

O PROBLEMA DAS QUALIFICAÇÕES

AMILCAR DE CASTRO

1 — A palavra DIREITO, ainda em sentido técnico, é equívoca; e um dos significados com que freqüentemente aparece é o de *normas de apreciação dos fatos*, legisladas ou jurisprudenciais; Normas que devem ser observadas pelos juizes, ou autoridades competentes para oficialmente apreciar a conduta das pessoas. Neste sentido, a totalidade das regras pelas quais são juridicamente avaliadas ou julgadas as relações sociais dos membros de uma comunidade é o que se chama *ordem jurídica*, ou *sistema jurídico*. Ordem, ou sistema, porque CONJUNTO ORGANIZADO de disposições, de regras, de normas de apreciação, dependentes entre si, como partes solidárias de um tódo específico. A ordem se compõe de instituições, enquanto estas se formam de disposições particulares; mas nem as disposições, nem as instituições são desconexas; todas se agrupam e se classificam em ordem, daí provindo a denominação: ordem jurídica, sistema jurídico. De tal sorte, todo o direito objetivo se encontra CLASSIFICADO. No direito civil, por exemplo, em setores diversos se reúnem as normas referentes ao direito de família, ao direito das coisas, ao direito das obrigações e ao direito das sucessões. E ainda em cada um desses setores as regras particulares se agrupam e se distinguem, sendo umas referentes ao casamento ou ao pátrio poder; outras ao condomínio ou ao usocapião; outras à compra e venda ou à doação; outras à sucessão testamentária ou à ordem de vocação hereditária. Em direito comercial, e em direito industrial, o mesmo acontece. E há sempre *interdependência* a reunir todas as instituições e todas as normas, como partes solidárias, que são, do mesmo conjunto específico: A ORDEM JURÍDICA.

Ora, as disposições de direito internacional privado, partes componentes de uma ordem jurídica, também se encontram CLASSIFICADAS. Em nosso sistema, por exemplo, no setor do direito civil, se agrupam e se distinguem em disposições referentes ao direito de família, ao direito das coisas, ao direito das obrigações, ao direito das sucessões. E quase sempre sucede que, para cada uma dessas categorias, se encontram estabelecidas diferentes circunstâncias de conexão. Assim, em nossa Lei de Introdução ao Código Civil, o art. 7 regula a observância de regras do direito *de familia*,

estabelecendo como circunstância de conexão o *domicílio*; o art. 8 rege disposições do direito *das coisas*, mantendo como elementos de conexão o *domicílio* e o *lugar de situação dos bens*; o art. 9 predomina sobre normas de direito *das obrigações*, com as circunstâncias de conexão do *lugar onde a obrigação se constituiu* e do *lugar em que residir o proponente*; e o art. 10 governa disposições do direito *das sucessões*, já as circunstâncias de conexão são o *domicílio* e a *nacionalidade*. Por conseguinte, quando se tem de resolver questão de direito internacional privado, antes de tudo se deve saber com segurança em qual dessas categorias se vai encontrar o necessário elemento de conexão, já que êste difere de uma para outra.

E nessa escolha da norma de direito internacional privado se enquadra o problema da *qualificação* da instituição jurídica, imposto pela CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO. Se se houver de fazer no Brasil, por exemplo, uma doação *causa-mortis* que, por algum de seus elementos, esteja em contato com meio social estranho, será preciso preliminarmente resolver se a norma de direito internacional privado que vai funcionar é a que se refere às *sucessões*, ou a que se refere às *obrigações*. E para isso se resolver será necessário que antes seja decidido se, NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA, essa instituição denominada doação *causa-mortis* é de direito das obrigações, ou de direito das sucessões.

2 — Na maioria dos compêndios, essa questão, que não é de direito internacional privado, se encontra muito confundida, por não ser convenientemente separada de outras semelhantes, que lhe são paralelas, e que também não são de direito internacional privado.

É que, de uma para outra jurisdição, nem sempre têm a mesma natureza e a mesma classificação as instituições e as normas de *direito primário*. Assim, por exemplo, a doação *causa-mortis* pode numa jurisdição ser qualificada como direito das sucessões e noutra como direito das obrigações. O arrendamento em certas jurisdições é considerado direito *real*, noutras direito *pessoal*. Os direitos patrimoniais da mulher casada, ao se dissolver o casamento por morte do marido, são regulados aqui pelo direito *de família*, ali pelo direito *das sucessões*. A outorga uxoria, em fiança, pode ser caracterizada como condição de *capacidade* por uma ordem jurídica, e como questão pertinente aos *efeitos das obrigações* por outra. Em caso de herança jacente, aqui se entende que o Estado a recolhe na qualidade de *herdeiro*, acolá a título de *ocupação*. A prescrição extintiva pode ser vista numa jurisdição como instituto de direito *privado*, noutra como instituição de direito *processual*. Ora, dadas essas e outras divergências de qualificação das instituições jurídicas, quando se vai imitar direito primário es-

tranho ao *forum*, pode surgir a questão de saber qual das duas qualificações deve prevalecer: se a que é mantida pelo *ius indigenum*, ou a que é sustentada pelo *ius extraneum*. Mas é preciso ver bem que aqui já não se está tratando de escolher disposição de direito internacional privado, ou de encontrar circunstância de conexão para auxiliar a apreciação do fato anormal, nem se está tratando mais de saber qual seja o direito primário observável, e sim já se está tratando DE APRECIAR O FATO PELO DIREITO PRIMÁRIO, precisamente porque a norma de direito internacional privado já *funcionou*. O de que se está tratando, pois, não é de escolher, nem de observar norma indígena de direito internacional privado, mas apenas de imitar tão perfeitamente quanto possível o modelo (*ius extraneum*), ou de observar o direito primário indígena, conforme à disposição da norma de direito internacional privado, que já foi escolhida e já *funcionou*.

Além disso, pode também acontecer que uma pessoa, em jurisdição estranha, haja adquirido direito com base em instituição jurídica inexistente no *forum*, e pretenda no *forum* se prevalecer dos efeitos internacionais do direito adquirido, surgindo, então, a questão de saber se deve, ou não, ser mantida a qualificação da instituição estranha; ou se pode esta ser convertida noutra, como por exemplo o divórcio em desquite; questões essas que também não são de direito internacional privado.

Vê-se assim que o problema das qualificações se apresenta sob formas diversas, em momentos e esferas diferentes, e porisso mesmo não pode deixar de ser tratado diferentemente.

3 — A qualificação é sempre a característica de uma instituição, de um conceito, de uma noção jurídica, a impor observância de regras correspondentes a determinado setor da ordem jurídica, e por isso mesmo pode divergir de uma para outra jurisdição. É invariavelmente pressuposto de aplicação *do direito*, como a clave que se coloca no princípio da pauta musical para fixar a posição das notas e lhes determinar a entoação. Assim como as notas musicais podem ser governadas pela clave de sol, de fá, ou de dó, assim também as noções, os conceitos, as instituições jurídicas, de uma para outra jurisdição, podem ser dominados por qualificações diferentes.

A qualificação é sempre *questão preliminar* da observância *do direito*. E se as regras de direito internacional privado estão presas à circunstâncias de conexão diferentes, evidentemente não se pode aplicar qualquer delas, a esmo; e da qualificação depende a escolha. O problema da qualificação surge sempre *antes* de ser escolhida a norma de direito internacional privado. Vale dizer: para se observar qualquer norma de direito internacional privado,

deve-se antes fixar a qualificação da instituição, da noção, do conceito jurídico que vai ser utilizado.

A divergência de qualificações de direito *primário* é questão *anterior* à imitação do direito primário estrangeiro, mas sempre *ulterior* à observância da norma de direito internacional privado, o que deve bastar para mostrar que não se trata de questão de direito internacional privado.

Afinal, a divergência de qualificações do direito adquirido no estrangeiro é também, no *forum*, questão a ser resolvida preliminarmente ao reconhecimento de seus efeitos internacionais.

Fica, assim, bem claro que a diferença de qualificações das normas de direito internacional privado são notadas diante *da mesma ordem jurídica (ius fori)*, enquanto a diferença de qualificações dos direitos primários e dos direitos adquiridos no estrangeiro só podem ser notadas diante *de duas ordens jurídicas*, ou entre ordens jurídicas *diferentes*.

Posto que, de uma para outra jurisdição, possa haver diferença de qualificação das instituições, dos conceitos e das noções jurídicas, não pode haver CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO, relativamente à aplicação das normas de direito internacional privado, desde que é princípio dominante da matéria que cada jurisdição autônoma possui o seu próprio sistema de direito internacional privado E ESSE SISTEMA SÓ É UTILIZADO COM SUAS PRÓPRIAS QUALIFICAÇÕES. Por outras palavras: assim como não pode haver conflitos de segundo grau, não pode também haver conflitos de qualificação atinentes às disposições de direito internacional privado. E as diferenças de qualificação do direito *primário*, entre uma e outra jurisdição, são notadas depois de indicado, depois de fixado definitivamente, depois de provado e de bem conhecido, o direito estrangeiro que vai ser imitado. Veja-se que as normas de direito internacional privado, que funcionaram na indicação de direito primário estrangeiro, não se destinam a alterar as qualificações desse direito: seja qual for a qualificação do *ius extraneum*, a qualificação, e conseqüentemente também a circunstância de conexão, adotada pelo direito internacional privado indígena, NÃO SE ALTERAM. Vale dizer: as qualificações do *forum* e as qualificações da jurisdição estrangeira não se prejudicam, porque são inteiramente independentes. Nem podia deixar de ser assim, de vez que são características de ordens jurídicas autônomas.

Quando se considera a qualificação, para tratar da *escolha* da norma de direito internacional privado aplicável ao fato anormal, o problema é apenas *de aplicação* da norma de direito internacional privado; e não pode haver divergência de qualificação porque só uma pode ser dada *pela ordem jurídica indígena*.

Quando se considera a qualificação, para tratar *de imitar direito primário* indicado pela norma internacional privado, o problema é apenas de observância de direito primário bem conhecido e bem interpretado, pois o que embaraça a imitação da norma de direito primário não é o seu sentido, mas a sua natureza e conseqüente classificação; e a divergência das qualificações é notada entre normas de ordens jurídicas autônomas (indígena e alienígena), as quais reciprocamente não se alteram.

E quando se trata de proteger direito adquirido na ordem internacional, a questão é de saber se pode ser mantida a qualificação estranha, ou se à instituição estranha, ou conceito jurídico estrangeiro, se deve impor outra qualificação dada pela ordem jurídica indígena.

Chega-se, assim, à conclusão de que a qualificação das instituições e dos conceitos jurídicos é sempre problema *de aplicação do direito*, que não pertence ao objeto do direito internacional privado, nem ao objeto do direito primário, mas à organização das regras, das normas de direito de cada jurisdição. Não é matéria de direito internacional privado: é pressuposto de validade da solução jurídica, ditado, não pelo direito internacional privado, mas pela ordem jurídica de que é parte o direito internacional privado. E a êste, como será visto oportunamente, nem ao menos compete desfazer divergências de qualificação.

ARMINJON sustenta que “as regras de qualificação são estranhas ao direito internacional privado, não se confundem com as regras de conexão e as dominam, neste sentido que a qualificação deve sempre *proceder à conexão*” (1); e Júlio Diena vai ao ponto de dizer que “a teoria das qualificações não é indispensável a quem estude os princípios fundamentais de direito internacional privado” (2). Lições perfeitas porque, para a escolha da norma de direito internacional privado *nunca* se toma em consideração qualificação mantida por ordem jurídica estranha. Relativamente às qualificações contempladas como pressuposto de aplicação das normas *de direito internacional privado*, não podem funcionar essas mesmas normas, porque unicamente são tomadas em consideração as qualificações da ordem jurídica mantida pelo *forum*. Relativamente às qualificações contempladas como pressuposto de aplicação do *direito primário*, no silêncio da lei indígena, *nunca* são diferentes das que serviram na escolha da norma de

(1) PIERRE ARMINJON — *Précis de Droit International Privé*, vol. I, pág. 126.

(2) JÚLIO DIENA — *Diritto Internazionale Privato*, pág. 81-83, apud Eduardo ESPÍNOLA e Eduardo ESPÍNOLA FILHO, *Tratado de Direito Civil Brasileiro*, vol. VII, pág. 631.

direito internacional privado. E com relação ao efeito internacional dos direitos adquiridos pode às vezes, e deve, ser mantida a qualificação estrangeira.

E' certo que, depois de escolhida a norma de direito internacional privado, e de indicado o direito estranho a ser imitado, pode surgir a divergência de qualificações do direito primário *indigenum e extraneum* como resíduo incômodo a embaraçar a perfeita imitação do direito estranho, e cumpre remover o embaraço; mas essa divergência de qualificações *não é conflito de direito complementar*, dependente da indicação do direito primário *já definitivamente estabelecida*.

Certos autores, obcecados pela idéia de "conflito de direito", chamam à essa divergência "conflitos de qualificação"; e outros incidem em duplo engano de pretender enxergar, além desses supostos conflitos de *qualificação*, também conflitos de *instituição*, quando não existem, nem podem existir, tais *conflitos* desnecessariamente imaginados. Sendo as ordens jurídicas *diferentes*, é claro que algumas podem conter instituições que noutras não se encontram, como, por exemplo, acontece com a adoção, a hipoteca judicial, a hipoteca sobre móveis, a falência dos civis, o divórcio, o desquite amigável, o domicílio do direito inglês, o *tort sine damno* do direito americano, ou o *kolkhoz* russo. A isso é que denominam "conflito de instituições". Mas, nesse caso, se a instituição existe numa jurisdição, e não existe noutra, o que apenas se tem a verificar no *forum* é se pode ser protegida pelos tribunais a instituição desconhecida, questão esta que não é de direito internacional privado, mas de efeito internacional de direitos adquiridos. E o que a melhor doutrina tem assentado, desde SAVIGNY, é que, não existindo a instituição no *forum*, aí é como se não existisse no mundo. Na opinião de MACHADO VILELA, seria reconhecer aos estrangeiros mais direitos que aos nacionais, admitir-se instituição desconhecida, o que não é concebível, razão pela qual no *forum* não se deve proteger instituição estranha.

Mas aqui um esclarecimento se torna necessário: pode haver instituições em jurisdição estranha que no *forum* não encontrem semelhante, como, por exemplo, o *kolkhoz* russo na jurisdição brasileira: e pode haver no *forum* instituição nalguma coisa semelhante a instituição estranha, como, por exemplo, no Brasil a falência *dos comerciantes*, que é nalguma coisa parecida com a falência *dos civis*, existente em jurisdição estranha. Outras vezes, pelo mesmo nome são designadas instituições muito diferentes; e vezes outras a mesma instituição é designada por nomes muito diferentes. Diante disso, costumam salientar os tratadistas que, para se declarar desprotegida, por inexistente no *forum*, é preciso que a instituição,

na ordem jurídica indígena, nenhuma outra encontre da mesma essência: divergências aparentes, ou apenas de nome, não bastam para se negar existência à instituição; o que, na verdade, tem grande importância porque, para fim de se reconhecer efeito a direitos internacionalmente adquiridos, a noção que se tem de uma instituição não pode ser a mesma que é fornecida pela ordem jurídica indígena. Assim, por exemplo, a noção de casamento, EM SE TRATANDO DE EFEITO INTERNACIONAL DE DIREITO ADQUIRIDO, deve ser a mais ampla possível, compreendendo qualquer vínculo jurídico que prende um homem a uma mulher, para constituir família, *seja qual fôr a sua forma, sejam quais forem seus efeitos*, pois só assim a noção de *casamento* poderá abranger “desde o casamento católico até o matrimônio soviético, inclusive o poligâmico” (3).

Do mesmo modo, o testamento, para o fim de ser reconhecido efeito internacional a direito adquirido, deve ser qualquer disposição de bens para vigorar após a morte do disponente, seja qual fôr a sua forma, sejam quais forem seus efeitos. De outra sorte, quando fôsse apresentado a juiz brasileiro testamento *judicial* de brasileiro feito na Rumânia, esse juiz nem ao menos teria base para declará-lo nulo, ou válido, porque não poderia tê-lo como testamento, se houvesse de apreciá-lo pelo direito civil brasileiro, onde não se encontra testamento *judicial*. Para o efeito de reconhecimento internacional de direitos adquiridos, as instituições consistem no que possa haver de constante a seu respeito, em tôda parte; vale dizer: é um *abstractum* de tôdas as instituições congêneres imagináveis.

E quando a instituição existe em jurisdição estranha, e não há no *forum* instituição semelhante, não se pode falar em “conflito de instituições”, quando nada porque não poderá haver *conflito* entre o que existe e o que não existe; e quando no *forum* existe instituição diferente, mas nalguma coisa parecida com instituição estranha, também não existe *conflito de qualificações*, quando nada porque as qualificações desta e daquela instituição *são dadas por ordens jurídicas diferentes*, e cada qualificação só existe diante de uma ordem jurídica. Seja na esfera do direito primário, seja no domínio do direito internacional privado, seja na extensão dos efeitos internacionais dos direitos adquiridos, não há, nem pode haver, conflitos de instituição, nem de qualificação.

Diante da divergência de qualificações entre várias ordens jurídicas, o de que se trata é apenas de saber qual a qualificação

(3) Martin WOLFF — *Derecho Internacional Privado*, p. 94.

que deve prevalecer, na escolha da norma de direito internacional privado, na imitação do direito estranho, ou no reconhecimento de efeito internacional aos direitos adquiridos. E em qualquer desses três momentos o problema das qualificações nada tem a ver com direito internacional privado: é assunto inteiramente estranho a esta disciplina.

4 — Este, hoje tão tormentoso, problema das qualificações foi entrevisto por FROLAND, na primeira metade do século XVIII; aquêlê arguto estatutário o mencionou vagamente, e não cuidou de solucioná-lo (4). Mais tarde outros estatutários francêss o examinaram ligeiramente (BOULLENOIS, MERLIN, MAILHER DE CHASSAT). Em 1857, o nosso grande jurisconsulto TEIXEIRA DE FREITAS o defrontou, estabelecendo no art. 31 do Esbôço que o domicílio geral “seria sempre um E TAL QUAL NAQUELE CÓDIGO SE CARACTERIZAVA” e que “era proibido caracterizá-lo por disposições de leis estrangeiras”, dizendo mesmo que sendo o domicílio “critério para determinar a aplicação das leis daquele Código, nas hipóteses que êle designava”, “não se podia alegar que houvesse domicílio com caracteres diversos ESTABELECIDOS POR ALGUMA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA”. Franz KAHN, em 1891, assinalou a necessidade de se estabelecerem regras de qualificação na esfera de aplicação das regras de direito internacional privado; depois BARTIN, em 1897, também tratou do assunto; e ambos chegaram a esta mesma conclusão, de que sempre deve prevalecer a qualificação dada pelo *ius fori*. A esta regra, BARTIN abriu apenas uma exceção: a classificação dos bens em móveis e imóveis deve ser regulada pelo *ius rei sitae*.

Modernamente, NIBOYET, expondo a doutrina clássica, repete a noção fundamental de que “cada Estado possui seu próprio sistema de direito internacional privado”, para mostrar que uma das conseqüências dêsse princípio é esta que “sada Estado possui suas próprias qualificações”, as quais são acessório implícito do sistema, a vivificar tôdas as suas normas. No seu entender, quando o legislador de um Estado manda se regule a capacidade pela lei do domicílio, só êsse legislador pode dizer o que se deva entender por “capacidade” e por “domicílio”. Assim, o direito neerlandês proíbe aos neerlandêses fazer testamento ológrafo, ainda fora da Neerlândia; e por isso se um neerlandês fizer testamento ológrafo na França, aí deve êsse testamento ser considerado *nulo*, se for preliminarmente resolvido que essa proibição é questão de *capacidade*, porque na França está estabelecido pelo direito internacional

(4) Georges-René DELAUME, *Les conflits des lois à la veille du Code Civil*, pág. 50-51.

privado francês que a capacidade se regula pelo *ius patrie*, no caso o direito irlandês; entretanto, o mesmo testamento, na França deve ser tido como *válido*, se previamente for resolvido que aquela proibição é apenas questão de forma do testamento, porque no sistema francês de direito internacional privado vigora a regra *locus regit actum* (5). Vale dizer: pela doutrina clássica, deve prevalecer a qualificação dada pelo *ius fori*. No exato dizer de FEDOZZI, sendo a qualificação elemento indispensável para determinar a norma de direito internacional privado aplicável, é evidente que deve ser encontrada *na mesma ordem jurídica* a que pertençam as normas de direito internacional privado, mesmo porque “è assolutamente impossibile adottare una so illuzione diversa” (6).

FRANTZ DESPAGNET, em artigo escrito no ano de 1898, opôs embargos a essa doutrina tão razoável, sustentando que as qualificações devem ser determinadas, não pelo *ius fori*, mas pelo direito por que deva ser apreciada a relação de fato, ou seja pelo *ius causae*, e dizendo que não levar em conta a qualificação estrangeira de direito primário é o mesmo que *não aplicar* o direito estrangeiro, *como deve ser aplicado*.

MARTIN WOLFF, dando razão a DESPAGNET, considera intolerável a solução clássica, “esta solución es una solución desepurada”, não abonada por nenhuma razão intrínseca.

PRÓSPERO FEDOZZI também se enfileirou nessa corrente, dizendo que aplicar norma de direito primário estrangeiro, com base em qualificação do *ius fori*, não é absolutamente aplicar direito estrangeiro, mas criar um *monstrum*, ou qualquer coisa estranha, que não nasceu da ordem jurídica indígena, nem foi gerado pela ordem jurídica estrangeira (7).

ERNST FRANKENSTEIN reforçou a corrente, ponderando que se um holandês quizer aprender a falar francês precisa evidente-

(5) Evidentemente a questão não é de capacidade, pois não se está tratando de saber se a pessoa tem aptidão para testar. É claro que o direito neerlandês, só se refere aos que têm capacidade de testar, pois os que não a têm não podem testar por forma alguma, nem na Neerlândia, nem fora da Neerlândia.

O que se trata de saber é *por que modo*, a pessoa que tem capacidade de testar, deve manifestar sua vontade. E o direito neerlandês dispõe que os neerlandeses, ainda no estrangeiro (para que o testamento valha na Neerlândia, é claro), não podem manifestá-la por meio de testamento ológrafo. Questão de forma, portanto; mas no caso o afastamento dessa forma é condição legal de *constituição do direito de testar*, e portanto com a forma proibida o direito não existe na Neerlândia, nem nos países que adotem a nacionalidade como circunstância de conexão a respeito da constituição do direito de testar.

(6) PRÓSPERO FEDOZZI — *Il diritto internazionale privato*, pág. 186.

(7) PRÓSPERO FEDOZZI, obr. cit., pág. 195.

mente que aprenda o francês como é falado na França, e seria ridículo que pretendesse conjugar todos os verbos franceses pelo paradigma da primeira conjugação; e se na Alemanha se tivesse uma concepção alemã do direito espanhol, seria isso o mesmo que conjugar verbos espanhóis pela forma da conjugação alemã (8).

Giovanni PACCHIONI, nesse mesmo sentido, também sustenta que as qualificações se fazem, em regra, de acôrdo com o direito primário indicado pela norma de direito internacional privado, e isto porque existe relação fundamental de dependência entre a regulamentação e o conceito da relação jurídica.

Pierre ARMINJON, em sentido contrário, sustentando a doutrina clássica, e pondo as coisas em seus devidos lugares, rejeitando até o *ius rei sitae* para a qualificação dos bens, impugnou os embargos opostos por DESPAGNET; afirma que a solução proposta por êste autor encerra manifesta petição de princípio, porque, para se saber qual o direito primário aplicável precisa-se da qualificação, e portanto, sem entrar em círculo vicioso, não se pode adotar outra qualificação que não seja a do *ius fori*, para saber que direito primário deve ser observado. Assim, por exemplo, quando se vai observar qualquer direito sobre capacidade, deve-se *antes* saber com segurança que a questão é de capacidade; e não se pode procurar em direito primário estranho a noção de capacidade, sem se saber se êsse direito vai, ou não, ser observado. Ou então, outro exemplo, quando se tem de resolver se a proibição de fazer testamento ológrafo é de forma, ou de capacidade, não existe razão para se consultar em primeiro lugar o *ius indigenum*, ou o *ius extraneum*, e o primeiro que for consultado dará a qualificação; mas como sempre naturalmente é consultado o *ius fori*, deve-se daí concluir, no entender de ARMINJON, que o *ius indigenum* regulará sempre a qualificação. E essa argumentação de ARMINJON é irrecusável, sendo a questão posta nos termos em que a colocaram DESPAGNET e seus satélites.

Vários autores modernos, convencidos pelos trabalhos de Ernst RABEL, supõem que, para bem resolver a questão, o que se deve assentar é que não podem ser promiscuamente resolvidos pelas mesmas regras *dois problemas diferentes*, ou pelo menos o mesmo problema *em esferas e momentos diferentes*. Reconhecem que o ponto de partida não pode ser outro senão o *forum*, ou jurisdição onde deva ser oficialmente apreciado o fato anormal; mas entendem que é preciso distinguir, e tratar separadamente, as quali-

(8) Ernst FRANKSTEIN — *Tendances nouvelles du droit international privé*, in *Recueil des Cours*, vol. 33, pág. 316.

ficações contempladas na escolha das normas de direito internacional privado, das qualificações consideradas na observância das normas de direito primário.

As qualificações de que se utiliza o intérprete, jurista ou juiz, ao escolher norma de direito internacional privado, na suposição dessa corrente doutrinária, servem apenas para essa escolha, isto é, somente para determinar a norma de direito internacional privado que deve indicar o direito primário por que haja de ser apreciado o fato anormal. E, uma vez conhecido o direito primário indicado, se este for estranho, a qualificação adotada pela jurisdição estrangeira, ainda que diversa, pode e deve prevalecer, nada importando fôsse o direito primário estranho indicado por norma de direito internacional privado baseada em qualificação diferente. Neste sentido, se encontra, por exemplo, a doutrina inglesa de CHESHIRE, que admite uma qualificação *primária*, regulada exclusivamente pelo *ius fori*, e outra qualificação *secundária*, regulada pelo *ius causae*. A qualificação primária é utilizada na determinação da norma de direito internacional privado; a secundária na observância do direito primário indicado pela norma de direito internacional privado.

Entretanto, parece que a questão deve ser posta noutros termos.

5 — Em face do que foi até aqui exposto, pode-se afirmar que o chamado “problema das qualificações” atualmente anda tão confundido e tão desnorteante, por nem sempre ser tratado pelos doutores, diferentemente, como deve ser, em três momentos **inconfundíveis**:

- a) na escolha da norma de direito internacional privado;
- b) na imitação do direito estranho;
- c) no reconhecimento de efeito internacional de direitos adquiridos.

Sem fazer essas distinções, é impossível ver claramente quando devem, ou não, prevalecer as qualificações mantidas pela ordem jurídica do *forum*. E para estabelecer essas distinções é preciso começar por ver bem o que é qualificação.

É sabido que cada direito, cada ordem jurídica, é uma estrutura de apreciação de fatos reconstituídos. No exato dizer de Hans KELSON, “in the world of law, there is no fact *in itself*, no *absolute fact*; there are only facts ascertained by a competent organ in a proce-

“dure prescribed by law” (9). Vale dizer: qualquer relação inter-subjetiva, de conteúdo econômico, ético, ou social em geral, se diz jurídica porque em processo de acerto foi, está sendo, ou deve ser oficialmente apreciada. O que é jurídico não é o conteúdo da relação, MAS A SUA APRECIÇÃO OFICIAL. E daí poder-se dizer que o direito nada tem a ver com os fatos em si mesmos, *mas com enunciados sobre fatos*, pois cuida não do que é, mas do que *deve ser*. O mundo do direito e o mundo dos fatos estão em planos diferentes. Quando, por exemplo, falamos em *contrato* não devemos supor a existência de certa *entidade*, correspondente a essa palavra, QUE NÃO POSSA DEIXAR DE SER CONTRATO. Pelo direito é que se estabelece que determinado acôrdo deve ser visto como contrato. Contrato é noção jurídica, e não de fato. *A priori*, por exemplo, nada impede se estabeleça que o casamento seja visto como contrato, precisamente porque não há entidade “casamento”, nem entidade “contrato”, que sejam incompatíveis. Por isso mesmo, nota Norberto BOBBIO que é insolúvel, porque é destituída de sentido, a questão de saber se o casamento é, ou não, um contrato, uma vez que juridicamente tanto pode ser, como pode não ser. Tudo dependerá do que fôr estabelecido por determinado sistema jurídico, não podendo a questão, de modo algum, ser resolvida *in vacuo* (10). As questões jurídicas, sejam quais forem, não podem ser resolvidas fora do tempo e do espaço, porque não há direito absoluto, nem fatos absolutos ou que tragam em sua essência qualquer qualificação jurídica, que não possa deixar de ser respeitada pelo direito. Assim se explica como o direito pode estabelecer que uma coisa naturalmente móvel seja tratada como bem imóvel, e vice-versa. Sem dúvida, quando se legisla, têm-se em vista os fatos *in natura*; as leis são freios postos ao arbítrio dos juizes na apreciação dos fatos; e cada instituição, cada regra de direito, se destina à apreciação *de fatos de certa natureza*, mas daí não se deve ir à conclusão de que os fatos possam ter, ou adquirir *natureza jurídica*. Natureza jurídica só podem ter as instituições e as regras do direito.

Ora, não havendo jurisdição universal, não pode haver direito universal. O direito, em sociedade estruturada *em subordinação* (e atualmente só a comunidade de Estados é estruturada *em coordenação*), pressupõe existência de autoridade que o mantenha; e dada a diversidade de jurisdições autônomas, só podemos encontrar diversidade de direitos: brasileiro, inglês, francês, russo, americano, e assim por diante. A solução de qualquer questão jurídica, pois, só

(9) HANS KELSEN — *General Theory of Law and State*, p. 136.

(10) Norberto BOBBIO — *Teoria della scienza giuridica* p. 225.

pode ser dada *do ponto de vista de determinada jurisdição*, e PARA SER TIDA COMO VÁLIDA NESSA JURISDIÇÃO. Não é possível, por exemplo, resolver questão de direito do ponto de vista da jurisdição inglesa... para valer necessariamente na jurisdição italiana. Tomada como ponto de referência a jurisdição inglesa, aí necessariamente valerá a solução; e poderá valer, ou não, na jurisdição italiana, *desta unicamente dependendo tal possibilidade*.

Além disso, a resolução de qualquer questão jurídica consiste sempre em dois julgamentos sucessivos: um de existência, outro de valor, nesta ordem; é a *quaestio facti* seguida da *quaestio juris*. E, assim sendo, a ordem jurídica, o direito objetivo, ligando certas conseqüências à reconstituição oficial de certos fatos, não só pressupõe órgão que deva acertar êsses fatos em caso concreto, ou reconstituí-los oficialmente, como também presereve o processo que nessa reconstituição deve o órgão observar.

Erradamente supõem os leigos que haja fatos absolutos, imediatamente evidentes, jurídicos *per se*, ou que *per se in natura* entrem em contacto com o direito, quando o certo é que só são *juridicamente apreciados* os fatos oficialmente acertados pela autoridade competente, mediante processo regular. Pode-se mesmo dizer que a autoridade incumbida de manter a ordem jurídica *cria o fato*, com base em acontecimento preexistente. A lei, por exemplo, estabelece pena para o crime de morte, mas não há esta entidade "crime de morte", e sim só existe o crime de morte *verificado, estabelecido, CRIADO* pelo poder judiciário, com base em fato supostamente preexistente. É que o direito não se refere ao fato *in natura*, nem êste pode entrar no mundo do direito. As leis contemplam fatos ideais, e a efetivação das leis só se refere a fatos reconstituídos pelo juiz; e se entre o fato *criado* pela autoridade (*ersatz*), e o fato tal como aconteceu (*in natura*), pode haver certa distância, e o que prevalece é o fato reconstituído, ou criado, pela autoridade, o que daí se segue é que não há fatos, ou atos, *que por si mesmos sejam jurídicos*; e sim todos, sejam quais forem, *em sentido figurado* se dizem JURÍDICOS quando reconstituídos e mentalmente postos em correspondência com dada estrutura apreciativa, que é a ordem jurídica tomada como ponto de referência.

Qualificar o fato, pois, é expressão translata, e vem a ser verificar e declarar oficialmente que aos elementos com que o fato reconstituído se apresenta, corresponde determinada figura preestabelecida pela ordem jurídica em algum de seus setores, ou melhor, vem a ser eleger ou destinar determinada instituição para a apreciação do fato reconstituído. Trata-se, pois, de juízo de valor, ou de *apreciação com base em determinada ordem jurídica*.

O fato *in natura*, seja qual fôr, não traz em si, nem poderia trazer, qualquer qualificação jurídica; e persiste juridicamente desqualificado. Martin /WOLFF notou muito bem que os fatos da vida real não são juridicamente qualificados:

"Like all other rules of law rules of private International Law apply to certain given *facts*, to facts not previously touched by law, not characterized as creating some legal relationship. For only a legal system can determine whether a certain set of facts has produced any legal relationship or not, and it is for Private International law to elucidate the operative legal system in the individual case. That truism has sometimes been overlooked, and the task of Private International Law has been defined as the determination of the legal system applicable to a given *legal relationship*. As we shall see later that mistaken formula has sometimes entailed mistakes in connexion with the doctrine of classification" (11).

Não há *fatos jurídicos*. Esta expressão, tomada em sentido próprio, conteria *contradictio in adjecto*, e é só linguagem figurada. Oposto o fato ao direito, em mundos diferentes, é claro que em sentido próprio não se pode falar em *fato jurídico*. Fato jurídico é fato sujeitável (exposto) à apreciação jurídica. O fato em si mesmo não é jurídico; e sim sua apreciação é que é jurídica.

A qualificação é a diferença específica das instituições e dos conceitos jurídicos, a impedir que, em determinada ordem, sejam tomados uns pelos outros. Assim, por exemplo, o direito brasileiro, fazendo prevalecer a qualificação de sucessão na doação *causa-mortis*, impede que esta instituição, na jurisdição brasileira, seja tomada como contrato. Do mesmo modo, se o direito brasileiro impõe à instituição do arrendamento as notas características de direito pessoal, na jurisdição brasileira não se pode tratar o arrendamento como direito real. Se o direito à sucessão aberta, pela ordem jurídica brasileira é tratado como bem *imóvel*, não haverá possibilidade de ser tratado êsse direito na jurisdição brasileira como bem *móvel*.

E a respeito de fato *anormal* QUE SURJA NA JURISDIÇÃO BRASILEIRA o mesmo deve acontecer: as instituições não podem variar de qualificação PORQUE A SOLUÇÃO JURÍDICA SE DESTINA A VALER AQUI.

Não seria preciso dizer que as instituições e os conceitos jurídicos só existem com relação a determinada ordem jurídica, pelo que as instituições e conceitos estranhos ao *forum* são como se não existissem. Assim, por exemplo, atualmente no Brasil não se conhece o divórcio, a falência dos civis, nem o *kolkhoz* russo, razão pela

(11) Martin WOLFF — *Private International Law*, second edition, p. 5; Idem — *Derecho Internacional Privado*, p. 12.

qual, ao se criarem, transferirem ou extinguirem relações jurídicas na jurisdição brasileira, são como se não existissem. Entretanto, os direitos adquiridos no estrangeiro por força de qualquer dessas instituições podem ser respeitados no Brasil. Deve-se, pois, fazer distinção entre a questão de direito internacional privado, e a questão do efeito internacional dos direitos adquiridos, assunto êste que não faz parte do objeto do direito internacional privado. Como, então, pretender-se que *na constituição* de uma doação *causa-mortis* no Brasil, onde essa instituição tem caráter sucessório, se possa tratá-la, por ser anormal como direito das obrigações, ou pelo menos que não seja tratada como direito sucessório? O êrro de visão está em supor que a doação *causa-mortis* tratada como direito das *sucessões*, e a doação *causa-mortis* tratada como direito das obrigações *sejam a mesma instituição*, QUANDO SÃO DUAS: uma do direito das sucessões, outra do direito das obrigações; e na jurisdição brasileira só pode ser tomada em consideração, na escolha da norma de direito internacional privado, a que fôr mantida pela ordem jurídica brasileira. Não existe fato que, independentemente de qualquer ordem jurídica deva ser visto como doação *causa-mortis*, que é conceito do mundo do direito, e não do mundo dos fatos. *Não existe esta entidade* DOAÇÃO CAUSA-MORTIS que, em jurisdição estrangeira seja tratada como direito das obrigações, e na jurisdição brasileira seja tratada como direito das sucessões; e sim o que acontece é que a ordem jurídica estrangeira mantém no setor do direito *das obrigações* uma instituição denominada doação *causa-mortis*, enquanto a ordem jurídica brasileira mantém no setor do direito *das sucessões* outra instituição *também* denominada doação *causa-mortis*. E a disposição que alguém faça de seus bens para valer por ocasião de sua morte é fato que em jurisdição estrangeira pode ser apreciado pelas regras do direito das obrigações, enquanto no Brasil é apreciado pelas regras do setor das sucessões. Domicílio inglês e domicílio brasileiro não são a mesma instituição DOMICÍLIO, qualificada diversamente na Inglaterra e no Brasil, e sim *são duas* instituições, *dois* conceitos de direito, mantidos por ordens jurídicas diferentes; e o conceito de uma dessas ordens é como se não existisse para a outra, porque juridicamente, em relação à ordem jurídica nacional, as estrangeiras são destituídas de validade. O que acontece é que, pela mesma palavra "domicílio" se designam, na verdade, *duas instituições muito diferentes*. Domicílio inglês e domicílio brasileiro não são o mesmo fato ideal do legislador, nem o mesmo fato reconstituído do julgador.

Ora, a ordem jurídica do *forum* é precisamente estrutura destinada à apreciação de fatos reconstituídos QUE NO FORUM DEVAM SER APRECIADOS, dando a respectiva autoridade jurisdicional so-

luções válidas relativamente apenas àquela mesma ordem. E, assim sendo, no *forum* só podem ser imitadas do direito primário estrangeiro normas adaptáveis a instituições mantidas pela ordem jurídica indígena; e nunca imitadas normas estrangeiras que dêem como resultado a criação de instituição até então desconhecida no *forum*. Façamo-nos entender: há casamento brasileiro e casamento soviético; pode-se perfeitamente no Brasil imitar regras soviéticas de casamento, desde que não sejam ofensivas da ordem pública internacional brasileira. Agora, no Brasil, o casamento é instituição do direito de família; e vamos supor que o casamento na Rússia seja tratado como direito das obrigações. Se assim fôr, e se para imitar as regras russas, fôr necessário passar o casamento REALIZADO NO BRASIL do quadro do direito de família para o setor do direito das obrigações, está claro que não se poderá admitir isso no Brasil. Os casamentos realizados no Brasil só podem ser realizados como resultantes de instituição do direito de família. E daí, se as regras estrangeiras puderam ser imitadas *sem sacrifício dessa qualificação*, muito bem; se não fôr isso possível, paciência, porque não se poderá imitar regra concernente à instituição desconhecida do direito brasileiro, quando a imitação venha desfigurar a instituição brasileira.

E é preciso ver bem que no momento de se imitar direito estrangeiro não se está mais cuidando de qualificação, porque o fato, para todos os efeitos de direito, já foi definitivamente apreciado e *pósto em correspondência* com instituição mantida pela ordem jurídica do *forum*; e precisamente porisso foi que se chegou ao ponto de cuidar de imitar direito primário estrangeiro.

6 — Evidentemente, as qualificações utilizadas na escolha da norma de direito internacional privado só podem ser dadas pelo *ius fori*; e são sempre ÚNICAS em cada ordem jurídica, ou em cada jurisdição. Em sentido contrário a esta afirmação, Ernst RABEL vai ao ponto de sustentar que as qualificações de direito primário de certa ordem jurídica podem diferir das qualificações tomadas em consideração na escolha da norma de direito internacional privado *dessa mesma ordem jurídica*; e ilustrando sua afirmativa entrevê certa diferença de qualificação entre o que dispõe o Código Civil Alemão e o que dispõe a Lei de Introdução a êsse Código a respeito de regime matrimonial de bens. Mas esta doutrina é inaceitável. Em primeiro lugar, não é bem certo que haja tal divergência na ordem jurídica alemã, e se houver as soluções *legais* nem sempre são perfeitas soluções *doutrinárias*; e em segundo lugar a interdependência das normas de uma mesma ordem jurídica impõe a uniformidade de qualificações. Se o fato anormal, em caso concreto, só pode ser apreciado numa jurisdição, e por seus elementos

se encontra em contacto com o meio social indígena e com meio social estranho, evidentemente não podem ser desprezadas na escolha da norma de direito internacional privado as qualificações fornecidas pela ordem jurídica da mesma jurisdição onde se esteja constituindo, modificando, transferindo, ou extinguindo, o direito subjetivo. Não se compreende como a mesma instituição, numa mesma jurisdição, possa ter para a escolha da norma de direito internacional privado qualificação diferente da que tem para a realização do direito primário dessa mesma jurisdição, já que, em cada ordem jurídica, a função *específica* do direito internacional privado é a de *completar* ou *adequar* o direito primário indígena, onde este se mostre *in totum* ou *in partem* insuficiente ou inadequado aos fatos anormais. Nem é concebível que um mesmo tribunal, para observar o direito internacional privado do país, considere, por exemplo, uma outorga uxória em fiança como condição de capacidade, e no mesmo instante, para observar o direito primário desse mesmo país, considere a mesma outorga como questão pertinente ao efeito da obrigação. O que é certo dizer é que, na escolha de uma norma de direito internacional privado, sempre se deve levar em consideração a qualificação do direito primário indígena (*ius fori*). Neste sentido, SCHELCHER, a outro propósito, doutrinando sobre desapropriações, afirma que a Constituição é parte da ordem jurídica geral do Estado, e por isso os conceitos jurídicos de que se serve em suas disposições devem ser entendidos na mesma acepção resultante do sistema de conceitos de que se compõe a ordem jurídica reinante, não se concebendo que o direito constitucional se sirva de noção de propriedade diferente da que é dada pelo direito civil (12).

Em cada jurisdição, a instituição jurídica contemplada pelo intérprete, juriconsulto, ou juiz, não pode ter uma qualificação para ser escolhida a regra de direito internacional privado, e outra qualificação para ser observado o direito primário da mesma ordem jurídica. As qualificações de que se utiliza o direito internacional privado são sempre as mesmas de que se serve o direito primário indígena, pois as qualificações são dadas pela ordem jurídica PARA TODOS OS SEUS SETORES.

7 — Agora, relativamente à divergência de qualificações entre a ordem jurídica indígena e ordem jurídica estranha, já a questão muda de posição. Deve ser resolvida pela adoção invariável das qualificações do *forum*? Ou devem no *forum* ser adotadas qualificações estranhas? Sera, por exemplo, de conveniência irre-

(12) Schelcher *apud* Francisco Campos in Parecer publicado no "Estado de Minas" de 17 de Novembro de 1946. No mesmo sentido PROSPERO FEDOZZI — *Traктato di Diritto Internacionionale*, Vol. LV — *diritto Internazionale Privato*, p. 186

cusável a proposição do *ius loci contractus* para qualificar as obrigações, ou o *ius rei sitae* para qualificar os bens? E no silêncio da lei, poder-se-á imitar no *forum* direito estrangeiro, mantendo-se a qualificação que serviu na escolha da norma de direito internacional privado, sendo aquêlo direito proveniente de qualificação diferente? As respostas a essas perguntas dependem da concepção que se tenha do direito internacional privado.

Os que supõem que se aplica direito estrangeiro no *forum* é que propendem a aceitar como perfeitas as doutrinas de DESPAGNET e RABEL; enquanto os que entendem que o direito estrangeiro é mero fato, e que na jurisdição nacional por meio das normas de direito internacional privado, sempre se cuida de organizar *direito nacional* especial, adequado ao fato anormal, imitando às vêzes a moda estrangeira, não podem deixar de admitir como irrecusáveis as doutrinas de ARMINJON e AGO. Se todos reconhecem que a qualificação é preliminar dependente do direito que vai ser observado; se o direito observado no *forum* é sempre o indígena, ainda quando modelado em direito alienígena, claro está que invariavelmente deve prevalecer a qualificação da instituição jurídica mantida pelo *forum*. Se nunca o direito é estrangeiro ao *forum* porque o direito estrangeiro não se impõe como direito, mas é apenas imitado, ou convertido em direito nacional, como se haverá de abandonar a qualificação do *forum*, organizando direito indígena especial?

Mas ainda aquêles que supõem que o direito estrangeiro se impõe como direito ao *forum*, e como corolário disso consideram anomalia aplicar direito estrangeiro mantendo a instituição nacionalmente qualificada, não devem fugir dessa anomalia para cair noutra mais grave, que é a de, ao mesmo tempo, na mesma jurisdição, para escolher a norma de direito internacional privado ter a instituição como qualificada de um modo, e para observar o direito primário estrangeiro abandonar essa instituição por outra qualificada de outro modo. Sem dúvida, as soluções jurídicas não são necessariamente lógicas, mas é preciso não perder de vista que a solução se destina a valer principalmente no *forum*. Os autores que se batem pela qualificação estrangeira, falando em qualificação primária e secundária, partem acertadamente da idéia de que a qualificação é *inerente às disposições* de direito, E NÃO AO FATO. Não pode haver qualificação *inerente ao fato*, ou que êste presente por si mesmo, e precisamente porisso é que, de uma para outra jurisdição, ao mesmo fato podem ser destinadas instituições jurídicas diversamente qualificadas; mas na mesma jurisdição, a um só tempo, não se pode ter a mesma instituição qualificada de dois modos: seria isso o milagre do *simul esse et non esse*.

Em suma: no nosso entender, em cada jurisdição, as qualificações de direito internacional privado e de direito primário são *sempre as mesmas*, isto é, não pode haver diferença de qualificações entre um e outro setor da mesma ordem jurídica; a qualificação única, pressuposto de validade das soluções jurídicas, é mantida pela ordem jurídica, que não pode ter partes em colisão.

Agora, na imitação de direito primário estrangeiro, por força da norma indígena de direito internacional privado, ou será adotada a qualificação nacional, ou a qualificação estrangeira; e *esta só será adotada quando a lei a impuser*. No silêncio da lei, prevalecerá sempre a qualificação do *forum*, tanto para a escolha da norma de direito internacional privado, como para a imitação do direito primário estrangeiro. Logicamente, em boa doutrina, as qualificações não podiam ser outras senão as do *forum*, mas o direito não anda prêso à lógica, e porisso apenas é que pode o legislador impor a prevalência de qualificação estrangeira ao *forum*.

8 — Para bem resolver o problema das qualificações, deve-se sempre fazer nítida distinção entre as questões de direito internacional privado e de efeito internacional dos direitos adquiridos. Esta última é de solução mais fácil: “à ruptura de esponsais, contraídos em Paris, entre franceses ali domiciliados, e que ali se romperam, pelo juiz alemão que deva conhecer do caso será mantida, sem dúvida, a qualificação de ato ilícito que lhe dá o direito francês, e não o caráter de descumprimento de contrato que lhe atribui o direito alemão”. Pode-se homologar sentença estrangeira de divórcio, em país onde êste não exista, mantendo-se a qualificação estrangeira.

Maiores dificuldades se apresentam na questão de direito internacional privado; e para bem enfrentá-las deve-se ter sempre em mente que essa questão se resolve no *forum*, e a solução se destina precipuamente a valer no *forum*, razão pela qual a qualificação do *ius fori* é que, no silêncio da lei, deve sempre prevalecer, nada importando haja de ser imitado direito estrangeiro. Veja-se bem: as normas jurídicas são *classificadas* em tôdas as jurisdições; e o fato oficialmente reconstituído será pôsto em correspondência com determinada classe de normas de direito primário. Por conseguinte se é no *forum* que se toma por base essa classe de normas de direito primário para escolher a norma de direito internacional privado, a qualificação dessas normas deve persistir. Escolhida a norma de direito internacional privado, esta remeterá o intérprete, juriscônsulto ou juiz ao compartimento da ordem jurídica estrangeira *correspondente à qualificação tomada como ponto de partida*. Nada faz ao caso que na jurisdição estrangeira a instituição tenha, ou não tenha, outra qualificação, por estas duas razões:

a) porque o fato não está sendo apreciado pela jurisdição estrangeira; e

b) porque a apreciação do fato se destina a valer no *forum*, e não no estrangeiro.

No momento de observar o direito estranho, isto é, de imitar o direito estranho, não se tem mais que preocupar com qualificar a instituição jurídica já determinada para todos os efeitos, mas apenas com procurar o compartimento da ordem jurídica estranha, a que se foi remetido pelo direito internacional privado indígena. Nunca se deve esquecer que quem resolve questão de direito internacional privado não está cuidando de criar efeito internacional de direito adquirido, mesmo porque não pode saber se algum dia a parte vai, ou não, pretender se prevalecer dêsse direito no estrangeiro, nem onde irá pretender se prevalecer de tal direito.

Para os adeptos do retôno, a norma de direito internacional privado indígena faz referência à ordem jurídica estrangeira em bloco; para os adeptos da qualificação pelo *ius causae* a referência é a todo o direito primário, com a agravante de pressuporem que o fato está sendo também apreciado no estrangeiro; para os adeptos da qualificação pelo *ius fori*, o direito internacional privado indígena se refere diretamente a determinado setor da ordem jurídica estranha. E para se ver que esta última opinião é a mais certa, basta ver o que acontece na resolução de qualquer questão de direito internacional privado: começa-se por examinar o fato, como fato destituído de qualquer qualificação jurídica; logo em seguida estabelece-se que sua apreciação depende de norma encontrada em determinado compartimento do direito internacional privado indígena, e pela conexão mantida por essa norma pode-se ter, ou não, de imitar direito primário estranho. Mas que direito primário estranho? O correspondente à norma de direito internacional privado indígena é claro; e só êsse direito se deve contemplar. De tal sorte, não há razão para se observar a qualificação estrangeira, uma vez que o caso não está sendo resolvido do ponto de vista da jurisdição estrangeira, nem a solução está sendo dada para valer na jurisdição estrangeira, e sim para valer no *forum*. Por exemplo: apresentado no *forum* um fato anormal que se supõe deva ser apreciado pelas regras da doação *causa-mortis*, deve-se começar por ver como esta instituição é qualificada no *forum*; e pela qualificação do *forum* se verifica que a doação *causa-mortis* está no setor do direito das sucessões. No compartimento do direito internacional privado indígena destinado ao direito de sucessão encontra-se norma que manda imitar direito estrangeiro. Que direito estrangeiro? Direito das sucessões, evidentemente. Pode então acontecer que na ordem jurídica estrangeira não se encontre a doação *causa-mortis* no setor do direito das

sucessões, mas no setor do direito das obrigações. Nesse caso, a instituição brasileira de direito das sucessões doação *causa mortis* não corresponde outra instituição estrangeira de direito das sucessões; haverá na ordem jurídica estrangeira outra instituição, de direito das obrigações, com o mesmo nome : doação *causa-mortis*". E pode também acontecer que na jurisdição estrangeira não se encontre instituição denominada "doação *causa-mortis*" em nenhum setor da ordem jurídica, caso em que nem ao menos haverá possibilidade de ser adotada qualificação estrangeira.

O certo é que a norma de direito internacional privado não se destina a escolher qualificações, e sim se limita a ordenar seja imitado direito estrangeiro correspondente à qualificação dada pelo *ius fori*. Se cada ordem jurídica é uma superestrutura destinada à apreciação de fatos reconstituídos; se no *forum* só vale a ordem jurídica indígena; se a questão de direito internacional privado é sempre resolvida do ponto de vista *do forum*, e a solução só se destina a valer no *forum*, parece claro que só as qualificações do *forum* devem prevalecer. Esta conclusão poderá ser rejeitada por quem suponha que o direito estrangeiro é extraterritorial, não por quem tenha o direito estranho como simples modelo pelo qual se deve confeccionar no *forum* direito *nacional* especial, adequado ao fato anormal.

9 — Ao tratar das qualificações, alguns doutrinadores dão a entender que a excelência das regras de direito internacional privado está em proporção da quantidade de direito estranho que mandam imitar, de sorte que tanto mais perfeita será a norma quanto maior imitação de direito alienígena proporcione. Encharcados daquele "cosmopolitismo sentimental e romanesco de que falava BLUNTSCHLI, supõem que a indicação de direito primário indígena para apreciação de fatos anormais seja "resíduo de barbaria a ameaçar os direitos dos estrangeiros", quando o que resta demonstrar é se, em cada caso concreto, a observância do direito indígena é, ou não, mais adequada, ou mais conveniente ao próprio estrangeiro, que a imitação do direito alienígena.

Outros autores, imbuídos de "chauvinismo jurídico", vão ao extremo oposto, supondo sempre ventagem em se aumentar os casos de observância do direito primário indígena.

Ambas essas idéias errôneas devem ser abandonadas: tão legítima é a imitação do *ius extraneum*, como a observância do *ius indigenum*; o ponto não está em ampliar, ou restringir as possibilidades de pôr em prática o direito primário nacional, ou estrangeiro, e sim em ver qual dos direitos primários, abstratamente considerado, é mais apropriado à apreciação do fato anormal, ou conducente à

solução mais útil e justa. Esta é a regra. E nos casos duvidosos, quando não se possa sair de alguma perplexão, deve-se dar prevalência ao direito do *forum*, não porque seja melhor, mas porque o fato não pode ficar sem apreciação jurídica, e sempre o *ius indigenum* se observa com muito mais segurança do que a que se tem quando é imitado direito estranho, quase sempre menos conhecido dos juizes e dos próprios interessados.

A questão das qualificações é paralela a essa: a prevalência da qualificação do *ius fori* na imitação do direito primário estranho se impõe porque o direito primário especial que se está organizando no *forum* É NACIONAL, e não há motivo para abandonar a qualificação que prevaleceu na escolha da norma de direito internacional privado, quando nada porque a solução se destina a valer no *forum*, onde só existe, como ordem jurídica, A ORDEM JURÍDICA INDÍGENA.

FACULDADE DE
CIÊNCIAS ECO-
NÓMICAS DA
U. M. G.