

Existe o problema das qualificações no Direito Internacional Privado?

EVAMAR BRITO

1. Tem suscitado as mais desencontradas opiniões entre os autores o problema das qualificações, no campo do Direito Internacional Privado. Para alguns, trata-se de mera conjectura, outros têm-no na conta de hermenêutica jurídica, enquanto uma terceira facção leva-o a sério, admitindo sua existência e oferecendo-lhe soluções. Antes, porém, por questão de método, impõe-se saber o que vem a ser qualificação.

Ninguém ignora que cada ordem jurídica é um conjunto organizado de disposições e instituições jurídicas, harmônicas e dependentes entre si, definidas e caracterizadas de certa maneira pelo legislador. A noção e caracterização de cada disposição ou instituição é o que se convencionou chamar de qualificação. Assim como as regras jurídicas divergem de um para outro ordenamento, assim também divergem as qualificações. É por isso que a noção de casamento, doação, domicílio, coisa móvel, imóvel, etc... varia de uma legislação para outra. Cada ordenamento jurídico estatal possui suas qualificações, como peculiaridades próprias. Já dizia TEIXEIRA DE FREITAS, em 1857, no seu "Esboço" de Código Civil para o Brasil, no art. 31, que "o domicílio geral será sempre um, e tal qual neste Código se caracteriza". E mais: "É proibido caracterizá-lo por disposições de leis estrangeiras".¹ Queria com isso

1. "Esboço" de Código Civil para o Brasil, de TEIXEIRA DE FREITAS, *apud Leis e Normas de Direito Internacional Privado* de Oscar Martins Gomes, 1956, pg. 436.

significar o eminente mestre patricio, que o conceito e caracterização das disposições ou instituições depende necessariamente de certo ordenamento jurídico. Em outras palavras: a qualificação é inseparável da ordem jurídica a que corresponde. Pretender dissociá-la importa em descaracterizar o instituto. E assim é, por força da autonomia das ordens estatais. Cada Estado possui suas leis e, também, as qualificações correspondentes.

Portanto, o problema da qualificação se resume em conceituar a noção, disposição ou instituição jurídica, caracterizando-a e identificando-a de tal forma a enquadrá-la exatamente no seu devido lugar, dentro de certo conjunto de normas de direito, ou seja, a ordem jurídica estatal. Procurando dar uma idéia, tanto quanto exata, do papel representado pelas qualificações, ensina o ilustre Professor AMILCAR DE CASTRO, ao fazer referência à moderna doutrina de Niboyet, que "cada Estado possui suas próprias qualificações, as quais são como acessórios implícitos do sistema, a vivificar tôdas as suas normas."² Em uma comparação um tanto grosseira, mas exata, poder-se-ia dizer que as noções, disposições e instituições jurídicas com as respectivas qualificações são como um bloco de granito, em que as qualificações representam a força que une as moléculas, e as impede de desagregar. Assim, não se pode dissociar a qualificação da respectiva disposição ou instituição, sem descaracterizá-la.

Estas considerações poderiam parecer temerárias à primeira vista, conduzindo o raciocínio a situações aparentemente embaraçosas. Uma delas seria a de que não se aplica direito estrangeiro no fórum. Pergunta-se: é procedente tal afirmativa, quando muitos autores se referem à aplicação do direito estranho?

O assunto não é novo, e tão pouco insolúvel. A expressão "aplica-se direito estrangeiro", encontrada com frequência nas

2. AMILCAR DE CASTRO, *Direito Internacional Privado*, 1956, 1º vol. pgs. 256 e 257.

obras de Direito Internacional Privado, há que ser entendida em termos, isto é, no sentido figurado em que é empregada, como tantas outras, em que é fértil êste ramo do direito. Não no sentido literal, gramatical, como poderia parecer. Trata-se de expressão consagrada pela maioria dos mestres da disciplina, com sentido definido e bastante divulgado. Efetivamente, HANS KELSEN³ e ROBERTO AGO⁴ com ela querem significar que o direito estrangeiro é incorporado ao direito nacional, enquanto CHIOVENDA,⁵ CARNELUTTI⁶ e outros pretendem dizer que é nacionalizado. Já BALLADORE PALLIERI⁷ admite que o direito estrangeiro serve apenas de modelo ao direito nacional, ao passo que HENRI BATIFFOL⁸ supõe nêle mero elemento de fato, destinado a confeccionar direito nacional.

Como se nota, a maneira de expressar varia de um autor para outro; porém, no fundo, a idéia é a mesma: o direito nacional toma emprestada, por modelo, a disposição de direito material estrangeiro. O direito estranho serve de inspiração.

3. HANS KELSEN — *Teoria General del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, 1950, pg. 256.

4. ROBERTO AGO — *Lezioni di Diritto Internazionale Privato*, 1955, pg. 52. Entre nós acompanha a orientação dêste autor italiano, o eminente Prof. AMÍLCAR DE CASTRO (ob. cit., vol. 1º, pg. 302 e seguintes).

5. CHIOVENDA — *Instituições de Direito Processual Civil*, trad. de G. Menegale, 1943, vol. II, pág. 57.

6. CARNELUTTI — *Teoria General del Derecho*, trad. de Carlos G. Posada, 1941, pg. 131. Esta é a orientação da Escola de Yale, com Lorenzen e Cook.

7. BALLADORE PALLIERI — *Diritto Internazionale Privato*, 1950, pgs. 23 e seguintes.

8. HENRI BATIFFOL — *Traité Elementaire de Droit International Privé*, pgs. 381 e seguintes. A teoria de Beale (Escola de Havard) defende ponto-de-vista parecido, supondo que o direito, uma vez criado pela lei, torna-se um fato, que pode servir na confecção de outro direito (PROSPERO FEDOZZI, *Il Diritto Internazionale Privato*, 1939, pg. 167). Todavia, há inúmeros autores, como SANTI ROMANO, EMÍLIO BETTI, A. PILLET, e, geralmente os chamados internacionalistas, que consideram o direito estrangeiro aplicável, como direito competente, "ex próprio vigore".

Funciona como fonte, como bem ensinou SAVIGNY,⁹ e não como direito em sentido próprio, “ex próprio vigore”.

A rigor, jamais se aplica direito estrangeiro no Forum, dado a autonomia e independência das ordens jurídicas estatais. É nesse sentido, portanto, que se deve entender a expressão “aplica-se direito estrangeiro”.¹⁰ Feita esta digressão esclarecedora e necessária, voltemos ao assunto que nos interessa.

2. FRANZ KAHN e ETIENNE BARTIN são dois eminentes mestres que se interessaram pelo problema das qualificações no campo do Direito Internacional Privado. Não só o admitiram, mas procuraram equacioná-lo.

Em 1891, o primeiro propôs que a solução fôsse dada pela “lex fori”, pura e simplesmente.¹¹ Esta opinião conduz, na prática, à tese dos que pensam que o problema não existe. Com efeito, diante de uma questão de Direito Internacional Privado, ao Juíz só fica uma alternativa: aplicar as qualifica-

9. Diz SAVIGNY: “Relativamente à doutrina da soberania, esta idéia (da comunidade do direito) apresenta-se como um acôrdo amigável entre Estados, que passam a admitir leis originariamente estranhas, como fontes de direito, onde seus tribunais devem buscar fundamento para decidir certas questões (M.F.C. DE SAVIGNY, *Sistema Del Derecho Romano Actual*, trad. de Jacinto Mesia e Manuel Poley, 2ª ed., Madrid, vol. VI, pg. 136). Evidentemente, com a palavra fonte, o autor alemão quis significar fonte histórica, inspiração, modelo, paradigma. Esta é a interpretação a que nos conduzem outras passagens de sua obra.

10. Como veremos, é uma das razões, pela qual o forum não está obrigado a adotar a qualificação estrangeira, já que o direito estrangeiro é apenas imitado, tomando-se dêle só o conteúdo da disposição-material, a que se refere a norma de Direito Internacional Privado.

11. Entre nós, parece que segue esta diretriz o professor AMÍLCAR DE CASTRO. Com efeito, diz êle: “lógicamente, em boa doutrina, as qualificações não podem ser outras senão as do forum. É certo que o direito não anda necessariamente prêso à lógica, mas às conveniências sociais, à Justiça, à utilidade; entretanto, no silêncio da lei, não se deve admitir a prevalência da qualificação estranha, porque precisamente êsses motivos que informam a regra jurídica é que aconselham a manutenção da qualificação indígena na imitação do direito estranho”. (Ob. cit., vol. I, pg. 272).

ções do direito de seu país, sem se preocupar, em qualquer momento, com as qualificações estranhas.

ETIENNE BARTIN foi mais longe. Supôs a existência daquilo que denominou conflitos de qualificação. Para êle, as qualificações do forum divergem, com frequência, das estrangeiras, dando lugar ao aparecimento dos chamados conflitos de qualificação. Em que consistiria tais conflitos? Na maneira diferente pela qual as ordens jurídicas conceituam, caracterizam e classificam as noções e instituições jurídicas. Em outras palavras, na natureza diversa das instituições de uma para outra legislação.

Ao analisar a teoria de SAVIGNY, com vistas à melhoria do direito francês, Bartin impressionou-se com o princípio da “comunidade do direito entre os povos” e com a idéia da “sede (sitz) da relação jurídica”.¹² Pretendeu desta idéia extrair duas concepções mestras, aproveitáveis no direito de sua pátria, a saber: nova distinção e classificação das diferentes relações de direito, e a determinação da lei aplicável à relação, mediante o exame de sua natureza própria. Admitindo estas consequências, divergiu de Savigny, entretanto, quanto à forma de descobrir a natureza da relação. No entender de SAVIGNY, informa o autor francês, há que ser pesquisada no Direito Romano, sem contestação; portanto, é a mesma para tôdas as legislações que têm origem comum. Porém, desejamos diferente, afirma, eis que não limitamos as regras de conflito só às Nações que formam a Comunidade do Direito, e tão pouco as construimos em função da análise do Direito Romano. Preferimos buscar a natureza da relação no nosso próprio sistema jurídico, em função de nossa legislação. Abandonamos, portanto, o princípio da unidade a que pretendia chegar o mestre alemão.¹³

Ao nosso ver, daí deve ter surgido ao espírito perspicaz do jurista francês o problema das qualificações no Direito In-

12. M.F.C. DE SAVIGNY, ob. cit., vol. VI, pg. 136 e seguintes.

13. ETIENNE BARTIN — *Principes de Droit International Privé*, pgs. 163 a 165.

ternacional Privado. Efetivamente, impugnando aquela unidade, a que pretendia chegar SAVIGNY (a seu ver) impunha-se explicar, então, de que modo deveria ser revelada a natureza da relação jurídica. Ora, essa natureza envolve um problema de qualificação, já que se trata de verificar qual o ordenamento que vai fornecer o conceito e características das noções, disposições e instituições jurídicas. Eis o problema.

Para ETIENNE BARTIN, a solução deveria ser fornecida pelo direito de sua pátria — a França, portanto a “lex fori”, e não o direito romano, ou qualquer outro direito estrangeiro. Foi a regra que estabeleceu. Abriu-lhe uma exceção, entretanto, relativamente à qualificação dos bens, para os quais recomendou o direito da situação, isto é, a “lex rei sitae”.¹⁴

A tese exposta e defendida por ETIENNE BARTIN ficou conhecida como a teoria clássica das qualificações. Veio a ser admitida por grande parte da doutrina. Apoiaram-na, entre outros, A. PILLET, NIBOYET, SAVATIER, BATIFFOL e LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.¹⁵

3. Todavia, eminentes tratadistas pretenderam solucionar de maneira diferente o problema. Consoante a orientação que advogam, podem ser separados em três grupos:¹⁶

14. ETIENNE BARTIN — *Principes de Droit International Privé*, pg. 236.

15. A. PILLET — *Principes de Droit International Privé*, 1906, pgs. 81, 98, 104 e seguintes; J. P. NIBOYET, *Cours de Droit International Privé Français*, 2ª ed., 1949, pg. 456; R. SAVATIER, *Cours de Droit International Privé*, 1953, pg. 252 e seguintes; H. BATIFFOL, ob. cit., pg. 342; e, LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, *Precis de Droit International Privé*, 1937, pg. 285.

16. Acêrca dessa diretrizes doutrinárias veja M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, trad. de José Rovira y Ermengol, 1936, pg. 89 e seguintes; A. NUSSBAUM, *Principios de Derecho Internacional Privado*, trad. castellana, 1947, pg. 93 e seguintes; GAMA E SILVA (L. Antônio), *A Ordem Pública em Direito Internacional Privado*, 1944; AMÍLCAR DE CASTRO, ob. cit., vol. I, pg. 247 e seguintes; e WILSON DE S. CAMPOS BATALHA, *Tratado Elementar de Direito Internacional Privado*, vol. I, pg. 85 e seguintes.

a) Ao primeiro grupo pertencem DESPAGNET, M. WOLFF, PACCHIONI e outros, que são de opinião que as qualificações devem ser fornecidas pela "lex causae", isto é, pelo direito material indicado pela norma de direito internacional privado. Excetua o conceito de conexão, dado pelo direito do forum ("lex fori").

b) Há autores que distinguem dois momentos de qualificação na questão de Direito Internacional Privado: na escolha da norma, para o qual recomendam as qualificações do forum ("lex fori"); e, na aplicação do direito material (nacional ou estrangeiro) indicado pela referida norma, propõem a "lex causae", isto é, a qualificação é fornecida pelo direito material considerado competente. É a opinião de ERNST RABEL, CHESHIRE, ROBERTSON, E. FRANKENSTEIN, NEUMER, VIGNY, GAMA E SILVA e outros. Conquanto apresentem sua opinião sob forma diferente, e usando denominações diversas para os dois momentos de qualificação, substancialmente não divergem: há sempre uma qualificação primária ou do fato, dada pela "lex fori", e outra secundária ou do fundo, do efeito, fornecida pela "lex causae".

c) O terceiro grupo é mais minucioso. Pretende encontrar na questão sujeita à nossa disciplina três momentos de qualificação: 1º — da relação ou situação jurídica, para o qual recomenda a "lex fori"; 2º — da circunstância de conexão, para o qual indica também a "lex fori" e, finalmente; 3º — da qualificação do direito material (nacional ou estrangeiro) indicado pela norma de Direito Internacional Privado, fornecida pela "lex causae". Esta é a tese defendida por HANS LEWALD, A. NUSSBAUM, PROSPERO FEDOZZI, ROBERTO AGO, RICCARDO MONACO e outros. Dêstes, alguns preferem considerar os dois primeiros momentos de qualificação como um só, denominado-qualificação de competência, enquanto que, ao outro chamam de qualificação de mérito. Para ROBERTO AGO, esta última fase não passa de mera interpretação da disposição do direito material indicado pela norma de Direito Internacional Privado.

4. Em posição diametralmente oposta encontra-se forte corrente de idéias, que nem ao menos se ocupa com o problema das qualificações, seja porque entende que êle não existe, seja porque supõe tratar-se de mera interpretação de textos legais.¹⁷ Partem da consideração de que as ordens jurídicas estatais são autônomas. Em consequência, podem livremente estabelecer suas leis, e assim também, com a mesma liderdade, impôr as qualificações respectivas. Na verdade, o discutido problema das qualificações não passa de um mal entendido, de miragem que é necessário afastar.

Na nossa opinião só existe em princípio; na realidade não existe. Explicamos: aquilo de que se trata, é simplesmente de bem aplicar os princípios do Direito Internacional Privado. Ao nosso ver, foi essa razão que levou SAVIGNY, cuja doutrina constitui ainda o alicerce em que se apoia a ciência moderna do Direito Internacional Privado, a não cuidar de tal problema.

Efetivamente, em qualquer ordenamento jurídico as qualificações, se por um lado, constituem o acessório do sistema, retratam, por outro, peculiaridades de certo setor estatal — o direito. Em outras palavras: cada Estado conceitua, caracteriza e classifica as noções e instituições jurídicas a seu modo, segundo suas conveniências e, na conformidade de sua tradição jurídica e da realidade social. Por êsse motivo, diferem as qualificações de uma legislação para outra. E nenhum Estado está obrigado a abandonar as próprias qualificações, para adotar as estranhas. Elas imprimem um caráter peculiar e distintivo ao direito de cada país; o que distingue um sistema jurídico de outro são as qualificações. Se tôdas as legislações qualificassem do mesmo modo as noções, disposições e instituições, continuariam existindo inúmeras ordens jurídicas, porém absolutamente idênticas.

Teríamos chegado ao sonhado e impossível direito universal. Em consequência, não haveria mais razão de ser do Direito Internacional Privado. Segue-se daí, que as qualifica-

17. Seguem esta orientação, entre outros, P. ARMINJON e JÚLIO DIENA.

ções, servindo para estruturar o direito de cada povo, constituem peculiaridades que lhe são próprias, princípios de ordem pública interna, parte da ordem pública internacional. Portanto, rigorosamente imperativos por natureza, exclusivos, dada sua função de caracterizar e identificar o direito de cada povo.¹⁸

5. Ora, o problema da ordem pública internacional deita raízes fundas na nossa disciplina. Desde os estatutários, que não o conheceram, mas em cuja doutrina vamos encontrar o seu germe, através dos estatutos odiosos de Bartolus, procura-se afastar o direito, atos, fatos e decisões estrangeiras que se oponham à Ordem Pública Internacional do forum. O direito francês, mais tarde, procurou dar corpo a esta idéia, consagrando-a no art. 3º, alínea 1ª do Código Civil de Napoleão (1804).¹⁹ Finalmente, SAVIGNY deu-lhes contornos definitivos, definindo e entrosando-a dentro de sua doutrina, ao mesmo tempo em que a elevou à categoria de um dos postulados fundamentais. A importante função que desempenha, como bem se recorda, consiste em cortar efeitos à aplicação do direito estrangeiro, quando atentatório aos princípios e regras legais que, dadas certas idéias particulares, admitidas em determinado país, são consideradas como respeitantes aos interesses essenciais desse país.

Como as qualificações, ao nosso ver, constituem parte dessa ordem pública internacional de cada Estado, segue-se que são exclusivas, isto é, não podem ser substituídas pelas estranhas.

18. Ensina DESPAGNET que a Ordem Pública Internacional é "l'ensemble des règles légales qui, étant données les idées particulières admises dans tel pays déterminé, son considérées comme touchant aux intérêts essentiels de ce pays". AMÍLCAR DE CASTRO aceita a definição, substituindo, entretanto, as palavras "regles légales" por "principes". (Apud, AMÍLCAR DE CASTRO, ob. cit., vol. I, pgs. 329 e 330).

19. Código de Napoleão, art. 3º, alínea 1ª: "Les lois de police et sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire." Também o art. 6º faz alusão à ordem pública e aos bons costumes, dizendo que não podem ser violados por pactos particulares.

São preceitos imperativos de organização do direito estatal, portanto, sempre fornecidos pela "lex fori". Em suma, não se pode adotar qualificações estrangeiras no forum, em razão do princípio da ordem pública internacional que as afasta sempre. Por êste motivo dizíamos, que o problema das qualificações só existe em princípio, em tese; mas na prática, na realidade não existe.

Como se vê, chegamos à mesma conclusão dos autores que ignoram o problema, por suporem a inexistência das qualificações no campo do direito internacional privado. Todavia, as razões em que nos baseamos são outras. Na verdade, partem êles do conceito de soberania, da autonomia das ordens estatais. Ora, a doutrina moderna desde SAVIGNY já demonstrou a impossibilidade de raciocinar em termos de soberania, em matéria de Direito Internacional Privado, dado o exclusivismo do conceito que o vocábulo encerra. Em consequência, devemos buscar outros dados. Coerente com nossa posição doutrinária, tomamos como fundamento de nosso ponto de vista o princípio da ordem pública internacional. Esta solução tem o mérito, ademais, de não atritar com outros postulados da ciência moderna do Direito Internacional Privado.