

OS SUPOSTOS "CONFLITOS DE SEGUNDO GRAU"

POR AMILCAR DE CASTRO

O direito internacional privado, enquanto era apenas jurisprudencial e científico, tendia a universalizar-se: as soluções eram procuradas de ponto de vista geral, no pressuposto de serem as mesmas em qualquer jurisdição onde se apresentasse a questão a resolver.

Depois, em 1756, o código civil bávaro (Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis), pela primeira vez, exibiu regras escritas de direito internacional privado; daí por diante começaram essas regras a ser incluídas em todos os códigos; e agora poucas são as jurisdições onde não se encontre o sistema **legislado**. O princípio da independência dos Estados deu como resultado a nacionalização das normas de direito internacional privado: atualmente cada jurisdição autônoma possui o seu sistema¹. E de um para outro Estado divergem as regras de direito internacional privado.

Impressionados apenas por essas dissemelhanças, alguns autores admitem a possibilidade de "conflito"

(1) Hans LEWALD — La théorie du renvoi, in Recueil des Cours, vol. 29, p. 519-520; Max GUTZWILLER — Le développement historique du droit international privé, in Recueil Cours, vol. 29, p. 291 e seg.; PILLET et NIBOYET — Manuel de Droit International Privé, nº 297, p. 370-371; CHESHIRE — Private International Law, p. 11; Pierre LEPAULLE — Le droit international privé, p. 155; NUSSBAUM — Principles of Private International Law, p. 42.

entre as próprias normas de direito internacional privado; e o denominam “conflito de segundo grau”, em oposição às divergências dos direitos privados, que ficam, então, sendo, para eles, “conflitos de primeiro grau”. Além disso supõem que os “conflitos de segundo grau” possam ser **positivos**, ou **negativos**, tal como se costuma falar a respeito de conflitos de jurisdição.

Exemplo: estando um dinamarquês domiciliado em Portugal, ou um português domiciliado na Dinamarca, se se cuidar de averiguar a capacidade de um, ou de outro, haverá perplexão diante da simultânea possibilidade de se regular a capacidade pelo direito português, consoante o qual a pessoa se torna capaz aos 21 anos, ou pelo direito dinamarquês, conforme o qual a pessoa se torna capaz aos 25 anos.

Estão aí figurados dois “conflitos”, chamados “de primeiro grau”, os quais tanto podem surgir em Portugal, como na Dinamarca, como em outra qualquer jurisdição.

Acontece, porém, que o direito internacional privado português manda se regule a capacidade pelo direito nacional, enquanto o direito internacional privado dinamarquês manda se regule a capacidade pelo direito do domicílio; e a esta simples diferença das normas de direito internacional privado é que alguns autores chamam “conflito de segundo grau”.

Se um português estiver domiciliado na Dinamarca, conforme o direito internacional privado português, dever-se-á regular sua capacidade pelo direito português (o da nacionalidade da pessoa), ao passo que, pelo direito internacional privado dinamarquês, dever-se-á re-

gular sua capacidade pelo direito dinamarquês (o do domicílio da pessoa). Supõem, então, os referidos autores, que os dois sistemas de direito internacional privado (português e dinamarquês) estejam, ao mesmo tempo, visando, **em caso concreto**, a subsunção do mesmo fato.

E a essa suposição é que chamam "conflito de segundo grau positivo". POSITIVO porque o direito internacional privado português manda observar o direito português; e o direito internacional privado dinamarquês manda observar o direito dinamarquês.

Se, ao contrário, um dinamarquês estiver domiciliado em Portugal, conforme o direito internacional privado português, dever-se-á regular sua capacidade pelo direito dinamarquês (o da nacionalidade da pessoa), ao passo que, conforme o direito internacional privado dinamarquês, dever-se-á regular sua capacidade pelo direito português (o do domicílio da pessoa). Supõem, então, os aludidos autores que os dois sistemas de direito internacional privado (português e dinamarquês) estejam, ao mesmo tempo, visando, **em caso concreto**, a subsunção do mesmo fato.

E a essa suposição é que chamam "conflito de segundo grau negativo". NEGATIVO porque o direito internacional privado português manda observar o direito dinamarquês; e o direito internacional privado dinamarquês manda observar o direito português.

Mas todos esses supostos "conflitos" de segundo grau, POSITIVOS ou NEGATIVOS, se originam de sofismas e equívocos. As expressões "conflito positivo" e "conflito negativo" não passam de falso raciocínio.

Baseam-se na suposição de que **ambos** os sistemas de direito internacional privado se referem à **mesma questão**, EM CASO CONCRETO (positivo), ou na suposição de que **nenhum** dos sistemas de direito internacional privado se refere à **mesma questão**, EM CASO CONCRETO (negativo), quando essas premissas são falsas. E provem o sofisma de se confundir a subsunção do fato **em caso abstrato**, com a sua subsunção **em caso concreto**.

Só haveria "conflitos de segundo grau", se os dois sistemas de direito internacional privado, **na mesma jurisdição**, pudessem ser aplicados, **ao mesmo tempo**, à subsunção DO MESMO CASO CONCRETO. Mas isso nunca acontece porque, surgindo na Dinamarca a questão referente ao português, só o direito internacional privado dinamarquês deve auxiliar a subsunção do caso concreto, pois esse sistema existe exclusivamente para auxiliar a subsunção dos fatos anormais QUE SURJAM NA DINAMARCA, E DEVAM SER SUBSUMIDOS PELA JURISDIÇÃO DINAMARQUESA; e vice-versa, surgindo em Portugal a questão referente ao dinamarquês, só o direito internacional privado português deve auxiliar a subsunção do caso concreto, pois este sistema existe exclusivamente para auxiliar as subsunções dos fatos anormais QUE SURJAM EM PORTUGAL, E DEVAM SER SUBSUMIDOS PELA JURISDIÇÃO PORTUGUESA. Tanto o fato anormal referente ao português, como o fato anormal referente ao dinamarquês, pode surgir e ser subsumido em caso concreto noutra qualquer jurisdição **autônoma**, mas neste caso a subsunção será auxiliada

exclusivamente pelo sistema de direito internacional privado vigente nessa terceira jurisdição.

No expressivo dizer de BARTIN, as regras francesas de direito internacional privado são feitas para o juiz francês, e são imperativas somente para o juiz francês; as regras italianas de direito internacional privado são feitas para os juizes italianos, e não são naturalmente imperativas senão para eles; as regras alemãs de direito internacional privado são feitas para os juizes alemães, e são obrigatórias para eles somente¹.

E se nenhum fato anormal, em caso concreto, pode ser subsumido, ao mesmo tempo, em duas jurisdições autônomas, é claro que não ha possibilidade de "conflitos positivos", nem de "conflitos negativos": — **não pode haver conflitos de segundo grau.**

Para que haja "conflito" (fato anormal) não basta que os direitos de jurisdições autônomas sejam diferentes; e se a diferença fosse bastante ter-se-ia de admitir "conflitos" de direito constitucional, o que seria absurdo manifesto. Para que haja "conflito" (fato anormal) o que é preciso é que, a respeito de um mesmo fato, possa ser, ao mesmo tempo efetivamente observado um, ou outro, direito vigente em meio social com que esse fato esteja em relação. Não ha "conflitos" (fatos anormais) **em abstrato**, sem possibilidade de efetiva observância dos direitos em jogo, pois o mal denominado "conflito de direito" é apenas UM FATO que se encontra em relação, por qualquer de seus elementos, com dois, ou mais meios sociais onde vigoram

(1) E. BARTIN — Principes de droit international privé, vol. I, pag. 74.

ordens jurídicas autônomas. E, em cada um dos dois exemplos dados, como a jurisdição portuguesa, com auxílio do direito internacional privado português, há-de subsumir caso concreto que surgiu e só pode ser subsumido na Dinamarca? Ou, como a jurisdição dinamarquesa, com auxílio do direito internacional privado dinamarquês, há-de subsumir caso concreto que surgiu e só pode ser subsumido em Portugal? Então o direito internacional privado de uma jurisdição autônoma se destina a auxiliar a subsunção de todos os fatos anormais que apareçam nessa jurisdição e, ainda mais, a subsunção de todos os fatos anormais que surjam em todas as outras jurisdições autônomas existentes no mundo?

Evidentemente não é exato que, **ao mesmo tempo**, o direito internacional privado dinamarquês e o direito internacional privado português auxiliem, **em caso concreto**, a subsunção do fato anormal referente à capacidade do português domiciliado na Dinamarca: só o direito internacional privado dinamarquês a auxilia, na hipótese de se estar cuidando de estabelecer a sua capacidade na Dinamarca. E também não é exato que, **ao mesmo tempo**, o direito internacional privado dinamarquês e o direito internacional privado português **não auxiliem** a subsunção do fato anormal referente à capacidade do dinamarquês domiciliado em Portugal. **Em abstrato**, ambos a auxiliam; e se **em caso concreto** o fato anormal surgir em Portugal, a subsunção será auxiliada pelo direito internacional português; e se o mesmo fato anormal surgir na Dinamarca, será sua subsunção auxiliada pelo direito internacional privado di-

namarquês; e se surgir em outra qualquer jurisdição, será auxiliada pelo direito internacional privado vigente nessa jurisdição.

Em caso figurado, HIPOTETICO, há possibilidade de ser a subsunção de qualquer fato anormal idealmente auxiliada por todos os sistemas de direito internacional privado que existam, ou que tenham existido neste mundo. Em caso concreto, a subsunção de qualquer fato anormal só pode ser efetivamente auxiliada, ou governada, pelo sistema de direito internacional privado vigente numa única jurisdição autônoma.

Baralhando as idéias de "regular o fato" (função do direito privado) e de "resolver conflitos", ou auxiliar a subsunção dos fatos anormais (função do direito internacional privado), os adeptos dos "conflitos de segundo grau" entendem que estes podem ser positivos ou negativos, conforme seja indicado o direito privado indígena, ou o direito privado alienígena. E aí está o sofisma: os adjetivos "positivo" e "negativo", aparentemente ligados aos supostos "conflitos de segundo grau", na verdade não se referem a esses imaginários "conflitos", e sim estão se referindo às subsunções dos fatos anormais, impropriamente denominadas "conflitos de primeiro grau". No chamado "conflito positivo" o fato anormal deve ser subsumido no direito privado INDIGENA; no denominado "conflito negativo" o fato anormal deve ser subsumido em direito privado ALIENÍGENA; mas, em qualquer hipótese, a observância do direito privado indígena, ou a observância do direito privado alienígena é sempre Ordenada, é sempre regulada tanto pelo direito inter-

nacional privado indígena, como pelo direito internacional privado alienígena, EM CASO ABSTRATO; e em caso concreto será ordenada, ou regulada, pelo direito internacional privado da jurisdição onde se apresenta a questão para ser resolvida. Então, só quando regular o fato anormal pelo direito privado indígena é que o direito internacional privado de uma jurisdição autônoma **está querendo** resolver o "conflito"? E quando manda observar direito privado alienígena, **não está querendo** resolver o "conflito"? O sofisma é manifesto. O direito internacional privado, **em abstrato** sempre resolve o suposto "conflito", ou melhor, sempre auxilia a subsunção do fato anormal, ou pela observância do direito privado indígena, ou por observância do direito privado alienígena. Os supostos "conflitos", positivos e negativos, não passam de ilusão.

Nos conflitos de jurisdição se fala em conflito positivo e conflito negativo **por metáfora**, atendendo-se a que ambos os juizes se dispõem a julgar a mesma causa, ou a que ambos os juizes se recusam a julgar a mesma causa. Por metáfora porque **objetivamente** não há nenhum conflito de jurisdição: fatalmente um dos juizes deve ser competente, e o outro incompetente, já que não há possibilidade de funcionarem ambos ao mesmo tempo. E inadvertidamente os adeptos dos "conflitos de segundo grau" transportam essas situações para esses supostos **conflitos de regras de conflito**, quando, na realidade, nunca dois sistemas de direito internacional privado auxiliam **em caso concreto** a subsunção **do mesmo fato anormal**, e nunca qualquer sistema de direito internacional privado se abstem de au-

xiliar em caso abstrato a subsunção de qualquer fato anormal.

As normas de direito internacional privado são de direito público, e por isso, a respeito do mesmo fato anormal, nunca dois ou mais sistemas são **indiferentemente aplicáveis**, já que a aplicação depende da jurisdição que deve operar a subsunção, ou que deva ser tomada como ponto de referência para ser operada a subsunção.

Cada jurisdição autônoma só conhece e só aplica o seu sistema de direito internacional privado. E quando há fato anormal emergente é porque num caso concreto tanto pode ser observado o direito privado de uma, com o de outra jurisdição autônoma; tanto pode ser observado o direito privado indígena, como o direito privado alienígena; e não se concebe fato anormal (conflito) onde invariavelmente o direito internacional privado de uma jurisdição deva ser aplicado, como acontece com os supostos "conflitos de segundo grau". Por outras palavras: não se concebe fato anormal (conflito) em razão de **dever** o direito internacional privado de uma jurisdição ser aplicado a um caso concreto, e de **PODER** o direito internacional privado DE OUTRA JURISDIÇÃO ser aplicado a outro caso figurado, HIPOTÉTICO, imaginariamente semelhante.

Para que houvesse "conflitos de segundo grau" preciso fôra que o sistema de direito internacional privado de uma jurisdição vigorasse noutra; e em tal caso todos os sistemas de direito internacional privado existentes no mundo teriam de vigorar, ao mesmo tempo, em todas as jurisdições autônomas, o que seria manifesto absurdo.