

KIM MODOLO DIZ

Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2021

KIM MODOLO DIZ

Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração de Direito Internacional Privado, sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO/SP

2021

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, **inclusive na plataforma TESES/USP**, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Diz, Kim Modolo

Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado / Kim Modolo Diz ; orientador Prof. Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco -- São Paulo, 2021.
115.

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

1. Direito Internacional Privado. 2. Qualificação. I. Prof. Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco, orient. II. Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado.

Nome: DIZ, Kim Modolo.

Título: Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado.

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutor em Direito, na área de concentração de Direito Internacional, sob a orientação do Professor Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	
Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	
Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	
Prof. Dr.	

Instituição	
Julgamento	
Assinatura	
Prof. Dr.	
Instituição	
Julgamento	
Assinatura	

Agradeço e dedico este estudo à minha esposa, Anna Carolina Marin, aos meus pais, Armando Diz Júnior e Maria Angélica da Costa Borges, e à minha irmã Caroline Borges Diz, pelo incondicional apoio conferido ao longo de todo estudo e pela paciência em relação a todas as visitas adiadas. Eu amo vocês!

Também não posso deixar de agradecer aos meus parceiros no direito, Gonçalo Fonseca e Jonathas Lima Soler, por todo o apoio e companheirismo na execução do e na reflexão sobre o direito!

Agradeço ainda aos meus orientadores ao longo da minha formação, Professores Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Mariangela Gama de Magalhães Gomes e Bernardo Bissoto Queiroz de Moraes, por nutrir em mim o amor pela pesquisa.

Por fim, mas não menos importante, agradeço à Professora Helena Mota por me apresentar esta fascinante disciplina que é o Direito Internacional Privado.

Muito obrigado!

[...] Todo sistema jurídico é mais do que uma multiplicidade de normas e conceitos locais; nenhuma ordem jurídica é tão local em sua natureza quanto pode parecer à primeira vista.

Gerhart Husserl

RESUMO

DIZ, Kim Modolo. Os Conflitos de Qualificação no Direito Internacional Privado. Janeiro/2021. 115 páginas. Doutorado. – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 13 de janeiro de 2021.

O direito internacional privado tem a função de resolver os conflitos entre os diversos ordenamentos eficazes na regulação de determinada questão jurídica plurilocalizada. Para localizar os conflitos indicando ordenamento materialmente competente, o direito internacional privado dispõe de um método cujo primeiro passo é a qualificação. Qualificação é o instituto de direito internacional privado que designa qual dentre as regras de conflitos do foro é a aplicável e, portanto, apta para indicar o ordenamento jurídico competente a regular certa questão jurídica plurilocalizada. A forma como um sistema de direito internacional privado escreve suas normas influencia no passo qualificatório. As teorias da qualificação são retomadas e reanalisadas, a fim de extrair a verdadeira essência da qualificação, resultando em um exercício de subsunção normativa. Os conflitos de qualificação ocorrem quando não é possível determinar a regra de conflitos aplicável, pois mais de uma aparenta ser aplicável ou porque nenhuma aparenta ser aplicável. As soluções aos conflitos de qualificação devem ser inspiradas no princípio da harmonia jurídica internacional. e/ou em outros princípios e objetivos do direito internacional privado.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado – Lei Aplicável – Teoria da Regra de Conflitos – Qualificação – Conflitos de Qualificação – Harmonia Internacional

ABSTRACT

DIZ, Kim Modolo. Conflicts of Characterization in Private International Law. January/2021. 115 Pages. Doctorate. – Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021, January 13th.

Private international law must solve any conflicts arisen by the diversity of legal systems in contact with anygiven multinational legal problem. To fulfill its goal and recognize the applicable legal system, private international law has its own method which first step is characterization. Characterization is a legal instute that designates which conflict rule of the forum is applicable. Each private international legal system is able to create conflict rules and the way each system does it influences how it elaborates the characterization step. Characterization theories are reanalyzed to determinate the essential aspect of characterization in private international law: normative subsumption. Conflicts of characterization take place when it's not possible to determinate the applicable conflict rule because none of them or more than one rule seem to be applicable. Any solution to conflicts of characterization must comply with the principle of international harmony and/or another principles or goals or private international law.

KEYWORDS: Private International Law – Choice of Law – Applicable Law – Conflict Rule Theory – Characterization – Conflicts of Characterization – International Harmony

RESUMÉ

DIZ, Kim Modolo. Les Conflits de Qualification em Droit International Privé. Janvier/2021. 115 pages. Doctorat. – Faculté de Droit de l'Université de São Paulo, 13 janvier 2021.

Le droit international privé a la fonction de résoudre les conflits entre les différents systèmes juridiques efficaces dans la régulation d'un problème juridique international spécifique. Pour localiser les conflits indiquant un ordre matériellement compétent, le droit international privé dispose d'une méthode dont la première étape est la qualification. La qualification est l'institut de droit international privé qui désigne laquelle des règles de conflit du for est applicable et, par conséquent, capable d'indiquer le système juridique compétent pour régler une question juridique internationale. La manière dont un système de droit international privé rédige ses règles influence sur l'étape de qualification. Les théories de la qualification sont reprises et ré-analysées afin d'en extraire la véritable essence de la qualification, aboutissant à un exercice de subsumption normative. Les conflits de qualification se produisent lorsqu'il n'est pas possible de déterminer la règle de conflit applicable, parce que plusieurs règles de conflit semblent applicables ou parce qu'aucune ne semble applicable. Les solutions aux conflits de qualification doivent s'inspirer du principe de l'harmonie juridique internationale et d'autres principes et objectifs du droit international privé.

MOTS-CLÉS: Droit International Privé – Loi Applicable – Théorie des Règles de Conflit – Qualification – Conflits de Qualification – Harmonie Internationale

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
I. A REGRA DE CONFLITOS	20
I.1 Estrutura e Função das Regras de Conflitos	20
I.2 Da Extensão (ou Alcance) da Competência Atribuída pelas Regras de Conflito.....	26
I.3 Do Objeto das Regras de Conflito	30
I.4 A Interpretação das Regras de Conflito – O Sentido de cada Conceito-Quadro.....	33
I.5 A Justiça Conflitual e os Interesses e Objetivos do Direito Internacional Privado	36
II. TEORIAS DA QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO ...	43
II.1 Qualificação <i>Lege Fori</i>	43
II.2 Qualificação <i>Lege Causae</i>	45
II.3 Qualificação conforme Preceitos Autônomos e Universais	49
II.4 Teorias da Dupla Qualificação.....	51
II.5 A Qualificação no Direito Internacional Privado Português – Art. 15º do Código Civil Português.....	53
II.6 Breve Síntese.....	58
III. QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: FUNÇÃO E MÉTODO.....	60
IV. OS CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO	73
IV.1 Contextualização Teórica	73
IV.2 Considerações Adicionais sobre Conflitos de Qualificação	75
IV.3 As Soluções da Prof. ^a Isabel de Magalhães Collaço	77
IV.4 Nossa Definição de Conflitos de Qualificação	86
IV.5 Nossas Propostas de Solução aos Conflitos de Qualificação	89
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	99

BIBLIOGRAFIA 104

INTRODUÇÃO

Identificação do problema da qualificação em direito internacional privado

Partindo-se da premissa de que o Direito Internacional Privado (“**DIP**”) busca, entre outras finalidades, a lei aplicável à determinada relação jurídica transnacional (ou questão jurídica plurilocalizada), o próprio DIP deveria mostrar quais instrumentos jurídicos de que se dispõe para que tal fim seja atendido.

No entanto, a determinação do sentido e do alcance da norma de conflitos aplicável a certo fato misto¹ é essencial para que tal intuito possa ser posto em prática. Uma vez que a vocação do DIP é universalista², o DIP de um eventual foro não deve ficar fechado a influências externas. Assim, como virá a ser desenvolvido, é possível um intérprete ver-se diante de um caso de conflito de qualificações, positivo ou negativo. Tal conflito deve ser resolvido, a fim de que os demais passos do método do DIP venham a ser aplicados até a obtenção do ordenamento jurídico efetivamente aplicável.

Resolver o concurso de leis no espaço, especialmente do ponto de vista da *lex fori*, não é o único fim do DIP. O DIP não se resume a mero instrumento para definir a lei aplicável, conforme os elementos de conexão escolhidos politicamente pelo legislador nacional³. O DIP foi chamado à existência para determinar qual lei é aplicável a cada questão jurídica plurilocalizada. Assim, por mais que cada Estado seja soberano para legislar sobre DIP como melhor lhe aprouver, o DIP deve buscar que toda questão jurídica plurilocalizada seja

¹ Conforme será verificado no desenvolvimento do presente estudo, uma regra de conflitos pode ter seu alcance e seu sentido determinados por questões que ultrapassem a esfera dos fatos. Não obstante, o objeto da regra de conflitos é fático ao menos em sua essência, ver: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 12.

² Em contraponto, demonstrando o declínio da “universalidade” no direito internacional a partir do século XIX, ver: A. MILLS, The Private History of International Law, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, jan/2006, pp. 41-44.

Ainda, em favor de uma visão cosmopolita, ainda que não universalista de DIP, ver: P. S. BERMAN, Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, pp. 1.857-1.860.

³ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 174 A autora segue no sentido de que, embora a escolha política do legislador não seja tudo o que importa, tal escolha não pode ser desprezada.

regida materialmente, em princípio, por apenas um ordenamento jurídico – o ordenamento mais próximo⁴ da (ou com conexão mais significativa com a)⁵ relação em tela.

Logo, a indagação que se segue é natural: como compatibilizar a soberania estatal⁶ com o estabelecimento da lei aplicável para cada relação jurídica?

Essa resposta seria simples se o DIP fosse o mesmo em todos os Estados. Resolvido estaria o problema. Todos os tribunais nacionais aplicariam, em tese, a mesma *lex causae*⁷.

E, ainda que assim fosse, realmente haveria uniformidade da lei aplicável?⁸ É. BARTIN afirmou: ainda que todos as regras de conflito fossem iguais em todos as leis de DIP,

⁴ H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, v. 1, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980, p. 227. Ver também: I. STRENGER, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1996, p. 469; L. KRAMER, *Return of the Renvoi*, in *New York University Law Review*, v. 66, n. 4, New York, 1991, p. 991. O professor da Universidade de Chicago alerta que limitar o método do Direito Internacional Privado não é uma boa decisão. Ver ainda e especialmente: F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, v. 8, 1840, trad. port de C. Mioranza, *Sistema do Direito Romano Atual*, v. 8, Ijuí, Unijal, 2004, p. 47.

Aqui, ainda, dialogamos diretamente com Savigny e Bartin ao fazermos referência às ideias de (i) uma lei aplicável a cada *tipo* de relação jurídica; e (ii) ligar o direito internacional privado ao elemento inexorável de soberanias. Para nós, é evidente, conforme se demonstrará, que a noção justificativa do DIP como oriundo de conflito de soberanias de Étienne-Adolphe Bartin está ultrapassada, se que é algum dia foi real. Igualmente, aqui dialogamos com Savigny porque a configuração do método conflitual multilateralista lhe remonta. Isto não significa que acreditemos que exista apenas uma lei aplicável a cada tipo de relação jurídica. Porém, ao menos, ajuda-nos a fixar a ideia de que cada problema concreto de DIP deveria ser regido por apenas uma lei material – exceção feita a questões que tenham conexão plural, mas isto só ocorre em concreto. Neste ponto queremos deixar claro desde já: empreender esforços para viabilizar, quando possível, a regência material por uma só e determinada lei material a despeito de qual seja o foro que a aplique, isto é, a despeito de qual DIP estatal seja aplicado, deve ser o objetivo de todo estudo de DIP.

⁵ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 43. Do mesmo autor e da mesma obra, pp. 49-50, interpretamos que a conexão mais significativa é um pressuposto hermenêutico a todas as regras de conflitos, pois o legislador compõe a regra conforme esta ideia. Ver também: R. M. MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, Almedina, 1990.

⁶ F. SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, v. 8, 1840, trad. port de C. Mioranza, *Sistema do Direito Romano Atual*, v. 8, Ijuí, Unijal, 2004, p. 48. Ver, ainda, W. WENGLER, *The General Principles of Private International Law*, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, pp. 354-374.

Em termos mais contemporâneos: como, por meio dos instrumentos do DIP, em um ambiente de DIP heterogêneos, podemos buscar, vislumbrar, favorecer, a designação de apenas uma lei aplicável a cada relação jurídica que chame a aplicação do ramo jurídico direito internacional privado?

⁷ L. KRAMER, *Return of the Renvoi*, in *New York University Law Review*, v. 66, n. 4, New York, 1991, p. 996.

⁸ A questão, especialmente sob uma ideia de *conflito latente*, foi originalmente endereçada por Franz Kahn, em 1891. Ver: F. KAHN, *Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des IPR*, in: *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, 1891, pp. 1-143.

não haveria uniformidade da lei aplicável por causa da diferença de categorias e de classificações jurídicas existentes em cada país⁹.

Para ilustrar sua afirmação, É. BARTIN utilizou-se do – agora – célebre caso do testamento particular de um holandês realizado na França. O direito material holandês da época prescrevia a impossibilidade de holandeses celebrarem testamentos particulares, ainda que em território estrangeiro. O direito material francês, por sua vez, considerava-o válido. O Tribunal francês tinha diante de si, pois, uma questão: está-se diante de um caso de DIP relativo à forma do testamento ou relativo à capacidade de testar (visão da lei holandesa)? Se a questão fosse qualificada como relativa à capacidade e a lei holandesa fosse chamada à aplicação, o testamento seria nulo. Porém, se o problema fosse qualificado como relativo à forma do negócio jurídico testamento, a lei francesa seria aplicável¹⁰ e o testamento considerado válido¹¹.

Descobriu-se, pois, o problema da qualificação em direito internacional privado. Ainda que (o que não quer dizer que sejam) os direitos internacionais privados de França e Holanda fossem os mesmos, a qualificação da questão chamaria à aplicação a norma de conflitos *x* ou *y*, as quais atribuiriam a regulação material da questão ao ordenamento jurídico do Estado *f* ou *h*.

⁹ L'Impossibilité d'arriver à la Solution Définitive des Conflits des Lois, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1897, p. 225. Ver também: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, p. 474.

¹⁰ L'Impossibilité d'arriver à la Solution Définitive des Conflits des Lois, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1897, pp. 229-230.

¹¹ O caso já foi questionado por autores como trazendo um problema desnecessário, pois o testamento deve ser formal e substancialmente válido.

Neste sentido: J. D. FALCONBRIDGE, Conflict Rule and Characterization of Question, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, n. 2, 1952, pp. 103-118 [PARTE 1]; e, do mesmo autor, Conflict Rule and Characterization of Question, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, n. 3, 1952, pp. 264-283 [PARTE 2].

Porém, esquece-se que a norma de conflitos pode ter um objeto genérico como “validade” ou, então, que a questão possa ser reduzida à ideia de forma – ou seja que a proibição do testamento *particular* na lei material holandesa – pode ser entendida como uma norma sobre forma, caso em que a lei material francesa seria aplicável, pois a celebração foi na França. A exposição do caso aqui é sintética, pois (i) não se pretende resolvê-lo mais de século depois; e (ii) apenas há a finalidade ilustrativa de um dos exemplos trabalhados por BARTIN.

Em outras palavras: mesmo no utópico cenário de identidade sintática¹² entre o direito dos conflitos dos *M* Estados¹³, determinado direito dos conflitos (“**D1**”) pode entregar certa questão fática¹⁴ (“**Q**”) ao domínio da regra de conflitos que cuide da matéria *w* (“**RC1**”) e outro determinado direito dos conflitos (“**D2**”) pode entregar a mesma *Q* ao domínio da regra de conflitos ligada à matéria *z* (“**RC2**”). Como especificado na hipótese: tal ocorre a despeito de *D1* também conter *RC2* e *D2* também conter *RC1*.

O que conduz *D1* à *RC1* em *Q* ou *D2* à *RC2* em *Q* é a diferença na execução do passo do método de DIP que se chama “qualificação”.

Deve-se ter em consideração que a realidade nos indica que os direitos de conflitos dos *M* Estados sequer possuem identidade sintática em todas as suas regras de conflitos¹⁵. Isto, por si só, agrava a questão das qualificações, pois tal fato tende a variar ainda mais as soluções conflituais dos *M* Estados para a mesma questão fática (“**Q1**”). Este fenômeno poderia gerar resultados indesejáveis, pois a escolha de determinado foro, em detrimento de outro ou outros, para a resolução de *Q1* poderia ser estimulada pela solução conflitual dada à *Q1*, a qual seria diferente em outros foros.

Em um cenário de heterogeneidade¹⁶ dos direitos dos conflitos dos *M* Estados, a temática da qualificação em abstrato nada adiantaria para estimular a harmonia jurídica dos resultados, pois os pontos de partida conflituais variariam em cada potencial foro. Não obstante, veremos que uma teoria da qualificação útil e adequada deve, na medida do possível, endereçar

¹² W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 133-134: “*El problema de las calificaciones supone que el mismo vocábulo sea usado de diversa manera en diferentes Derechos*”.

Valemo-nos da ideia de identidade quanto à redação ou composição sintática das normas de conflitos. O direito vai além da simples sintática normativa, avançando para o campo da hermenêutica, por exemplo, dentro da esfera da dogmática jurídica. Embora questionadas quanto à explicação do direito, as teorias semânticas do direito nos revelam, ao mínimo, que o fenômeno jurídico tem sua linguagem peculiar.

¹³ Aqui utiliza-se “*M*” como o conjunto finito composto por todos os Estados soberanos.

¹⁴ Como ponto de partida, trataremos a questão submetida a uma norma de DIP como fática. Ulteriormente discutiremos a correção ou incorreção deste pressuposto teórico.

¹⁵ W. WENGLER, *The General Principles of Private International Law*, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, pp. 358-359. Ver também: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 20.

¹⁶ G. HUSSERL, *The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II*, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, p. 454. Ver também: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, *passim*.

este problema. A harmonia jurídica internacional é o fim primário do DIP e jamais pode ser ignorada em nenhuma legislação, sob pena de negar o próprio DIP¹⁷.

Tradicionalmente (e isto será questionado adiante), qualificar significa classificar, significa encaixar o fato misto em uma das categorias do direito, a fim de determinar qual a regra de conflitos chamada a atuar¹⁸. Esta é uma noção muito típica da subsunção de fatos à norma, qualquer que seja a classificação dogmática conferida a uma norma que tenha hipótese fática¹⁹. Como veremos, atrelar o fenômeno da qualificação a objetos fáticos é muito discutível. Nota-se, pois, uma variação no que seria “qualificar” e qual o “objeto” da qualificação (fatos ou normas).

Aqui, porém, deve-se prestar especial atenção à estrutura da regra de conflitos. A norma de conflitos não tem a mesma estrutura nem a mesma função de uma norma de direito material.

¹⁷ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 33. O autor português recorda que tal premissa funcional do DIP foi enunciada por Franz Kahn e por Friedrich Carl von Savigny.

A mesma lembrança é feita por W. WENGLER, que renomeia o princípio chamando de “*minimum of conflicting decisions*”, indicando que se deve almejar a harmonia internacional ao máximo, mas que é leviano pensar que esta é viável de forma absoluta. Logo, deve-se buscar o mínimo possível de decisões conflitantes (ainda que decisões potencialmente conflitantes, se o ponto de partida da aplicação do direito internacional privado não fosse o foro do Estado X, mas sim do Estado Y, por exemplo). W. WENGLER, *The General Principles of Private International Law*, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, p. 365.

J. BAPTISTA MACHADO ainda expõe que a harmonia jurídica internacional é o fundamento do DIP e o fim principal do DIP. Ver: *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 48-49.

¹⁸ Sobre a qualificação como parte do processo técnico-jurídico de classificação ordenada dos *fatos da vida*, ver: J. DOLINGER, C. TIBURCIO, *Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 389. Aqui, ainda, cabe uma reflexão específica. Na doutrina portuguesa, como veremos adiante, fala-se da determinação do conceito-quadro da norma de conflitos como a parcela da norma de conflitos em que um determinado setor ou categoria normativa é delimitado. Seria este um passo de qualificação prévio? Ou seria este um movimento destacado da questão da qualificação? As doutrinas de dupla qualificação parecem não distinguir a qualificação primária (interpretação e classificação dos fatos para saber qual regra de conflitos é chamada a atuar) da interpretação do conceito quadro pela *lex fori*, nos termos da doutrina portuguesa e da interpretação por tal doutrina do artigo 15º do Código Civil Português. Pretende-se afirmar aqui que, substancialmente, a qualificação primária (ou dos fatos) e a interpretação portuguesa do conceito-quadro atingem o mesmo fim, ainda que por denominações e métodos diferentes. Como outro exemplo de doutrina brasileira, traz-se a definição de L. Gama e Silva: “*Qualificação é a determinação precisa da natureza jurídica de uma situação de fato que, por um ou alguns de seus elementos, entende com dois ou mais sistemas jurídicos*”. *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Monografia de Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da São Paulo, São Paulo, 1952, p. 233.

¹⁹ R. AGO, *Règles Generales des Conflits des Lois*, in: *Recueil des Cours*, v. 58, Hague, 1936, p. 313 e 315. O autor italiano expressamente indica que a regra de conflitos se refere a fatos. Em sentido diametralmente contrário: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 65.

O DIP, como ramo que atua no âmbito das relações do(s) direito(s) no espaço, não procura, por si mesmo, em geral, determinar a consequência jurídica material cabível a determinada relação jurídica plurilocalizada. Seu enfoque está em resolver a questão da pluralidade normativa no espaço²⁰.

Para executar suas funções, o DIP delimita setores ou matérias jurídicas e indica, mediante elementos fáticos ou jurídicos, qual o ordenamento jurídico que deve regular materialmente cada um desses setores ou domínios²¹.

Outrossim, sua estrutura²² é peculiar ante suas funções próprias. A regra de conflitos possui três partes²³: (i) o conceito-quadro (também chamado de objeto ou categoria da conexão, isto é, o conceito técnico-jurídico que é conectado, relacionado com determinado ordenamento jurídico)²⁴; (ii) o elemento de conexão (característica fática ou jurídica que serve de critério para ligar determinado ordenamento àquele conceito-quadro); e (iii) a consequência-jurídica (a conclusão de aplicabilidade, ainda que *prima facie*²⁵, do direito material de determinado ordenamento jurídico para aquele setor ou matéria jurídica²⁶).

²⁰ J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, pp. 107-109. As regras de DIP possuem escopo próprio e não são “normas indiretas”. Elas cumprem diretamente o que delas é exigido e por seu senso de justiça próprio. Com aspecto mais didático, em outra obra, ver: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 43. Ver, ainda, sobre justiça do DIP: R. M. MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, Almedina, 1990, pp. 224-228.

²¹ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 64. Ver também: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 179.

²² Sobre a complexidade especial do passo qualificatório em DIP ante a natureza e a estrutura específicas das regras de conflitos, ver: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 381.

²³ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 179.

²⁴ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 381.

²⁵ Determinação *prima facie*, pois outros passos do método podem influenciar a consequência jurídica original da regra de conflitos como, por exemplo, reenvio ou exceção de ordem pública.

²⁶ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 388-389. O professor português indica que a referência feita por uma regra de conflitos a um ordenamento material pode ser aberta ou seletiva. A referência aberta significa que a *lex causae* “é declarada competente no conjunto de suas disposições materiais: destas serão aplicáveis todas aquelas a cuja previsão seja reconduzível a situação sub judice. Em face do segundo [referência seletiva], a designação dessa lei compreende tão-só aquelas das suas proposições jurídicas que, pelo conteúdo e função social que nela desempenhem, se integrem na categoria recortada pelo conceito-quadro da regra de conflitos” (grifos originais).

Desta forma, desde já, há a necessidade de se questionar esta ideia de qualificação no direito internacional privado como sendo um passo de avaliação, interpretação e classificação de fatos ante regras de conflitos²⁷.

E como se deve qualificar, portanto? Passaremos oportunamente pelas teorias acerca da qualificação em direito internacional privado.

Ainda, o que significa “conflito de qualificação”? Veremos que a disparidade das noções deste problema varia diretamente do conceito que se confere à ideia de qualificação em DIP. De maneira sintética, é possível ver o conflito de qualificação como um problema *a priori*, cuja resolução é escolher um critério de qualificação. Ou, por outro lado, o conflito de qualificação seria, em verdade, um problema *a posteriori* decorrente da tentativa de aplicação das regras de conflito.

A despeito da visão que se tome, ficará claro que os objetivos de DIP não têm sido considerados quando da análise do conflito de qualificações. A lógica e a previsibilidade acabaram prevalecendo em detrimento de justiça conflitual ou harmonia internacional. Se for para o DIP operar sem levar em conta o seu escopo primordial, é melhor identificar um novo escopo ou admitir o caráter – ao menos potencialmente – arbitrário do método conflitual²⁸.

Proporemos a redefinição do que é conflito de qualificação sob o enfoque do que, para nós, é a verdadeira função do passo qualificatório em DIP. Igualmente, proporemos critérios para a sua solução que estejam em acordo com as finalidades do DIP, nisso constituindo a tese que se pretende defender.

²⁷ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 65. Prossegue o autor, pp. 111-112 da mesma obra: “O problema da qualificação em sentido estrito é o problema da subsumibilidade de um *quid concreto* a um conceito utilizado por uma norma. Qualificar um certo *quid* é determiná-lo como subsumível a um conceito, por aplicação desse mesmo conceito: é verificar ou constatarem um certo dado as notas ou características que formam a compreensão de certo conceito”. (grifos originais)

²⁸ F. K. JUENGER, *The Problem with Private International Law*, 1999.

Disponível em <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/juenger1.html>. Último acesso em 13/10/2020.

I. A REGRA DE CONFLITOS

I.1 Estrutura e Função das Regras de Conflitos

São plurais os pontos de vista sobre as regras de conflito, isto é, sobre as normas de direito internacional privado que indicam qual o direito material aplicável à determinada questão jurídica plurilocalizada²⁹.

Por vezes, as regras de conflito são chamadas de indiretas³⁰ – no sentido de que não regulam direta e materialmente uma questão jurídica plurilocalizada, mas regulam indiretamente a questão por meio da remissão a normas materiais de um dado ordenamento jurídico –, por vezes esta noção é rejeitada³¹.

Em rejeição da visão acima argumenta-se no sentido de que as regras de conflito não são meros passos na regulação material de uma dada questão jurídica, mas sim regras jurídicas que possuem uma função bastante específica: resolver um conflito de leis. As regras de conflito resolvem um conflito de leis ao, entre as leis pretensamente eficazes, atribuir competência a uma delas. Assim, as regras de conflito não são indiretas, mas diretas. Apenas muda o que foi “direcionado”: na visão anterior a questão fática; nesta visão o conflito de leis. Regras de conflito, portanto, servem para definir o âmbito de competência das leis³².

Certo é, porém, que as regras de conflito indicam um ordenamento (ou parte dele) como aplicável a determinada questão jurídica plurilocalizada³³.

²⁹ Embora se possa afirmar que as regras sobre competência jurisdicional internacional de um dado Estado sejam regras de conflito, preferimos aqui nos referir apenas às regras que atribuem competência a um dado ordenamento para reger materialmente determinada questão jurídica transnacional.

³⁰ G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, *passim*. Ver também: J. DOLINGER, C. TIBURCIO, *Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 273.

³¹ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 70-78.

³² J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 70-78. Segundo o autor, as regras de conflito são regras sobre regras.

³³ Em observância do princípio da não-transconexão, só é possível outorgar competência a um ordenamento que esteja em contato com a questão jurídica plurilocalizada. J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, p. 128.

De nossa parte compreendemos as diferenças teóricas de se assumir a posição das regras de conflito como indiretas ou não. Entretanto, parece-nos que há a descrição sob roupagens diversas de um mesmo fenômeno ou função. Para fins de identificação da legislação materialmente aplicável, a descrição teórica é pouco relevante. As regras de conflito, sob paradigma multilateralista³⁴, vão fazer uma coisa: identificar o ordenamento aplicável a determinada questão jurídica plurilocalizada³⁵.

Daqui em diante, para fins de uniformidade, falaremos que as regras de conflito atribuem competência.

Assim, a função das regras de conflito é identificar (atribuir competência), (d)entre os ordenamentos que se pretendem eficazes, (à)aquele ordenamento jurídico ou corpo de regras de um ordenamento jurídico competente para reger determinada questão jurídica transnacional³⁶.

Para que possam cumprir esta função jurídica específica, as regras de conflitos possuem, em geral, uma estrutura específica. Por serem regras jurídicas, as regras de conflito poderiam, em tese, com algum esforço, ser bifurcadas em hipótese normativa e consequência jurídica. Não obstante tal possibilidade, isto pouco explicaria, afinal, esta é a visão tradicional de uma regra jurídica genérica (a fim de fazermos diferenciação ante normas principiológicas ou normas programáticas, por exemplo) e pouco preocupada com a especificidade da regra de conflitos.

Como mencionamos, a regra de conflitos possui três partes³⁷: (i) o conceito-quadro (também chamado de objeto ou categoria da conexão³⁸) isto é, o conceito técnico-

³⁴ Acerca de como o paradigma multilateralista sofre especialmente com problemas de qualificação, ver: C. ROODT, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, pp. 83-84.

³⁵ Nós sabemos que as diferenças teóricas não são meramente formais e que podem repercutir em aspectos práticos. Nossa intenção é generalizar a discussão e mostrar que, a despeito do rigor teórico, as regras de conflito apontam para determinado ordenamento e o reputam aplicável (ao menos *prima facie*).

³⁶ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 57.

³⁷ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 179.

³⁸ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 56.

jurídico que é conectado, relacionado com determinado ordenamento jurídico)³⁹; (ii) o elemento de conexão (característica fática ou jurídica que serve de critério para ligar determinado ordenamento àquele conceito-quadro); e (iii) a consequência-jurídica *sui generis* (a conclusão de aplicabilidade, ainda que *prima facie*⁴⁰, do direito material de determinado ordenamento jurídico para aquele setor ou matéria jurídica⁴¹).

Em termos reducionistas: uma questão jurídica transnacional seria identificada como pertencente a um determinado conceito-quadro, por exemplo, capacidade para testar. Localizar-se-ia, entre os ordenamentos pretensamente eficazes, qual o competente para regular materialmente a “capacidade de testar” por meio do elemento de conexão, digamos, neste exercício, “domicílio do testador”. Novamente, para fins de exemplificação, o testador mora na Argentina. Assim, tem-se a consequência jurídica (ainda que, talvez, *prima facie*): atribui-se competência à lei material da Argentina para regular a capacidade de testar do *de cuius* em questão.

Simple e práctico, não é?

Infelizmente, não.

A consequência jurídica só foi determinada desta forma porque a questão jurídica foi enquadrada dentro do conceito-quadro “capacidade para testar”. Se o enquadramento se desse em outro conceito-quadro, por exemplo, um mais genérico, “questões de direito das sucessões”, a consequência jurídica poderia variar.

Já está bem claro que o problema de qualificação – que sequer começamos a desenvolver, mas apenas enunciamos – passa (i) pela interpretação de cada conceito-quadro de cada uma das regras de conflito do foro e isto se relaciona com o grau de abstração de cada conceito-quadro; e (ii) pela identificação que dada questão jurídica – em concreto, como num

³⁹ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 381.

⁴⁰ Determinação *prima facie*, pois outros passos do método podem influenciar a consequência jurídica original da regra de conflitos como, por exemplo, reenvio ou exceção de ordem pública, entre outros (fraude à lei etc.).

⁴¹ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 388-389.

processo judicial, ou em abstrato, como num parecer de um jurista – está dentro de um determinado conceito-quadro e não em outro.

Muito ainda avançaremos sobre qualificação, mas só de verificar a estrutura das regras de conflito, percebe-se que o grau de abstração de um conceito-quadro pode ser um fator determinante para o fenômeno da qualificação em DIP.

Se o DIP de cada Estado tende a ser diferente, isto é, em um cenário fático e não meramente hipotético de heterogeneidade das regras de conflitos de diferentes Estados⁴², é razoável assumir que os graus de abstração das regras de conflito também variam conforme os Estados e até mesmo dentro de um mesmo DIP estadual.

I. DE MAGALHÃES COLLAÇO identificou três grandes tipos de regras de conflito⁴³. A classificação da autora portuguesa, apesar de ela própria não colocar nestes termos, pode ser reconduzida a três grandes graus de abstração de um dado conceito-quadro.

As regras de conflito do tipo I (“**RCI**”) são aquelas cujos conceitos-quadros não utilizam nenhum recorte jurídico classificatório típico do direito privado codificado ocidental⁴⁴. Um exemplo antiquado, porém muito ilustrativo, trazido pela autora, é uma regra de conflitos escrita nos seguintes termos: “as relações entre homem e mulher serão regidas pela lei da nacionalidade do homem”. Outro exemplo, extraído do direito britânico da época do estudo da Prof.^a Collaço, é: “as pretensões relativas a bens serão regidas pela lei do local de sua situação”⁴⁵.

Os conceitos-quadros “relações entre homem e mulher” e “questões relativas a bens” não contêm recortes jurídicos efetivos. Não há uma mínima separação entre relações de casamento heteroafetivo ou relações contratuais entre pessoas de sexos ou gêneros diferentes.

⁴² G. HUSSERL, *The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II*, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, p. 454.

⁴³ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 46-56.

⁴⁴ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 46. A autora fala em “[regra de conflito] não delimitada através dos efeitos jurídicos que comporta...”, além de não haver a caracterização de certa categoria de preceitos classificatórios do direito privado.

⁴⁵ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 46-47.

Bem como não há distinção entre “relações de direito real” ou “relações sucessórias envolvendo titularidade de bens”.

Embora as RCI tendam à inexistência⁴⁶, não se pode olvidar que elas existiram ou podem existir, tendo em consideração que nós não conhecemos todas as regras de conflitos existentes em todas as legislações nacionais.

As regras de conflito do Tipo II (“**RCII**”) são aquelas que contêm em seu conceito-quadro uma determinada categoria de regras de direito, categoria essa caracterizada “essencialmente pelo seu dispositivo típico”⁴⁷.

Diferentemente das RCI, as RCII reconduzem situações fáticas da vida a uma determinada classificação geral do direito privado, por exemplo, direito das sucessões ou direito das obrigações.

Um exemplo de RCII pode ser extraída da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (“**LINDB**”). O art. 10, *caput*, da LINDB trabalha com uma noção geral de sucessão por morte: *A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.*

Se, por um lado, regras com o molde das RCII têm sido evitadas por legisladores em legislações recentes⁴⁸, as RCII possuem predominância no DIP positivo brasileiro. É de se notar, por exemplo, que temos uma RC para obrigações, pouco importando os recortes classificatórios típicos quanto ao fato gerador da obrigação (contratos, delitos, atos unilaterais etc.)⁴⁹.

⁴⁶ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 49.

⁴⁷ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 50.

⁴⁸ Destacam-se as legislações da Suíça (Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987) com 200 artigos e da Bélgica (16 JUILLET 2004. - Loi portant le Code de droit international privé) com 140 artigos.

⁴⁹ Art. 9º da LINDB.

Por fim, as regras de conflito do Tipo III (“**RCIII**”) possuem como característica os seus conflitos-quadro fazerem referência a “uma categoria de relações jurídicas, definidas pelo seu conteúdo típico”⁵⁰.

Esclarecemos: as RCIII possuem conceitos-quadros mais especializados – embora ainda amplos – do que as RCII no sentido de que seus conceitos-quadros são pequenas especializações das categorias indicadas por uma RCII. Se “obrigações” é conceito típico de uma RCII, “obrigações contratuais” ou “obrigações *ex delicto*” são caracterizações típicas de RCIII.

Assim, “capacidade para suceder”, enquanto uma questão parcial atinente à capacidade de agir, é um recorte de conceito-quadro de RCIII, tal qual ocorre no art. 10, §2º, da LINDB: *A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.*

Como se verá adiante, o *nomen iuris* é irrelevante⁵¹. As classificações não são formais. Apenas a sua enunciação, enquanto pressuposto necessário de comunicação, remonta às classificações enquanto tipos (linguagem jurídica). É plenamente possível, aliás comprovável – embora além do escopo deste estudo –, que legislações materiais de ordenamentos diferentes classifiquem formalmente fatos da vida como incorporados na hipótese normativa de suas regras materiais topologicamente inseridas dentro do livro do Direito das Sucessões ou do Direito de Família, mas preocupem-se com tal questão da vida.

Para fins de nossa exposição, extraímos daqui o seguinte:

(i) as regras de conflito possuem, em análise rasa, a função de determinar qual a lei material competente para regular dada questão jurídica plurilocalizada – eis a função “remissiva” das regras de conflito;

⁵⁰ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 51. A autora também define “categorias definidas pelo seu conteúdo típico” como questões parciais, valendo-se da terminologia de W. Wengler.

⁵¹ G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, p. 65.

(ii) as regras de conflito possuem três elementos, dentre os quais destacamos o conceito-quadro – ou objeto de conexão – que é a “hipótese” da regra de conflitos, em outras palavras, aquilo que liga a questão a uma determinada regra de conflitos; e

(iii) as regras de conflito podem variar em suas redações, mas, em geral, podem ser identificados três grandes tipos de regras de conflitos, as quais diferenciam-se conforme o grau de “especialização da conceituação jurídica” atribuído ao conceito-quadro de uma dada regra de conflitos.

Importa ir além e verificar a extensão da remissão de uma regra de conflitos às normas materiais de um ordenamento mandado aplicar, ainda que *prima facie*.

I.2 Da Extensão (ou Alcance) da Competência Atribuída pelas Regras de Conflito

De antemão, importante ressaltar que não está no escopo deste estudo verificar se a atribuição de competência feita pelas regras de conflito a um dado ordenamento comporta ou não a valoração do direito internacional do ordenamento materialmente aplicável *prima facie*. Este é um problema ínsito à questão do reenvio que tivemos a oportunidade de analisar em outra oportunidade⁵².

Não se coloca em dúvida, porém, que as regras de conflitos atribuem competência a normas materiais de um dado ordenamento jurídico. É questionável, por outro lado, verificar qual o alcance desta *atribuição* feita por uma dada regra de conflitos a normas materiais de um ordenamento mandado aplicar.

A discussão é *fundamental* para compreensão do futuro passo qualificatório, pois mostraremos que a principal diferença entre as teorias da qualificação em DIP gira em torno do entendimento sobre a *função* das regras de conflito.

⁵² K. M. DIZ, *Reenvio e Convergência do Direito Aplicável*, Dissertação de Mestrado defendida sob Orientação do Prof. Titular Gustavo Ferraz de Campos Monaco, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2017.

Há, basicamente, duas visões polarizadas: (a) a atribuição de competência feita por uma regra de conflitos a um ordenamento é completa, isto é, a todas as normas materiais daquele ordenamento capazes de reger a questão jurídica plurilocalizada⁵³; ou (b) a atribuição de competência feita por uma regra de conflitos a um ordenamento é seletiva, ou seja, uma atribuição de competência especializada e direcionada apenas às normas que tenham o mesmo sentido do conceito-quadro da regra de conflitos que fez a “remissão”⁵⁴.

A discussão não é posta da forma sintética apresentada acima. É uma discussão que se coloca nas análises feitas sobre qualificações em DIP. Parece-nos que a discussão vem como argumento a reforçar posições doutrinárias⁵⁵ sobre como se deve realizar a qualificação em DIP.

Em linha com o analisado no tópico imediatamente acima, a posição (i) é consequência da visão de que as normas de conflito operam remissões para a regulação material de uma questão (fático-)jurídica plurilocalizada; e a posição (ii) é consequência da ideia de definição de âmbito de competência como função das regras de conflito.

Novamente, à discussão falta enfoque adequado. De nossa parte, acreditamos que esta é uma discussão totalmente prévia ao problema de qualificação. A qualificação *não* deve ser pensada em termos transcendentais, mas sim levando em consideração qual o tipo de regra de conflito que se precisa qualificar⁵⁶.

⁵³ G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 74-83. Ao trabalhar a ideia de que a “requalificação” feita pelo ordenamento mandado aplicar seria uma “correção de rotas” (p. 75), entendemos que a atribuição de competência feita por uma regra de conflitos a um ordenamento foi completa, competindo a tal ordenamento aplicar a norma material que regule os fatos plurilocalizados, pouco importando a função sócio-jurídica ou recorte feito pelo conceito-quadro da regra de conflitos atribuidora de competência. Visão próxima pode ser encontrada na doutrina italiana a partir de Roberto Ago.

⁵⁴ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 57. Ver também: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 20.

⁵⁵ Posições estas trabalhadas ao longo do Capítulo III *infra*.

⁵⁶ Vide R. AGO, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1955, pp. 68 e ss. Ver também: G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 83-86. Excertos dos autores em que, após determinarem a qualificação *lege fori*, indicam que seria possível a requalificação ou qualificação secundária valendo-se dos critérios da *lex causae*, a fim de viabilizar sua aplicação. Do ponto de vista de construção de raciocínio, ao invés de ser um argumento para justificar a escolha metodológica do passo qualificatório conforme a *lex fori*, o alcance da remissão das regras de conflito entra como razão para permitir uma “requalificação” pela *lex causae*. De um ponto de vista de harmonia jurídica internacional, quicá isto faça sentido – embora dependamos de análise profunda -, mas é evidente que o foco principal dos autores foi

De modo muito direto, fica claro que o legislador, ao especializar conceitos-quadros com graus de especificidade diferentes, pretendeu determinar quão ampla ou seletiva será a remissão feita por aquela regra de conflitos ao ordenamento mandado aplicar.

Concordamos com J. BAPTISTA MACHADO no sentido de que as regras de conflito atuam de forma seletiva e que isso há de refletir-se na remissão feita pela regra de conflito⁵⁷. O autor português assevera que as regras de conflito seguem o *princípio da especialização*.

Estamos com I. DE MAGALHÃES COLLAÇO ao afirmarmos que o alcance de cada regra de conflitos variará conforme o grau de especialização do conceito jurídico que caracteriza o conflito-quadro de tal regra de conflitos⁵⁸. Logo, a especialização não é desvalorada em abstrato. Ela é desvalorada levando em consideração como o legislador concretizou o princípio da especialização nas regras de conflito. Percebemos, pois, que o *princípio da especialização* é, antes de tudo, uma indicação de técnica legislativa.

Antes mesmo de definirmos o que, para nós, é o verdadeiro sentido da qualificação em DIP, importa apontar que uma RCI – que não adstringe as questões jurídicas plurilocalizadas a lhe serem submetidas por meio de critérios jurídicos – não faz recorte seletivo jurídico sobre se o sentido das normas materiais do ordenamento mandado aplicar se enquadra no sentido do conceito-quadro, afinal não há critério jurídico no conceito-quadro de uma RCI.

Assim, as RCI não limitam, em senso jurídico, quais normas do ordenamento jurídico são aplicáveis. Qualquer norma do ordenamento mandado aplicar que tenha por hipótese “relação entre homem e mulher” é aplicável⁵⁹.

mitigar dificuldades da qualificação *lege fori*. A nosso ver, lógica não é tudo, mas o caráter do alcance do conceito-quadro não poderia ter sido ignorado no momento inicial da definição do método.

⁵⁷ *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 57.

⁵⁸ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 87-140. Explicação detalhada é trazida pela autora.

⁵⁹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 92. Aliás, às fls. 89-92 a autora indica que normas do tipo RCI são as que põem em xeque a noção de qualificação como mera “subsunção” de um *quid* ao conceito-quadro da uma regra de conflitos. Se não há limitação de remissão, não há um verdadeiro problema de subsunção jurídico.

Aqui, sem dúvida, sentido e alcance de uma regra de conflitos, os quais são sempre indexados ao conceito-quadro, quase que se confundem. Aqui não há dúvidas sobre a ideia de que a questão jurídica é vista sob um ponto de vista semifático⁶⁰ em relação à regra de conflitos e em relação às normas do ordenamento mandado aplicar.

Por sua vez, as RCII conformam seus conceito-quadros por meio de um critério jurídico, ainda que amplo, geralmente fazendo referência às principais macrocategorias correspondentes às instituições de direito civil.

As RCII, logo, atribuem competências correspondentes à certa categoria de regras materiais do ordenamento mandado aplicar⁶¹. Em outras palavras: não se procura no ordenamento qualquer norma material a que o substrato fático plurilocalizado se subsuma, mas faz-se esta busca no conjunto de normas – ainda que topologicamente em outros livros do código civil local ou leis esparsas – que atendam ao sentido do conceito-quadro. Se o sentido do conceito-quadro é de dar relevância a relações obrigacionais (tendência à extinção, efeitos *inter partes* etc.), apenas haverá atribuição de competência às normas do ordenamento mandado aplicar que tenham o mesmo sentido.

Começa a ganhar relevância a identificação do sentido do conceito-quadro, o qual, a nosso ver, é obtido por meio da interpretação do conceito-quadro.

Extrapolando os limites da presente tese identificar o sentido de todas as regras de conflito brasileiras ou estrangeiras. Importa perceber que a interpretação do conceito-quadro possui um papel fundamental na ulterior aplicação de uma regra de conflitos, especialmente das regras de conflito que não sejam RCI.

Observando-se em linhas gerais o que se falou sobre a extensão da atribuição de competência feita pelas RCII, tal também se aplica em relação às RCIII, as quais atribuem competência de forma especializada, tendo em vista o grau de menor generalização dos

⁶⁰ Valemos dessa ideia de “semifático” porque a hipótese não é totalmente fática. A regra de conflitos depende da existência de uma questão ou relação jurídica ainda que a RCI não enuncie a questão desta forma, afinal uma regra de conflitos não regula fatos materialmente e diretamente. Ao mesmo tempo, parece-nos que é substrato fático que indica a aplicação de dada RCI e das normas materiais do ordenamento mandado aplicar.

⁶¹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 95-98.

conceitos-quadros. A dificuldade se encontra em interpretar os conceitos-quadros das RCIII, tendo em vista que há uma pressuposição de uma relação jurídica mais especializada⁶².

Em síntese, o alcance da atribuição de competência feita por cada regra de conflitos depende do grau de abstração de seu conceito-quadro. E aqui está um dos *pontos centrais* da discussão sobre qualificação em DIP, na nossa opinião: diferenciar como são identificados (i) o sentido da norma material mandada aplicar para saber se a ela foi atribuída competência pela regra de conflitos, *em outras palavras, se é possível outorgar competência a direito material com sentido diferente do da regra de conflitos*; e (ii) o sentido do conceito-quadro de cada regra de conflitos.

I.3 Do Objeto das Regras de Conflito

Analisamos a estrutura, a função e o alcance das regras de conflito. Devemos analisar também qual o objeto das regras de conflito. Plurais teorias da qualificação costumam variar conforme se pense que o objeto de uma regra de conflitos são diretamente fatos⁶³, ou são fatos vistos sob uma roupagem jurídica⁶⁴, ou outras regras de direito⁶⁵. As últimas duas, pois, acabam por ser tratadas igualmente sob o viés jurídico ou, ao menos, juridificado da situação fática.

Se a qualificação depende de um processo de subsunção de fatos ao conceito-quadro de uma regra de conflitos, o objeto da regra de conflito devem ser fatos. Se o objeto

⁶² I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 99-109. A autora trabalha sob rubrica de qualificação da dificuldade de identificar o sentido e alcance das RCIII sob o enfoque de que o conceito técnico-jurídico indicado no conceito-quadro não é um macroinstituto, mas sim uma relação jurídica mais especializada. O ponto principal é que não existe relação jurídica no vácuo, mas sim sempre em relação a dado ordenamento.

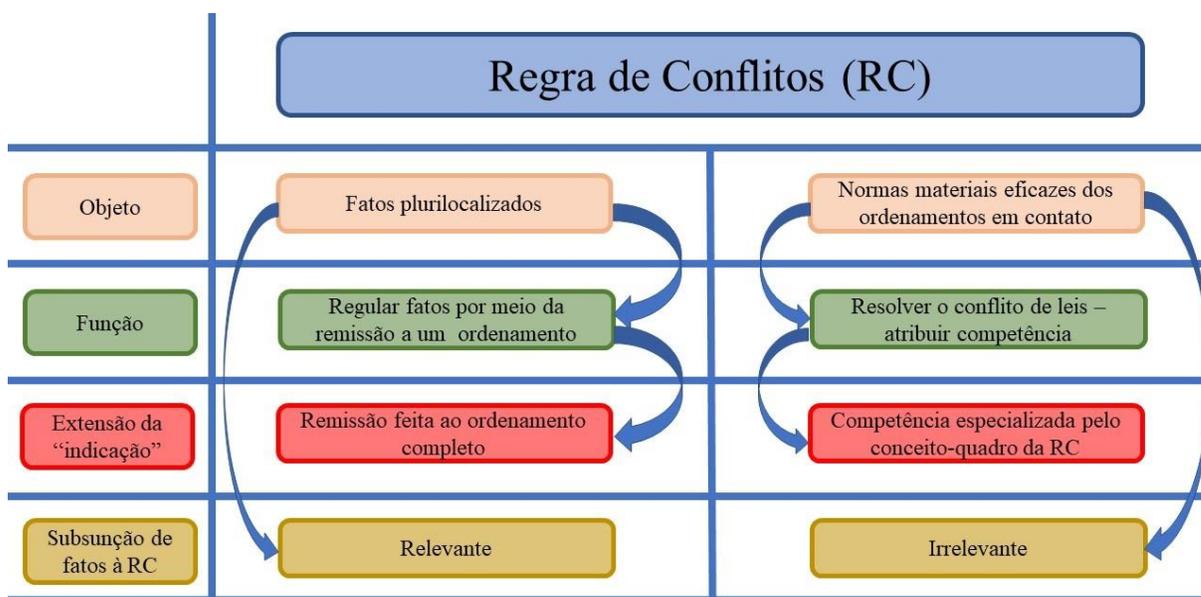
⁶³ R. AGO, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1955, pp. 68 e ss. Ver também: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 107. Destaque-se, porém, que a Prof.^a Collaço traz exposição complexa tanto do objeto da regra de conflitos, quanto da qualificação. Apenas ressaltamos para não parecermos reducionistas da posição da Prof.^a Collaço.

⁶⁴ Ver a parte 2 do artigo publicado por J. D. FALCONBRIDGE. Conflict Rule and Characterization of Question, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, n. 3, 1952, pp. 264-283.

⁶⁵ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 64-65.

forem relações jurídicas ou questões jurídicas conceituadas *a priori*, a subsunção de fatos não é algo que importa para o passo qualificatório estritamente falando.

Agora se tem a total dimensão das diferenças teóricas trabalhadas nos últimos dois tópicos imediatamente anteriores. Sintética e ilustrativamente:



Acreditamos que este é o principal ponto de insatisfação e de dúvida sobre qualificação em direito internacional privado.

Não temos a intenção de esclarecer qual o real objeto das regras de conflito. Isto ultrapassa o escopo desta tese.

Eis a razão pela qual há pouco consenso doutrinário sobre *o que é* qualificação em direito internacional privado. A depender da teoria de regra de conflito que se adote, a conclusão mudará drasticamente!

Caso se acredite que o objeto da regra de conflito é fático, pois as regras de conflito regulam indiretamente a situação fática, não há dúvida de que o passo qualificatório passará por uma confrontação – para não cravarmos *subsunção* neste momento inicial do trabalho – dos fatos ante o conceito-quadro da regra de conflitos. Parece-nos que, *mutatis mutandis*, far-se-á o mesmo processo cognitivo para verificar a devida aplicação de uma regra material a certos fatos.

Por outro lado, caso se adote a visão de que a regra de conflitos possui objeto não-fático, não há dúvida da irrelevância da confrontação dos fatos perante o conceito-quadro da regra de conflitos. O que precisaria ser confrontado é o conjunto – o qual pode ser unitário – de normas materiais de um dado ordenamento que seria *prima facie* aplicável. Aqui começa a ganhar relevância a ideia de que o sentido dessas normas deve estar em consonância com o do conceito-quadro da regra de conflitos. Caso contrário não haverá real atribuição de competência por força do princípio da especialização pelo legislador conflitual.

Um reducionista poderia dizer que, reconhecido qual o objeto das regras de conflito, viabilizada estaria a real compreensão do passo qualificatório no direito internacional privado.

Tal redução seria inverídica na medida em que legisladores conflituais poderiam valer-se de regras de conflito do tipo I, as quais atribuem competência sem adstrição a categorias jurídicas.

Considerando (no mínimo) a potencialidade de (i) ordenamentos terem visões diferentes acerca da função do direito internacional privado; (ii) concepções sobre o objeto das regras de conflito variarem de Estado a Estado, entre outras razões para heterogeneidade, é que se faz necessária uma visão do problema de qualificação que se destaque de padrões teóricos rigorosos, pois limitantes, e se consubstancie em viabilizar a realização dos interesses de direito internacional privado.

Como veremos, a concretização dos interesses do direito internacional privado não aparece como privilegiada nas teorias sobre qualificação⁶⁶. Há uma queda de braço entre posições teóricas epistemológicas mutuamente excludentes e um (pseudo) consenso em favor da qualificação conforme a *lex fori*. “Pseudo” tendo em vista que as concepções do que é qualificação variam de acordo com o posicionamento teórico.

A chave para um passo qualificatório preocupado com os interesses do direito internacional privado passa por (i) identificar os interesses do direito internacional privado; (ii)

⁶⁶ Vide Capítulo IV *infra*.

refletir sobre a justiça do direito internacional privado; e (iii) compreender como visões de lógica formal não são suficientes para uma ordenação do direito internacional privado⁶⁷.

I.4 A Interpretação das Regras de Conflito – O Sentido de cada Conceito-Quadro

Visto que todo conceito-quadro é uma delimitação do contato que determinada regra de conflitos possui com certo ordenamento jurídico ao lhe atribuir competência, em outras, palavras, que o conceito-quadro é o que define o âmbito de competência da lei mandada aplicar, é imperativo definir a ideia de conteúdo, de sentido, de um conceito-quadro. Caso contrário, a regra de conflitos não conseguirá cumprir sua função.

Também verificamos que os contornos e o grau de generalidade de um conceito-quadro variarão conforme a escolha de um dado legislador nacional ao optar por regras de conflitos do Tipo I, II ou III, e, por consequência, no âmbito de competência da lei mandada aplicar.

Afastadas questões relativas às RCI, as demais regras de conflito terão seu conceito-quadro expresso em um conceito jurídico. Importa sabermos que tipo de conceito jurídico é conceito-quadro.

Interpretar um conceito-quadro equivale a lhe dar sentido, compreender qual âmbito de competência ele delimita como atribuível pela regra de conflitos de que é elemento constitutivo.

⁶⁷ Para uma análise sobre a flexibilização do rigor técnico no direito internacional privado, ainda que sob o viés do realismo jurídico, ver: A. RILES, A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities, in: *Buffalo Law Review*, v. 53, n. 3, Summer 2005, pp. 973-1034. Ainda: J. MORSE, Characterization: Shadow or Substance, in: *Columbia Law Review*, v. 49, n. 8, Dec/1949, p. 1050: “*Logic is a tool, not a goal*”.

A doutrina portuguesa indica que o conceito-quadro é um “conceito jurídico indeterminado”⁶⁸. Ele deverá ser determinado em concreto mediante “operações particularmente complexas”⁶⁹.

Não se trata, pois, de aplicar regras materiais e de interpretá-las pelos meios típicos. Por ser uma norma que previne ou resolve conflitos entre normas, uma regra de conflitos terá que ser interpretada de acordo com as finalidades do direito internacional privado.

Privilegiando aspectos de uniformidade sistêmica de um dado ordenamento nacional, I. DE MAGALHÃES COLLAÇO indica que um conceito-quadro deve ser interpretado – definição do sentido de um conceito jurídico indeterminado delimitador de competência – conforme o sentido que o direito material do foro dê a este conceito ou, ao menos, com o núcleo do sentido que o direito material do foro dê a determinado conceito jurídico⁷⁰. Isto se passaria porque (i) o juiz do foro instintivamente fará tal aproximação, gerando uma boa administração da justiça; (ii) há uma pressuposição de que a escolha política do legislador se baseie na unidade do ordenamento⁷¹; e (iii) a regra de conflitos não deixa de ser norma de fonte interna. Nota-se que a harmonia interna e a facilidade na administração da justiça foram valores priorizados pela autora.

Em direção oposta seguiu E. RABEL ao se posicionar pela interpretação do conceito-quadro, a rigor da regra de conflitos inteira, por um método comparatista. Considerando-se que a regra de conflitos pode fazer resultar em qualquer direito do mundo, a obtenção do sentido de um conceito-quadro derivaria da abstração dos conteúdos jurídicos dos vários direitos.⁷²

⁶⁸ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 192.

⁶⁹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 192. Na mesma linha, J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 93-94.

⁷⁰ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 174-ss.

⁷¹ Por outro lado, ver: L. MERIGGI, Les Qualifications em Droit International Privé, in: *Revue de Droit International Privé*, v. 28, 1933, p. 205. “[...] la règle de conflit est indépendante de la lex fori”. Grifos originais.

⁷² Das Problem Der Qualifikation, in: *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, vol. 5, 1931, pp. 262-ss.

Uma crítica a Rabel e a Magalhães Collaço é feita por J. BAPTISTA MACHADO: “*ambas se propõem preencher o conceito-quadro com conteúdos de regulamentações jurídicas positivas*”⁷³.

Por sua vez, A. FERRER CORREIA indica que o legislador define um conceito-quadro em função dos interesses que cada setor normativo, cada conceito normativo, considera prevalecente. A interpretação de um conceito-quadro só pode ser *teleológica*⁷⁴. Por ser direito do foro, a interpretação seguirá o foro, mas não direta e cegamente as normas materiais do foro, mas a intencionalidade e autonomia do direito internacional privado do foro.

Não há dúvidas de que os conceitos materiais da *lex fori* correspondem ao núcleo, mas há muito mais para além da *lex fori* no horizonte de uma regra de conflitos.

Assim, tomemos o caso brasileiro por exemplo. Vejamos o artigo 10 da LINDB:

Art. 10. A sucessão por morte ou por ausência obedece à lei do país em que domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens.

[...]

§ 2º A lei do domicílio do herdeiro ou legatário regula a capacidade para suceder.

De início salta aos olhos que, para o direito internacional privado brasileiro, o conceito jurídico “capacidade para suceder”, ao ter sido especializado pelo legislador numa

⁷³ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 94-95. O autor vai além e insiste que um conflito-quadro tem a natureza de um *conceito-questão*. “*Nestes termos, o referido conceito-quadro deve assumir a forma de conceito-questão – isto é, de conceito que refere questões jurídicas de direito material, e não as correspondentes respostas normativas*” (grifo original).

Embora o autor tenha fixado tal premissa, ele não indica neste momento como o conteúdo do conceito-questão pode ser delineado.

⁷⁴ *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 204-205.

Este ponto é levantado diretamente em relação a conflitos de qualificação por L. DE VOS. Ver: Étude sur les Conflits de Qualification en Droit International Prive, in: *Revue Trimestrielle*, v. 17, n. 4, Oct-Dec/1931, pp. 170-171 e 182.

RCIII (art. 10, §2º, LINDB), tal conceito foi retirado da RCII, de conceito menos especializado (art. 10, *caput*, LINDB)⁷⁵.

Isto se dá porque a “capacidade para suceder” possui uma teleologia diferente da ideia geral de “sucessões”. Seria possível especular que as funções variam porque, com base no núcleo no direito material brasileiro, os atos de aceitação ou renúncia de herança tem como espírito salvaguardar a estabilidade da sucessão, a fim de evitar futuras discussões, ou de favorecer a autonomia da vontade etc. Não obstante, uma eventual lei aplicável pode não trazer norma específica para a capacidade para suceder, mas uma norma material genérica sobre capacidade.

Isto poderia ser um problema, pois a regra de conflitos que teria em seu conceito-quadro “capacidade geral” seria o art. 7º, *caput*, da LINDB. Contudo, sem querer nos adiantar demais em relação a tópicos futuros do presente trabalho, parece-nos que seria plenamente possível entender que tal norma de capacidade geral oriunda do ordenamento estrangeiro atenda às funções pretendidas pelo art. 10, §2º, da LINDB, pois o conceito-quadro desta regra de conflitos deve ser verificado teleologicamente, ainda que com contato inicial com o direito material do foro.

I.5 A Justiça Conflitual e os Interesses e Objetivos do Direito Internacional Privado

A justiça de direito internacional privado se encontra na concreta localização dos fatos no espaço⁷⁶. Localizar os fatos significa atribuir competência a dado sistema de normas para regular tais fatos. A justiça conflitual se consolida na adequada solução do conflito de normas⁷⁷. Neste sentido, a justiça conflitual é uma justiça formal, mas ainda preocupada com a

⁷⁵ A “capacidade para suceder” também foi retirada do art. 7º, *caput*, da LINDB, o qual traz em seu conceito-quadro a “capacidade” para atos civis enquanto gênero.

⁷⁶ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., *reimpr.*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 44.

⁷⁷ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., *reimpr.*, Almedina, Coimbra, 2013, p. 45. O autor aproveita para reforçar, portanto, que a ligação dos fatos é com o ordenamento potencialmente aplicável e não com o direito internacional privado.

salvaguarda das expectativas de pessoas físicas ou jurídicas ou com valores de segurança jurídica⁷⁸.

Conforme A. FERRER CORREIA⁷⁹:

“No domínio do DIP, é a valores de certeza e estabilidade jurídica que cabe a primazia: a ‘justiça’ do direito de conflitos é predominantemente de cunho formal. Ao DIP compete organizar a tutela das relações jurídicas plurilocalizadas. São relações estas que, exactamente em virtude de pertencerem a diversos espaços legislativos, se encontram numa situação de particular instabilidade. É função do DIP reduzir esta instabilidade ao mínimo possível, assegurando o respeito das referidas relações jurídicas onde quer que um interesse legítimo – designadamente o de evitar que as justas expectativas das partes e de terceiros sejam frustradas – faça surgir a necessidade de obter para elas a proteção da lei”.

Assim, não é suficiente afirmar que o escopo do direito internacional privado é tão-somente o de designar mecanicamente uma lei aplicável. A outorga de competência pelo direito internacional privado de um Estado a um direito material como regulador questão jurídica plurilocalizada deve ser, o máximo possível, suscetível de reconhecimento universal⁸⁰. Só há real desenvolvimento de direito internacional privado quando se procura este resultado!

É sabido quão pretensiosa é esta afirmação! Um direito de fonte interna produzir efeitos cognoscíveis universalmente em contraposição com outros direitos de fonte interna que possuem o mesmo escopo?

Uau! Aí está um fim difícil de se obter. Mas a dificuldade não deve ser levada como razão para ultrassimplificação dos direitos positivos. Pelo contrário! Só há respeito aos fins do direito internacional privado quando se abraça a árdua tarefa que ele deve desempenhar.

⁷⁸ Há posição no sentido de que os objetivos do DIP não são, em verdade, claros. Ver: C. ROODT, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, pp. 90-91.

⁷⁹ *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 31.

⁸⁰ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 33-34.

Não há espaço para soluções unilateralistas em primeira mão. Tal situação só pode ser admissível excepcionalmente. E novamente retornamos à raiz dos problemas: embora tenha vocação universal, o direito internacional privado ainda é predominantemente de fonte interna. É um oxímoro corolário da soberania dos Estados.

Eis o porquê de o primordial objetivo do direito internacional privado ser a concretização do princípio da *harmonia jurídica internacional*: a aplicação de um único direito material a uma dada questão jurídica plurilocalizada, independentemente de qual direito internacional privado nacional for aplicado para a outorga da competência a este direito material⁸¹. Este princípio se liga diretamente ao principal objetivo da disciplina: “*assegurar a continuidade e a uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas*”⁸².

Não é possível ignorar o princípio da harmonia jurídica internacional. Nenhum ordenamento pode desconsiderá-lo. Caso algum ordenamento o faça, o que restará da essência do direito internacional privado?

O princípio da harmonia jurídica internacional, também conhecido como “mínimo de conflitos”⁸³, embora fundamental, não é o único que embasa a construção do direito

⁸¹ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 47-51. O princípio da harmonia jurídica internacional se manifesta de diversas formas: como fundamento para a escolha política do legislador conflitual no momento de composição da regras de conflito; como razão para facilitar a aceitação de decisões estrangeiras em outro Estado (harmonia internacional de julgados); como princípio para organizar as demais regras de direito internacional privado (aceitação funcional do reenvio), entre outras. Ver também: L. B. SOHN, New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, p. 979.

Para uma crítica radical do ideal de harmonia jurídica internacional, ver: C. ROODT, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, pp. 91-82; e F. K. JUENGER, *The Problem with Private International Law*, 1999. Disponível em <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/juenger1.html>. Último acesso em 13/10/2020.

⁸² A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 33. Ver também: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 48. L. B. SOHN, New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, p. 981.

⁸³ W. WENGLER, The General Principles of Private International Law, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, p. 365. O autor desenvolve a ideia de que nem sempre será possível resolver um conflito de leis de forma totalmente harmônica entre os Estados em contato com a questão jurídica plurilocalizada. Considerando a heterogeneidade dos sistemas nacionais de direito internacional privado, isto seria utópico! Contudo, os direitos internacionais privados nacionais devem buscar, ao menos, o mínimo de disparidade (mínimo de conflitos) entre suas soluções, de forma a aproximar-se de uma solução harmônica.

Logo, muito embora se pense em harmonia como uma visão absoluta, o conceito não é, em verdade, absoluto.

internacional privado⁸⁴. A harmonia não é sempre possível. Os sistemas nacionais de direito internacional privado, por também serem expressão das culturas de seus respectivos Estados, são heterogêneos entre si, inviabilizando a harmonia⁸⁵. Assim, é necessário ter outros interesses em perspectiva para a construção de um sistema de direito internacional privado.

Antes de estudarmos os demais interesses do direito internacional privado, é importante ressaltar que a ideia de harmonia jurídica internacional, quando trazida ao devido relevo, valoriza os ideais de segurança jurídica e de previsibilidade. É natural, pois, que os jurisdicionados – e reais atores das questões jurídicas plurilocalizadas – ignorem as regras de direito internacional privado. Embora exista uma presunção de que eles conheçam as leis, isto não se confirma no mundo dos fatos. Logo, segurança jurídica e previsibilidade a que nos referimos é no campo do direito.

Outro interesse ou princípio do direito internacional privado é a *harmonia material*. A harmonia material reflete o ideal de unidade do sistema jurídico. Em um dado ordenamento as contradições ou antinomias normativas não são admissíveis e o direito internacional privado é prolífero em gerar situações deste tipo por chamar a aplicação, em um Estado, de normas materiais de outros Estados⁸⁶.

Uma ilustração desta situação está nas diferenças de categorização de uma questão jurídica plurilocalizada. No foro, determinada questão é categorizada como direito de

⁸⁴ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 35. “É, portanto, impossível, como dizíamos, elaborar um sistema de regras de DIP partindo unicamente do princípio da harmonia jurídica internacional ou do mínimo de conflitos. Mas se o legislador interno, no momento de elaborar essas normas, estiver atento às soluções geralmente admitidas e se esforçar sempre por adoptar critérios que por sua razoabilidade sejam verdadeiramente susceptíveis de ser tornar universais, esse legislador estará realmente imbuído do autêntico espírito do DIP e compenetrado da missão internacional que lhe cumpre levar a cabo. Por outra via, o referido princípio da harmonia jurídica internacional levar-nos-á a preconizar que o DIP disponha dos instrumentos e técnicas adequados a corrigir o jogo normal das regras de conflito, em ordem a promover a uniformidade das decisões judiciais a despeito das importantes divergências ainda existentes entre os diversos sistemas nacionais: é este um assunto que voltamo a comentar mais tarde”. Grifo nosso.

⁸⁵ C. ROODT, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, p. 94: “However, most authorities would agree that this goal [harmonia jurídica internacional], laudable as it may be, is unattainable. While an international frame of mind is necessary in choice of law, decisional uniformity on a global scale is elusive. In fact, the more one tries to pin it down as a goal of the discipline, the less achievable it becomes. The reason is clear: when harmony exists, it manifests and when it manifests, it can be recognised but it cannot be manufactured, willed or abstracted. To insist that decisional harmony is the ultimate goal of the discipline merely exposes the global discordance in choice of law decisions and international lack of cooperation”.

⁸⁶ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 35-37.

família, enquanto na lei mandada aplicar a localização do problema está no direito das sucessões. Não é possível aplicar integralmente as duas soluções ao mesmo tempo e à mesma questão jurídica plurilocalizada.

Para valorizar o princípio da harmonia material o legislador conflitual deve observar as tendências de direito internacional privado e buscar sempre a aplicação de apenas uma única lei a dada questão jurídica plurilocalizada, evitando-se conexões plurais, por exemplo. Outro caminho seria a especialização das regras de conflito em categorias jurídicas menores (*dépéçage*).

De qualquer modo, a harmonia interna é insuscetível de solução abstrata, pois a desarmonia decorre essencialmente da existência de direitos internacionais privados internos e distintos entre si.

Um terceiro princípio é o princípio da *melhor competência*. Este princípio nos diz que as normas de direito internacional privado devem evitar soluções impraticáveis. Deve-se, quando necessário, outorgar competência ao direito material do Estado que se achar em melhores condições para concretizar o direito dos envolvidos.

Este princípio é comumente utilizado no direito internacional privado como racional para regras de conflito envolvendo bens (seja em direitos reais, seja em sucessões), a fim de privilegiar a aplicação da lei do local da situação dos bens.

No Brasil, no campo do direito de família, vemos a posição de G. FERRAZ DE CAMPOS MONACO ao postular pela aplicação da lei do local do alimentante, de forma a facilitar a realização dos meios constitutivos e expropriatórios, se necessário chegar a tal ponto, especialmente em casos em que o alimentado é menor⁸⁷.

Um último princípio é o da *paridade de tratamento*. Todo direito internacional privado deverá tratar igualmente o direito material do foro e os direitos materiais estrangeiros.

⁸⁷ *Guarda Internacional de Crianças*, Quartier Latin, São Paulo, 2012, p. 124. Neste sentido de eficácia prática, a lei do local do devedor seria a lei mais favorável aos interesses do alimentando.

Nenhum direito material é mais ou menos aplicável que outro só porque é ou não o direito material do foro⁸⁸.

A vocação universal do direito internacional privado impede que o *lexforismo* seja a regra na composição dos sistemas de direitos internacionais privados. Isto forçaria, em primeira análise, que toda regra de conflitos não fosse unilateral.

Um contraponto a este princípio é o *interesse da boa administração da justiça*.

Em um vácuo, seria desejável que os tribunais do foro aplicassem o direito material do foro na maior parte dos casos. O direito material do foro é um direito conhecido pelos juízes do foro, maximizando o acerto das decisões e simplificando o sistema de direito internacional privado⁸⁹.

Em que pese o conjunto de vantagens práticas, há uma desconsideração da harmonia internacional e da vocação do direito internacional privado. Se todos os Estados tendessem à aplicação do seu próprio direito interno em questões jurídicas plurilocalizadas, inevitavelmente não haveria mínimo de conflitos ou maximização da harmonia de julgados.

Insistimos, pois, que tal expediente deve ser excepcional e secundário dentro de um sistema de direito internacional privado, sob pena de ignorar a razão de o direito internacional privado existir.

Sem dúvida que há outros interesses que influenciam na composição de um sistema de direito internacional privado como a expectativa das partes ou a preferência pela

⁸⁸ Assim A. FERRER CORREIA define a paridade de tratamento no direito internacional privado: “[...]: o direito internacional privado deve colocar os diferentes sistemas jurídicos em pé de igualdade, de modo tal que uma legislação estrangeira seja considerada competente sempre que, se ela fosse a *lex fori* e as mesmas circunstâncias ocorrentes, a *lex fori* se apresentasse como aplicável”. (sic) Grifos originais. *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 39.

Em visão cosmopolita de DIP, ver: P. S. BERMAN, Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, p. 1.861. Ainda, há a ideia de que o DIP do foro é uma autolimitação à competência do direito material do foro: G. HUSSERL, The Foreign Fact Element in Conflict of Laws, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 3, 1939-1940, p. 261.

⁸⁹ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 39.

manutenção dos negócios jurídicos⁹⁰. Contudo, tais interesses acabam se manifestando mais usualmente no elemento de conexão e não na definição de conceitos-quadro⁹¹.

Não obstante, estes interesses ou princípios tem grande valor no desenvolvimento desta tese. Se as soluções de direito internacional privado devem se pautar por estes princípios ou interesses, é imperativo que se os tenha em mente para composição de soluções para o fenômeno das qualificações ou da resolução dos conflitos de qualificação.

⁹⁰ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 49

⁹¹ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 40-44.

II. TEORIAS DA QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

II.1 Qualificação *Lege Fori*

Inicialmente, tem-se a qualificação conforme a *lex fori*. Tal doutrina baseia-se na ideia de que a regra de conflitos é ainda uma norma de origem nacional e que, portanto, seus conceitos devem estar em harmonia com os conceitos referidos pelo direito material nacional⁹². Haveria uma questão sistêmica. Haveria uma questão de unidade do ordenamento jurídico do foro⁹³. Estas questões de lógica jurídica intrínseca ao ordenamento imporiam a qualificação conforme os preceitos materiais do foro.

Tem-se o pressuposto de que o legislador conflitual elaborou a regra de conflitos interessado no possível alcance desta a partir dos conceitos técnico-jurídicos consoante entendidos no e pelo foro. Dizendo de outra forma, a determinação dos objetos de conexão de cada regra de conflitos do foro já foi realizada pelo legislador do foro conforme entendidos pelo direito material do foro.

⁹² É. BARTIN, L'impossibilité d'arriver à la Solution Définitive des Conflits des Lois, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1897, p. 239. O autor francês reconhece uma exceção à regra geral que propôs: os bens devem ser qualificados pela lei do local em que se encontrarem, respeitando-se a *lex rei sitae*. Em acordo com tal exceção ver: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 488-490. Sobre qualificação *lege fori*, ver: L. GAMA E SILVA, *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Monografia de Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da São Paulo, São Paulo, 1952, pp. 21-92; A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 202. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 112, indica que a qualificação *lege fori* se baseia no brocardo “*eius est interpretari cuius est condere*”. Ainda: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 137-138. D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 392-393. Este último autor indica a pluralidade de posições doutrinárias acerca do objeto da qualificação em direito internacional privado.

⁹³ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 112.

No mais, como a determinação da lei estrangeira (consequência *sui generis* da regra de conflitos) depende da qualificação, não teria sentido fazer a qualificação após a determinação da lei estrangeira⁹⁴.

É uma teoria bastante direta. Retomando-se o exemplo do testamento particular do holandês celebrado na França, tem-se que o foro, qualquer que seja ele (França, Holanda ou um terceiro Estado), identificará a pertinência da questão “fático-jurídica”⁹⁵ plurilocalizada à determinada regra de conflitos do seu DIP conforme as classificações jurídicas do seu direito material. Na hipótese de o foro ser a Holanda, tem-se que o direito material holandês qualifica tal questão jurídica como atinente à capacidade de testar. Portanto, será chamada à aplicação a regra de conflitos do DIP holandês que contiver em seu conceito-quadro a capacidade de testar⁹⁶.

Critica-se⁹⁷ tal doutrina porque esta não seria universalista e generalista, conduzindo a um *lexforismo* injustificável, vez que a vocação do DIP é universal e que este se informa também das normas dos demais ordenamentos jurídicos que estejam em contato com a relação jurídica plurilocalizada⁹⁸.

⁹⁴ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 478-480. Os autores explicitam, ainda, que o problema do *circulus inextricabilis* poderia ocorrer também no conflito de qualificações e que a qualificação pela *lex fori* resolveria de vez o impasse. No entanto, não se pode deixar de observar que tal posição não se coaduna com o DIP contemporâneo, o qual possui um escopo ainda mais universalista.

⁹⁵ Pois, como visto, para esta teoria da qualificação, a questão fática é qualificada conforme os preceitos materiais do foro para fins de aplicação de determinada regra de conflitos.

⁹⁶ Note-se aqui o quão diferente seria o resultado, se o foro fosse o francês. O foro francês qualificaria os fatos como relativos a uma questão da forma do testamento, chamando a aplicação da regra de conflitos francesa sobre forma do testamento, resultando na aplicação da lei francesa.

É por distorções como estas que entendemos que a qualificação conforme a *lex fori* parece desconectada da vocação, dos fins e da justiça do DIP. Embora seja um critério decisivo, sua praticidade não deve ser a razão de sua aceitação.

⁹⁷ W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, p. 138. O autor, sobre a doutrina da qualificação conforme a *lex fori*, afirma: “*Los argumentos alegados son teóricamente débiles, si bien psicológicamente fuertes*”.

⁹⁸ M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, trad. esp. A. Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 146-147. O autor critica fortemente a qualificação segundo a *lex fori*, pois, embora a teoria exponha a pertinência da normas de conflito da *lex fori* em seu ordenamento, isto nada explicaria sobre as normas estrangeiras chamadas a regular a matéria. Ver também: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 141-142.

A teoria da qualificação conforme os critérios materiais da *lex fori*⁹⁹ não traz o verdadeiro relevo do DIP enquanto disciplina autônoma do direito¹⁰⁰. Ela expressa uma submissão total da interpretação dos conceitos-quadros das regras de conflito às categorias do direito material do foro¹⁰¹, não se atentando, ademais, às finalidades próprias e à estrutura peculiar do DIP¹⁰² e de suas normas¹⁰³.

II.2 Qualificação *Lege Causae*

Como reação à doutrina que preconizou a qualificação conforme a *lex fori*, surgiu a doutrina da qualificação conforme a *lex causae*. De forma direta, defende-se que a qualificação deveria ser feita com base no direito (potencialmente) aplicável, pois este é o que encarará a questão materialmente. O foro apenas interpretaria o elemento de conexão de modo a determinar qual o ordenamento chamado a qualificar e resolver a questão¹⁰⁴.

O argumento principal acima referido é diretamente uma crítica à teoria da qualificação conforme a *lex fori*. Não seria legítimo nem adequado valorar materialmente uma questão fático-jurídica conforme os critérios técnico-jurídicos de uma lei que pode não ser a

⁹⁹ Destaque-se a existência de teorias mais modernas da qualificação pela *lex fori* que priorizam a qualificação conforme os critérios de DIP do foro, com reduzido papel do direito material do foro. Ver: H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 474-490.

Oportunamente será enfrentada a ideia quando analisarmos a possibilidade da dupla qualificação e especialmente o viés do artigo 15º do Código Civil português.

¹⁰⁰ W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 138-139. A crítica do autor volta-se especialmente pela submissão injustificada do DIP do foro ao direito material do foro, considerando-se o fundamento da disciplina.

¹⁰¹ Aqui seria possível postular: “Mas o ordenamento não precisa ser UM todo coerente e harmônico”? Sim, ele precisa. Não obstante, nada haverá de desarmonia ou incoerência se o próprio ordenamento ditar – seja por regra positiva ou por regras de calibração – que as regras de conflito seguem uma visão mais aberta, embora inspirada na visão do direito material.

¹⁰² V. ALLAROUSSE, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, in: *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 23, 1991, p. 482.

¹⁰³ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 118-119. As normas de DIP não meras normas de remissão.

¹⁰⁴ F. DESPAGNET, Des Conflits de Lois relatifs à la Qualification des Rapports Juridiques, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1898, pp. 272-273. A favor da qualificação segundo a *lex causae*, ver também: M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, trad. esp. A. Marín López, Barcelona, Bosch, 1958, pp. 149-154. Para uma revisão relativamente atual da doutrina da qualificação *lege causae*, ver: J-L. ELHOUËISS, Retour sur la Qualification *lege causae* en Droit International Privé, in: *Journal du Droit International*, Paris. v.132, n.2, avr./juin. 2005, pp. 281-313. O autor usa como principal razão para questionar a qualificação *lege fori* o caráter que o DIP tem de acolhimento das diversas culturas estrangeiras. Sobre qualificação *lege causae*, ver ainda: L. GAMA E SILVA, *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Monografia de Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da São Paulo, São Paulo, 1952, pp. 93-112.

aplicável¹⁰⁵. Assim, a qualificação deve ocorrer conforme a *lex causae*, pela lei que efetivamente regulará a questão.

A doutrina de qualificação segundo a *lex causae*, a despeito de quebrar com o *lexforismo* da qualificação conforme a *lex fori*, também possui problemas.

O primeiro, mais evidente, é de que é virtualmente impossível aplicar a consequência jurídica de uma regra de conflitos, sem ter passado pela verificação de seu conceito-quadro para depois utilizar-se do passo “qualificatório”. Isto porque é praticamente impossível remeter a questão¹⁰⁶ a um ordenamento potencialmente aplicável sem antes ter aplicado a (e qualificado, ainda que em dada medida ou extensão, pela) *lex fori* (nem que seja por critérios próprios do DIP do foro, mesmo que não totalmente subordinados ao direito material do foro), pois tal ordenamento somente seria potencialmente aplicável, caso uma regra de conflitos assim determinasse¹⁰⁷.

O segundo problema que se verifica é que o legislador conflitual não teria desinteresse na aplicação prática da norma interna de conflitos que elaborou (delegação de passo do método do seu DIP – qualificação – a outro ordenamento), dificultando a validação da teoria¹⁰⁸.

Por fim, tem-se, ainda, que mesmo que se aceite haver uma preliminar qualificação pela *lex fori* e uma efetiva qualificação pela *lex causae*, pode ser que a classificação jurídica dada pela *lex causae* não se inclua, sob os próprios critérios da *lex causae*, no conceito-quadro da regra de conflitos da *lex fori* (“rci”) que atribui competência para a *lex causae* (“lc”). Assim, mudar-se-ia a regra de conflitos do foro aplicável para aquela que possui o conceito-

¹⁰⁵ M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, trad. esp. A. Marín Lópes, Barcelona, Bosch, 1958, p. 149. Afirma o autor: “Examinar la aplicabilidad del derecho extranjero sin referencia a sus calificaciones es dejar de considerar al derecho extranjero como es. Batin e sus seguidores cierran sus ojos a buenos retratos y se quedan satisfechos con una collección de caricaturas”. Ver também: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 142-144.

¹⁰⁶ Novamente, tem-se que o conceito-quadro de uma regra de conflitos recorta uma questão jurídica do universo jurídico, mostrando que o DIP atua por adstrições, inclusive para atribuir competência material a determinado ordenamento. O DIP pode agir assim porque as questões jurídicas é que são comuns aos diversos sistemas de direito. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 95.

¹⁰⁷ V. ALLAROUSSE, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, in: *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 23, 1991, p. 483.

¹⁰⁸ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 483-484.

quadro conforme os critérios da *lex causae* (“rc_{ii}”), os quais, sob o viés desta teoria, devem prevalecer. Contudo, existe a possibilidade de a nova regra de conflitos r_{ii} não reconduzir a questão material para c_i , mas sim para uma outra *lex causae* (“lc_{ii}”). Repetindo-se o procedimento com c_{ii} como ponto de partida, seria possível que c_{ii} indicasse r_i , que, por sua vez, atribuiria competência para c_i , a qual indicaria r_{ii} , que atribuiria competência para c_{ii} , recomeçando o ciclo. É, pois, possível, um círculo vicioso¹⁰⁹.

Os contra-argumentos à teoria da qualificação conforme a *lex causae* foram levantados pelos defensores da teoria da qualificação conforme a *lex fori* para fundamentar a qualificação conforme a *lex fori*. São duas posições realmente antagônicas.

A nosso ver, as teorias da qualificação *lege fori* e *lege causae* trazem um enfoque apriorístico do problema de qualificação em direito internacional privado.

A teoria da qualificação *lege causae* claramente coloca o método qualificatório como uma questão da conexão dos fatos com a lei materialmente aplicável – o que, necessariamente, pressuporia, de antemão, a certeza da regra de conflitos aplicável. Dizemos que o enfoque é apriorístico porque o problema é evidenciado antes mesmo de ser vislumbrado. Embora seja adequado pressupor que existam diferenças de qualificação, não é equalizada na teoria a possibilidade de as qualificações serem compatíveis ou compatibilizáveis. Um poderia argumentar que, se forem compatíveis, problema de qualificação não haveria. Esta afirmação está incorreta porque a qualificação seria feita diretamente pela *lex causae*, prescindindo de prévia comparação entre foro e ordenamentos eficazes e potencialmente competentes.

Depois de fixado que a qualificação se dará conforme a *lex causae*, isto seria aplicado de pronto. Isto nos evidencia que uma teoria sobre qualificação em direito internacional privado deve, *para que se defina como é realizado a etapa qualificatória*, ter em consideração não apenas a potencialidade de diferenças de qualificação, mas também a convergência ou compatibilidade de qualificações. Evidente, pois, que a etapa qualificatória deve ser baseada em

¹⁰⁹ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 478-480.

uma hipótese de divergência, a fim de que ele ofereça uma solução, porém deve ter uma saída para a hipótese de convergência.

Queremos dizer que a hipótese de convergência tem que ser levada em consideração pelo método qualificatório e não simplesmente presumir que, se houver convergência, tudo estará bem.

A incerteza acerca de qual é a regra de conflitos aplicável que a teoria da qualificação *lege causae* deixa evidente demonstra como uma hipótese de convergência poderia ser ignorada, pois a regra de conflitos aplicável poderia não ser a que designou uma *a lex causae* que serviu de parâmetro de qualificação, conforme argumentam os adeptos da qualificação conforme a *lex fori*.

Ainda, acreditamos que as “soluções” de qualificar *lege causae* ou *lege fori* criam problemas ao invés de solucioná-los. Os problemas devem ser solucionados quando existam e não pressupostos e resolvidos *a priori*¹¹⁰.

A qualificação *lege fori* ou a qualificação *lege causae*, a nosso entendimento, definem o passo qualificatório como sendo a interpretação do conceito-quadro de uma regra de conflitos, em outras palavras: qualificação seria o critério pelo qual eu interpreto cada conceito-quadro das regras de conflito do foro, a fim de viabilizar a aplicação destas regras de conflito ou de uma delas a determinada questão jurídica plurilocalizada.

Veja-se a colocação do problema do testamento particular do cidadão holandês na França. A variar o foro – e, logo, o direito internacional privado aplicável –, ainda que as regras de conflito tenham redação idêntica, a *regra de conflitos aplicável variaria em caso de RCIII* (regra de conflitos sobre forma do testamento ou validade substancial do testamento) ou, em caso de RCII, *o sentido da regra de conflitos seria definido* (validade formal ou substancial do testamento).

¹¹⁰ Sobre a consideração de problemas de DIP não serem verificáveis *a priori*, ver: G. HUSSERL, The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, pp. 453-454. Em contraponto, ver: P. S. BERMAN, Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, p. 1.845.

Antes de qualquer problema de subsunção, seria decisivo entender o sentido e o alcance das regras de conflito, seja para saber qual é aplicável ou para entender o alcance de sua atribuição de competência a normas de um dado ordenamento). A interpretação do conceito-quadro seria a essência do passo qualificatório e esta interpretação deveria ser feita conforme a *lex fori* ou conforme a *lex causae* nas teorias enumeradas.

A adoção de uma destas posições como critério geral é criadora de conflitos e não solucionadora de conflitos. A simples adoção de um critério fechado e estrito não ajuda a garantir os interesses do direito internacional privado¹¹¹.

II.3 Qualificação conforme Preceitos Autônomos e Universais

Como é usual no direito, apresentou-se uma solução alternativa, pela qual a qualificação deveria se basear em conceitos autônomos e universais apoiados pelo direito comparado.

O DIP deveria valer-se de conceitos autônomos e universais, pois sua vocação é universal e porque podem ser aplicados institutos diferentes dos constantes no direito material da *lex fori*. Os conceitos-quadro das regras de conflito devem ser compreendidos a partir do direito comparado, identificando-se os caracteres comuns de institutos que atendam a finalidades semelhantes¹¹².

¹¹¹ Em certa medida, a qualificação *lege fori* privilegia o interesse da harmonia material e a qualificação *lex causae* privilegia o interesse da paridade de tratamento que o direito internacional privado deve conferir aos ordenamentos potencialmente competentes. Não obstante, em favor de um certo interesse pode haver o sacrifício dos demais e este sacrifício não nos parece adequadamente equalizado nas teorias de qualificação conforme a *lex fori* ou conforme a *lex causae*.

¹¹² E. RABEL Das Problem Der Qualifikation, in: *Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht*, vol. 5, 1931, pp. 241–288. Ver ainda: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 391. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 202-204. H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, p. 486. J. DOLINGER, C. TIBURCIO, *Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 396-397. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 128-129. L. GAMA E SILVA, *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Monografia de Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da São Paulo, São Paulo, 1952, p. 115-122. O autor brasileiro, às fls. 237 da mesma obra, posiciona-se de forma próxima a tal doutrina, muito embora não tenha assim

Realmente, a teoria em análise traz consigo uma abertura da regra de conflitos para os fins e funções do DIP, aceitando que cada conceito-quadro é mais funcional do que puramente classificativo¹¹³.

A complicada aplicabilidade prática da qualificação pelo direito comparado é a principal crítica a tal teoria. A análise de aproximação de diversos institutos pelo direito comparado é matéria para estudos específicos e criteriosos e não para decisões de tribunais com menor tempo e energia para uma pesquisa aprofundada. No mais, os resultados decorrentes da aplicação da teoria seriam provavelmente variáveis de Tribunal para Tribunal, diminuindo a segurança jurídica dos jurisdicionados e contrariando a razão que inspirou dita teoria¹¹⁴.

O principal mérito da teoria da qualificação conforme preceitos autônomos e universais é colocar em evidência na teoria das qualificações a noção de função sócio-jurídica dos variáveis institutos materiais nacionais, identificando que a tarefa de qualificação não pode ser puramente nacional¹¹⁵.

concluído sua tese: “As situações de fato devem ser qualificadas mediante o exame de todos os sistemas jurídicos, que a complexidade daquelas revelam ao juiz como teoricamente aplicáveis, inclusive sua própria lei”.

W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, pp. 151-152. O autor classifica tal teoria como sendo uma doutrina autárquica de tendência empírica.

¹¹³ O conceito-quadro contém conceitos jurídicos indeterminados, pois a regra de conflitos pode, ao menos potencialmente, chamar a aplicação de qualquer direito do mundo. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 93-94. Ver também: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 192.

¹¹⁴ H. BATIFFOL, P. LAGARDE, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993, pp. 487-488. Ver também: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 202-204. V. ALLAROUSSE, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, in: *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 23, 1991, p. 488.

No mais, ainda que o universo da comparação efetuada ficasse limitado ao conjunto composto pelos ordenamentos jurídicos dos Estados implicados em determinado caso concreto, ter-se-ia um problema ainda maior, pois o resultado poderia variar conforme o número de Estados implicados. Comparando-se os ordenamentos dos Estados A, B e C, chegar-se-á à qualificação “Y”, mas, se o caso tocasse aos ordenamentos A, B, C e D, chegar-se-ia à qualificação “W” ao mesmo caso concreto. Mesmo a aplicação delimitada especialmente da teoria – com o fito de viabilizá-la na prática – não se justificaria filosoficamente, pois significaria mero recorte geográfico, retornando-se aos problemas outrora identificados nas anteriores teorias da qualificação em direito internacional privado.

¹¹⁵ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 113. O autor português concorda com as razões que motivam os defensores da qualificação conforme preceitos autônomos, mas não com a teoria em si mesma. Ele aponta que a comparação dos ordenamentos jurídicos (inclusive materialmente) não é adequada para o DIP, pois o DIP deve abstrair as categoriais jurídicas e não as entregar às técnicas de direito positivo. A comensurabilidade entre os ordenamentos, aquilo que lhes é comum, deve ser identificada conforme as funções normativas e sociais do direito e não dos ordenamentos positivos.

II.4 Teorias da Dupla Qualificação

Há, ainda, teorias que tratam da dupla qualificação tentando justamente equalizar alguns aspectos das teorias antecedentes: (i) a relação entre fato misto e conceito-quadro das regras de conflito do foro; (ii) a vocação universal do DIP; (iii) a posição classificatória conforme o direito mandado aplicar; e (iv) o aspecto normativo da estrutura da regra de conflitos, pois tal regra não possui hipótese fática em sua estrutura (em contraposição a (i)).

As teorias são de dupla qualificação porque ou traziam efetivamente dois passos para o método da qualificação, ou indicavam duas qualificações consecutivas com funções diferentes.

Exporemos aqui, neste capítulo, as duas principais teorias de dupla qualificação a nosso ver¹¹⁶. Foram teorias que tentaram compatibilizar os melhores aspectos das teorias anteriores.

Começemos com a teoria enunciada por A. H. ROBERTSON¹¹⁷. Para o autor estadunidense, o método de qualificação no DIP teria duas etapas, as chamadas qualificações primária e secundária.

A qualificação primária cuida de interpretar e classificar a relação jurídica plurilocalizada do seu ponto de vista fático ante o direito material do foro, a fim de determinar qual a regra de conflitos aplicável e, por conseguinte, qual o ordenamento jurídico materialmente competente para regular tal questão fática¹¹⁸.

A nosso ver, a ideia de qualificação autônoma, isto é, destacada de um determinado ordenamento nacional, possui grande valia em fontes internacionais ou supranacionais de DIP como os tratados internacionais ou regulamentos europeus, respectivamente.

¹¹⁶ Pela influência que a teoria de John D. Falconbridge teve na doutrina portuguesa – ao menos assim entendemos –, trataremos diretamente da solução portuguesa no subcapítulo imediatamente seguinte e deixaremos de expor a posição de John D. Falconbridge em detalhes.

¹¹⁷ A. H. ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, Cambridge, 1940. Solução deveras próxima, quanto à estrutura, foi alcançada por J. D. FALCONBRIDGE, *Conflict Rule and Characterization of Question*, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, 195, pp. 264-283.

¹¹⁸ A. H. ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, Cambridge, 1940, p. 59. Nas páginas seguintes, quanto à qualificação primária, o autor retoma alguns dos argumentos a favor da qualificação conforme a *lex fori*.

A qualificação secundária é, diferentemente da qualificação primária, uma qualificação de normas¹¹⁹. Trata-se de verificar, conforme a classificação jurídica do ordenamento mandado aplicar, se as normas ou o conjunto de normas materiais deste ordenamento correspondem ao conceito-quadro da regra de conflitos que atribui competência a tal ordenamento. Feito isto, aplicado está o método.

Outra teoria de dupla qualificação é a encabeçada por R. AGO¹²⁰. Conforme o autor italiano, a qualificação no DIP passaria por duas etapas. Não obstante, diferentemente da posição de A. H. ROBERTSON, a convergência das qualificações primária e secundária ao mesmo conceito-quadro não é necessária. Por isto, identificamos que, em realidade, a teoria do autor italiano não é de uma qualificação em duas etapas, mas de duas qualificações distintas.

A qualificação primária para R. AGO é a mesma enunciada por A. H. ROBERTSON: uma qualificação que trabalha a inserção dos fatos no conceito-quadro de alguma regra de conflitos do DIP do foro, conforme critérios materiais do foro¹²¹.

A qualificação secundária, ou normativa, é uma pesquisa no ordenamento potencialmente aplicável das normas que regulem materialmente a relação jurídica plurilocalizada¹²², independentemente de sua classificação no ordenamento da *lex causae* convergir com o da regra de conflitos da *lex fori* que atribuiu competência para esta *lex causae*¹²³.

Eis a razão de defendermos que existe, em verdade, na teoria de R. AGO, duas qualificações¹²⁴. Uma que serve para determinar a regra de conflitos aplicável (ponto de vista

Em posição bastante crítica da qualificação primária, ver: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 407-411.

¹¹⁹ A. H. ROBERTSON, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, Cambridge, 1940, p. 118.

¹²⁰ R. AGO, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1955, pp. 68 e ss.

¹²¹ R. AGO, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, Cedam, Padova, 1955, pp. 68 e ss.

¹²² Criticando especificamente a teoria de Roberto Ago: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 113. Ver ainda: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 117.

¹²³ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 393-394.

¹²⁴ G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 83-86. O autor brasileiro nomeia este passo de requalificação ou de qualificação-subsunção. Concordamos com o referido autor quanto à nomenclatura “requalificação”, pois, como expusemos, a teoria de Roberto Ago realmente permite duas qualificações, vez que *lex fori* e *lex causae* não precisam concordar quanto ao recorte teórico-jurídico. No entanto, discordamos do nome qualificação-subsunção, não de seu conceito, pois há outras teorias de dupla

do foro) e outra, normativa, resultante da competência atribuída à *lex causae*, permitindo que a *lex causae* encare materialmente a questão da sua própria forma¹²⁵.

Entendemos que apenas a primeira qualificação seria realmente voltada à aplicação de uma regra de DIP. A segunda é simplesmente a qualificação material da questão, como se mero direito interno fosse, ignorando o recorte jurídico de DIP que resultou na competência da *lex causae*.

II.5 A Qualificação no Direito Internacional Privado Português – Art. 15º do Código Civil Português

Outra teoria de qualificação, que entendemos ter dois¹²⁶ passos, é prevista no artigo 15º do Código Civil português:

qualificação que utilizam o vocábulo “subsunção” para ilustrar o segundo passo da qualificação, agora com adstrição aos recortes normativos da regra de conflitos atribuidora de competência.

¹²⁵ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp 217-221. A crítica do professor português recai sobre “a remissão indiscriminada para o ordenamento estrangeiro, de uma remissão potencial para a totalidade dos preceitos que integram esse ordenamento”. E isso não deveria ser assim, pois o DIP atua por adstrição de funções normativas aos diferentes sistemas de direito. As normas de DIP operam cortes normativos e talham setores nos vários sistemas. Em defesa da dupla qualificação ver: G. B. GOMM, O Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.78. n.649, nov. 1989, pp. 219-220. Ao defender a solução da dupla qualificação, o autor brasileiro, porém, não analisou as soluções análogas existentes para a qualificação primária (interpretação do conceito-quadro, por exemplo). Ver ainda: J. DOLINGER, C. TIBURCIO, *Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016, pp. 401-402. Os autores explicitam a tradição da doutrina brasileira em recebimento da qualificação dupla ou sucessiva, porém discordam que o Brasil tenha adotado tal teoria legislativamente, baseando-se nos artigos 8º e 9º da LINDB. Em contraponto, pode-se pensar que o Brasil teria adotado a teoria de Étienne Bartin, abrindo exceção à qualificação *lege fori*, em caso de bens e obrigações (*lex rei sitae* e *lex loci celebrationis*), embora a exceção de Bartin ocorra mais precisamente para relações jurídicas envolvendo bens. Ver também: G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 83-86. A despeito de não se fundamentar explicitamente em Ago, Monaco parece dialogar e, em grande parte, concordar com Ago, ao defender que a atribuição de competência feita a um ordenamento pela regra de conflitos é completa, cabendo àquele ordenamento requalificar os fatos perante seu direito material, a fim de identificar a regra material aplicável, qualquer que seja a função socio-jurídica que tal regra material desempenhe em tal ordenamento jurídico. Em reflexão, a conclusão de Monaco se aproxima da de Ago, embora a base teórica varie.

¹²⁶ H. MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado – Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 335-353. A professora portuguesa defende a existência de três passos, sendo o terceiro a verificação, conforme o DIP do foro, se há subsunção efetiva da norma material do ordenamento mandado aplicar à regra de conflitos do foro que lhe atribuiu competência. Não indicando passos, mas afirmando ser uma *qualificação única*, ver: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 394-395.

A competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos.

A técnica prevista no artigo 15º do Código Civil português aproxima-se muito da teoria apresentada por A. H. ROBERTSON, mas dela diferencia-se porque a “qualificação primária” não é uma qualificação voltada aos fatos¹²⁷, mas ela também é normativa¹²⁸.

O passo inicial previsto pelo artigo 15º está escrito em sua parte final: “... regime do instituto visado na regra de conflitos”. Deve-se interpretar o conceito-quadro da regra de conflitos para que seja possível delinear o seu sentido e alcance enquanto elemento normativo não conectado a fatos¹²⁹. O sentido e alcance da norma de conflitos, sob o ponto de vista do conceito-quadro é o “instituto”, seu “regime”, sua razão de existir, seu fundamento.

Sendo elemento de norma não ligado a fatos¹³⁰, o conceito-quadro de uma regra de conflitos deve ser interpretado teleologicamente ou funcionalmente¹³¹ para poder encontrar a razão, o fundamento da regra de conflitos¹³².

¹²⁷ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 219.

¹²⁸ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 129. O autor português identifica outra crítica. Embora a “qualificação secundária” tenha o mesmo método, a leitura que se faz desse passo é diferente ante a teoria de Robertson e o artigo 15º do Código Civil português. Enquanto aquele pretende que a qualificação secundária funcione como remissão, este não tem esta pretensão. Em contraponto, dentro da doutrina portuguesa que realiza a exegese do artigo 15º do Código Civil português, ver: L. de LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, p. 529.

¹²⁹ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 111-112. Ver também: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 201.

¹³⁰ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 116, nr. 3. O autor português explica que, por técnica legislativa, até é possível existir conceitos-quadros que abarquem fatos textualmente.

¹³¹ W. WENGLER, *Refléxions sur la Technique des Qualifications en Droit International Privé*, in: *Revue Critique*, 1954, p. 672.

¹³² A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 204-205. O autor assim inicia o item 96: “*Como sabemos, todo sistema de regras de conflitos deve ser preordenado à satisfação de determinados interesses. Ao formular essas normas, o legislador deve proceder em termos de a cada matéria ou zona de regulamentação jurídica ficar a corresponder a conexão mais adequada, em função dos interesses que em cada um desses vários sectores devam considerar-se prevalecentes. Determinar para cada preceito de direito conflitual o juízo valorativo que o enforma constitui por certo o momento mais relevante do respectivo processo interpretativo. É essa ideia que nos deverá guiar na definição dos limites do conceito-quadro do preceito a interpretar; pois é evidente que a interpretação de toda a norma de conflitos, como a de qualquer preceito jurídico, só pode ser uma interpretação teleológica*”. (grifo original).

Não obstante, realizar uma interpretação teleológica ou funcional de uma norma que não traz, em geral¹³³, fins materiais em si própria pode ser difícil para o intérprete habituado com a interpretação teleológica de regras de direito material. Para cuidar da tarefa é necessário que o intérprete faça uma interpretação da regra de conflitos de forma autônoma, isto é, conforme a intencionalidade do DIP¹³⁴, destacando-se o máximo possível do direito material. O DIP de um Estado E1 pertence ao ordenamento de E1 e, claro, isto deve ser ponderado. Contudo, o foco deve estar no fim do DIP e não do direito material do foro¹³⁵. Seria leviano pensar que os conceitos jurídico-teóricos do direito material do foro não teriam impacto na interpretação de uma regra de conflitos, especialmente de seu conceito-quadro. O núcleo, a base, o conteúdo mínimo de um conceito-quadro são oriundos do direito material do foro, afinal os conceitos-quadros representam categorias de direito que existem no campo do direito material. Não se pode olvidar, em contraponto, que o conceito-quadro de uma regra de conflitos vai além deste núcleo¹³⁶.

O conceito-quadro comporta todos os institutos e/ou conceitos jurídicos de direito nacional do foro ou estrangeiro aos quais convenha, de acordo com a vontade e os fins da regra de conflitos, o tipo de conexão adotado pela regra de conflitos que se valha do mesmo instituto e/ou conceito jurídico¹³⁷.

¹³³ Ainda que a regra de conflitos bilateral não traga, por vezes, fins materiais explícitos – diferentemente de regras de conflitos com conexões alternativas, por exemplo – isto não quer dizer que a regra de conflitos seja absolutamente neutra. Ver: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 401. Em contraponto, merece destaque que o parágrafo em que se encontra a afirmação do professor português tomar como premissa a existência de regras de conflitos que selecionam o direito material aplicável observando, *cremos que explicitamente*, determinados fins materiais. Ainda, em questionamento do dogma da neutralidade do DIP, ver: C. ROODT, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, pp. 88-93. Não obstante, a autora reconhece a neutralidade como fundamental para um DIP funcional em escala global (pp. 100-102).

¹³⁴ Sobre a noção de Justiça e DIP, ver: J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, pp. 161-186.

¹³⁵ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 115. O autor defende a aplicação do princípio da relatividade dos conceitos jurídicos.

¹³⁶ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 205.

¹³⁷ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 206. Para visão mais analítica, baseada na ideia de qualificação oriunda de Engisch e indicando a referência lógica entre conceito-pergunta e conceito-resposta: J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 115-121. Também trabalhando o conceito de qualificação sobre o viés de “pergunta”, embora com outro enfoque e ainda sob a visão da regra de conflitos como mera norma indireta e remissiva, ver: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch,

Isto, pois, é relevantíssimo para delinear o alcance de uma regra de conflitos, especialmente em face das outras regras de conflito de um mesmo DIP.

O foco da qualificação no DIP se coloca, então, em descobrir se dada norma ou dado instituto de um ordenamento designado pela regra de conflitos do DIP do foro pode subsumir-se ao setor jurídico visado por tal regra de conflitos. Como visto anteriormente, o DIP, com maior ou menor grau de abstração, atua normativamente por meio de setores jurídicos expressados nos conceitos-quadros das regras de conflito. Logo, a consequência jurídica de uma regra de conflitos (atribuição de competência a determinado ordenamento jurídico) deve convergir com o conceito-quadro da regra de conflitos do foro. E isto deve ocorrer em todos os momentos. Se o ordenamento potencialmente aplicável pela regra de conflitos R1 não regular materialmente a relação jurídica plurilocalizada por um instituto que esteja comportado no conceito-quadro da regra de conflitos, há um contrassenso: a efetiva consequência jurídica de uma regra de conflitos não se coadunaria com a “hipótese” da regra de conflitos (conceito-quadro)¹³⁸.

Uma vez que o conceito-quadro possui finalidades e comporta, para além de seu núcleo, institutos e conceitos jurídicos que ultrapassam as classificações materiais nacionais, esta interpretação teleológica, ligada às funções sócio-jurídicas dos institutos, acaba por ser decisiva. Não se trata, pois, de pura e simples subsunção formal, de mero silogismo – o conceito “A” se subsume ao conceito “A” –, mas sim de uma subsunção funcional ou teleológica¹³⁹.

1948, pp. 128-129: “*El problema de las calificaciones consiste en la pregunta por el ordenamiento jurídico llamado a definir en último lugar los términos empleados en la norma indirecta*”.

¹³⁸ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 209.

¹³⁹ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 412-413. “*A qualificação em Direito Internacional Privado pode, em suma, ser levada a efeito quer pelo confronto entre as finalidades precípua da regra de conflitos aplicanda e as que presidem às normas materiais do ordenamento ou ordenamentos por ela designados, quer, no tocante às regras de conflitos de fonte interna, mediante um juízo de analogia, tendente a aferir a existência entre as normas da lex fori cuja pertinência ao âmbito de relevância material da regra de conflitos se encontre assente e o preceito ou preceitos materiais que no ordenamento jurídico por ela designado sejam aplicáveis à situação da vida sub judice de um grau de correspondência ou similitude tal que justifique a apreensão dessa situação pela regra de conflitos. Não se trata, pois, de proceder nesta sede a um juízo meramente lógico-subsuntivo, [...]; mas antes de comparar duas realidades a fim de determinar se entre elas existe uma afinidade tal que justifique a sua subordinação a um regime jurídico idêntico*”. (grifos originais)

Por sua vez, G. HUSSERL insiste que os conceitos-quadro são moldados para possibilitar a “entrada” do direito estrangeiro nos tribunais do foro. A “qualificação de fatos” recairia em conceitos legais. Ver: *The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II*, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, pp. 464-465.

Assim, crucial realizar a “qualificação secundária”¹⁴⁰. É preciso ver se, conforme a classificação da *lex causae*, a norma ou conjunto de normas materiais da *lex causae* que regule a relação jurídica plurilocalizada se subsume ao conceito-quadro da regra de conflitos que atribuiu competência a esta *lex causae*¹⁴¹.

Veja-se, novamente, a redação do artigo 15º do Código Civil português: “A competência atribuída a uma lei abrange somente as normas que, pelo seu conteúdo e pela função que têm nessa lei, integram o regime do instituto visado na regra de conflitos”. Qualificar, em sentido próprio, por excelência, é, para o DIP positivo português, um problema de subsunção de um direito material concreto a uma categoria ou conceito abstrato da regra de conflitos¹⁴². Deve-se verificar se o direito material concreto mandado aplicar reproduz as características que descrevem o conceito-quadro da regra de conflitos que lhe atribuiu competência. Isto, como explanado, é visto por meio da verificação finalística da regra de conflitos, atendendo-se ao seu conteúdo e à função dos preceitos em causa¹⁴³.

¹⁴⁰ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 214-221. Conforme o autor português, o que diferencia o DIP português das teorias de dupla qualificação é (i) em relação à teoria de Arthur Henry Robertson, não se valer da qualificação de fatos na primeira parte da qualificação; e (ii) em relação à teoria de Roberto Ago a subsunção normativa do direito material mandado aplicar ao recorte jurídico do conceito-quadro. Ainda, em relação às demais teorias clássicas, o DIP português toma em consideração o princípio de igualdade entre lei nacional e lei estrangeira e a viabilização da harmonia jurídica internacional desde o passo qualificatório do DIP. Ainda, às fls. 224, o autor português ressalta que só existe a lógica e justa paridade total entre lei material do foro e leis estrangeiras se não se qualificar os fatos pelo sistema do foro.

¹⁴¹ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 209. A regra de conflitos atribui ao ordenamento chamado a atuar materialmente a competência para resolver certo tipo de conflito, aquela constante em seu conceito-quadro.

Em aplicação da lição do professor português acima referido, ver: E. D. OLIVEIRA, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Intenacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 298-ss.

¹⁴² H. MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado – Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 306-310. A autora identifica a peculiaridade da qualificação no DIP português de que o alcance de uma regra de conflitos está funcionalizado pela consequência jurídica da regra de conflitos.

¹⁴³ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 220. Ver também: H. MOTA, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado – Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 314-315: “A regra de conflitos formula uma questão no seu conceito-quadro que há-de ser respondida por um qualquer ordenamento jurídico que ela repute de competente. Essa resposta pode conter soluções diversas – eventualmente diferentes das respostas que o direito material interno fornece – mas há-de ser uma resposta adequada àquela pergunta, ao mesmo tempo que estará, pelo seu conteúdo específico, a determinar o sentido e o alcance da própria previsão da norma, o seu conceito-quadro”.

Ausente a subsunção acima mencionada, inaplicável o direito material que inicialmente a regra de conflitos mandou aplicar¹⁴⁴.

Isto importa dizer que o passo da qualificação no método do DIP português contém um teste hipotético: interpreta-se teleologicamente o conceito-quadro da regra de conflitos, aplica-se o elemento de conexão e obtém-se a consequência jurídica da regra de conflitos (atribuição *prima facie* de competência para um ordenamento O, nacional ou estrangeiro, para regular a relação jurídica plurilocalizada conforme o setor jurídico contido no conceito-quadro da regra de conflitos), na sequência identifica-se em O as regras materiais que regulam a relação jurídica plurilocalizada e analisa-se se, sob o ponto de vista da *lex causae*, tais regras materiais se subsumem ao conceito-quadro da regra de conflitos que atribuiu competência para aquele ordenamento O.

O objeto central do problema da qualificação em DIP, conforme o direito positivo português, é a subsunção das normas do direito mandado aplicar ao conceito-quadro da regra de conflitos que atribuiu competência para tal ordenamento. Contudo, só se pode chegar a este passo se o conceito-quadro da regra de conflitos tiver sido interpretado e determinado¹⁴⁵. O DIP positivo português encara a qualificação como um problema de classificação puramente jurídica.

II.6 Breve Síntese

Do estudo das teorias da qualificação analisadas podemos extrair algumas considerações.

Originalmente, na discussão qualificação *lege fori vs.* qualificação *lege cause*, a teoria das qualificações era uma solução prática aos “conflitos latentes”¹⁴⁶ e estava focada em

¹⁴⁴ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 213.

¹⁴⁵ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, p. 208.

¹⁴⁶ F. KAHN, Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des IPR, in: *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, 1891, pp. 1-143. Ver também: W. GOLDSCHMIDT, *Sistema y Filosofía del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948, f.p134. Os conflitos latentes levantados por Kahn representariam, na opinião de Goldschmidt, a divergência entre os direitos materiais que repercutem sobre o DIP.

Avançando, é digna de nota a evolução do tratamento da questão das qualificações como um problema que ultrapassa a divergência entre direitos materiais que repercutem sobre o DIP, sendo a divergência de um determinado direito material potencialmente aplicável e uma regra de conflito do DIP do foro, pois o DIP do foro não está submetido ao direito material do foro ante o caráter autônomo do DIP.

responder à seguinte pergunta: sob o viés de que direito material implicado na relação jurídica plurilocalizada devemos classificar a questão jurídica plurilocalizada?

Há, na sequência, uma rotação em como encarar o problema das qualificações em DIP, trazendo à discussão o ideal de que a norma de DIP não deve ser interpretada conforme um único direito. Embora a teoria da qualificação de acordo com preceitos universais não tenha prosperado, ela foi o nascedouro de uma visão do problema da qualificação em DIP sob a vocação universal da disciplina, excluindo-se critérios únicos.

Na tentativa de consolidar o que de acertado houvesse nas teorias anteriores, as teorias da dupla qualificação bipartem o método qualificatório de modo que categorias da *lex fori* e da *lex causae* sejam, por coordenação ou subordinação, influentes na resposta de DIP. Um grande destaque há-de ser feito em favor da “qualificação secundária” enunciada por A. H. ROBERTSON, pois é o momento de destaque de como o DIP opera no plano jurídico por meio de recortes e que a atribuição de competência por um DIP a um ordenamento material se liga ao recorte feito pela regra de conflitos do foro.

Ainda, o direito positivo português, conforme interpretado pela doutrina portuguesa, referencia a qualificação em pelo menos duas etapas, indicando-se que a primeira é mero pressuposto para a (verdadeira) qualificação em sentido estrito em DIP, a subsunção normativa do recorte jurídico da norma ou conjunto de normas da potencial *lex causae* ao recorte jurídico do conceito-quadro da regra de conflitos que atribua competência àquela *lex causae*¹⁴⁷.

Não se pode, porém, antever este primeiro passo da teoria portuguesa, pois ele é a interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos, a qual deve ser teleológica, observando-se função sócio-jurídica daquele conceito-quadro, conforme critérios do DIP do foro – o que não se confunde com o direito material do foro. O DIP do foro é aberto a todas as influências dos ordenamentos potencialmente competentes e que se pretendem eficazes por uma questão até de paridade de tratamento entre o direito do foro e dos demais ordenamentos.

¹⁴⁷ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, p. 381.

III. QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO: FUNÇÃO E MÉTODO

Após a análise e enunciação de diversas formas de encarar e resolver o problema da qualificação fica evidente que o primeiro passo é delimitar para que serve a qualificação como etapa do método do DIP. Depois, deve-se verificar quais os passos para executar a qualificação.

Acreditamos que a qualificação é a etapa do método do DIP pela qual o intérprete identifica qual regra de conflitos do DIP do foro é a aplicável, qual é que deve solucionar o conflito de leis, qual deve “atribuir competência”¹⁴⁸.

Embora soe demasiado simples, basta ver as diversas significações de qualificação nas teorias acima, bem como o foco das teorias acima: como qualificar e não por que o fazer.

Acreditamos que a qualificação em sentido estrito em DIP é a retratada por J. BAPTISTA MACHADO, conforme a nota de rodapé n. 27¹⁴⁹. O passo qualificatório é, em si, mesmo uma subsunção normativa. Entretanto, a qualificação em sentido estrito – esta subsunção normativa – depende, em mais de um momento, de subsunções ou análises, ainda que preliminares ou pressupostas, de fatos ante normas. O próprio objeto do DIP é fático¹⁵⁰. Como

¹⁴⁸ Adiante refinaremos esta ideia. Importante falarmos desde já que a aplicabilidade de uma regra de conflitos dependerá de sua adequação em atribuir competência. Se a regra de conflitos “atribuir competência” a um ordenamento que traga normas materiais que não se coadunam com a função socio-jurídica vislumbrada no conceito-quadro da regra de conflitos, não verdadeira “atribuição de competência” e, portanto, restou inaplicável a regra de conflitos, pois ela não resolveu o conflito de leis.

¹⁴⁹ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 65. Prossegue o autor, pp. 111-112 da mesma obra: “O problema da qualificação em sentido estrito é o problema da subsumilidade de um quid concreto a um conceito utilizado por uma norma. Qualificar um certo quid é determiná-lo como subsumível a um conceito, por aplicação desse mesmo conceito: é verificar ou constatarem um certo dado as notas ou características que formam a compreensão de certo conceito”. (grifos originais)

¹⁵⁰ J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 14. Ver, ainda, sobre a correlação entre o objeto da qualificação e o objeto da regra de conflitos e em posição diferente à de Baptista Machado: D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 400 e 402.

pode o objeto do DIP não ser levado em consideração pela regra de DIP?¹⁵¹ Desconectar-se dos fundamentos da disciplina por razões de lógica formal não parece adequado.

Então, conforme o desenvolvimento deste subcapítulo, sugerimos que a qualificação em DIP siga os seguintes passos:

#	<u>Conteúdo dos Passos da Qualificação</u>
1	<i>Atribuição</i> do fato misto/questão jurídica plurilocalizada a um conceito-quadro de uma das regras do DIP do foro conforme critérios do DIP do foro, identificando a exata regra de conflitos do foro que se <i>pretende</i> aplicável.
2	Identificada a regra de conflitos, interpretar teleologicamente o seu conceito-quadro, a fim de abstraí-lo (mas sem rejeitar) dos conceitos do foro, mas sim identificá-lo conforme a justiça de DIP.
3	Aplicar, para fins de teste, a regra de conflitos identificada no Passo 1 obtendo um ordenamento potencialmente aplicável. Tratando-se de regras de conflito do Tipo I, este passo não é apenas um teste, mas sim o fim da etapa qualificatória, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.
4	Subsumir materialmente, conforme as regras da <i>lex causae</i> , os fatos a uma norma ou conjunto de normas da <i>lex causae</i> , obtendo-se, pois, a classificação destes fatos na <i>lex causae</i> , a qual repercute na função sócio-jurídica da(s) normas(s) aplicáveis pela <i>lex causae</i> .

¹⁵¹ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 405-406. O autor português indica que a qualificação é predominante jurídica, mas não exclusivamente jurídica, havendo relevância dos fatos, muito embora não se possa falar em qualificação primária dos fatos (pp. 407-411).

	Este passo é inaplicável a regras de conflito do Tipo I, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.
5	<p>Verificar se há subsunção normativa (qualificação em sentido estrito) da <i>lex causae</i> ao recorte do conceito-quadro da regra de conflitos que atribuiu competência para aquela <i>lex causae</i> (atribuição de competência especializada)¹⁵².</p> <p>Este passo é inaplicável a regras de conflito do Tipo I, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.</p>

Na hipótese de o direito material mandado aplicar não se subsumir funcionalmente ou teleologicamente à hipótese da regra de conflitos, impossibilitando-se a aplicação deste direito material, o que fazer? Um novo direito material terá de ser designado. E como um direito material é designado tipicamente? Por meio do método conflitual. Isto importa dizer que uma nova regra de conflitos deverá ser chamada, identificada no DIP do foro. Por isto que a qualificação em DIP serve para identificar, dentro do contexto de abertura do DIP, qual a verdadeira regra de conflitos do DIP do foro que deve ser aplicável, especialmente ante a harmonia jurídica internacional.

Tudo isto é relevante para que a harmonia jurídica internacional, fim precípua do DIP, seja, no mínimo, viabilizada (mesmo que não haja certeza de sempre a obter ou de a obter em determinado caso concreto)¹⁵³. O ordenamento do foro, por meio do DIP, deve ser capaz de se abrir para as outras leis potencialmente aplicáveis, mesmo que o primeiro passo da qualificação seja tendencialmente *lexforista*, ainda que não seja de direito material.

Deve-se pensar o problema das qualificações para além da colocação original do problema por É. BARTIN. Os direitos internacionais privados nacionais são deveras heterogêneos e a qualificação deve encarar esta realidade efetiva. Buscar a convergência de

¹⁵² A vantagem prática deste quinto passo é a mesma pretendida pelo artigo 15º da legislação portuguesa anteriormente mencionada: a busca da realização do princípio da harmonia jurídica internacional.

¹⁵³ W. WENGLER, *The General Principles of Private International Law*, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, p. 368: “*Equal treatment of the local laws of all countries in the world under the allocation rules of a forum should be favoured because it does reduce the probability of conflicting solutions of the same question in different countries, in accordance with the principle that conflicting decisions should be kept to a minimum*”.

classificação entre a regra de conflitos do foro e os potenciais direitos materiais aplicáveis pode auxiliar na harmonia jurídica internacional e, por consequência, no reconhecimento internacional de decisões estrangeiras e de direitos adquiridos no estrangeiro¹⁵⁴.

A vocação universalista do DIP instiga a qualificação a ser uma etapa do método também aberta a influências externas e, mais importante, flexível a permitir a redeterminação da regra de conflitos realmente aplicável após perceber que a etapa falhou em atingir o esperado.

Uma visão da qualificação fechada na *lex fori* apenas ou só na *lex causae* não atinge tal fim, pois significaria que a escolha legislativa de apenas um Estado é o critério único e decisivo para dar o “pontapé inicial” ao método do DIP.

A despeito da pressuposição de que cada DIP já elegeu, por meio dos objetos e elementos de conexão, as leis materiais reputadas mais próximas ou com conexão mais significativa com cada relação jurídica plurilocalizada, não se pode presumir que todos os direitos internacionais privados nacionais acertaram. Considerando o DIP heterogêneo dos Estados¹⁵⁵, podem variar os conceitos-quadro e/ou os elementos de conexão (na hipótese de os conceitos-quadro terem identidade sintática). Com isto, a consequência jurídica dos direitos internacionais privados para um mesmo caso já pode variar, seja por divergências sintáticas ou semânticas nos conceitos-quadros ou nos elementos de conexão. Nada justifica, a nosso ver, não tentar fazer com que o passo da qualificação já privilegie ou favoreça a harmonia jurídica internacional que é tido como o objetivo principal do DIP¹⁵⁶.

¹⁵⁴ D. MOURA VICENTE, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001, pp. 395-396. Esta é a razão pela qual o Passo 4 existe. A referência seletiva da regra de conflitos aos ordenamento mandado aplicar favorece a harmonia internacional de um modo que a referência aberta é incapaz de proporcionar.

¹⁵⁵ L. B. SOHN, New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, pp. 979-980.

¹⁵⁶ W. WENGLER, The General Principles of Private International Law, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, p. 364: “*But it appears that there is at least one other guiding principle for all conflict cases. It is the idea that a social relation should be allocated by the conflict rules to the law of one state in such a manner that uniformity of allocations by all countries is ensured as far as possible*”. O trecho acima está inserido em um contexto de descrição de como todos os grandes princípios do DIP possuem falhas em tentativas de aplicação universal.

Para que tal seja possível, como dito, o foro, por meio de seu DIP aberto, deve ser capaz de fazer concessões às suas soluções normativas. Se o DIP do foro for o empecilho¹⁵⁷ para que haja convergência da interpretação do enquadramento de uma questão, este DIP deverá fazer concessões e buscar em seu próprio direito dos conflitos outra regra de conflitos que viabilize tal intuito¹⁵⁸.

Caso ainda assim não seja possível, podemos afirmar que estamos diante de conflitos de qualificação¹⁵⁹, os quais serão abordados em capítulo próprio.

Estabelecido o que a qualificação faz (buscar no DIP do foro a regra de conflitos aplicável, observado o fim do DIP em um contexto de direitos dos conflitos nacionais mais heterogêneos do que se esperaria, mas mesmo que fossem idênticos sintaticamente¹⁶⁰), deve-se avançar e verificar qual teoria da qualificação em direito internacional privado se aproxima da nossa sugestão, a fim de pensar-se em uma sugestão *de lege ferenda*¹⁶¹.

Se a qualificação busca identificar uma regra de conflitos no DIP do foro, inexorável que seu viés seja mais normativo do que fático. Não se pode excluir de antemão a possibilidade de classificação dos fatos de nenhum dos direitos potencialmente aplicáveis, isto é, aqueles em contato com a relação jurídica plurilocalizada. Entretanto, também é logicamente impossível buscar a aplicação de uma norma não material, sem aproximá-la dos fatos. Aqui está a justificativa do Passo 1 do método sugerido. Note-se que não trabalhamos com a ideia de uma “qualificação primária”, mas sim reconhecer que para a realização da etapa qualificatória em

¹⁵⁷ L. B. SOHN, *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, pp. 981-982 e 987. O multilateralismo das regras de conflito também deve se ocorrer na etapa qualificatória, em alguma medida.

¹⁵⁸ A busca, no DIP do foro, por outra regra de conflitos que favoreça a harmonia jurídica internacional partirá da aceitação da classificação feita pelo direito mandado aplicar, conforme o Passo 4. Ao longo deste tópico esta questão será apresentada com a devida profundidade.

¹⁵⁹ Desde já destacamos que I. MAGALHÃES COLLAÇO, discordando da nomenclatura tradicional, indica que os conflitos de qualificação são conflitos de normas de conflitos. Ver: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 262; J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 132-133.

¹⁶⁰ F. RIGAUX, *Droit International Privé*, v. 1 e 2, Bruxelas, Maison F. Larcier S.A., 1977-1979, p. 148. O autor belga defende que o problema das qualificações tem como pressuposto a submissão do litígio a Estados diferentes que possuem as mesmas regras de DIP, mas que não atribuem o mesmo significado aos conceitos relacionados ao caso.

¹⁶¹ Embora não seja o foco do presente estudo, deve-se sempre tomar em consideração a possibilidade de novas normas serem criadas sob influência deste estudo ou regras atuais serem interpretadas de acordo com o presente estudo.

direito internacional privado é necessário caracterizar aspectos fáticos ante o DIP do foro de modo a escolher uma regra de conflitos entre todas de tal DIP.

Em geral, esta caracterização se dará de forma automática ou inconsciente pelos postulantes, pelo juiz, por um advogado parecerista, por um tabelião de notas etc¹⁶². Ressaltamos, porém, que nem todos os casos são deveras simples e triviais. É ínsito ao direito, por trabalhar com hipóteses normativas gerais e abstratas, que *hard cases* ocorram e que dúvidas existam sobre o que está em questão¹⁶³.

O DIP positivo português aborda a qualificação sob viés que atende aos fins do DIP, mas sem ignorar que o DIP do foro ainda compõe o ordenamento do foro. Discordamos da interpretação da doutrina portuguesa sobre a desnecessidade de uma análise fática no exercício da delimitação de qual regra de conflitos é aplicável¹⁶⁴. Os fatos estão no *substrato* da qualificação nos dois passos previstos pelo direito positivo português: interpretação do conceito-quadro da regra de conflitos¹⁶⁵ e subsunção da classificação das regras materiais da potencial *lex causae*, conforme a *lex causae*, ao recorte feito pelo conceito-quadro da regra de conflitos

¹⁶² J. M. CORMACK, Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws: A Study of Problems Involved in Determining Whether or Not the Forum Should Follow Its Own Choice of a Conflicts-of-Laws Principle, in: *Southern California Law Review*, v. XIV, n. 3, março 1941, p. 225: “Nearly always this [a qualificação de porte fático] has been done unconsciously, properly enough by the use of what Wigmore likes to call ‘shorthand reasoning’. Only in the more difficult and borderline cases will it ever be necessary for the courts consciously to give attention to the process of characterization. Nevertheless it is through careful consideration of such processes that a great deal of the progress of legal science is achieved. The unconscious practices of the courts are synthesized into a principle, which enables the courts to do their work more clearly, and assists in the future development of the law and avoidance of errors”.

Importante destacar que Cormack escreve seu artigo diretamente influenciado pela teoria de Arthur Henry Robertson, conforme notas de rodapé 12 e 13, p. 224.

A separação entre *easy* e *hard* cases sob inspiração de que as cortes não percebem que “qualificam” fatos inconscientemente pode ser encontrada em A. H. ROBERTSON, The Preliminary Question in the Conflict of Laws, in: *Law Quarterly Review*, v. 55, n. 4, oct/1939, pp. 565-584.

Ainda, J.-G. CASTEL defende expressamente que o objeto da qualificação é fático. Ver: Procedure and the Conflict of Laws, in: *McGill Law Journal*, v. 16, n. 4, 1970, p. 604.

¹⁶³ F. DE MENEZES SOARES, C. S. DOS SANTOS MACIEL, O Debate entre Hart e Dworkin: A Controvérsia acerca da Existência de Divergências Teóricas sobre o Direito, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 70, 2017, pp. 307-332.

¹⁶⁴ Quando muito, a doutrina portuguesa indica que a análise fática atinente à relação jurídica plurilocalizada é meramente *constatada*, mas que não participa do momento qualificatório. Compreendemos que isto se dá porque o momento qualificatório, em estrito senso, ocorre pela subsunção da norma material ao conceito-quadro da regra de conflitos do foro. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, 129.

¹⁶⁵ Sabemos que esta afirmação é bastante controvertida. A doutrina portuguesa analisada no subcapítulo II.5 *supra* distancia-se da doutrina de A. H. Robertson justamente por considerar que a interpretação do conceito-quadro não é uma “qualificação primária”. Porém, como se verá imediatamente adiante, o aspecto fático é considerado de forma automática ou desapercebida, vide nr. 167 *infra*.

que atribuiu competência àquela *lex causae* para regular aquele caso sob aquele recorte jurídico-teórico.

A doutrina portuguesa, embora não explicita sempre¹⁶⁶, parece basear-se na ideia de que o intérprete do direito recebe postulações de pretensões, não agindo em abstrato totalmente. Assim, uma vez que a pretensão decorre de uma causa de pedir (também fática), desnecessário olhar os fatos neste momento, mas sim, verificar a aplicação jurídica da qualificação feita pelo postulante: quem postula traz um fundamento em uma norma jurídica material – quiçá estrangeira em um caso plurilocalizado –, norma material esta que o postulante afirma ser a competente por conta de determinada regra de conflitos (a qual foi chamada a resolver o conflito de leis). Destacamos desde já que nem sempre o problema se põe em concreto perante uma autoridade pública. O problema pode ser considerado em abstrato em uma consulta a um advogado ou até mesmo por qualquer cidadão ou cidadã que se questione sobre uma questão jurídica plurilocalizada. O direito serve como critério para tomada de decisão, mesmo que não seja uma decisão judicial. Isto não pode ser perdido de perspectiva.

Em abstrato, nem sempre é possível dizer que determinado caso, em razão de seus fatos, se insere no conceito-quadro “A” ou “B”, sem contrapor os fatos às classificações jurídicas¹⁶⁷. Logo, o método da qualificação, ainda que em plurais partes, terá, em cada uma delas, adstrição aos fatos. É nisto que discordamos da abordagem do DIP positivo português, conforme interpretado pela doutrina portuguesa.

Na primeira parte da dogmática portuguesa para qualificação em DIP, determinada regra de conflitos, ainda que sem uma postulação concreta, é chamada a atuar porque os fatos narrados se consubstanciam em determinada classificação jurídica indicada em um conceito-quadro de uma regra de conflitos. Não questionamos a interpretação do conceito-

¹⁶⁶ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 259.

¹⁶⁷ Insistindo na ausência da qualificação com base nos fatos, J. BAPTISTA MACHADO explica que o elemento fático deve ser meramente constatado e não qualificado. Concordamos que a noção de qualificação em DIP não é fática, mas não há mera constatação dos fatos, igualmente. Não é porque as referências são normativas, que os fatos estão fora de consideração da teoria da qualificação em direito internacional privado. Ademais, parece-nos que Baptista Machado concorda com Cormack acerca da valoração inconsciente ou automática dos fatos. J. BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013, p. 129.

quadro¹⁶⁸, *mas como se descobre qual conceito-quadro interpretar*. Os fatos são antepostos a todos os conceitos-quadro de todas as regras de conflitos do DIP do foro, porém apenas uma, conforme interpretação que se dê a cada conceito-quadro, comporta aqueles fatos tradutores de determinada relação jurídica plurilocalizada¹⁶⁹.

Assim especificamos a primeira parte da qualificação em DIP (consoante o método do direito positivo português) para o que se segue: cada conceito-quadro deve ser interpretado teleologicamente de forma a poder identificar qual a regra de conflitos cujo recorte teórico-jurídico é o adequado a atribuir competência a um direito material para a regulação de uma determinada relação jurídica plurilocalizada (a qual é, em geral, composta por fatos). Isto tudo serve à finalidade de identificar, ainda que de forma não definitiva, qual regra de conflitos do DIP do foro deve atuar. São os Passos 1 e 2 da nossa sugestão de etapa qualificatória.

Na segunda parte da qualificação em DIP (também consoante o método do direito positivo português), não há oposição ao modo pelo qual este segundo passo é executado. Adicionamos, porém, que a procura no ordenamento potencialmente aplicável – porque aplicação da regra de conflitos é inicialmente um teste hipotético¹⁷⁰ – pela norma ou conjunto de normas materiais aplicáveis para aquela relação jurídica plurilocalizada informada por aqueles fatos, ainda que realizada conforme a potencial *lex causae*, é um exercício de subsunção clássico: identifica-se a regra material que contém em sua hipótese fática aqueles fatos. Apenas depois de feita a subsunção material é que se pode afirmar: a regra material aplicável, conforme a potencial *lex causae*, é a regra *x* e a regra *x* está inserida no recorte jurídico *y* (o qual pode ser ou não ser o mesmo recorte do conceito-quadro da regra de conflitos implicada na abstração feita). São passos 3 a 5 da nossa sugestão de qualificatória.

A solução proposta não muda, a nosso ver, a redação do artigo 15º do Código Civil português, mas insere-se na interpretação doutrinária que o passo qualificatório em DIP

¹⁶⁸ Concordamos totalmente com a interpretação teleológica do conceito-quadro, o qual está submetido a influências de direito material do foro e de direito material estrangeiro, buscando-se identificar a razão, o fundamento deste conceito-quadro, de modo que tal seja mais abrangente e de acordo com a vocação universalista do ramo do direito que o comporta.

¹⁶⁹ Convém esclarecer aqui que não temos o condão de dizer que as regras de conflitos do DIP impregnam os fatos ou relações jurídicas, tal qual uma *norma agendi* faz. Apenas dizemos que os fatos têm relevância no momento de escolha de uma regra de conflitos pelo intérprete. Sobre a primeira parte deste esclarecimento ver: J. BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970, p. 107.

¹⁷⁰ Notória, pois, a influência de John D. Falconbridge na doutrina portuguesa.

não é puramente normativo. A qualificação em sentido estrito, esta sim, é meramente normativa. Contudo, o método qualificatório em geral, não.

A parte fática é, na maioria das vezes, automaticamente considerada como inserta em um conceito-quadro de regra de conflitos *ainda que se diga que o objeto de um conceito-quadro não seja fático, mas sim normativo*. É nesse ponto que ressaltamos que o uso de lógica formal não é sempre adequado ao direito internacional privado. Ao mesmo tempo que o objeto das regras de conflito são normas, as regras de conflito também são normas. Quanto ao gênero, regras de conflito do foro e regras materiais de um ordenamento jurídico determinado *são normas*. O objeto e o que o regula são de mesma grandeza. Isto gera um destaque no autorreferenciamento que ocorre no direito internacional privado ante outros ramos jurídicos. Ao mesmo tempo que regula norma jurídica, a regra de conflito é norma jurídica¹⁷¹.

Se porventura a relação jurídica plurilocalizada não se revestir de fatos relevantes por qualquer razão que desconheçamos, mas que por debate admitimos ser possível, a teoria apresentada é apta a resolver o passo da qualificação, pois ela consegue lidar com questões jurídicas “puras”. Contudo, se fatos plurilocalizados informarem de modo, por falta de vocábulo melhor, predominante a relação jurídica plurilocalizada, a teoria proposta também é capaz de atuar.

Vejamos um exemplo que pode ser encarado em quaisquer dos vieses acima. Imagine-se que se está diante de um contrato internacional de prestação de serviços celebrado entre ausentes. Um contratante está submetido ao direito estadunidense e o outro é regido pelo direito alemão. Os serviços devem ser prestados de uma parte à outra tanto nos EUA, quanto na Alemanha, quanto em um Estado terceiro onde ambos desenvolvam suas atividades. No caso de inadimplemento e do ajuizamento de uma ação neste Estado terceiro, identifica-se aplicável uma regra de conflitos que contenha em seu conceito-quadro, após interpretação, o recorte de responsabilidade contratual, direito obrigacional (“**RCx**”). A RCx, quando aplicada, designa como potencialmente competente o direito estadunidense. No ordenamento estadunidense

¹⁷¹ D. A. HUGHES, *The Insolubility of Renvoi and its Consequences*, in *Journal of Private International Law*, vol. 6, n. 1, 2010, pp. 195-224. O direito internacional privado sofre de um problema de lógica formal que é a autorreferência. Embora o foco do estudo de Hughes seja o reenvio, sua análise serve para o direito internacional privado como um todo.

encontra-se uma regra jurídica aplicável ao caso, conforme o direito estadunidense (“**RJy**”). Verifica-se, pois, que, por RJy, o estatuto de *limitation of action* considera que a ação está “prescrita”, impedindo a eficácia das regras materiais estadunidenses. No entanto, tal previsão é de direito processual¹⁷², enquanto no direito alemão seria de direito material. Está tal instituto do ordenamento mandado aplicar (*limitation of action*) subsumido à categoria normativa da regra de conflitos da *lex fori* (direito material acerca da responsabilidade contratual)?

A resposta aqui só pode ser afirmativa. Há subsunção de RJy ao conceito-quadro de RCx, mesmo que, para a *lex causae*, a norma não seja de direito material, por exemplo. Ambas as normas possuem a mesma finalidade: regular decisivamente a existência/exequibilidade ou não da responsabilidade obrigacional contratual (ainda que talvez diverjam quanto à existência ou não do débito). Portanto, houve sucesso na qualificação e há certeza de que a regra de conflitos aplicável do foro é RCx, podendo o método prosseguir.

O Passo 6

Adotemos a seguinte nomenclatura: (i) “**RCn**” significa uma regra de conflitos *n* (sendo *n* um número natural diferente de zero) do DIP do foro; (ii) “**COm**” significa o conceito-quadro de uma regra de conflito do DIP do foro, a qual realize o recorte funcional sócio-jurídico *m*, sendo *m* uma representação de todas as letras do alfabeto utilizado pela língua portuguesa; (iii) “**RJm**” significa o recorte funcional sócio-jurídico (doravante também chamado de *recorte jurídico*) *m* conferido a uma regra jurídica ou a um conjunto de regras jurídicas materiais da potencial *lex causae*, conforme a classificação da potencial *lex causae*, sendo *m* uma representação de todas as letras do alfabeto utilizado pela língua portuguesa.

Mas e se a subsunção se frustrar no Passo 5 da etapa qualificatória? Significa que a regra de conflitos primariamente identificada como aplicável não é realmente a aplicável *em um contexto de (ao menos potencial) harmonia jurídica internacional* para aquele caso concreto. Aplicar a regra de conflitos do foro designada pelo Passo 1, isto é, escolhida de acordo

¹⁷² Em outro enfoque, caso se deseje verificar se determinada regra é processual ou não, ver: J-G. CASTEL, *Procedure and the Conflict of Laws*, in: *McGill Law Journal*, v. 16, n. 4, 1970, pp. 604-606.

com os critérios do DIP do foro¹⁷³, pode se mostrar, após teste hipotético, como uma aplicação jurídica não potencializadora da harmonia jurídica internacional¹⁷⁴. Como prosseguir a partir daí? Para nós, eis o nascedouro dos “conflitos” de qualificação. Não foi possível determinar a aplicabilidade de uma regra de conflitos que parecia aplicável sob a visão do foro, ainda que esta visão não esteja embasada tão-somente no direito material do foro. E o que impediu a aplicação da regra de conflitos que parecia aplicável foi a função sócio-jurídica divergente que as normas materiais da potencial *lex causae* assumem em seu ordenamento.

Ao fim e ao cabo, foi a possibilidade de não se vislumbrar um mínimo de conflitos – o que decorre da heterogeneidade jurídica internacional¹⁷⁵ – que repercutiu na aplicabilidade de uma regra de conflitos. E por que não assim deveria ser, se a regra de conflitos deve buscar, tanto quanto possível, harmonia internacional (ou mínimo de conflitos) em cenários de heterogeneidade jurídica? A “aposta”¹⁷⁶ de ajuizar a demanda no foro A ou no foro B não deveria ser o fator determinante da lei aplicável, ou seja, da consequência jurídica da regra de conflitos, da regra que, se aplicada, resolve o conflito de leis e indica o ordenamento competente. Ainda que a harmonia jurídica internacional não seja possível em todo caso, o que foi dito permanece.

Prossigamos.

Aós a aplicação do Passo 5, tem-se o seguinte resultado: RC1 (CQa) → R**J** de um ordenamento jurídico “**O**” (sendo *b* diferente de *a*). Eis a hipótese enunciada. O recorte jurídico *b* da RJ de O não se subsume ao CQa da RC1. Neste caso, é possível se perguntar: e se o foro se abrisse ainda mais e utilizasse a sua regra de conflitos com o recorte *b* em seu conceito-

¹⁷³ Estes critérios do DIP do foro, como mencionado, encontram núcleo no direito material do foro, muito embora muito exista para além daquele núcleo. Todo conceito-quadro é elástico e aberto porque, em tese, a regra de conflitos pode atribuir competência a qualquer ordenamento jurídico.

¹⁷⁴ Ou, para dialogarmos com W. Wengler, não minimizadora de decisões internacionais potencialmente incongruentes.

¹⁷⁵ G. HUSSERL, *The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II*, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, p. 454.

¹⁷⁶ J. M. CORMACK, *Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws: A Study of Problems Involved in Determining Whether or Not the Forum Should Follow Its Own Choice of a Conflicts-of-Laws Principle*, in: *Southern California Law Review*, v. XIV, n. 3, março 1941, pp. 227-228.

Ainda, o Professor Titular da cadeira de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da USP, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, em sua tese de titularidade, descreveu o “jogo de perde e ganha” no direito dos conflitos. G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 68-71.

quadro? Trata-se da ideia de o foro perceber que, talvez, ele tenha “errado” na escolha política do recorte do conceito-quadro de suas regras de conflito. *A fonte é interna, mas sua vocação não é.*

Eis o Passo 6. O Passo 6 consiste na nova realização dos passos 3 a 5, mas desta vez com a RC2, uma regra de conflitos que tenha o conceito-quadro *b*.

Aqui duas possibilidades são cogitadas:

- (i) RC2 (CQb) → RJb (pouco importando se de O ou do ordenamento de outro Estado¹⁷⁷); ou
- (ii) RC2 (CQb) → RJ~b (pouco importando se de O ou do ordenamento de outro Estado).

Na possibilidade (i) a questão qualificatória foi resolvida. Há conformidade de enquadramento funcional entre a regra de conflitos do foro e as regras materiais aplicáveis, indicando que a atribuição lógica de competência está adequada. O método do direito internacional privado poderá prosseguir, pois concluída a etapa de qualificação, afinal viabiliza-se, ou ao menos buscou-se, atingir os fins de DIP desde a escolha efetiva de qual regra de conflitos do foro deve atuar. Há, logo, o evidente intuito de aplicar princípio de DIP e minimizar a possibilidade de decisões conflitantes.

Na possibilidade (ii) a questão qualificatória persiste. Enquanto não houver congruência, haverá um problema¹⁷⁸. A manutenção da incongruência entre os *m* recortes de RJ e de RC indica provavelmente a existência de um efetivo conflito de qualificação¹⁷⁹, pois não é

¹⁷⁷ Levando-se em consideração que se trata de outra regra de conflitos, é possível que o ordenamento designado pela consequência jurídica de RC2 seja igual ou diferente da de RC1. O que está em relevo aqui é a congruência dos setores jurídicos da regra de conflitos atribuidora de competência e do direito material considerado competente (para aquele mesmo recorte jurídico).

¹⁷⁸ G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 52-68.

¹⁷⁹ Desde já, quanto às clássicas soluções de conflitos de qualificação, ver: A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 225-228, especialmente nos casos de conflitos negativos de qualificação. Ver também: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 262 e 306.

Há a defesa de que um princípio geral para a resolução deva ser encontrar a legislação mais próxima ao caso e às partes. Porém, discordamos de tal veiculação genérica, pois esta é a função do legislador e do estudioso do DIP desde o início e que, por regra hermenêutica, já se pressupõe feita. O DIP deve ter sugestões claras para a escolha de uma norma de conflitos ao invés de outra, sendo tais sugestões fundamentadas filosofica e juridicamente, a fim

possível identificar uma regra de conflitos como aplicável em cenário de possível ou almejada harmonia. Haveria uma mera escolha arbitrária da RC1 ou da RC2 com base na escolha política do legislador e, à luz dos objetivos gerais do direito internacional privado, isto não é legítimo. Não ao menos em um primeiro momento.

A proposição feita de adoção da solução do artigo 15º do Código Civil Português, mas reconhecendo-se a relevância dos fatos em sua execução (ainda que os fatos sejam meramente constatados ou inconscientemente valorados), com a adição do **Passo 6**, prioriza uma solução da qualificação conflitual que busque mitigar conflitos de qualificação (conforme definidos em capítulo vindouro) e, ao mesmo tempo, fomentar a harmonia jurídica internacional, realizando os fins da Justiça de DIP desde a primeira etapa de seu método.

de trazer conformidade ao sacrifício de um interesse à prevalência de outro. Sobre a aplicação deste princípio geral previamente ao método de resolução de conflitos de qualificação, ver: I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 286. A própria autora apresenta uma crítica não específica às fls. 287 da mesma obra.

IV. OS CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO EM DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

IV.1 Contextualização Teórica

Inicialmente, faz-se necessário atribuir definição aos conflitos de qualificação, pois estes podem variar conforme determinada teoria das qualificações for adotada por cada DIP nacional. Pretendemos desconstruir o conflito de qualificação como algo abstrato a ser resolvido pela teoria das qualificações em si, como foi apresentado por F. KAHN (conflitos latentes) e passar a ver o conflito de qualificações de acordo com a finalidade da qualificação em DIP: indeterminação da regra de conflitos realmente aplicável, isto é, capaz de atribuir competência a um corpo normativo material que tenha a mesma função sócio-jurídica que a regra de conflitos que lhe atribuiu competência (subsunção normativa efetiva). Esta é a tese proposta pelo presente estudo.

Servindo a qualificação para determinar a regra de conflitos que efetivamente deve ser utilizada para atribuir competência a um ordenamento material, o conflito de qualificação deve ser encarado com a dificuldade de efetivamente encontrar *uma e apenas uma* regra de conflitos para cada *quaestio iuris* apresentada ao DIP do foro.

Assim, em primeiro momento, seguindo a linha de I. DE MAGALHÃES COLLAÇO, os conflitos de qualificação devem, hipótese (i), ser vistos como uma antinomia aparente dentro do DIP do foro, quando há cumulação de regras de conflito que parecem aplicáveis simultaneamente. Haveria, em contraposição ao dito acima, pluralidade de regras de conflitos aparentemente aplicáveis. Logo, resolvendo-se a antinomia, porque aparente, será encontrada a regra de conflitos aplicável. A dificuldade se põe porque as regras de conflito usualmente possuem a mesma hierarquia entre si, bem como tendem a ser promulgadas na mesma fonte objetiva (imobilizando-se no tempo, portanto)¹⁸⁰ e são especializadas entre si.

¹⁸⁰ É de se notar que o tempo raramente será um fator, pois há aportes de direito internacional privado no tempo a evitar – ou ao menos a mitigar – a aplicação de regras de conflito a fatos ocorridos antes da validade e da eficácia destas regras de conflito.

É de se notar que, em primeira análise, nenhum dos critérios clássicos de resolução de antinomias parece ser capaz de, *prima facie*, resolver os conflitos de qualificação do tipo exposto.

Também é digno de nota o fato de os conflitos de qualificação apenas ocorrerem *depois* que os conceitos-quadro das regras de conflito do foro já foram interpretados (passo 2 da nossa sugestão de método, conforme Capítulo III acima). Logo, a especialização de cada regra de conflitos, conforme sua função sócio-jurídica já foi exercida.

A proposta é verificar que as aparentes antinomias em DIP são de um tipo específico e que, portanto, necessitarão de um critério de solução específico. As regras de DIP claro que se submetem à teoria geral do direito e, caso algum critério clássico, consiga por fim à antinomia, a questão estará superada. Apenas aponta-se que, usualmente, os critérios clássicos não são suficientes. Acreditamos que isto decorra da estrutura e funções peculiares das regras de DIP.

Em geral, a doutrina aponta como solução a este tipo de conflitos de qualificação criar uma hierarquia de valores, partindo-se da análise do direito internacional privado local, ou a aplicação da lei material do foro, se está for uma das leis implicadas. Isto deverá ser igualmente revisitado, pois são soluções que priorizam interesses de boa administração da justiça, mas sem preocupar-se em viabilizar, se possível, ideais de harmonia jurídica internacional.

Tipicamente, estes conflitos de qualificação são chamados de positivos e são mais facilmente verificados em casos concretos, nos quais as partes indicam duas ou mais regras de conflitos do foro como aplicáveis e apontam que o direito mandado aplicar por cada uma daquelas regras de conflito se subsume aos conceitos-quadro de cada uma destas regras de conflitos¹⁸¹.

¹⁸¹ Levando-se em consideração a abertura do DIP e dos conceitos-quadro das regras de conflito e a flexibilização necessária para que o método da qualificação não obstrua o princípio da harmonia jurídica internacional, tem-se um cenário em que, simplesmente, uma das regras de conflitos não é, salvo situações absurdas, mais aplicável em abstrato do que a outra.

A hipótese (ii) trata de outra espécie de conflito de qualificação: aquela em que nenhuma regra do DIP parece aplicável – não porque não existam regras de DIP, não se trata de lacuna em abstrato no DIP do foro, nem de espaço ajurídico – a determinado caso concreto. É uma situação próxima¹⁸² à trabalhada por G. F. C. MONACO em sua tese de titularidade à cátedra de Direito Internacional Privado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: hipótese de *lacuna in concreto*. Não foi possível, em última análise, ter êxito no Passo 5 da etapa qualificatória.

Este tipo de conflito de qualificação é chamado de negativo e deve ser solucionado pela colmatação da lacuna. Veja-se que esta lacuna é verificada no DIP do foro e não no ordenamento determinado como competente por uma ou mais regras de conflito (caso haja mais de uma *quaestio iuris* submetida ao direito internacional privado em determinado caso concreto).

Diferentemente do proposto doutrinariamente até agora, buscar-se-á determinar critérios de solução para ambos os conflitos de qualificação que não sejam casuísticos e que possam solucionar conflitos de qualificação envolvendo 2 ou mais regras do DIP do foro, em caso de conflitos positivos.

IV.2 Consiações Adicionais sobre Conflitos de Qualificação

Retornando às origens da identificação do chamado “problema de qualificações”, verificamos que a solução da qualificação *lege fori* é a solução do problema. Logo, ao contrário do que se poderia pensar, os conflitos de qualificação seriam “prévios” logicamente à qualquer discussão quanto a qualificar *lege fori* ou *lege causae*.

A nosso entender a solução proposta por Étienne-Adolphe Bartin não traduz a ideia de conflitos de qualificação trazida no tópico imediatamente anterior. Sendo muito reducionista, trata-se de responder “*lege fori*” a uma questão: como devo qualificar pela

¹⁸² Para de forma leviana não dizer idêntica.

possibilidade de os ordenamentos em contato com a questão jurídica plurilocalizada trazerem contornos jurídicos distintos a tal questão jurídica plurilocalizada.

Qualificar *lege fori* ou *lege causae* seria, pois, o ponto final da análise e não seu ponto de partida. Os conflitos de qualificação seriam considerados *a priori* como decorrentes da heterogeneidade dos ordenamentos jurídicos.

O tratamento do prolema das qualificação dado pelos juristas, no entanto, muda à medida que “maior rigor” lógico tenta ser conferido ao referido problema.

Nota-se – a exemplo das teorias da dupla qualificação outrora analisadas – que qualificar *lege fori* ou *lege causae* passa a ser um ponto de partida tanto do método do direito internacional privado quanto que da própria etapa qualificatória (caso ela tenha mais de um passo). Neste sentido, conflitos de qualificação é uma questão que se coloca *a posteriori*.

Daí compreende-se a visão de conflitos de qualificação como um problema de identificação da regra de conflitos aplicável.

Eis uma raiz das dificuldades acadêmicas relativas a conflitos de qualificação. Filosoficamente, há concepção de conflitos de qualificação como um problema apriorístico e há concepção de conflitos de qualificação como um problema *a posteriori*. Em nossa opinião, a academia está trabalhando como se não houvesse diferença e tudo fosse conhecimento de mesma origem.

Não obstante o observado acima, encarando-se os conflitos de qualificação como uma questão relativa à adequada identificação da regra de conflitos aplicável, consideramos importante analisar a principal resposta acadêmica fornecida acerca das soluções a conflitos de qualificação: a tese de I. DE MAGALHÃES COLLAÇO¹⁸³.

¹⁸³ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964.

IV.3 As Soluções da Prof.^a Isabel de Magalhães Collaço

Inicialmente, Isabel de Magalhães Collaço define duas ordens de problemas na identificação das regras de conflitos aplicáveis (a) a cumulação de regras de conflito; e (b) a falta de regras de conflito¹⁸⁴.

Trazemos ao corpo desta tese uma nota explicativa fundamental: tanto (a) quanto (b) se passam dentro do contexto de um caso jurídico. Embora o caso possa ser hipotético, ele não é abstrato. Há, em realidade, a ideia de que pretensões específicas¹⁸⁵ – quiçá pretensões baseadas em direito material estrangeiro – foram formuladas e que tais pretensões trazem consigo, ainda que de forma subjacente por conta de a(s) questão(ões) jurídica(s) ser(em) plurilocalizada(s), a aplicação do direito internacional privado. No cenário (a) há a potencial ou efetiva cumulação de regras de conflitos porque há pretensões cumuladas (e aqui falamos da ideia genérica de múltiplas pretensões; fora do rigor do direito processual) e no cenário (b) não há regra de conflitos que outorgue competência para o campo do direito material que a parte utilizou para formular sua pretensão.

Cumulação de Regras de Conflitos

Iniciaremos com a cumulação de regras de conflito. Antes de ulteriores diferenciações, assim enuncia I. DE MAGALHÃES COLLAÇO¹⁸⁶:

“Numa primeira aproximação, e por forma ainda muito imprecisa, diremos que se desenha um concurso de normas em Direito Internacional Privado, ou um concurso de normas de conflitos quando à face de um dado sistema local [DE DIP], duas ou mais normas de conflitos aparecem a reclamar simultaneamente aplicação a certa situação fundamental da vida, por concorrentemente se acharem preenchidos os tipos legais de duas ou mais

¹⁸⁴ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 238.

¹⁸⁵ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 241-242. A autora insiste neste plano de fundo (pp. 243-244).

Também é o cenário explorado por L. B. SOHN no seu texto: *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, pp. 978-1004.

¹⁸⁶ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p.241.

ordens regras materiais, provenientes de duas ou mais ordens jurídicas, declaradas competentes a título diverso, através da concretização de dois ou mais elementos de conexão”.

Ilustrativamente, imaginemos um juiz do Estado “F” que esteja diante dos autos de um processo. Em tal processo a parte autora requer a concretização de um direito de natureza contratual oriundo do ordenamento jurídico do Estado “G”. Por sua vez, a pretensão da parte ré é de improcedência com base na não violação dos deveres de natureza extracontratual do ordenamento jurídico do Estado “H”. Ainda, ilustrativamente:

PRETENSÃO AUTORAL:

RC(obrigação contratual) → RJ(G – obrigação contratual)

PRETENSÃO DO RÉU:

RC(obrigação extracontratual) → RJ(H – obrigação extracontratual)

Este juízo hipotético se vê com pretensões contrapostas e oriundas de ordenamentos jurídicos diferentes e que, em primeira análise, reclamariam aplicação de regras de conflitos diferentes (obrigações contratuais x obrigações extracontratuais) para outorga de competência.

Diferenciar os tipos de regras de conflito não é à toa! Se a regra de conflitos sobre obrigações do Estado F for do tipo II, não haverá conflito de regras de conflito, pois esta será chamada para todo tipo de obrigação.

Assim, muito embora seja necessária uma contraposição de direitos materiais, o problema é, em sombra de dúvidas, de direito internacional privado porque as características do direito internacional privado do foro serão determinantes para a ocorrência de tais conflitos.

Estabelecido está que a simples verificação de pretensões baseadas em direitos materiais diferentes não é suficiente para a ocorrência de conflitos de regras de conflito.

A autora ora examinada, pois, avança e diferencia figuras que aparentam se enquadrar na definição de conflitos de regras de conflitos decorrentes de cumulação mas que, em verdade, não são problemáticos.

A primeira figura é a da cumulação de regras de conflitos permitida pelo direito internacional privado do foro. Nos casos de (i) um direito internacional privado com regras de conflitos do tipo III, muito especializadas por conta de *dépêche*, ou (ii) de regras de conflitos com conexões plurais (recurso simultâneo a mais de uma ordem jurídica para decidir uma única questão jurídica) não há real conflito de regras de conflitos¹⁸⁷.

Na hipótese (i) não há a efetiva recondução de pretensões conflitantes, mas, sim, agora em rigor processual, pretensões múltiplas em uma mesma demanda¹⁸⁸. Exemplo é pedir, em um mesmo processo: (1) tutela declaratória da capacidade para suceder e (2) tutela declaratória da validade de um testamento.

Já na hipótese (ii) é impossível haver conflitos de regras de conflitos porque, a despeito de haver a cumulação de direitos materiais diferentes, há apenas uma regra de conflitos¹⁸⁹.

Existe outra figura, porém. É a figura das cumulações aparentes. Imaginemos o seguinte cenário: pessoa física “L” ajuíza no foro “P” uma ação contra a pessoa física “M”. Os direitos materiais em contato com a questão jurídica plurilocalizada – questões processuais e probatórias à parte – outorgariam, em tese, direito à L, ainda que a títulos diferentes. Os ordenamentos em contato são os dos Estados “S” e “T”. O ordenamento de S outorga indenização a título extracontratual e o ordenamento de T a título contratual.

¹⁸⁷ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 242-243.

¹⁸⁸ Acreditamos, em interpretação do trabalho da Prof.^a Collaço, que o segredo seja tratar cada pedido do autor como uma unidade e cada pedido do réu como outra unidade mutuamente excludente. Cada contraposição seria uma “minicontenda”. Quando a cumulação (gênero; leia-se “pluralidade”) de pedidos provém da mesma parte – salvo equívocos ou pedidos alternativos ou subsidiários – não haverá conflitos de regras de conflitos. Tais só podem ocorrer se, em uma dada minicontenda, as pretensões contrapostas estejam fundadas em direitos materiais distintos e com naturezas também distintas entre si.

¹⁸⁹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 243.

Teria L direito a duas indenizações, portanto? A autora ora analisada entende que a existência de uma cumulação de pretensões cabe, antes, ao direito material do foro. Se o direito material do foro não permitir duas indenizações a partir do mesmo fato e ambos os direitos materiais implicados tiverem competência outorgada por duas regras de conflitos aplicáveis cumulativamente, haveria a cumulação real¹⁹⁰.

Se não for possível a cumulação – proibição de *bis in idem*, por exemplo –, a solução passará por verificar se as naturezas dos direitos materiais implicados são incompatíveis. Não há critério rigoroso de medição. Se não forem incompatíveis, pode-se seguir com a adaptação das regras de conflito do foro ou aceitar a qualificação feita *lege fori*. No exemplo ilustrado, a pretensão real de L é indenizatória por conta de um fato lesivo assim reconhecido em mais de um direito material, ainda que a títulos diferentes.

Verifica-se que não há incompatibilidade entre as soluções: ambas são indenização (ainda que a títulos diferentes). Logo, se não houver diferenças – digamos que em ambos os ordenamentos materiais implicados a indenização se meça pela extensão do dano – poder-se-á qualificar *lege fori* e aplicar o ordenamento competente segundo a regra de conflitos que tenha o conceito-quadro em questão¹⁹¹.

Havendo, porém, diferenças, por exemplo, nos padrões indenizatórios – ainda que não capazes de gerar uma completa incompatibilidade entre as normas materiais dos ordenamentos materiais implicados –, o intérprete poderá adaptar as regras de conflito em questão para buscar uma solução conflitual adequada¹⁹².

Entretanto, caso exista uma incompatibilidade absoluta entre as pretensões – ou, em específico, entre as naturezas das normas materiais de ordenamentos diferentes que fundamentam as pretensões contrapostas ou, até mesmo, por hipótese, cumuladas pela mesma

¹⁹⁰ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp.254 e 259.

¹⁹¹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 256-260.

¹⁹² I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 258.

parte – que chamam simultaneamente regras de conflitos distintas, aqui sim haveria um conflito entre regras de conflitos:

*“Na disciplina da vida privada internacional prosseguida por um dado sistema de normas de conflitos, pode acontecer que duas regras materiais, dimanadas de ordens jurídicas diferentes, e aplicáveis por força de normas de conflitos distintas a uma mesma situação fundamental da vida, venham a revelar-se em radical dissonância, por uma delas tutelas um interesse que a outra incondicionalmente sacrifica”*¹⁹³.

Será necessário, pois, escolher uma regra de conflitos em sacrifício da outra. Não há compatibilização. É uma ou outra¹⁹⁴.

E como resolver os conflitos entre regras de conflitos? Como determinar qual a regra de conflitos (regra jurídica de direito internacional privado) aplicável? A autora apresenta duas propostas: A e B.

A proposta A resolve o conflito do ponto de vista material, por meio da adaptação *“mais ou menos livre dos diferentes preceitos materiais postos em causa ou através da formulação duma disciplina material ad hoc”*¹⁹⁵.

Em contraponto, a proposta B procura solucionar o conflito exclusivamente ao nível das regras de conflito contrapostas¹⁹⁶. Trata-se de estabelecer critérios gerais que legitimem a escolha de uma regra de conflitos e o sacrifício da outra. Estes critérios podem ser princípios (Proposta B.1) (*sic*) ou criar uma hierarquia entre as diversas regras de conflito (Proposta B.2)¹⁹⁷.

¹⁹³ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 261.

¹⁹⁴ Saindo da visão estrita da Prof.^a Collaço, insistimos: qualificar é determinar a regra de conflitos efetivamente aplicável.

¹⁹⁵ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 279. Mas os fundamentos persistem na página seguinte.

¹⁹⁶ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 280.

¹⁹⁷ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 281.

A Proposta B.1 consiste em estabelecer um princípio geral: aplicar a regra de conflitos que atribua competência ao direito material do foro, caso um dos direitos materiais implicados nas pretensões seja o direito material do foro (chamemos de Proposta B.1.1)¹⁹⁸. I. MAGALHÃES COLLAÇO¹⁹⁹ ressalva, entretanto, que este seria um princípio geral do direito internacional privado português, havendo dúvidas sobre a legitimidade desta solução em escala global.

Eventualmente um conflito de regras de conflito pode não ter por fundo a aplicação do direito material do foro, mas de outros Estados. Neste caso, deve-se aplicar a regra de conflitos que indique o direito material que caracterize a questão jurídica plurilocalizada de maneira mais parecida ou mais próxima da caracterização dada pelo direito material do foro à questão jurídica plurilocalizada (chamemos de Proposta B.1.2)²⁰⁰.

Mais uma vez a autora analisada apresenta uma ressalva e afirma que a Proposta B.1.2 não pode ser um princípio geral por conta da natureza variável dos diversos conflitos²⁰¹.

Inaplicáveis as Propostas B.1.1 e B.1.2, deve-se aplicar a Proposta B.2: identificar no direito internacional privado do foro a relação hierárquica entre os interesses em conflito²⁰².

Todo sistema nacional de direito internacional privado tem sua própria ordem de prioridades e, por análise a ser feita em tal sistema, é possível extrair quais regras de conflitos prevalecem sobre outras²⁰³.

¹⁹⁸ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 281-282. A autora assim desenvolve porque, à luz do direito positivo português vigente, seria possível extrair tal princípio a partir de outras regras (como a prevalência da nacionalidade portuguesa em caso de um plurinacional ser também português, por exemplo).

¹⁹⁹ *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 284.

²⁰⁰ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 286.

²⁰¹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 287.

²⁰² I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 287-296.

²⁰³ Prof.^a Collaço desenvolve exemplos *para Portugal* como a prevalência da regra de conflitos acerca capacidade para a celebração de determinado ato ou negócio jurídico sobre a regra de conflitos relativa à forma de tal ato ou negócio jurídico, por exemplo.

Falta de Regras de Conflitos Aplicáveis

Neste segundo problema relativo às regras de conflito tem-se um problema na outorga de competência pelas regras de conflito.

No Cenário C há a outorga de competência a um ordenamento jurídico que não tem normas materiais que regulem a questão jurídica plurilocalizada²⁰⁴.

Outro cenário, Cenário D, é aquele em que não há regras de conflito no foro que abarquem “determinada categoria de tutela jurídica típica, consignada em determinada ou determinadas legislações estrangeiras²⁰⁵”, impedindo a outorga de competência²⁰⁶. Aqui há um “acidente técnico” nos recortes para regulamentação da vida privada internacional²⁰⁷.

É importante ilustrar o Cenário D, pois não se trata apenas de uma lacuna absoluta (ausência de qualquer regra de conflitos sobre obrigações, por exemplo). Lacunas absolutas são muito raras nos sistemas de direito internacional privado. Enquadram-se no Cenário D todas as situações em que não houver subsunção normativa. Vejamos a título exemplificativo:

PRETENSÃO AUTORAL – Aplicar lei do Estado G (obrigações)

PRETENSÃO DO RÉU – Aplicar lei do Estado H (família)

Porém, aplicando-se as regras de conflito do foro sobre obrigações e família não se encontra subsunção (em outras palavras: não se encontra a regra de conflitos aplicável e aplica a atribuir competência)

²⁰⁴ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 297-298.

²⁰⁵ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 296-297.

²⁰⁶ A noção de qualificação como subsunção normativa fica claro, embora nem sempre a autora analisada tome esta visão como definitiva.

²⁰⁷ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 304.

$RC(\text{obrigações}) \rightarrow RJ(H - \text{família})$

$RC(\text{família}) \rightarrow RJ(G - \text{obrigações})$

A solução ao Cenário C (Proposta C) não é trazida explicitamente pela Prof.^a Collaço. Interpretamos que a solução da autora seria o fornecimento pelo juízo de uma solução material *ad hoc*²⁰⁸, tendo em vista que o foro considere que a pretensão formulada está num espaço jurídico. Talvez a proibição do estado de “não-direito” seja outra ferramenta a ser explorada²⁰⁹.

Acerca do Cenário D há plurais soluções ofertadas pela autora ora estudada. A primeira delas (Proposta D.1) é a adaptação²¹⁰. A segunda (Proposta D.2) se passa no plano do direito internacional privado e se consubstancia na identificação de princípios gerais para a solução do cenário D²¹¹.

São dois os princípios identificados pela autora. O primeiro (Proposta D.2.1) é a aplicação do direito material do foro, se o direito material do foro estiver em contato com a questão jurídica plurilocalizada²¹². Caso o foro não seja um ordenamento em contato com a questão jurídica plurilocalizada, o princípio construído (Proposta D.2.2.) é o de aplicar o direito material estrangeiro que regule a situação da maneira mais próxima à regulação que o direito material do foro daria, se pudesse ser aplicado²¹³.

²⁰⁸ Baseamo-nos no último parágrafo do item 121, fls. 301. I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964.

²⁰⁹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 297-303. O Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Gustavo Ferraz de Campos Monaco, analisa o Cenário C com profundidade. G. F. C. MONACO, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp.187-ss. A nosso ver este problema não é um conflito de qualificações. Sequer há, em primeira leitura, na potencial *lex causae* categorização jurídica para poder dizer que há ou não há subsunção normativa, por exemplo. Há, em verdade, uma impossibilidade de realizar os passos qualificatórios conforme propostos nesta tese, afinal não há como verificar a subsunção normativa.

²¹⁰ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 305. Esta não parece ser a solução ideal do Cenário D para a autora. Ela faz menção de que a adaptação é uma solução costumeiramente indicada para o problema, mas prefere as soluções das Propostas D.2.1 e D.2.2.

²¹¹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 306.

²¹² I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 306. A autora não justifica o porquê de recorrer ao direito material do foro. Apenas faz menção à Martin Wolff e indica que a constrção de Wolff seria “mais complexa a este respeito” (n. 52).

²¹³ 3 I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, pp. 306-307. A autora não justifica o porquê de recorrer ao direito material mais próximo do do foro. Ela se limita

Considerações sobre as Soluções da Prof.^a Collaço

As soluções propostas pela Prof.^a Collaço possuem um foco muito grande no direito positivo interno, seja conflitual ou material. As soluções trazidas, ainda que sob a rubrica de “princípios”, são extraídas ou deduzidas a partir do direito positivo português. As regras de conflito são de fonte interna, no geral. É compreensível a razão pela qual a Prof.^a Collaço assim concluiu, mas acreditamos que a vocação internacional do direito internacional privado não recebeu o devido relevo.

Igualmente, os interesses de direito internacional privado que foram priorizados pela Prof.^a Collaço não nos parecem ser os mais relevantes. Devemos ser explícitos. Não são plurais as passagens em que a Prof.^a Collaço fundamenta valorativamente as suas soluções, mas é possível verificar que a harmonia interna e a boa administração da justiça são os interesses priorizados.

Exemplo do acima dito são as Propostas B.2.1 e D.2.1: valorização da harmonia interna por meio do privilégio da aplicação do direito material do foro como critério para solução de problemas na solução de conflitos entre regras de conflito. A boa administração da justiça – facilidade que o juízo do foro tem em aplicar direito interno (ou um direito próximo ao direito interno) – também é, sem dúvida, privilegiada.

A harmonia internacional de julgados ou, em outro prisma, a busca por um mínimo de conflitos, considerada o principal interesse do direito internacional privado não é equalizada nas soluções da Prof.^a Collaço.

Soluções desenvolvidas sobre outros interesses do direito internacional privado são factíveis, se não for possível favorecer a harmonia internacional. É aqui que nos distanciamos da Prof.^a Collaço.

a responder uma situação específica (quebra de sponsais entre francês e alemã) à luz do direito internacional privado português da época.

Considerando o contexto da doutrina portuguesa, verifica-se que todas as soluções da Prof.^a Collaço não ressoaram totalmente. Notamos a prevalência da Proposta B.2.2: hierarquia entre as regras de conflito na doutrina portuguesa²¹⁴, mas não as soluções de tendência *lexforista*.

IV.4 Nossa Definição de Conflitos de Qualificação

Os conflitos de qualificação podem ser definidos como o fenômeno decorrente da impossibilidade em determinar qual a regra de conflitos aplicável à outorga de competência para regulação de determinada questão jurídica plurilocalizada após encerrada a aplicação do passo qualificatório.

Verificamos no Capítulo III *supra* que meras diferenças entre o conceito-quadro da regra de conflitos do foro e o direito material mandado aplicar por esta regra de conflitos são resolúveis na própria etapa qualificatória. Inicialmente, isto é resolúvel por meio da subsunção normativa de cunho teleológico prevista no Passo 5. Ainda que de “categorias” jurídicas diferentes, a função sócio-jurídica coincide, havendo subsunção normativa (a qual deve ser sempre teleológica), legitimando a outorga de competência ao direito material mandado aplicar.

Caso ainda assim diferenças permaneçam por não haver subsunção teleológica, o Passo 6 – redesignação da regra de conflitos do foro que se chama à aplicação, pois o recorte feito pelo legislador do foro pode ser a fonte do problema – oferta uma solução. Caso a aplicação da nova regra de conflitos forneça a adequada subsunção, as diferenças ficam superadas e a etapa qualificatória prospera: foi encontrada uma regra de conflitos aplicável.

Relembra-se a título ilustrativo:

²¹⁴ A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6ª reimp., Almedina, Coimbra, 2013, pp. 228-240. A despeito de não dizer que está expressamente com Collaço, o referido autor analisa os conflitos, indica hierarquia e fundamenta em interpretações extraídas do direito positivo português, tal qual fez Collaço. Quanto a conflitos negativos de qualificação (falta de regra de conflitos aplicável na nomenclatura da Collaço), o autor faz expressa menção à Prof.^a Collaço na nota de rodapé 309, p. 249.

IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA:

RC1(CQa) → RJ(CQb)

APLICAÇÃO DO PASSO 6 (BEM SUCEDIDO):

RC2(CQb) → RJ(CQb)

Se o passo 6 não atingisse o objetivo (por exemplo: pela aplicação da RC(b) encontrou-se RJ(a) – a rigor qualquer recorte que não fosse *b*, pois o RJ não se subsume teleologicamente ao CQ da nova RC, não se saberia como, olhando-se somente ao passo qualificatório, determinar qual a regra de conflitos realmente aplicável. Este é o verdadeiro conflito de qualificação. É um problema de identificação da regra de conflitos aplicável, ou, para dialogarmos com a Prof.^a Collaço, um conflito entre regras de conflitos.

Tal qual a Prof.^a Collaço, não se trata de um conflito positivo ou negativo, mas da dificuldade de identificação da regra de conflitos realmente aplicável. É certo que a causa pode variar (cumulação ou falta de regra de conflitos), mas a situação não muda: dificuldade de determinação da regra de conflitos realmente aplicável e apta a outorgar competência a um ordenamento, observado os fins do direito internacional privado.

Neste sentido, os conflitos de qualificação são identificados *a posteriori* e são ainda mais raros²¹⁵ porque, para chegar-se a este cenário, diversas “falhas” devem ocorrer: (i) a escolha política do legislador conflitual do foro deve estar em descompasso com as tendências dos demais direitos civis e direitos internacionais privados; (ii) ausência de subsunção normativa (Passos 4 e 5); e (iii) fracasso do Passo 6.

A solução aos conflitos de qualificação deve favorecer os interesses e objetivos de direito internacional privado, vide subcapítulo I.5 *supra*.

²¹⁵ Mais raros do que considera L. MERIGGI. Ver: Les Qualifications em Droit International Privé, in: *Revue de Droit International Privé*, v. 28, 1933, pp. 202-203.

Se o legislador conflitual do foro *falhou* em concretizar tais interesses, objetivos e princípios, qualquer solução de DIP que vise a remediar uma situação desta deve visar os fins que o legislador deveria ter observado.

Note-se que não se trata de um *erro* do legislador²¹⁶ em abstrato. A situação indesejada apenas é verificada após consideração do cenário de heterogeneidade em que os diversos sistemas conflituais nacionais atualmente operam. É necessário ter uma *válvula de escape* para evitar a ruína do método conflitual em certos casos. É também imperativo que esta *válvula* opere buscando a realizar o que o legislador não poderia identificar na composição da norma jurídica geral e abstrata.

A escolha política do legislador é legítima, porém, insistimos: não se pode ver o DIP por sua fonte interna, mas pela sua vocação internacional²¹⁷. Sabemos que há a relativização, de forma mais ou menos direta, de diversos postulados aqui como do legislador onisciente ou da soberania interna.

Isto seria resolvido por meio da positivação das soluções aos conflitos de qualificação, mas tal pode não ser recomendável. As peculiaridades de cada conflito chamarão uma determinada linha de solução. Ademais, há posições indicando a impossibilidade de um sistema de DIP ser totalmente positivo²¹⁸.

As soluções propostas pela Prof.^a Collaço não valorizam os objetivos de harmonia do DIP. Como discutido, estas soluções tomam em conta as escolhas do legislador do foro (aplicar direito material do foro, ou o mais próximo do do foro, ou procurar hierarquia no direito conflitual do foro), sendo que a própria Prof.^a Collaço identifica que a origem dos problemas relativos à qualificação podem estar no foro²¹⁹.

²¹⁶ Esta noção de “erro” do legislador conflitual é explorada não só por Collaço, mas também por G. HUSSERL, *The Foreign Fact Element in Conflict of Laws*, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 3, 1939-1940, p. 268.

²¹⁷ L. B. SOHN, *New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems*, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, pp. 980-981.

²¹⁸ P. S. BERMAN, *Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era*, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, p. 1.844.

²¹⁹ I. MAGALHÃES COLLAÇO, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964, p. 304. “*Pode por isso dizer-se que o responsável pela falta de tutela para certa situação concreta da vida que nestes casos se revela é em última análise o próprio direito de conflitos, que destacou artificialmente de ordens diversas, através de categorias autônomas, categorias de preceitos que só ganham seu pleno sentido através das*

Entendemos as razões para privilegiar o interesse de *boa administração da justiça* ou o ideal de unidade interna. Entretanto, discordamos ao não se privilegiar os objetivos de harmonia e de *paridade de tratamento*²²⁰, especialmente se a composição do direito internacional privado do foro, em um cenário de DIPs heterogêneos, é a raiz do problema.

O direito internacional privado já foi chamado de o ramo jurídico com uma ética intrínseca²²¹, reconhecido como o ramo ligado a conflitos de culturas²²², indicado como o caminho jurídico para pluralismo²²³ etc. Todas estas análises refletem a necessidade de se ultrapassar a valorização da fonte interna do DIP, ainda que ele seja apenas de fonte interna!

IV.5 Nossas Propostas de Solução aos Conflitos de Qualificação

Partiremos de cenários em que existam mais de dois recortes jurídicos implicados. Sabemos que são raríssimos conflitos de qualificação que ultrapassem dois recortes jurídicos, mas estes cenários devem ser enfrentados. Muitas das soluções pertinentes a estes cenários são utilizadas em cenários com exatos dois recortes jurídicos conflitados.

Conflitos entre Regras de Conflito – Mais de Dois Recortes Jurídicos Implicados

Sendo a solução do conflito de qualificação um remédio que visa a assegurar o atingimento dos interesses e objetivos do direito internacional privado – enquanto ramo

correlações que os prendem a outros preceitos da respectiva ordem”. É o “acidente técnico” a que nos referimos outrora. Quatro páginas depois, a Prof.^a Collaço encerra a sua tese.

²²⁰ A. T. VON MEHREN, Choice of Law and the Problem of Justice, in: *Law and Contemporary Problems*, v. 41, n. 2, Spring 1977, pp. 32-36. O autor duvida da viabilidade de realizar paridade de tratamento e concretização e valores *simultaneamente* em regras de DIP.

²²¹ R. MICHAELS, Private International Law as an Ethic of Responsivity, in: *Diversity and Integration in Private International Law*, org. Veronica Ruiz Abou-Nigm e Maria Blanca Noodt Taquela, 2019.

²²² A. RILES, Cultural Conflicts, in: *Law and Contemporary Problems*, n. 71, Summer 2008, pp. 303-306. A autora explora inclusive a visão de expandir o domínio da disciplina para além da resolução de casos concretos.

²²³ R. MICHAELS, Global Legal Pluralism and Conflict of Laws, in: *Annual Review of Law & Social Science*, v. 5, 2009, pp. 1-35.

jurídico e não como subdivisão de um determinado ordenamento jurídico –, acreditamos que ela deve atender primeiramente ao objetivo do *mínimo de conflitos*.

Observe-se o seguinte cenário hipotético (**Cenário α**)²²⁴:

IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA:

RC1(**CQa**) → RJ(**b**)

APLICAÇÃO DO PASSO 6:

RC2(**CQb**) → RJ(**c**)

O que se deve fazer? Repetir o Passo 6, utilizando-se a RC3(**CQc**).

Quatro são as respostas possíveis: (i) congruência e subsunção ao designar-se um ordenamento com RJ(**c**); (ii) não congruência e não subsunção ao designar-se um RJ que já foi manifestado antes: (**b**); (iii) não congruência e não subsunção ao designar-se um RJ que ainda não havia sido manifestado pelo direito material, mas já pela RC1 do foro: (**a**); ou (iv) não congruência e não subsunção ao designar-se um RJ que ainda não havia sido aventado seja por uma RC ou pelas regras materiais mandadas *prima facie* aplicar: (**d**)²²⁵.

O caso (iii) será analisado oportunamente e o chamaremos de “**Cenário β** ”.

No caso (i) há uma solução conflitual de convergência e subsunção, devendo ser aplicada a RC3. Foi possível identificar uma norma de conflitos aplicável, afinal. O conflito de qualificação era aparente.

No caso (ii) há a realização de um *mínimo de conflito*, pois mais de uma regra de conflitos resultou na aplicação de algum ordenamento com o RJ (seja **a** ou **b**). O conflito de qualificação, porém, é real, pois não há subsunção. Deve-se, pois, privilegiar a aplicação de um ordenamento com tal RJ.

²²⁴ E aqui, pois, já foi buscada identidade sócio-jurídica e esta não foi alcançada. Todos os exemplos vindouros já falharam nos Passos 5 e 6, os quais trazem consigo tentativa de subsunção teleológica.

²²⁵ É muito improvável que uma quarta categoria jurídica seja implicada. Não obstante, para fins de resolução, basta reproduzir o Passo 6 e seus cenários, casos e subcasos com mais variáveis.

Até agora vínhamos trabalhando com apenas duas variáveis: CQ da RC e RJ do ordenamento *prima facie* mandado aplicar (“**Q**”). Contudo, o ordenamento mandado aplicar também pode variar. Pode-se ter (e, por estarmos no caso (ii), pouco importa se elegermos **a** ou **b**):

SUBCASO (ii.1) – Apesar de fixado o recorte *b*, os ordenamentos implicados variam. Determinação da aplicação de RC1 ou de RC3 é relevante.

RC1(CQa) → O1(RJb)

RC3(CQc) → O~1(RJb)

OU

SUBCASO (ii.2) – Fixado o recorte *b*, os ordenamentos implicados não variam. Determinação da aplicação de RC1 ou de RC3 é irrelevante

RC1(CQa) → O1(RJb)

RC3(CQc) → O1(RJb)

No subcaso (ii.2), a determinação da regra de conflitos efetivamente aplicável perde relevância, pois a outorga de competência é para o mesmo ordenamento. Ignorar-se-á a subsunção. Não se diga que a escolha da regra de conflitos seria importante para fins de reenvio – em futuros passos do método –, pois a solução conflitual do foro não mudará (exceto, claro, se aceitar o retorno à sua lei material de forma indistinta, mas não é este o foco).

No subcaso (ii.1), porém, a determinação da aplicabilidade de RC1 ou de RC3 é fundamental, pois o ordenamento competente varia em função da RC! Assim, uma ideia de *mínimo de conflitos* não foi suficiente e outros interesses deverão ser tomados em consideração para resolver este conflito entre regras de conflitos.

Acreditamos que o conflito entre regras de conflitos deverá ser resolvido em favor da RC que designar o ordenamento que mais adequadamente atenda ao interesse do DIP *melhor competência*. Tal ocorrerá observando-se as características do caso em concreto.

Deve-se dar prevalência à regra de conflitos que melhor viabilize a concretização das pretensões envolvidas na questão jurídica plurilocalizada. A razão para tanto não é apenas atingir um objetivo do direito internacional privado, mas assegurar que o DIP do foro, por sua construção, não impeça a realização de direitos.

Nem sempre, porém, um subcaso (ii.2), por conta de suas circunstâncias, será resolvido visando-se a *melhor competência*. Assim sendo, devemos privilegiar a aplicação da regra de conflitos que indique a aplicação do ordenamento mais próximo das partes, caso exista algum.

Existem questões jurídicas plurilocalizadas que são impregnadas por um maior contato com uma ordem jurídica do que com outras. Há inclusive legislações nacionais permitindo a determinação do ordenamento mais próximo à questão jurídica plurilocalizada como aplicável, em detrimento da solução de direito positivo²²⁶. É claro que tal solução visa a equilibrar as distorções derivadas do direito internacional privado. Contudo, esta solução é uma cláusula de exceção aplicável *após* a outorga de competência a um ordenamento por uma regra de conflito.

Aqui, utiliza-se a ideia de *conexão mais próxima* como critério subsidiário para escolha de uma regra de conflitos em cenário de conflito entre RC: deve-se escolher a RC que outorgue a competência para o ordenamento com conexão manifestamente mais próxima com a questão jurídica plurilocalizada.

Contudo, se ainda não for possível escolher uma RC porque não há nenhum ordenamento com conexão manifestamente mais próxima, deve-se aceitar a *solução original do foro*, ignorando-se novamente a ausência de subsunção normativa, aplicando-se RC1(CQa).

²²⁶ A lei suíça de direito internacional privado (Loi fédérale sur le droit international privé du 18 décembre 1987) positivou isto em seu artigo 15.1, chamando-o de “cláusula de exceção”: “*Le droit désigné par la présente loi n’est exceptionnellement pas applicable si, au regard de l’ensemble des circonstances, il est manifeste que la cause n’a qu’un lien très lâche avec ce droit et qu’elle se trouve dans une relation beaucoup plus étroite avec un autre droit*”.

Nem sempre será possível realizar interesses de DIP, mas mesmo assim será necessário dar uma resposta jurídica de direito dos conflitos, ainda que essencialmente formal. Logo, em homenagem à noção de unidade sistêmica, deve-se aplicar a regra de conflitos originalmente designada pelo método qualificatório. Tal escolha foi embasada na interpretação da regr de conflitos, a qual, embora aberta, ainda é intensamente impregnada pelo direito material do foro.

A razão para discordarmos da Prof.^a Collaço e sequer considerarmos aplicar a regra de conflitos que indique a aplicação do direito material do foro é a *paridade de tratamento* a que o direito material do foro e o direito material estrangeiro estão submetidos.

Avançando ao Cenário β , (caso (iii) do Cenário α), temos o seguinte:

IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA:

RC1(CQa) → RJ(b)

APLICAÇÃO DO PASSO 6:

RC2(CQb) → RJ(c)

REAPLICAÇÃO DO PASSO 6:

RC3(CQc) → RJ(a)

No Cenário β não há prevalência de nenhum recorte jurídico. O *mínimo de conflitos* está descartado. Se reapplicássemos o Passo 6 a partir do resultado da RC3, acabaríamos por reaplicar RC1, recomeçando o círculo vicioso²²⁷. Igualmente, aqui é certo que não há repetição de ordenamentos, pois não é possível haver menos ordenamentos do que recortes jurídicos.

Não havendo prevalência, deve-se privilegiar a qualificação feita pelo DIP do foro, conforme o cenário anterior acima. Vez que a qualificação é funcional, um conflito de tal

²²⁷ Para uma visão inovadora da análise do *circulus inextricabilis* em direito contratual relativa à DIP, ver: E. B. CRAWFORD, The Uses of Putativity and Negativity in the Conflict of Laws, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, oct/2005, pp. 841-ss.

grandeza, caso ocorra, se revela como uma grande incompatibilidade de soluções materiais do ponto de vista teleológico. À mesma medida que o DIP é o direito da tolerância, ele também tem o árduo dever de resolver o conflito de leis. Não sendo viável a harmonia, deve-se aceitar a “qualificação” original do foro. Aplicar-se-á, portanto, RC1.

Conflitos entre Regras de Conflito – Apenas Dois Recortes Jurídicos Implicados

A – “Falta” de Regra de Conflitos Aplicável

Consideremos o seguinte:

IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA:

RC1(CQa) → OX(RJb)

APLICAÇÃO DO PASSO 6:

RC2(CQb) → OY(RJa)

Este é o “Cenário γ”. É desnecessária qualquer tentativa de reaplicação do Passo 6, há apenas dois recortes jurídicos implicados e é inviável qualquer harmonia, afinal o Passo 6 incorpora na etapa qualificatória justamente isto.

Não nos opomos à solução de identificar hierarquias entre as regras conflitos de um dado ordenamento. Contudo, cremos que tais hierarquias devem fundar-se nos e visar os interesses do DIP como *melhor competência* ou *estabilidade dos interesses das partes*.

E isto se dá exatamente porque estes princípios já deveriam estar (e presume-se eu estão efetivamente) no racional dos legisladores, mas podem se perder em meio à heterogeneidade dos diversos sistemas e ordenamentos jurídicos.

Tomemos, por exemplo, o seguinte conflito²²⁸:

²²⁸ Novamente, tem-se como pressuposto que não foi possível realização subsunção teleológica dos Passos 4 e 5. Se fosse possível, a etapa qualificatória teria sido exitosa.

IDENTIFICAÇÃO DA DIFERENÇA:

RC1(bens) → OX(RJsucessões)

APLICAÇÃO DO PASSO 6:

RC2(sucessões) → OY(RJbens)

Digamos que se trate de uma pretensão acerca direito real de habitação de cônjuge sobrevivente. O foro interpreta como sendo uma questão jurídica abarcada no conceito-quadro da RC1(bens). Testando-se a aplicação de RC1(bens), percebe-se que seria competente o direito material do ordenamento X (OX), o qual aplica ao caso normas jurídicas que preenchem a função sócio-jurídica de sucessões (RJsucessões).

Abrindo-se, o foro reconsidera o enquadramento no conceito-quadro da RC1(bens), aceita o enquadramento do OX e aplica o Passo 6, testando a RC2(sucessões). O resultado do Passo 6, porém, é desanimador, pois chegou-se ao ordenamento Y (OY), o qual trata a questão a partir do recorte jurídico “bens”.

A aplicação das soluções hierárquicas devem ser casuísticas, observando-se bem os contornos de cada situação.

Neste caso hipotético em particular, considerando que não há nenhuma questão de competência jurisdicional exclusiva que impeça o reconhecimento de direitos adquiridos no exterior²²⁹, deve-se aplicar a regra de conflitos que outorgue competência à lei do local da situação do bem. Esta é a lei que terá melhores condições de, ao menos em tese, concretizar o direito almejado. Trata-se de uma solução calcada no ideal de *melhor competência*.

Problemas secundários podem ocorrer, por exemplo eventual tratamento discriminatório por parte da lei aplicável. Estes problemas secundários são encarados

²²⁹ A despeito de não ser objeto deste estudo, deve-se analisar a incorporação dos conflitos de qualificação como um não impedimento para reconhecimento de sentenças e decisões estrangeiras.

posteriormente no método do DIP via exceção de ordem pública ou inconstitucionalidade de lei estrangeira²³⁰.

Outro caso hipotético: regime de bens *versus* sucessões. Pretensão patrimonial de um cônjuge supérstite. Se se considerar que não há identidade funcional entre as duas grandezas²³¹, num vácuo, deveria ser privilegiada a regra de conflitos do foro que faça serem aplicadas regras materiais sobre regime de bens. A natureza cosmopolita²³² do DIP é privilegiada em uma solução como esta, pois aportes culturais impregnam o comportamento humano e as expectativas dos indivíduos. A relação matrimonial já traz consigo direitos e deveres efetivos, ainda que desencadeados pelo evento morte como causa para fim da relação matrimonial. A sucessão é incerta. Não se sabe se o herdeiro será premorto ou não, por exemplo, entre outras variáveis que impeçam uma maior estabilização dos interesses dos envolvidos. Este é um cenário em que factível dar prevalência à regra de conflitos que resulte na aplicação de regras materiais sobre regime matrimonial, embasando-se no *grau de estabilidade dos interesses das partes*²³³.

²³⁰ Sobre o tema, ver: G. F. C. MONACO, *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

²³¹ Constata-se que os direitos materiais, especialmente dos países de tradição de *civil law*, tendem a conceder direitos ao cônjuge sobrevivente, alterando-se muitas vezes o título jurídico, mas não a existência de proteção jurídica. Acreditamos que, mais comumente do que não, haverá identidade entre as funções sócio-jurídicas dos direitos outorgados aos cônjuges sobreviventes oriundos de diversos ordenamentos, ainda que a títulos diferentes. G. F. C. MONACO decreve situações como a acima como “identidade estrutural”, já levando em consideração a forma de produção de efeitos das regras de conflito, em *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019, pp. 231-232.

²³² Ver: P. S. BERMAN, Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, p. 1.861: “A cosmopolitan conception of choice of law, in contrast, makes no attempt to deny the multirrotedness of individuals within a variety of communities, both territorial or nonterritorial. Indeed, the basic tenet of cosmopolitanism, as I define it, is the acknowledgement of multiple communities, rather than the erasure of all communities except the most encompassing. Thus, although a cosmopolitan conception of choice of law often seeks to acknowledge and accomodate transnational and international norms, it does not require a universalist belief in a single world community.

A choice-of-law regime built on cosmopolitan principles, therefore, asks courts to consider the variety of normative communities with ties to a particular dispute. In doing so judges must see themselves as part of na interlocking network of domestic, transnational, and international norms. Recognizing the ‘complex and interwoven forces that govern citizens’ conduct in a global society’, courts can develop a jurisprudence that reflects this cosmopolitan reality”.

²³³ Outro exemplo que poderia ser reconduzido a esta ideia é o da aplicação da regra de conflitos que outorgue competência para um ordenamento jurídico com recorte jurídico de “substância do negócio jurídico” em detrimento da regra de conflitos que outorgue competência a um ordenamento com recorte jurídico “forma do negócio jurídico”. Contudo, situações como a descrita tendem a gerar cada vez menos conflitos de qualificação, relegando o problemas a casos históricos tão-somente.

Outra possibilidade, esta fora da hierarquização da regras de conflitos, é aplicar a regra de conflitos que favoreça a *conexão mais próxima*, caso haja alguma conexão manifestamente mais forte com algum dos ordenamentos jurídicos implicados. Advertimos que tal solução deve ser vista e aplicada com cautela, a fim de que não seja uma carta branca aos juízes.

Caso ainda persista o conflito, deve-se aceitar a escolha originalmente feita pelo direito internacional privado do foro e aplicar a RC1, tal qual fundamentado nos cenários anteriores.

B – “Cumulação” de Regras de Conflito Aplicáveis

A princípio não é fácil de identificar um cenário como o abaixo (“**Cenário δ**”):

SIMULTANEAMENTE E ACERCA DA MESMA QUESTÃO JURÍDICA PLURILocalizada:

RC1(CQa) → OX(RJa)

RC2(CQb) → OY(RJb)

Assim afirmamos porque a etapa qualificatória gera a eleição de uma única regra de conflitos do foro para uma única questão jurídica plurilocalizada.

Este pode ser um vício da visão processualista brasileira de que o Juízo conhece lei federal e aplica lei federal a despeito da causa de pedir jurídica trazida pelas partes. Trata-se de *iura novit curia*. Muito embora as partes postulem, o Juízo decidirá a partir do direito internacional privado brasileiro, o qual é legislação federal. O Juízo, pois, seguirá os Passos 1 e

Igualmente, a ideia de *favor negotii* se encaixa neste viés de privilegiar a estabilização das intenções e interesses das partes.

2 da qualificação e determinará qual regra de conflitos comporta a questão jurídica em seu conceito-quadro²³⁴.

O Cenário δ é mais factível a partir da ideia de pretensões trabalhada pela Prof.^a Collaço.

Não obstante, caso o operador do direito (juiz, tabelião, parecerista etc.) fique em dúvida e acredite que existam duas regras de conflito aplicáveis²³⁵ para uma determinada questão jurídica plurilocalizada, ele deverá escolher a regra de conflitos que preencha o passo 1, isto é, a regra de conflitos cujo conceito-quadro corresponda ao recorte jurídico dado à questão jurídica pelo direito material do foro.

Se ainda assim resultar dúvida – quiçá porque o direito material do foro não oferta um recorte jurídico claro –, deve-se solucionar o conflito por meio da hierarquização das regras de conflitos do foro, conforme analisado no Cenário γ .

²³⁴ Na hipótese, claro, de nossa teoria vir a ser aplicada.

²³⁵ Aplicáveis, pois ambas outorgam competência a um ordenamento que dá às suas normas materiais recorte jurídico que se subsume no conceito-quadro da regra de conflito que lhe outorgou competência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As controvérsias acerca da etapa qualificatória em direito internacional privado estão intimamente ligadas com as diversas visões das características das regras de conflito.

Descrever a regra de conflitos como uma norma jurídica que regula fatos de maneira indireta impõe a relevância total do aspecto fático como substrato de análise da qualificação e, portanto, da identificação da regra de conflitos aplicável.

Por outro lado, entender a regra de conflitos como uma norma jurídica sobre normas jurídicas atenua – ou para parte da doutrina retira – o aspecto fático da etapa qualificatória. Ao fim e ao cabo, a identificação da regra de conflitos aplicável passaria por um exercício de subsunção normativa.

Esta dualidade ainda revela diferenças no alcance da *referência* feita por uma regra de conflitos a um ordenamento jurídico: referência a toda e qualquer norma do ordenamento mandado aplicar que regule a questão jurídica plurilocalizada ou, em contraponto, a referência seletiva às normas do ordenamento mandado aplicar que se subsumam ao conceito-quadro da regra de conflitos que lhe outorgou competência.

Este é apenas mais um ponto de divergência entre os sistemas de DIP. Além de variedade de elementos de conexão, aceitação ou não do reenvio, de conceitos-quadro etc., há a diversidade nos contornos descritivos do que como atua uma regra de conflitos!

Não só, infelizmente. Há também pluralidade de técnicas legislativas acerca de como construir positivamente uma regra de conflitos. Identificamos três principais tipos de regras de conflito (Tipos I, II e III), sendo o critério de classificação o grau de abstração jurídica do conceito-quadro de uma regra de conflitos. Tal vai da ausência de conceituação jurídica (Tipo I) à especialização de subcategorias do direito (Tipo III).

Nem tudo é disparidade. A interpretação de uma regra de conflitos deve observar o núcleo do direito do foro, mas deve ser capaz de se abrir a influências que ultrapassem o direito do foro. A regra de conflitos pode outorgar competência a qualquer direito nacional.

Sua vocação universalista, ou ao menos cosmopolita, torna a regra de conflitos um desafio à unidade sistêmica: seu sentido se origina do direito do foro, mas tem que ser capaz de ir além. Tal repercute na etapa qualificatória.

Ainda sobre as regras de conflito, estabelecemos os objetivos, interesses e/ou princípios que todo legislador de DIP deve procurar seguir na composição de seu sistema de direito internacional privado. O destaque fica por contra da *harmonia jurídica internacional* – também podendo ser entendida como *mínimo de conflitos* ou *harmonia de decisões* –, pois conforma os ideais de segurança jurídica, previsibilidade e dá o real contorno do DIP: a adequada localização de questões jurídicas plurallocalizadas.

A harmonia jurídica internacional não é atingível em todos os casos. Os sistemas de DIP também procurarão outros objetivos como a *harmonia interna*, a observância da *melhor competência* e o respeito à *paridade de tratamento*. A *boa administração da justiça*, vista como a prevalência da aplicação do direito material do foro, deve ser excepcional.

As teorias sobre qualificação não equalizam os interesses de DIP. Como se não bastasse toda a heterogeneidade que cerca dos sistemas de DIP e suas respectivas etapas qualificatórias, as teorias da qualificação não dão relevância os objetivos do DIP.

A origem da teoria da qualificação em direito internacional privado, resultando na solução de qualificação *lege fori*, já retrata o rigor lógico conferido ao problema. Ainda, a visão de Étienne-Adolphe Bartin é inspirada no conflito de soberanias, deixando um legado negativo. Intensificou-se o caráter interno da regra de conflitos e não sua vocação internacional Encarou-se o problema originalmente sob esta perspectiva.

A reação, doutrina da qualificação *lege causae*, relativiza o rigor lógico, em prol de uma solução em favor da caracterização conforme o direito mandado aplicar. A reação foi de veras radical. Com as críticas à qualificação *lege causae* percebemos que algum rigor lógico é necessário e deve-se, de algum modo, partir da *lex fori*.

Abstraindo-se do aspecto do DIP ser fonte interna, a teoria da qualificação conforme conceitos autônomos e universais levanta novamente a visão da regra de conflitos aberta e da vocação universal do DIP. Contudo, a dificuldade de aplicação prática levantou

críticas insuperáveis a esta doutrina, afinal como estabelecer o que há de comum? Entendemos que o segredo está em como o DIP do foro subsume a conceituação do direito material aplicável. Ao invés de ser formal, deve ser teleológica.

Outras tentativas de compatibilização têm lugar. Surgem as teorias da dupla qualificação como caminhos a dar relevo tanto às conceituações da *lex fori*, quanto às da *lex causae*. Temos o nascedouro das ideias de subsunção normativa da *lex causae* ao conceito-quadro da regra de conflitos que lhe outorgou competência.

A solução do DIP português tem o mérito de conferir relevância a questões de *harmonia* ao prescrever, vide doutrina local, que a qualificação em sentido estrito ocorre com a subsunção das regras da *lex causae* ao conceito-quadro da regra de conflitos.

Esta subsunção normativa é teleológica e decorre da compatibilidade das funções sócio-jurídicas percutidas pela *lex causae* e pela regra de conflitos. Aceitar diferenças formais decorre do caráter aberto que as regras de conflito devem ter por conta da vocação internacional do DIP.

Fez-se necessário separar bem todos os “passos” da etapa qualificatória. Esta possui 5 passos:

Passo 1: *atribuição* do fato misto/questão jurídica plurilocalizada a um conceito-quadro de uma das regras do DIP do foro conforme critérios do DIP do foro, identificando a exata regra de conflitos do foro que se *pretende* aplicável – em geral este passo tende a ocorrer de forma automática ou inconsciente;

Passo 2: agora identificada a regra de conflitos, deve-se interpretar teleologicamente o seu conceito-quadro, a fim de abstraí-lo (mas sem rejeitar) dos conceitos do foro, mas sim identificá-lo conforme a justiça de DIP;

Passo 3: aplicar, para fins de teste, a regra de conflitos identificada no Passo 1, obtendo um ordenamento potencialmente aplicável²³⁶;

Passo 4: subsumir materialmente, conforme as regras da *lex causae*, os fatos a uma norma ou conjunto de normas da *lex causae*, obtendo-se, pois, a classificação destes fatos na *lex causae*, a qual repercute na função sócio-jurídica da(s) normas(s) aplicáveis pela *lex causae*²³⁷;

Passo 5: verificar se há subsunção normativa (qualificação em sentido estrito) da *lex causae* ao recorte do conceito-quadro da regra de conflitos que atribuiu competência para aquela *lex causae* (atribuição de competência especializada)²³⁸. Esta subsunção normativa deve ser teleológica.

Caso, ainda assim, haja disparidade entre os recortes jurídicos do ordenamento mandado aplicar e a regra de conflitos que lhe outorgou competência, não haverá qualificação, pois ausente a subsunção normativa. Isto importa dizer que a etapa qualificatória não atingiu seu objetivo e não identificou qual é a regra de conflitos do foro efetivamente aplicável.

Para situações como esta, a etapa qualificatória possui um passo adicional: o **Passo 6**. Pode ser que, embora bem intencionado, o problema esteja na escolha política feita pelo legislador conflitual. Em outras palavras: o DIP do foro pode ser a causa do problema.

O **Passo 6** consiste na reaplicação dos passos 3 a 5 da etapa qualificatória, porém utilizando-se a regra de conflitos que tenha o recorte jurídico (função sócio-jurídica) em consonância com o recorte jurídico da *lex causae*.

Caso, após o Passo 6, haja subsunção normativa, significará que as razões para que o Passo 1 seja realizado como é – inspiração no direito do foro – eram o problema naquele

²³⁶ Tratando-se de regras de conflito do Tipo I, este passo não é apenas um teste, mas sim o fim da etapa qualificatória, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.

²³⁷ Este passo é inaplicável a regras de conflito do Tipo I, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.

²³⁸ Este passo é inaplicável a regras de conflito do Tipo I, pois as RCI não possuem conceitos-quadros moldados sob enfoque jurídico.

caso concreto. O DIP do foro tem que reconhecer, no cenário de “heterogenia generalizada”, de ele ser o *ponto fora da curva*.

Caso seja aplicado o Passo 6 e não ocorra subsunção, significa que ainda não se tem a regra de conflitos aplicável, embora mais de uma tenha aparentado ser aplicável. Aqui, sim, há um “conflito de qualificações”, embora nossa preferência seja para a nomenclatura de “conflito entre regras de conflito”.

A doutrina especializada propõe soluções aos conflitos de qualificação que privilegiam a aplicação da regra de conflitos que outorgue a competência da *lex fori* ou a hierarquização das regras de conflito, aplicando-se a de “hierarquia superior”.

Propomos que os critérios que impliquem na aplicação da *lex fori* por razões de *boa administração da justiça* não são adequados, pois não equalizam – ou não tentam equalizar os demais objetivos do DIP.

Tal qual o legislador compõe suas regras de conflito visando a concretização dos objetivos do DIP, as soluções aos conflitos de regras de conflitos devem visar os mesmos fins, pois, ao fim e ao cabo, o que se terá é a identificação de uma regra de conflitos aplicável, ainda que a despeito de não haver subsunção normativa.

Nossas soluções, as quais variam a depender do número de regras de conflitos em conflito (por decorrência número de recortes jurídicos implicados), buscam por concretizar primeiro, se houver caminho para tanto, o *mínimo de conflitos* e, depois, a hierarquização das regras de conflito a partir da concretização de outros objetivos de DIP como *melhor competência* ou *a estabilização dos interesses das partes*²³⁹.

Por fim, não resolvido ainda o conflito, propomos a valorização da regra de conflitos primariamente identificada (Passo 1) e sua aplicabilidade. Assim defendemos em prol da *paridade de tratamento*²⁴⁰.

²³⁹ A consideração das expectativas ou interesses ou intenções das partes está originalmente inserida no objetivo da *harmonia jurídica intencional*.

²⁴⁰ No mais, ainda há outros passos do método que podem viabilizar os interesses de DIP (por exemplo: *harmonia jurídica internacional* por meio do reenvio).

BIBLIOGRAFIA

AGO, Roberto, Règles Generales des Conflits des Lois, in: *Recueil des Cours*, v, 58, Hague, 1936, pp. 243-469.

_____, *Teoria del Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1934.

ALEXY, Robert, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. port. Virgílio Afonso da Silva, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

ALLAROUSSE, Veronique, A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, in: *Case Western Reserve Journal of International Law*, v. 23, 1991, pp. 479-516.

ALLEN, William H., O'HARA, and Erin A, Second Generation Law and Economics of Conflict of Laws: Baxter's Comparative Impairment and beyond, in: *Stanford Law Review*, v. 51, n. 5, May/1999, pp. 1011-1048.

ALMEIDA RIBEIRO, Manuel, *Introdução do Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2009.

ARMINJON, Pierre, L'Objet e la Méthode du Droit International Privé, in: *Recueil des Cours*, v. 21, Hague, 1928, pp. 429-544.

AUDIT, Bernard, Le Caractère Fonctionnel de la Règle de Conflit (sur la <<Crise>> des Conflits de Lois), in: *Recueil des Cours*, v. 186, Hague, 1984, pp. 219-397.

_____, Le Droit International Privé en Quête d'Universalité – Cours Général, in: *Recueil des Cours*, v. 305, Hague, 2003, pp. 9-487.

ÁVILA, Humberto, *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

BAPTISTA MACHADO, João, *Âmbito de Eficácia e Âmbito de Competência das Leis*, Almedina, Coimbra, 1970

_____, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3ª ed., reimpr., Almedina, Coimbra, 2013.

_____, *Problemas de Aplicação do Direito Estrangeiro – Adaptação e Substituição*, Coimbra, 1961.

BARTIN, Étienne-Adolphe, L’Impossibilité d’arriver à la Solution Définitive des Conflits des Lois, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1897, pp. 225-255.

_____, La doctrine des Qualifications et ses Rapports avec le Caractère National des Conflits des Lois, in *Recueil des Cours*, v. 31, Hague, 1930, pp. 565 e ss.

_____, *Principes de Droit International Privé selon la Loi e la Jurisprudence Françaises*, v. 1, Paris, Domat-Montchrestien, 1930.

BATIFFOL, Henri, Principes de Droit International Privé, in: *Recueil des Cours*, v. 97, Hague, 1959, pp. 431-593.

BATIFFOL, Henri e LAGARDE, Paul, *Traité de Droit International Privé*, t. 1, 8 ed., Paris, Générale, 1993.

BECKETT, W. E., The Question of Classification (Qualification) in Private International Law, in *British Yearbook of International Law*, 1934, pp. 46 e ss.

BEDROSYAN, Alexander Sevan, The Limitations of Tradition: How Modern Choice of Law Doctrine Can Help Courts Resolve Conflicts within the New York Convention and the Federal Arbitration Act, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, 2015, pp. 207-242.

BERMAN, Paul Schiff, Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interest in a Global Era, in: *University of Pennsylvania Law Review*, v. 153, n. 6, jun/2005, pp. 1.819-1.882.

BLAND, J. E., Classification Re-classified, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1957, pp. 10 e ss.

BRILMAYER, Lea, SEIDELL, Charles, Jurisdictional Realism: Where Modern Theories of Choice of Law Went Wrong, and What Can Be Done to Fix Them, in: *Chicago Law Review*, v. 86, n. 8, dec/2019, pp. 2.031-2.099.

BUCHER, Andreas, *La Dimension Sociale du Droit International Privé – Cours Général*, Adi-Poche, Maubeuge, 2011. (Reimpressão de *Recueil de Cours*, t. 341, mar. 2010).

CASTEL, Jean-Gabriel, Procedure and the Conflict of Laws, in: *McGill Law Journal*, v. 16, n. 4, 1970, pp. 603-632.

CASTRO, Amílcar de, *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.

_____, *Direito Internacional Privado*, vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1968.

_____, O Problema das Qualificações, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Minas Gerais*, ano V, 1953, pp. 35 e ss.

COLLIER, John Greenwood, *Conflict of Laws*, 3ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

COOK, Walter Wheeler, Characterization in the Conflict of Laws, in *Yale Law Journal*, v. 51, n. 2, 1941, pp. 191-212.

CORMACK, Joseph M., Renvoi, Characterization, Localization and Preliminary Question in the Conflict of Laws: A Study of Problems Involved in Determining Whether or Not the Forum Should Follow Its Own Choice of a Conflict-of-Laws Principle, in: *Southern California Law Review*, v. XIV, n. 3, março 1941, pp. 221-275.

CRAWFORD, Elizabeth B., The Uses of Putativity and Negativity in the Conflict of Laws, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, oct/2005, pp. 829-854.

DE NOVA, Rodolfo, Glancing at the Content of Substantive Rules under the Jurisdiction-Selecting Approach, in: *Law and Contemporary Problems*, v. 41, n. 2, Spring 1977, pp. 1-9.

DE VOS, Leopold, Étude sur les Conflits de Qualification en Droit International Prive, in: *Revue Trimestrielle*, v. 17, n. 4, Oct-Dec/1931, pp. 169-208.

DESPAGNET, Frantz, Des Conflits de Lois relatifs à la qualification des rapports juridiques, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1898, pp. 253-273.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Direito Internacional Privado – Parte Geral e Processo Internacional*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2016.

DONNEDIEU DE VABRES, Henri, De L'impossibilité d'arriver à une solution rationnelle et définitive des conflits des lois, in *Journal du Droit International (Clunet)*, Paris, 1905, pp. 1231 e ss.

ELHOUEISS, Jean-Luc, Retour sur la Qualification *lege causae* en Droit International Privé, in: *Journal du Droit International*, Paris. v.132, n.2, avr./juin. 2005, pp. 281-313.

ENGISCH, Karl, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, trad. port. João Baptista Machado, 2ª ed., Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1968.

EHRENZWEIG, Albert A., WESTEN, Peter K., Fraudulent Conveyances in the Conflict of Laws: Easy Cases May Make Bad Law, in: *Michigan Law Review*, v. 66, n. 8, 1968, pp. 1679-1696.

ESPÍNOLA, Eduardo, *Elementos de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

FALCONBRIDGE, John D., Conflict Rule and Characterization of Question, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, n. 2, 1952, pp. 103-118. [PARTE 1]

_____, Conflict Rule and Characterization of Question, in: *The Canadian Bar Review*, v. 30, n. 3, 1952, pp. 264-283. [PARTE 2]

_____, Renvoi and the Law of the Domicile, in: *The Canadian Bar Review*, v. 19, n. 5, 1941, pp. 311-341.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio, *Introdução ao Estudo do Direito – Técnica, Decisão, Dominação*, 10ª ed., São Paulo, Atlas, 2017.

FERRER CORREIA, António, O Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado, in: *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, ano V, 1949-4950, pp. 43 e ss.

_____, *Direito Internacional Privado – Estudos Jurídicos III*, Coimbra, Atlântida, 1970.

_____, *Lições de Direito Internacional Privado I*, 6^a reimp., Almedina, Coimbra, 2013.

FIORE, Pasquale, Du Conflit entre les Dispositions Legislatives de Droit International Prive, in: *Journal du Droit International Prive et de la Jurisprudence Comparée*, v. 28, n. 5-6, 1901, pp. 424-442.

FLORINI, Aude, Current Developments: I. The Codification of Private International Law: The Belgian Experience, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 2, 2005, pp. 499-519.

GAMA E SILVA, Luis Antonio da, *As Qualificações em Direito Internacional Privado*, Monografia de Concurso à Cátedra de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da São Paulo, São Paulo, 1952.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, Le Pluralisme en Droit International Privé: Richesses et Faiblesses (Le funambule et l’arc-en-ciel) – Cours Général, in: *Recueil des Cours*, v. 312, Hague, 2005, pp. 9-488.

GOLDSCHMIDT, Werner, *Sistema y Filosofia del Derecho Internacional Privado*, t. I, Barcelona, Bosch, 1948.

GOMES DE ALMEIDA, João, *Direito de Conflitos Sucessórios: Alguns Problemas*, Coimbra, Almedina, 2012.

GOMM, George Bueno, O Problema das Qualificações no Direito Internacional Privado. In: *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.78. n.649, nov. 1989, pp. 216-220.

HARDER, Sirko, Statutes of Limitation between Classification and *Renvoi* – Australian and South African Approaches Compared, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 60, jul/2011, pp. 659-680.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *O Conceito de Direito*, trad. port. Antônio de Oliveira Sette-Câmara, São Paulo, Martins Fontes, 2018.

HARTLEY, Trevor C., The European Union and the Systemic Dismantling of the Common Law of Conflict of Laws, in: *The International and Comparative Law Quarterly*, v. 54, n. 4, oct/2005, pp. 813-828.

HAY, Peter, From Rule-Oriented to Approach in German Conflicts Law - The Effect of the 1986 and 1999 Codifications, in: *American Journal of Comparative Law*, v. 47, n. 4, Fall 1999, p. 633-652.

HUGHES, David Alexander, The Insolubility of *Renvoi* and its Consequences, in: *Journal of Private International Law*, v. 6, n. 1, 2010, pp. 195-224.

HUSSERL, Gerhart, The Foreign Fact Element in Conflict of Laws, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 3, 1939-1940, pp. 243-274.

_____, The Foreign Fact Element in Conflict of Laws – Part II, in: *Virginia Law Review*, v. 26, n. 4, 1939-1940, pp. 453-485.

JUENGER, Friedrich K., *The Problem with Private International Law*, 1999. Disponível em <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/juenger1.html>. Último acesso em 13/10/2020.

KASSIR, Walid, Le Renvoi en Droit International Privé: Technique de Dialogue entre Les Cultures Juridiques, in: *Recueil des Cours*, v. 377, Hague, 2015, pp. 14-120.

KAHN, Franz, Gesetzeskollisionen. Ein Beitrag zur Lehre des IPR, in: *Jherings Jahrbücher für Dogmatik*, 1891, pp. 1-143.

KELSEN, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. port. João Baptista Machado, 8ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2011.

KNOP, Karen, MICHAELS, Ralf, RILES, Annelise, From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture, and the Conflict of Laws Style, in: *Stanford Law Review*, v. 64, 2012, pp. 589-656.

KRAMER, Larry, Return of the Renvoi, in: *New York University Law Review*, v. 66, n. 4, New York, 1991, pp. 979-1044.

LAGARDE, Paul, Le Principe de Proximité dans le Droit International Privé Contemporain – Cours Général de Droit International Privé, in: *Recueil des Cours*, v. 196, Hague, 1986, pp. 9-488.

LEDERMAN, William Ralph, Classification in Private International Law, in: *The Canadian Bar Review*, v. 29, n. 1, 1951, pp. 3-33. [PARTE 1]

_____, Classification in Private International Law, in: *The Canadian Bar Review*, v. 29, n. 2, 1951, pp. 168-184. [PARTE FINAL]

LEFLAR, Robert Allen, Choice of Law: a Well-watered Plateau, in: *Law and Contemporary Problems*, v. 41, n. 2, Spring 1977, pp. 10-26.

_____, The Nature of Conflicts Law, in: *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, Jun/1981, pp. 1080-1095.

LEWALD, Hans, Règles Générales des Conflits de Lois - Contribution à la Technique du Droit International Privé, in: *Recueil des Cours*, v. 69, Hague, 1939, pp. 1-147.

LIMA PINHEIRO, Luís de, *Direito Internacional Privado*, vol. 1, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 2013.

LOUIS-LUCAS, Pierre, Qualification et Répartition, in: *Revue Critique*, 1957, pp. 1253 e ss.

MAGALHÃES COLLAÇO, Isabel, *Da Qualificação em Direito Internacional Privado*, Lisboa, Império Limitada, 1964.

LEVINE-SCHNUR, Ronit, MALCAI, Ofer, Which Came First, the Procedure or the Substance? Jurisdictional Priority and the Substance-Procedure Distinction, in: *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 34, n. 1, 2014, pp. 1-19.

MARQUES DOS SANTOS, António, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado – Esboço de uma Teoria Geral*, vs. 1 e 2, Coimbra, Almedina, 1991.

MENEZES SOARES, Fabiana de, SANTOS MACIEL, Caroline Stephanie dos, O Debate entre Hart e Dworkin: A Controvérsia acerca da Existência de Divergências Teóricas sobre o Direito, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, n. 70, 2017, pp. 307-332.

MERRIGI, Lea, Saggio critico della Qualificazioni, in: *Rivista Italiana di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1932, pp. 211 e ss.

_____, Les Qualifications em Droit International Privé, in: *Revue de Droit International Privé*, v. 28, 1933, pp. 201-234.

_____, Qualificazioni, in: *Nuovo Digesto Italiano*, vol. X, pp. 1017 e ss.

MICHAELS, Ralf, A Symmetry of Asymmetries: A Private-International-Law Reconstruction of Lindahl's Work on Boundaries, in: *Duke Journal of Comparative and International Law*, v. 29, n. 3, Spring 2019, pp. 405-422.

_____, Economics of Law as Choice of Law, in: *Law and Contemporary Problems*, v. 72, 2008, pp. 73-105.

_____, Global Legal Pluralism and Conflict of Laws, in: *Annual Review of Law & Social Science*, v. 5, 2009, pp. 1-35.

_____, Private International Law as an Ethic of Responsivity, in: *Diversity and Integration in Private International Law*, org. Veronica Ruiz Abou-Nigm e Maria Blanca Noodt Taquela, 2019.

MICKLITZ, Hans-W, Comments from a Private Law Perspective, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 27, n. 2, 2020, pp. 71-96.

MILLS, Alex, The Private History of International Law, in: *International and Comparative Law Quarterly*, v. 55, jan/2006, pp. 1-50.

MONACO, Gustavo Ferraz de Campos, *Conflitos de Leis no Espaço e Lacunas (Inter)Sistêmicas*, São Paulo, Quartier Latin, 2019.

_____, *Controle de Constitucionalidade da Lei Estrangeira*, São Paulo, Quartier Latin, 2013.

_____, *Guarda Internacional de Crianças*, São Paulo, Quartier Latin, 2012.

_____, Le Principe de la Tolérance comme Contour de l'Ordre Public: la Circulation des Modèles Familiaux au Brésil, in: *Panorama of Brazilian Law*, ano 4, ns. 5-6, 2016, pp. 36-55.

MORSE, Joseph, Characterization: Shadow or Substance, in: *Columbia Law Review*, v. 49, n. 8, Dec/1949, pp. 1027-1069.

MOTA, Helena, *Os Efeitos Patrimoniais do Casamento em Direito Internacional Privado – Em Especial, o Regime Matrimonial Primário*, Coimbra, Coimbra Editora, 2012.

MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Coimbra, Almedina, 1990.

MOURA VICENTE, Dario, *Da Responsabilidade Pré-Contratual em Direito Internacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2001.

_____, *Direito Internacional Privado – Ensaios*, v. 2, Coimbra, Almedina, 2005.

NEYLAN, Kevin M., , Bundled Systems and Better Law: Against the Leflar Method of Resolving Conflicts of Law, in: *Harvard Law Review*, v. 129, n. 2, 2015, pp. 544-565.

NIBOYET, Jean-Paulin, Froland, les Conflits de Qualifications et la Question du Renvoi, in: *Revue de Droit International Prive*, v. 21, 1926, pp. 1-25.

OLIVEIRA, Elisa Dias, *Da Responsabilidade Civil Extracontratual por Violação de Direitos de Personalidade em Direito Intenacional Privado*, Coimbra, Almedina, 2011.

PALMER, Dustin K., Should Prejudgment Interest Be a Matter of Procedural or Substantive Law in Choice-of-Law Disputes, in: *University of Chicago Law Review*, v. 69, n. 2, Spring 2002, pp. 705-728.

PASCAL, Robert A., Characterization as an Approach to the Conflict of Laws, in: *Louisiana Law Review*, v. 2, n. 4, maio 1940, pp. 715-728.

PEARI, Sagi, Better Law as Better Outcome, in: *The American Journal of Comparative Law*, v. 63, Winter 2015, pp. 155–196

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti, La Conception du Droit International Privé d'après la Doctrine et là Pratique au Brésil, in: *Recueil des Cours*, v. 39, Hague, 1932, pp. 551-677,

RABEL, Ernst, Das Problem der Qualifikation, in: *Rabels Zeitschrift*, 1931, pp. 241 e ss.

RECHSTEINER, Beat Walter, *Direito Internacional Privado – Teoria e Prática*, São Paulo, Saraiva, 1996.

RIGAUX, François, *La Théorie des Qualifications en Droit International Privé*, Bruxelles, Maison F. Larceier S.A., 1956

_____, *Droit International Privé*, v. 1 e 2, Bruxelles, Maison F. Larceier S.A., 1977-1979.

RILES, Annelise, Cultural Conflicts, in: *Law and Contemporary Problems*, n. 71, Summer 2008, pp. 273-308.

_____, A New Agenda for the Cultural Study of Law: Taking on the Technicalities, in: *Buffalo Law Review*, v. 53, n. 3, Summer 2005, pp. 973-1034.

ROBERTSON, Arthur Henry, The Preliminary Question in the Conflict of Laws, in: *Law Quarterly Review*, vol. 55, n. 4, Oct/1939, pp. 565-584

_____, *Characterization in the Conflict of Laws*, Harvard, 1940.

_____, Survey of the Characterization Problem in the Conflict of Laws, A: Part I. Previous Statements of the Problem in English, in: *Harvard Law Review*, v. 52, n. 5, Mar/1939, pp. 747-772.

RODAS, João Grandino, *Direito Internacional Privado Brasileiro*, RT, São Paulo, 1993.

ROODT, Christa, Reflection on Theory, Doctrine and Method in Choice of Law, in: *Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, v. 40, n. 1, 2007, pp. 76-102.

ROOSEVELT III, Kermit, The Myth of Choice of Law: Rethinking Conflicts, in: *Michigan Law Review*, v. 97, n. 8, 1999, pp. 2.448-2.538.

ROSENBERG, Maurice, The Comeback of Choice-of-Law Rules, in: *Columbia Law Review*, v. 81, n. 5, Jun/1981, pp. 946-959.

SAVIGNY, Friedrich Carl von, *System des heutigen römischen Rechts*, v. 8, 1840, trad. port de C. Mioranza, *Sistema do Direito Romano Atual*, v. 8, Ijuí, Unijal, 2004.

SINCLAIR, Alan M, Conflict-of-Laws Problems in Admiralty: The Passenger Ticket, in: *Southwestern Law Journal*, v. 17, n. 4, 1963, pp. 521-550.

SOHN, Louis B., New Bases for Solution of Conflict of Laws Problems, in: *Harvard Law Review*, v. 55, n. 6, Apr/1942, pp. 978-1004.

STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, 3ª ed., São Paulo, LTr, 1996.

TABORDA FERREIRA, Vasco, *Considerações sobre o Problema das Qualificações em Direito Internacional Privado*, Braga, 1959.

TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Freitas e Bastos, 1955.

TONOLO, Sara, *Il Rinvio di Qualificazione nei Conflitti di Leggi*, Giuffrè, Milano, 2003.

TU, Guangjian, China's New Conflicts Code: General Issues and Selected Topics, in: *American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 2, Spring 2011, pp. 563-590.

VALENTE DOS REIS, Gabriel, O Direito Internacional Privado e a Teoria das Qualificações: Uma Revisão do Método Conflitual a partir do Princípio da Proximidade, in: *Revista de Direito do Estado – RDE*, n. 13, pp. 293-325.

VALLADÃO, Haroldo, *A Devolução nos Conflitos sobre a Lei Pessoal*, São Paulo, RT, 1929.

_____, *Direito Internacional Privado*, v. 1, 5ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1980.

VON MEHREN, Arthur Taylor, Choice of Law and the Problem of Justice, in: *Law and Contemporary Problems*, v. 41, n. 2, Spring 1977, pp. 27-43.

WENGLER, Wilhelm, Die Qualifikation der materiellen Rechtssätze im internationalen Privatrecht, in: *Festschrift für Martin Wolff*, Tübingen, 1952, pp. 337 e ss.

_____, The General Principles of Private International Law, in: *Recueil des Cours*, v. 104, Hague, 1961, pp. 273-469.

_____, Réflexions sur la Technique des Qualifications en Droit International Privé, in: *Revue Critique*, 1954, pp. 661 e ss

WHARTON, Francis, *A Treatise on the Conflict of Law or Private International Law*, vol. 1, 3ª ed., Rochester, George H. Parmele, 1905.

WIGNY, Remarques sur le Problème des Qualifications, in: *Revue de Droit International Privé*, 1936, pp. 391 e ss.

WOLFF, Martin, *Derecho Internacional Privado*, trad. esp. A. Marín López, Barcelona, Bosch, 1958.