

Do retôrno (*)

OSIRIS ROCHA

§ 1º — A par das discussões que se estabelecem sôbre o próprio fato da aplicação do direito estrangeiro, ora como **aplicação real**, ora como imitação de critérios, uma outra surgiu com respeito à possibilidade, enxergada por muitos, de haver **conflito** entre as próprias normas de Direito Internacional Privado.

De fato, para usar a linguagem da jurisprudência inglêsa, tal corrente entende que ao se operar, no forum, a indicação da norma estrangeira, essa indicação se refere ao direito estranho apontado **como um todo**, passível, portanto, de determinar, por suas normas de Direito Internacional Privado, volta aos critérios legais do próprio **forum**.

Assim, se em Portugal, procura-se aferir da capacidade de um dinamarquês, alí domiciliado, o direito português escolherá, como aplicável, o direito **nacional**. Êste, no entanto, indicará o direito do domicílio e, por consequência, voltará ao direito português a competência disciplinadora da capacidade do dinamarquês domiciliado em Portugal.

Se, ao contrário, procurar-se apurar a capacidade de um português na Dinamarca, com domicílio em Portugal, surgirá outra solução, isto é, domicílio e nacionalidade se confundirão e o direito dinamarquês não terá aplicação.

(*) Prova escrita do concurso para livre-docente de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da U.M.G., realizado em setembro de 1961.

A esta operação se denomina de **retôrno**. E não há dúvida de que, a par das considerações a serem expedidas adiante, pode ela determinar fórmulas surpreendentes com indicação de direitos inesperados. Basta imaginar-se a possibilidade de que o dinamarquês, demandado em Portugal, tenha domicílio em terceiro país e que a legislação dêste proceda à escolha do direito de um quarto país. E assim por diante.

§ 2º — Para que pudessem chegar à elaboração da sua teoria, os partidários do retôrno se fixaram, inicialmente, na idéia de **conflito**. Assim, se os direitos primários (substantivos) em jôgo divergiam, afirmavam que havia conflito de **primeiro grau**. Se, no entanto, eram as normas de Direito Internacional Privado que se diferenciavam cada uma indicando uma solução própria para a espécie, ocorreria conflito **negativo de segundo grau**, substituído pelo **positivo de segundo grau** se o direito afinal indicado fôsse um só.

§ 3º — O **retôrno** se admitirá nos casos de conflito negativo de segundo grau, ou seja, para as hipóteses em que houvesse divergência das normas de Direito Internacional Privado.

§ 4º — A justificativa principal do sistema do retôrno se encontra na teoria, tão bem representada pelos tribunais ingleses, de que a norma de Direito Internacional Privado produz escolha **global** de um outro direito. Assim, quando o art. 7º da Lei de Introdução ao nosso Código fala de lei domiciliar, estaria trazendo à colação todo o direito do domicílio, inclusive o seu próprio Direito Internacional Privado. E êste poderia indicar um outro direito e o episódio se repetiria.

§ 5º — E a primeira observação contrária à teoria do **retôrno** é justamente esta de que poderia ocorrer uma sucessão **ad-infinitum** de direitos aplicáveis, através de conexões variadas. Num contrato de trabalho ajustado em país diverso daqueles dos domicílios das partes, v.g., uma empresa francesa e operário alemão contratando a relação de emprêgo em Londres

para ser executada na Guiana Holandêsa, haveria, se admitido o retorno uma busca numerosa de legislações, à medida que variassem as normas especiais baseadas nas conexões admissíveis no mencionado contrato de trabalho: domicílio das partes, lugar do contrato, lugar da execução, lugar da constituição da sociedade, nacionalidade das partes.

§ 6º — Além disso, a teoria do retorno parte do falacioso conceito de **conflito**, até multiplicado em graus e qualidades: primeiro, segundo, positivo, negativo. Realmente, a partir do momento em que se verifica que o mundo está dividido em jurisdições autônomas, já se começa a destruir o valor dos pretensos conflitos de leis. Pois se cada país legisla para si próprio, através de autoridades autóctones, e autocráticas, para que esta legislação seja observada por uma população definida e feita respeitar por entidades cujo poder não ultrapassa os limites territoriais da jurisdição, é inegável que há a mais absoluta impropriedade em se falar de **conflito** de leis. Não pode haver conflito entre valores que nunca se tocam. Ainda mais se se considerar que o direito não tem, de si, qualquer relação com o território de vez que é, apenas, critério para aferição de atos e fatos. Sua aplicação, sim, é que é territorial porque só pode ser feita por autoridades cujo poder apreciativo se encontra limitado por lindes objetivas, caracterizadoras da competência jurisdicional.

Nem importará falar na «comunhão de Direito» de Savigny ou na «continuidade» e «generalidade» das leis de Pillet porque tais conceitos vieram deslembrados de que nenhuma lei estrangeira consegue fugir da inevitável realidade representada pela ineficácia das atuais normas internacionais que não encontram nem **aplicadores** eficientes nem **observadores** que possam ser constrangidos a adotar seus critérios. Não custa repetir, ademais, que nenhuma lei traz, em si, limites territoriais, pois apenas se destina a ter vigor em determinado território, como também, nenhuma lei pode se impôr, por si própria, por um inexistente vigor interno, à consideração de autoridade estranha àquela que a emitiu.

§ 7º — Mas, nem só dêste engano se alimentam os seguidores da teoria do retôrno. Dizem, mais, que o direito estrangeiro é indicado na sua totalidade.

Todavia, um primeiro detalhe se impõe à nossa consideração. O Direito Internacional Privado é ramo de Direito **substitutivo** daquêle «Direito Universal» tão sonhado pelos internacionalistas. E, como tal, objetiva o encontro de normas adequadas às espécies em que mais de uma conexão criem a possibilidade de ser necessária a escolha de uma que traga, consigo, a solução mais justa e mais útil. O que importa ao Direito Internacional Privado não é solucionar inexistentes conflitos de leis mas encontrar, para cada espécie, a melhor solução.

Por isto, em cada jurisdição, se procura alcançar tal objetivo através das normas secundárias dêste Direito, organizado com vistas aos principais institutos jurídicos de cada jurisdição.

Desta forma, quando um país autoriza seus juizes a decidir de acôrdo com um critério estranho a preocupação não é a de transferir à legislação então indicada a solução de todos os pontos discutidos mas, apenas, a de encontrar, lá na lei estrangeira, o critério que pareceu mais conveniente para um dado caso. Assim, quando a lei brasileira manda aferir a capacidade pessoal pela lei do domicílio o pensamento foi só o de ir encontrar em tal norma o critério adequado à questão da capacidade.

a) Ao demais disto, quando falam os partidários do retôrno em aplicação global do direito estrangeiro se esquecem de que as normas de Direito Internacional Privado não se destinam a, pura e simplesmente, tornar aplicável o direito estrangeiro. Existe no Direito Internacional Privado uma preocupação pragmática, aquela de atender às características das espécies ocorrentes que independe da consulta às normas estrangeiras relativas aos fatos anormais que lá sejam julgados.

Por isto mesmo, tais normas são específicas neste visar de soluções bem definidas que não tem qualquer contato com as correspondentes normas estrangeiras.

b) Por último, deve-se considerar que também as normas de Direito Internacional Privado são autocráticas e se destinam a ter vigência, tão só em determinada jurisdição, não podendo, portanto, servir de norma de ação às autoridades jurisdicionais estrangeiras, ainda a maior pelo detalhe a seguir.

§ 8º — De fato, o Direito Internacional Privado é intimamente ligado ao Direito Processual Civil, do qual se distingue porque, ao contrário deste, que tem normas formais e substanciais, só possui estas últimas. Todavia, como é direito que não regula diretamente nenhum ato ou fato, mas, apenas, serve como meio-auxiliar para apreciação daqueles, é, também, direito secundário. E, como tal, tem destinatário certo e indiscutível: o juiz. Assim, como direito para o juiz, direito a possibilitar decisão justa, não pode ser substituído por norma estranha, porque o juiz não pode adotar **modo de ação, modo de julgar** diferente daquele que a sua própria lei lhe determina. E é isto mesmo o que acontece quando se adota o princípio do retôrno: o juiz, ao invés de seguir a lei nacional de capacidade, no caso do dinamarquês, em Portugal, referido ao início, acaba por aplicar a lei do domicílio, sob o falso argumento de que tôda a legislação estrangeira fôra indicada.

Por último, é inegável que a teoria do retôrno representa injustificável criação de possibilidade de **conflitos**. Com efeito, a partir do momento em que há a disposição de se procurar a consulta ao equivalente princípio estrangeiro de Direito Internacional Privado, já há a ocasião para que uma terceira solução apareça. E uma quarta, uma quinta, etc. de vez que os partidários do retôrno ou as legislações que o admitem não fixam um **terminus ad-quem** para a procura das soluções. Estas poderão ir surgindo ao sabor das circunstâncias. Ora, incontestavelmente, o Direito Internacional Privado não tem esta finalidade de ir propiciando consultas a legislações diversas. E é arma de indiscutível valor nas mãos dos juizes para que, desde logo, decidam as controvérsias sôbre fato anormais.

a) O que acontece, incontestavelmente, é que os partidários do retôrno animam seus trabalhos e suas teorias do

inaceitável princípio de que o Direito Internacional Privado é direito internacional; de que nêle estão representados os choques de soberanias e leis, tudo isto levando à preocupação em tórno do respeito ao direito estrangeiro *in integrum*, como se fôsse necessário enxergar em cada legislação estrangeira um bloco granítico indivisível, inscindível.

No entanto, nem o Direito Internacional Privado é direito intrenacional, porque é organizado, em cada legislação, para ser observado, dentro das próprias lindes nacionais, pelas próprias autoridades jurisdicionais de cada país, e porque não existe direito internacional, dada a autonomia das várias jurisdições e a ausência do **poder-maior**, nem se pode falar em conflitos de soberanias ou de leis.

Por isto mesmo, não se pode pensar em referências a leis estrangeiras, *in-totum*, nem há necessidade desta remissão.

§ 9º — Desta forma, em resumo, não é admissível o retórno porque: a) — parte do pressuposto de que as legislações estejam em conflito, quando não há conflito de leis; b) — nega o caráter que o Direito Internacional Privado tem, de direito para o juiz, que não pode solucionar casos anormais, demandas com fatos ligados a mais de uma jurisdição, através de **modo de julgar** estranho; c) — altera o objetivo do Direito Internacional Privado que de auxiliar na apreciação de fatos anormais, passa a se constituir em fonte de novas divergências ou, para usar a linguagem dos internacionalistas, de **novos conflitos**; d) — olvida o princípio básico de Direito Internacional Privado de que tal ramo tem por única finalidade levar em consideração a existência de fatos anormais e, na apreciação dêles, atender a tal circunstância.

§ 10º — Desta forma, a teoria do retórno é, doutrinariamente, inadmissível.

§ 11º — É evidente que tôdas as considerações acima se referem às hipóteses em que as legislações sejam omissas. Quando o legislador entende de admití-lo expressamente, nada resta ao exegeta senão reconhecer uma realidade, anti-doutri-

nária, mas realidade. Cada jurisdição é, com efeito, autônoma e autocrática, podendo, a tôdas as luzes, adotar os princípios que lhe pareçam mais convenientes. Apesar das mais sólidas bases doutrinárias em contrário.

§ 12º — No Brasil, o art. 16 da Lei de Introdução ao Código Civil, 1942, é expresso: — na aplicação da lei estrangeira não se pode considerar «qualquer remissão por ela feita a outra lei». Houve, portanto, formal repúdio, no que andou bem o legislador brasileiro, à teoria do retorno.