida<sup>249</sup>?

Parece-me, assim, não haver outra saída juridicamente plausível que não a de se negar seguimento, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito, ou arquivando-se o requerimento administrativo, sempre que uma parte formular em um foro qualquer (E1) um pedido fundado em valoração juridicamente inexistente no foro e que, por isso, configura-se ali como um pedido juridicamente impossível, ainda que a valoração jurídica visada exista enquanto tal em ao menos um dos demais sistemas jurídicos estrangeiros competentes (E≠1) e ainda que este sistema possa ser considerado eficaz pelas regras de conflito vigentes no foro. Uma proposta como essa fornece melhor resposta à situação aqui desenhada que aquela que deflui da abordagem tradicional da instituição desconhecida na medida em que nessa se devesse afastar a lei estrangeira aplicável — e que daria resposta jurídico-material efetiva à demanda —, submetendo a questão, em consequência, às técnicas de adaptação ou de colmatagem de lacunas, quando possível, ou, em última hipótese, ao Direito material do foro, já que naquele arcabouço a situação fática não encontra guarida justamente por se tratar de uma instituição desconhecida. A isso se voltará, com outro enfoque e argumentação, na segunda parte do livro.

248 Assim, DOLLINGER. *A evolução...*, cit.; DOLLINGER, Jacob. *Ordem pública mundial: ordem pública verdadeiramente internacional no Direito Internacional Privado*. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, n. 90, p. 205-233, abr./jun. 1986; DOLLINGER, Jacob. *A ordem pública internacional em seus diversos patamares*. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 93, n. 828, p. 33-42, out. 2004.

249 “Diante de uma demanda, o juiz deve verificar se aquela decisão que será proferida ao final do processo produzirá os efeitos almejados. Em caso negativo, o juízo deve se abster de julgar o litígio, extinguindo o processo, com base do