

# Derecho Internacional Privado

## Considerações críticas sobre alguns temas de Direito Internacional Privado

José Roberto Franco Da Fonseca

### I | Introdução

A mim me pareceu apropriado, para homenagear o distinguido internacionalista Doutor Carlos Febres Pobeda, formular algumas considerações críticas sobre o Direito Internacional Privado, campo de estudos jurídicos em que o homenageado deu brilhante e profícua contribuição por meio de classes, trabalhos escritos e conferências.

Para isso, procurei selecionar alguns temas clássicos, a fim de analisá-los sob a ótica da Teoria Geral do Direito e dos pressupostos jusfilosóficos das normas jurídicas. Dentro da temática geral do Direito Internacional Privado, existem temas específicos que estão a exigir esse esforço metodológico em busca de sua integral compreensão crítica. Tais temas são o reenvio, a questão prejudicial ou prévia e, finalmente, o grave problema do valor do justo no momento da formulação legislativa na norma de Direito Internacional Privado.

As considerações que serão feitas em torno desses três temas fundamentais irão partir da aplicação dos princípios da Teoria Geral de Direito e da aplicação dos pressupostos jusfilosóficos que explicam a estrutura das regras jurídicas, como acima já ficou dito.

## II | **Pressupostos jusfilosóficos do Direito Internacional Privado**

### I. **Direito internacional privado e dogmática jurídica**

Para a investigação sobre a diferença específica das regras de Direito Internacional Privado, importa mais que tudo examinar os princípios dessa disciplina sob a tica da Teoria Geral do Direito, que se ocupa da norma ou forma garantidora dos comportamentos que pre gura abstratamente e legítima. O objeto dessa, primeira e dogmática indagação a positividade das regras desse ramo do Direito, que envolve a correlação vigência-e c cia, como uma das formas de realização social de valores.

Tal concreto de valores, correlatamente indispensável no estudo da positividade, implica também, por outro lado, no reconhecimento de um anterior momento valorativo, onde ocorre, sempre, a necessária opção ou eleição entre várias vias hipotéticas de comportamento, todas com anseio de positivação.

Se essa opção ocorre, no momento valorativo, em toda regra jurídica (nossa de Direito Internacional Privado), duas notas distintas, sem embargo, diferenciam-na especificamente, no ramo científico-jurídico que estamos a estudar: que, em primeiro lugar, no momento da valoração, irrelevante e indiferente, para o legislador de Direito Internacional Privado, o conteúdo normativo das disposições concorrentes para a qualificação jurídica da relação de fato subjacente; assim, diante de um casamento celebrado no país entre um grego e uma francesa, o critério valorativo de aferição ou indagação do justo, para aquele legislador, não ter por ponto de partida a pergunta sobre se o casamento melhor disciplinado no direito grego, se no francês ou se no do país em que se celebrou, mas, pelo contrário, ter por ponto de partida a pergunta sobre se tal matéria (casamento de estrangeiros celebrado na Venezuela) seria mais justamente disciplinado pelo direito substancial nacional de um dos cônjuges, ou se pelo direito de ambos, ou se pelo direito substancial do foro, ou se pela lei substancial do primeiro domicílio conjugal (não importando o conteúdo valorativo do que disponha, em cada caso, cada uma dessas leis substanciais interessadas). Em segundo lugar, o que acontece no momento valorativo do Direito Internacional Privado que, como cou

visto, as várias opções que se colocam ante o legislador são normas de direito positivo e não condutas.

Essa a dupla diferença específica das normas de Direito Internacional Privado, que as distingue das demais normas jurídicas (as substanciais) e necessária a exata compreensão dessa técnica legislativa especial das regras colisionais (não substanciais), sob a tica da Dogmática Jurídica.

De fato, reete-se essa específica opção valorativa na própria estrutura lógico-normativa especial da regra de Direito Internacional Privado, que se utiliza de técnica legislativa *sui generis*, semelhante das normas em branco com conteúdo ideológico variável, para a qual cabe a direta (sem embargo, mediata) da relação ou situação. Nesse sentido, disse j pitorescamente Arminjon na Sociedade de Legislação Comparada, o Direito Internacional Privado tradicional não resolve diretamente (imediatamente) as questões: indica a legislação que dar a solução, como no balcão de informantes de uma estrada de ferro tem-se a indicação do trem que se deve tomar. Isso deve-se ao fato de que o legislador de Direito Internacional Privado usa, em regra, três conceitos sintéticos, de conteúdo variável: a) na hipótese: a relação ou situação (que referida, por exemplo, como estado e capacidade, obrigações, sucessões, impedimentos matrimoniais etc.) e os elementos de conexão implícitos (nacionalidade, domicílio, lugar de celebração do ato etc.); b) na estatuição ou disposição: a explícita ou sintética de um dos elementos de fato, ao qual dá forma de conexão, e a indicação, também sintética, da norma substancial chamada por meio desse elemento fático (exs.: lei domiciliar, lei da nacionalidade, lei do lugar da celebração do ato etc.).

Para a obtenção do mesmo fim visado pelo legislador de Direito Internacional Privado, por meio dessa técnica especialíssima — qual cabe a direta e sem embargo mediata da relação ou situação — poderia ele seguir via diferente, construindo imediatamente todo um sistema positivo de normas de direito substancial, de acordo com a técnica comum e corrente na regulamentação dos conflitos de interesses e situações reais da vida: essa teria sido, segundo alguns, a solução adotada no direito romano, com a criação do *ius gentium* e a codificação de Salvio Juliano, em 130 d.C., referente ao edito perpretuo, principalmente o peregrino e o provincial, feita por ordem do imperador Adriano.

Como se vê, pois, a natureza dogmático-jurídica da regra de Direito Internacional Privado especialíssima. Nela fundem-se um espec-

to colisional , — como re exo, por um lado, do concurso formal de normas substanciais instaurado no momento valorativo pr vio e, por outro lado, como decorr ncia do eventual concurso, no momento imperativo, de normas substanciais, chamado con ito de quali ca es —, e um aspecto substancial, visto que o objeto direto da regra a rela o, n o sendo as normas em concurso sen o objeto indireto.

## 2. Direito internacional privado e política jurídica

O momento, pois, especi camente colisional da regra de Direito Internacional Privado o da sua formula o pol tico-jur dica, segundo um crit rio valorativo, face a uma rela o de fato (com a caracter stica especial de internacionalidade ) e tendo em vista a necessidade de sua quali ca o jur dica.

As regras de Direito Internacional Privado, no seu momento valorativo, formulam-se ante um concurso intersistem tico de normas substanciais. Tal o momento colisional espec co do Direito Internacional Privado, objeto da Pol tica do Direito, cujos pressupostos se fundam na Deontologia Jur dica. Detenhamo-nos, agora, nesse momento colisional espec co.

A din mica de toda regra jur dica, a rigor, resulta da bipolaridade estimativa dos valores que a informam nesse pr vio momento pol tico-jur dico. O fato a ser quali cado, assim, assume dimens o valorativa, um car ter que resulta de sua referibilidade ao valor do justo, e as op es (normativas) que se p em em concurso para o esp rito do legislador t m como pontos dessa referibilidade: a) o fato; b) a id ia do justo (ou, na sua concre o hist rico-cultural, do til ou do conveniente). Assim, por exemplo: a) a forma de um neg cio jur dico; b) com refer ncia ao valor do justo (e suas concre es sociais), — regula-a normativamente o legislador positivando uma das normas de conduta concorrentes que se lhe apresentem op o (escritura p blica obrigatoria, ou facultativa; ou escrito particular; ou declara o perante rg o do foro extrajudicial etc.). Pois bem, para o legislador de Direito Internacional Privado, nesse momento valorativo, a referibilidade do fato ao valor do justo (circunscrevendo-se o fato, para usar de exemplo tanto quanto poss vel semelhante, forma do neg cio jur dico, quando uma das partes n o nacional, ou n o no foro domiciliada, ou n o foi o ato celebrado em territ rio nacional ou nele n o produzir seus efeitos etc.) coloca v rias op es que, sem embargo, pos-

to que também normativas são diversas das do primeiro exemplo, porque não entendem com o conteúdo das normas com anseio de positivação (se a escritura deva ser pública ou particular etc.), mas, pelo contrário, com a norma concorrente, aplicável segundo a escolha de um dos elementos de conexão (a lei do domicílio dos contratantes ou a da sua nacionalidade, ou a da substância do ato, ou do lugar da celebração etc.).

Para bem ilustrar essa deslocamento vetorial da referibilidade necessária de fato e valor, quando no momento político-jurídico de formulação da regra substancial, de um lado, e, de outro lado, da regra de Direito Internacional Privado, diríamos que o primeiro legislador formula o seguinte juízo: —a forma de um contrato de compra e venda de imóvel de valor superior a dez mil dólares mais justo (ou til, ou conveniente) que seja a da escritura pública (e não a da escritura particular, ou a epistolar etc.) . Quanto ao legislador de Direito Internacional Privado, outra seria a formulação de seu juízo: —a forma de um contrato de compra e venda de um imóvel de valor superior a dez mil dólares, tendo em vista que os contraentes são nacionais da França e domiciliados na Venezuela e que o contrato foi lavrado na Espanha, — mais justo (ou, concretamente, mais til ou mais conveniente) que seja aquela prescrita no direito substancial do lugar onde foi celebrado o ato (e não aquela prescrita no direito substancial da nacionalidade ou do domicílio dos contraentes, nem aquela prescrita no direito substancial que reger o conteúdo do ato etc.) .

### 3. Direito internacional privado e sociologia histórico-jurídica

Do que coube dito quanto aos fundamentos dogmático-jurídicos e quanto aos pressupostos político-jurídicos do Direito Internacional Privado, depreende-se pertencer esse ramo da Ciência Jurídica categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito, visto que seu objeto alcançado, preponderantemente, com o recurso técnica de aplicação de normas jurídicas substanciais concorrentes.

Convém, agora, que se analisem os pressupostos do Direito Internacional Privado à luz da Sociologia Histórico-Jurídica.

Como foi visto, a regra de Direito Internacional Privado contém, na sua estrutura, eventual remissão ao direito substancial privado estrangeiro. Isso implica na indagação dos fundamentos da extraterritorialidade da lei, assim reconhecida pelo legislador interno. Tal problema esteve sempre presente às cogitações dos estudiosos, desde as origens do Direito

Internacional Privado, na fase ainda anterior à sua positiva ou legislativa. Já entre os estatutários, na escola holandesa (s. c. XVII), estabeleceu-se como fundamento da excepcional extraterritorialidade das leis a *comitas gentium*. Na segunda escola francesa, fase de transição que, no século XVIII, se seguiu àquela fase crítica e preparou o advento do Direito Internacional Privado jurisprudencial e doutrinário (ou científico), Froland desloca tal fundamento da ideia de mera cortesia internacional, para fazê-lo repousar na ideia de justiça. Entre os grandes sistemas doutrinários do s. c. XIX, a escola anglo-norte-americana divide-se, quanto ao fundamento da eficácia do Direito Internacional Privado, entre a ideia dos *vested rights* ou direitos adquiridos (Dicey e Beale) e a da *comitas gentium* (Story). O monumental Savigny funda a extraterritorialidade na natureza da relação concreta, em conexão com os princípios derivados de uma *Völkerrechtliche Gemeinschaft*, estabelecida no mundo ocidental pela tradição comum do direito romano e do cristianismo. Mancini, por seu turno, funda-a na preponderância (sociológico-política) do vínculo da nacionalidade.

Contemporaneamente, costuma-se falar num princípio geral de Direito Internacional Público, como fundamento da extraterritorialidade do Direito Privado.

Disso infere-se que o valor fundamental das regras de Direito Internacional Privado (*sub specie* deontológico-política) é a ideia do justo, inspirada no valor da pessoa. Não ser demais, sem embargo, frisar que, se a ideia de justiça é o valor sempre presente fundamentalmente deontológico de qualquer regra jurídica, tal ideia não prescinde da referência ao fato e circunstância ou conjuntura, onde ocorre a concreção dos valores no plano socio-histórico-cultural, para, nesse novo aspecto (agora *sub specie* axiológico-cultural) do político Direito, fazer ressaltar a utilidade e a certeza como critérios de validade de sua eficácia.

Se a regra de Direito Internacional Privado é interna e nacional, do ponto de vista histórico-sociológico-jurídico, a relação ou situação subjacente, sem embargo, apresenta elementos não-nacionais (nacionalidade ou domicílio de um ou mais sujeitos, situação da coisa, lugar da celebração do ato ou da produção de seus efeitos etc.), que dão o relação (e não regra) caráter especificamente internacional.

### III | **Temática que suscita controvérsia**

Levantaram-se três teorias, pelo menos, em torno do Direito Internacional Privado que suscitaram controvérsia entre os estudiosos. Tentaremos demonstrar como tais teorias tiveram, na sua origem histórica, um fato comum: o desconhecimento (não deliberado) ou o desprezo (deliberado) daqueles pressupostos, acima analisados, da Teoria Geral e da Crítica juslocutória do Direito Internacional Privado. Dessas três teorias, duas delas, a do reenvio e a da questão prejudicial, originaram-se de julgados equivocados de tribunais franceses, e a terceira, a respeito da inexistência do valor do justo na regra de Direito Internacional Privado, originou-se do desprezo pela evolução histórica desse ramo da Ciência Jurídica.

Tentaremos também mostrar como tais teorias, além de partirem dessa origem nada científica, estão evadidas de contradições internas, razão por que se tornam inaceitáveis (muito embora consagradas por várias legislações de Direito Internacional Privado positivo).

#### I. **A teoria do reenvio**

##### a) *Origem da teoria*

A teoria do reenvio (ou retorno, ou devolução) nasceu a partir de um célebre caso, julgado no século XIX pelos tribunais franceses, o discutido caso Forgo.

A verdade que se conhecem, nos primórdios da origem jurisprudencial da doutrina de devolução duas decisões anteriores, uma da Inglaterra (decisão de 3 de agosto de 1841, pela Prerogative Court de Canterbury, no caso Collier vs. Rivaz) e outra da Alemanha (decisão de 21 de março de 1861, da Corte Suprema das cidades livres da Confederação Germânica, do Oberappellationsgericht de Lübeck). Mas tais anteriores decisões isoladas não chegaram a suscitar formulações doutrinárias a respeito, porque na primeira o tema apenas mencionado *incidenter tantum* e na segunda o tema tão-somente anunciado, sem a preocupação de fundamentação doutrinária.

Foi realmente com o caso Forgo que se iniciou a controvérsia histórica. Forgo era filho natural de nacionalidade bávara, tendo morrido na França, onde residira desde a idade de cinco anos, deixando apenas bens móveis. Na França tinha seu domicílio de fato, porque em vida jamais providenciou a autorização governamental então exigida pela legislação

positiva francesa sobre domicílio pessoal. A Administração dos Domínios, fundada nos arts. 713 e 768, do Código Civil, tomou posse dos bens, aparentemente vacantes, em virtude do Tribunal Civil de Pau assim haver decidido, em 16 de outubro de 1871. Posteriormente, contudo, deram-se a conhecer os litisconsortes Dichtl, parentes colaterais da mãe natural do morto, os quais pleitearam se lhes reconhecesse a qualidade de herdeiros. Ora, o direito substancial nacional de Forgo, declarando herdeiros os petionários, ligados por parentesco natural ao morto, colidia com o direito substancial francês, que lhes não reconhecia a qualidade de herdeiros. O Tribunal e a Corte de Pau, —esta última em 14 de março de 1874— pronunciaram-se pela aplicação da lei francesa, por ser a lei do domicílio do morto, quando ocorrera a morte.

Mas a Corte Suprema cassou tal decisão, em 5 de maio de 1875, —este o primeiro de uma série de decisões da Corte Suprema que assumiram relevância na matéria—, sob o fundamento de que o domicílio dos estrangeiros na França não atribui competência à lei francesa para o efeito de reger-lhes a sucessão mobiliária, a não ser que tal domicílio tenha sido regularizado mediante autorização governamental, nos termos do art. 13 do Código Civil. E a Corte de Bordeus decidiu, em consequência, em 24 de maio de 1876, que, em virtude de ser aplicável a lei da Baviera, a sucessão deveria contemplar os petionários (pois o direito substancial bávaro, da nacionalidade do morto, lhes reconhecia a qualidade de herdeiros).

A Administração dos Domínios recorreu, alegando (e aqui o Estado francês colocou pela primeira vez o problema, no curso desse famoso processo) que a regra de Direito Internacional Privado da Baviera (pela cuja lei substancial deveria reger a sucessão, segundo proclamado pela própria decisão anterior da Corte Suprema e da Corte de Bordeus) estatua que a vocação hereditária para a sucessão mobiliária se deveria reger pelo direito substancial do país onde o morto tivesse sua residência e bens (no caso, pelo direito substancial francês). Prolatou, então, a Corte Suprema, em 24 de junho de 1878, o segundo aresto da série de decisões acima referida: deu provimento ao recurso e cassou a decisão da Corte de Bordeus, fazendo-o nos seguintes termos: —Segundo o direito bávaro, os móveis, corpóreos ou incorpóreos, são regidos pela lei de sua situação, combinada, em matéria de sucessão, com a lei do domicílio de fato ou residência do morto; daí se segue que a vocação hereditária para os bens



meus que Forgo possuía na França, onde se havia adquirido, deve reger-se pela lei francesa.

Esse resultado foi confirmado e mantido por uma terceira decisão da Corte Suprema, de 22 de fevereiro de 1882, em que se consignou a seguinte fundamentação: — Segundo a lei bvara, deve-se aplicar, em matéria de estatuto pessoal, a lei do domicílio ou da residência habitual e, em matéria de estatuto real, a lei da situação dos bens móveis ou imóveis (...) sem que caiba a indagação sobre se, segundo a lei bvara, a matéria das sucessões *ab intestato* dependeria do estatuto pessoal ou do real.

#### b) *A reação da doutrina*

Da exposição, acima sumariada, do célebre caso Forgo, parece ter ficado evidente o artifício de que se valeu o Estado francês, no seu intuito de incorporar o patrimônio mobiliário do bvaro morto, induzindo em erro a Corte Suprema: a referência feita pela regra de Direito Internacional Privado francês ao direito (ou lei) bvara deveria ser entendida como referência global ao ordenamento jurídico bvaro (a incluindo as próprias regras bvaras de Direito Internacional Privado). Ora, tal entendimento representava total subversão dos pressupostos dogmático-jurídicos, político-jurídicos e sociológico-histórico-jurídicos do Direito Internacional Privado e total negação dos princípios básicos de Teoria Geral do Direito que inspiram a estrutura das regras do Direito Internacional Privado.

Por isso, tal solução foi veementemente criticada por Laurent, Labry, Lainé e Bartin, dentre outros, na própria França, e, na Itália, por Buzzati e Anzilotti. Seguiu-se-lhes a maioria dos juristas na Itália (Diena, dentre outros), na Alemanha (Kahn), na Bélgica (Potu).

Tal violenta e volumosa reação doutrinária, sem embargo, não impediu que um pequeno número de escritores, em cada um daqueles países e em outros, se tivesse manifestado favoravelmente ao do princípio preconizado pela jurisprudência devolucionista e sua incorporação na doutrina. A respeito da situação da doutrina de língua francesa, Potu fez, em 1913, curiosa estatística para demonstrar que 37 juristas (que com ele próprio faziam 38) eram contrários à devolução, sendo favoráveis à teoria apenas 15.

Para os que admitem a teoria de devolução, coloca-se um segundo problema, consistente em dever-se admitir ou não a remissão que o Direito Internacional Privado estrangeiro (que se entendeu aplicável a par-

tir da concepção da regra nacional de conflitos como uma remissão global ou *Gesamtverweisung*) possa eventualmente fazer ao direito de um terceiro Estado, que não o nacional do foro. Com efeito, três são as hipóteses possíveis, para os que aceitam tal teoria, quando a regra de conflito do Estado A remete a solução da relação litigiosa à legislação do Estado B (a compreendida, segundo tal concepção, as próprias regras da Direito Internacional Privado do Estado B). Primeira hipótese: a regra de conflito do Estado B devolve a solução da relação litigiosa ao Estado A, que lhe remeterá (devolução, em sentido estrito, ou *Rückverweisung*, ou retorno). Segunda hipótese: a regra de conflitos do Estado B declara aplicável a relação litigiosa o direito de um terceiro Estado, C. Essa hipótese geralmente denominada reenvio, ou *Weiterverweisung* ou remissão para um terceiro Estado e, nessa segunda hipótese, o reenvio pode ser infindo, de um modo a conduzir a um verdadeiro *circulus inextricabilis*: assim, por exemplo, se perante um tribunal francês se procura determinar a capacidade de um inglês, domiciliado nos Estados Unidos, que celebrou contrato na Bélgica, — o juiz francês aplicaria a regra inglesa (lei nacional do contratante), esta remeteria a solução ao direito norte-americano (do domicílio), este a reenviaria à lei belga (*lex loci celebrationis*) e esta, por seu turno, mandaria aplicar a lei inglesa (lei nacional do interessado), reiniciando-se, interminavelmente, o círculo. Terceira hipótese: a regra de conflito do Estado B declara aplicável seu próprio direito interno substancial (neste caso, coincide a solução para os adeptos da devolução e para os que não a admitem).

Para evitarem o *circulus inextricabilis*, a que fatalmente ser o conduzidos os partidários da teoria do reenvio, estes então recorrem a um ardiloso expediente, que, todavia, resulta numa contradição metodológica interna, mais grave ainda do que o desprezo original pelos pressupostos e princípios da Teoria Geral do Direito Internacional Privado: afirmam a validade da remissão global (*Gesamtverweisung*) at determinado ponto, para, a partir desse ponto, fazer com que a regra de conflitos faça a uma descida abrupta ao direito substancial de um ordenamento estrangeiro. Que ponto esse? Qual o fundamento científico dessa quebra do próprio pressuposto inicial do processo?

Para determinar esse preciso ponto onde ocorrer a contradição interna da teoria (que deixar de adotar o critério da *Gesamtverweisung* para passar a adotar o critério, até então menosprezado, da *Sachnormver-*

*weisung* ou referência ao direito material-substancial), os partidários do reenvio costumam cometer outra grave irregularidade, à luz da Teoria Geral do Direito. Eles procuram fundamentar essa contradição metodológica interna com a seguinte fórmula: se a lei (de Direito Internacional Privado) do Estado A remete à lei (de Direito Internacional Privado) do Estado B e se esta remete à lei do Estado C, e esta lei do Estado C (de Direito Internacional Privado) aceita a competência da sua lei substancial, então esta que se aplicar. Ora, tal fundamentação peca por duas razões. Em primeiro lugar, tal critério, sem nenhum fundamento científico e evadido, como claramente se vê, de grave contradição interna, não resolve o círculo vicioso da hipótese atrás considerada como segunda das três possíveis. Em segundo lugar, tal critério parte de um falso pressuposto: o de que a regra de Direito Internacional Privado, interna, de cada Estado, tem por função uma distribuição internacional de competências legislativas em matéria de Direito Privado! Tal falso pressuposto deriva das ideias de Zitelmann. Este sustentava que as normas delimitadoras dos sistemas jurídicos co-existentes, como normas supra-estatais de Sobredireito (no plano internacional), se ligam ao direito das gentes e este, ao criar a norma jurídica, cria a linha da sua competência, de modo que, na distribuição das competências, a comunidade supra-estatal traça a superfície convexa, dentro da qual cada branco preenche pelo Estado. Outros, além das ideias de Zitelmann, sustentam diverso raciocínio: a ordem jurídica estatal cria, por suas regras de Sobredireito, forma de elaboração do direito das gentes; assim, delega ou atribui competência, não já reconhecendo uma esfera de vigência própria e originária à lei estrangeira que designa, mas assinalando-lhe um âmbito de aplicação no ordenamento interno da *lex fori*, âmbito que é traçado em virtude de uma competência sobre competência (para usar a expressão preferida do brasileiro Pontes de Miranda). Tais raciocínios só podem ser concebidos pelos que admitem natureza e função internacionais do Direito Internacional Privado.

Ora, no estado atual dessa ciência jurídica, com o particularismo que caracteriza os sistemas de direito, o ideal de que as regras colisionais sejam concebidas de maneira que possam compreender, efetivamente, todas as relações e instituições jurídicas de todos os países, por um lado, e, por outro lado, soluções uniformes para os concursos formais substanciais, —permanece ainda como ideal não alcançado. Tais como são postas, na realidade objetiva, as regras de Direito Internacional Privado são nacio-

nais e internas, ainda que a relação ou situação litigiosa de fato que elas regulamentam apresente, — esta sim —, elementos especiais internacionais ou não-nacionais.

## 2. A teoria da questão prévia

### a) *Origem da teoria*

As origens dessa teoria, como ocorreu no caso da doutrina do reenvio, anteriormente estudada, remontam a uma decisão da Cassação francesa, datada de 1931 (caso Ponnoucanmalle), que suscitou enorme reação doutrinária, por ter subvertido (como no caso da doutrina do reenvio) os pressupostos da Teoria Geral do Direito Internacional Privado.

Tratava-se da sucessão de um imóvel situado na Conchinchina (então território francês). Habilitou-se a sucessão um indiano, neto do morto, cujo pai havia sido pelo morto adotado como filho. De acordo com o Direito Internacional Privado do foro (francês), o direito substancial regulador de tal sucessão deveria ser o do lugar da situação do imóvel, o direito sucessório francês. Ora, segundo o direito sucessório francês, ao adotado caberiam os mesmos direitos que teria um filho ou outro descendente legítimo (Código Civil francês, art. 356). A questão prejudicial, ou prévia, ou preliminar, consistia na indagação sobre a validade de tal ato de adoção. Ora, segundo o Direito Internacional Privado francês, tal questão deveria ser resolvida pelo direito substancial indiano (da nacionalidade do adotante e do adotado); segundo o direito substancial indiano, tal adoção era válida plenamente (porque o direito civil indiano não exigia, para considerar válida a adoção, que o adotante não tivesse filhos legítimos). Logo, tal adoção não poderia deixar de ser considerada válida pelo tribunal francês.

Todavia, o tribunal francês ponderou que a questão não era a de saber sobre a validade ou não daquela adoção. Se o fosse, o tribunal francês não poderia deixar de resolver definitivamente tal questão, sob pena de inobservância da própria regra de Direito Internacional Privado francês. Mas tal questão o tribunal colocou-a previamente, como questão prejudicial, para a correta aplicação do referido art. 356 do Código Civil, atinente a questão sucessória (questão principal). Tal questão principal (sucessória) suscitava uma questão prévia ou prejudicial: a da relevância daquela adoção estrangeira para efeitos sucessórios, para o efeito de aplicação do referido art. 356 do Código Civil francês. Ou seja, valeria aque-

la adoção indiana conto verdadeira adoção em face do texto do art. 356 do Código Civil francês?

Ora, continuou seu raciocínio o tribunal francês, no caso verificado, ao tempo da adoção, o adotante já tinha filhos legítimos, o que tornaria inválida a adoção se aplicado o art. 344 do Código Civil francês (lei aplicável sucessão, questão principal). Claro que, se a questão fosse saber se era válida ou não tal adoção, a lei substancial indiana que seria aplicável, e o tribunal não poderia deixar de afirmar a validade da adoção. Mas, continuou seu raciocínio o tribunal, pelo que respeita questão de saber se uma relação adotiva constituída em tais circunstâncias suscetível de gerar os direitos sucessórios que o direito francês, competente para regular a sucessão, atribui relação adotiva, o problema põe-se noutros termos: tudo está em saber se aquela concreta adoção vale como a adoção referida no art. 356 do Código Civil francês. Ora, ponderou o tribunal francês, da própria lógica interna do direito francês podia inferir-se que o legislador quis atribuir efeitos sucessórios às relações adotivas constituídas num momento em que o adotante não tivesse filhos legítimos (em cuja constituição tivesse satisfeito, pois, o requisito exigido pelo referido art. 344 do Código Civil francês), uma vez que teria sido preocupação do legislador francês defender a posição sucessória dos filhos legítimos contra uma possível concorrência dos adotados. Com esse fundamento, a *Chambre de Requête*s indeferiu a pretensão do descendente do adotado.

#### b) A reação da doutrina

Diante desse caso clássico, comecei a formular, teoricamente, a justificativa dessa esdrúxula decisão. Mas, para tal formulação teórica, não se levou em consideração o próprio método investigativo contido na decisão. Por exemplo, o português Ferrer Correa, recentemente falecido, assim definiu o problema da questão prejudicial: se entre duas questões jurídicas pende um nexo de prejudicialidade e uma delas, a principal, está sujeita a um direito estrangeiro, surge o problema de saber como conectar a questão prejudicial: se de harmonia com o sistema de conflitos do foro, se de acordo com o sistema de conflitos da *lex causae*. E Lewald assim se pronunciava: a questão de saber se se pode substituir a uma relação de direito interno, considerada pela lei interna como condição prejudicial de um efeito jurídico determinado, uma relação análoga de direito estrangeiro.

Tradicionalmente, sempre se sustentou que, nas rela es jur dicas complexas, de natureza absolutamente internacional, se deveria adotar o crit rio metodol gico que os franceses denominavam de decomposi o . Assim, para o caso de um portug u s que compra em Paris im vel situado na Holanda, a capacidade de contratar do portug u s seria solucionada pelo C digo Civil de seu domic lio, a forma extr nseca do ato seria regida pelo C digo Civil franc s, a transfer ncia da propriedade e seus efeitos seriam regidos pelo C digo Civil holand s. Portanto, sempre se adotou a teoria da conex o aut noma. No entanto, depois da decis o atr s analisada, passou-se a sustentar a teoria da conex o subordinada: a quest o prejudicial perde sua autonomia e passa a reger-se pela norma de con ito (n o pela norma substancial, como decidiu o tribunal franc s) que regeria a quest o principal.

Se remontarmos ao que cou dito com rela o Dogm tica Jur dica, pol tica Jur dica e Sociologia Hist rico-cultural Jur dica e aplica o de seus princ pios ao Direito Internacional Privado, veri caremos, desde logo, que a teoria da conex o subordinada tem como pressupostos alguns equ vocos graves.

E o curioso que os partid rios dessa teoria costumam contraditoriamente exp -la nos livros, no cap tulo pr prio da mat ria, depois de terem enfatizado, nos cap tulos iniciais, que, em se tratando de rela es jur dicas privadas absolutamente internacionais, a metodologia a ser empregada tecnicamente a da decepage ou decomposi o.

### **3. O problema dos valores ínsitos na regra de direito internacional privado**

#### **a) *Termos do problema e método para sua solução***

Outro tema em que freq ente o equ voco de alguns escritores o atinente ao elemento axiol gico-cultural, que, segundo eles, estaria ausente na regra de Direito Internacional Privado, por eles reduzida categoria de mera regra t cnica.

Ora, j mencionamos o momento hist rico do surgimento do Direito Internacional Privado, desde as escolas estatut rias at o momento posterior de sua formula o doutrinaria e, nalmente, o terceiro momento, da elabora o legislativa no s c. XIX. Ali se tentou demonstrar que a preocupa o que sempre esteve presente, desde o embri o daquelas regras, foi a de buscar a id ia de justi a, sen o a da certeza ou utilidade.

Por outro lado, foi também mencionado que o Direito Internacional Privado, em razão de seu caráter dogmático-jurídico especial, deve ser entendido como integrante da categoria do *ius supra iura* ou Sobredireito.

Não quer isso dizer, de modo algum, que a regra de Direito Internacional Privado, — aplica o dogmática do Direito destinada a qualquer caso de relações ou situações que ensejam, politicamente-juridicamente, um concurso formal intersistemático de normas substanciais privadas —, não constituiria objeto de departamento científico-jurídico autônomo, senão seria mera técnica, equivalente Hermenêutica e Interpretativa, ou mero resultado de investigação crítico-comparativa, como o Direito Comparado.

A Técnica aplica o particular e opcional da ciência: a ciência normativa — momento necessário e universal que pode em dados casos, em razão da natureza axiológica da questão tratada, cuja compreensão implica no reconhecimento de um dever a ser cumprido —, enquanto que a Técnica, ao contrário, resulta da explicação dos fatos, com opção de agir para alcance de um determinado particular (Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, v. I, t. I, p. 244).

Quanto à autonomia científica dos departamentos do Sobredireito, em face da Hermenêutica e das técnicas de Interpretativa, convém lembrar-se que a Teoria Geral do Direito ou Aplicação do Direito (em que se traduz dogmaticamente o chamado Sobredireito) equivale realiza o do Direito, servindo-se eventualmente das técnicas da Hermenêutica, da interpretação e da adaptação às espécies. Em suma, a Aplicação do Direito, que consiste na subsunção de uma relação ou situação de fato — norma típica adequada, compreende: a) a Crítica; b) a Interpretativa; c) o suprimento das lacunas; d) o exame das questões possíveis sobre ab-rogação ou simples derrogação de preceitos, bem como acerca da autoridade das disposições expressas relativamente ao espaço e ao tempo. Não se confunde com a Hermenêutica: esta tem um só objeto (a lei); aquela, dois (o Direito, no sentido objetivo, e o fato).

#### b) Solução

Vê-se, assim, que a regra de Direito Internacional Privado, como toda norma integrante de um ordenamento jurídico, síntese integrativa de fato, valor e norma, não fugindo, portanto, à tridimensionalidade específica da Ciência do Direito. Quanto ao valor do justo, pode ele realizar-se *per se* ou pode ser instrumentalizado pela realização do til, ou da certeza.

## IV | Conclusões

Os três temas analisados (reenvio, questão prévia e pretensa natureza meramente técnica das normas de Direito Internacional Privado) são exemplos de como pode, às vezes, surgir uma construção teórica com aparência de doutrina, mas que, se submetida a estudo à luz crítica dos pressupostos da Teoria Geral do Direito, se mostra claramente equivocada.

A Teoria Geral do Direito (e também Filosofia do Direito) incumbe, como objeto específico de conhecimento, a crítica dos pressupostos científicos de cada ramo do Direito.

### Bibliografia:

- ¥ Arminjon, Pierre. *Précis de droit international privé*. 2. ed. Paris: Dalloz, 1927-1931.
- ¥ Lewald, Hans. *Regras gerais des conteúdos de leis*. In: *Récueil des Cours*. 1939. III.
- ¥ Pontes de Miranda. *Tratado de direito internacional privado*. Rio de Janeiro: Jos Olympio, 1935.
- ¥ Reale, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1953.