

CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO

Modalidade de conflitos de lei

Pelo Dr. AMÉRICO CAETANO NUNES

IDEIA JUSTIFICATIVA DA SOLUÇÃO A ADOPTAR

GRANDE acuidade e justificado interesse suscitou entre muitos países, nomeadamente americanos e escandinavos, o importante problema da unificação do direito internacional, até ao início da última grande guerra.

As tentativas feitas neste campo, algumas coroadas de pleno êxito, entusiasmaram muitos homens de direito a prestar a sua atenção ao problema.

Era, sem dúvida, um problema actual. A unificação interna do direito, que só foi conseguida no século XIX, em Itália, França e Alemanha, seguida depois noutros Estados, é incontestavelmente a base sem a qual não se podia tentar a unificação internacional do direito, só iniciada na segunda metade do século XIX. As grandes descobertas, tornando as nações cada vez mais próximas umas das outras, muito contribuíram para o desenvolvimento das relações internacionais, pois cada nação, quer para as suas necessidades cotidianas, quer para as de luxo, precisa da contribuição e do auxílio das outras.

E daí, pelo aumento progressivo e natural destas relações, surgem, por vezes, conflitos de direito.

O homem precisa porém de segurança nas suas relações recíprocas, e só a obtem quando sabe, em concreto, o que pode ou não pode fazer — qual é o direito que o regula. Este é, mesmo, o mais importante móbil que o leva a agir, e para o homem agir precisa de saber com antecipação que os seus respectivos direitos e obrigações estão nitidamente fixados.

Esta ideia, ou melhor, esta necessidade de segurança, fez com que se realizasse no direito interno a codificação, e no direito internacional a internacionalização do direito. Como poderia um comerciante, mesmo assistido dum conselho de técnicos-jurídicos, mantendo relações constantes com diferentes Estados, ter segurança nas suas relações, se para cada negócio, para cada relação, tivesse de aplicar uma lei sempre diferente, uma lei, as mais das vezes, incerta ?

Surge, assim, uma aspiração vaga, mas que não deve considerar-se uma utopia, para a unificação do direito, para a simplificação do direito.

Conseguiu-se obtê-la, quer pela unificação *pròpriamente dita*, quer pela imitação.

A imitação, consistindo essencialmente em copiar, melhor ou pior, uma instituição dum Estado para a adoptar noutro, embora corresponda à tendência inacta do homem sempre propenso ao descanso do espírito, e, por isso, pouco disposto a entregar-se ao árduo trabalho de criar, parece à primeira vista verdadeira, pois o que deu bom resultado num Estado, natural é que o dê noutro. Sofre porém o grave perigo de não serem devidamente apreciadas as condições sociais, económicas e outras dos Estados em causa, condições que bem podem ser divergentes nos Estados onde se pretendam adoptar.

Melhor se apresenta a unificação *pròpriamente dita*, que resulta dum acordo entre diversos Estados, após evidentes concessões recíprocas; é como diz TARDE uma «imitação recíproca» — a criação duma terceira ideia que põe termo ao conflito. E tal solução não é perigosa, pois cada Estado só se limitará na medida em que o entender conveniente.

A unificação impõe-se — dado facilitar as relações internacionais — não só como facto querido por certos dirigentes da humanidade, mas como um efeito fatal do desenvolvimento humano.

Obstáculos psicológicos e económicos porém surgem contra esta ideia: — a variedade de condições físicas, económicas e sociais dos países, impedindo que os mais atrasados adoptem a legislação dos mais adiantados; — a pretensão legítima dos Estados jovens de manter e desenvolver o que é nacional; — o sentimento, que não se manifesta visivelmente e contrário às tendências da civilização actual, dum orgulho nacional por parte de cada Estado de se julgar, como diz VECCHIO, superior aos demais, levando-o a isolar-se dos outros Estados; — e, ainda, o receio dos Estados se ligarem indefinidamente, visto haver soluções que parecem, no momento, felizes mas que podem fazer surgir posteriormente reclamações. Outros obstáculos menos importantes podem ainda surgir, como sejam a frequência, maior ou menor, de relações entre os Estados, a existência dum código recente com soluções actuais e sem lacunas, etc.

Não obstante, o campo em que a unificação foi tentada e em que obteve mais êxitos, foi no capítulo do direito que se poderá chamar «direito dos negócios» em oposição a direitos de família. Por uma razão de possibilidade — as leis de família, propriedade e direito público são dominadas por princípios acerrimamente defendidos pelos países que as aceitaram; e a raça, o meio, o estado social e económico exercem indiscutivelmente uma acção divergente. Por uma razão de utilidade — a unificação só é de desejar principalmente na medida em que possa facilitar as relações mais constantes entre os povos, pois na tutela, no casamento, na propriedade, não existe o mesmo grau de utilidade que nas relações comerciais, do trabalho e algumas civis.

Poucas são, assim, as matérias em que se tem conseguido, quer por tratados, quer por leis uniformes, obter uma unificação. E, mesmo então, esta só compreendeu pontos limitados de direito e poucos Estados as adoptaram.

Vastíssimo é assim o campo onde ainda surgem conflitos nas relações internacionais, sobretudo depois de Khan e Bartin.

Todavia, com essa ideia estamos em harmonia com a ten-

dência natural do desenvolvimento humano, e bom será que se não percam a coragem e boa vontade, interrompidas infelizmente com a última guerra, e que os homens de direito de novo prestem a sua atenção para este campo importantíssimo.

PARTE I

CONFLITOS DE LEIS

Todos os direitos, privados ou públicos, são poderes que a ordem jurídica confere à pessoa, e que só tomam relevância quando exercidos.

Pelos Estados é admitido o princípio do reconhecimento da capacidade jurídica aos estrangeiros — pelo qual é permitido e concedido a estes, mesmo em países diversos do da sua origem, poderem igualmente exercer os seus direitos, com limitações maiores ou menores — e o princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras — pelo qual os tribunais nacionais são obrigados a aplicar as leis doutros países — (art. 24.º e 27.º do Código Civil e art. 4.º do Código Comercial).

Assim, não é difícil conceber que o exercício dum direito num determinado Estado, possa entrar em contacto com leis de outros países. Para isso, basta que nessa relação existam elementos de conexão com as diferentes ordens jurídicas, isto é, que os diferentes aspectos, por que pode ser encarada essa relação, se relacionem, cada um deles, com a lei dum Estado, suscitando assim o problema de saber qual a lei que há-de reger aquela relação. Problema de grande interesse, dados os limitados pontos em que se conseguiu obter unificação.

Para se resolver o conflito que surge nestes termos, têm de se determinar os elementos de conexão da relação jurídica — sujeito, objecto, facto jurídico e garantia.

E, sumàriamente, esboça-se como a relação jurídica, através dos seus elementos, pode ser posta em contacto com leis de diferentes países.

Quanto ao primeiro elemento — sujeito — há a considerar três pontos distintos: a) — nacionalidade — a pessoa jurídica tem normalmente a qualidade de cidadão dum certo Estado — arts. 18.º e segs. Código Civil — e numa determinada relação pode cada sujeito ter a sua nacionalidade: — b) — domicílio — a pessoa tem um certo lugar, a sede da sua vida jurídica, onde se reputa presente para o exercício dos seus direitos e obrigações — arts. 40.º e segs. do Código Civil — e algumas legislações, como a inglesa, mandam regular o estado e a capacidade pela lei do domicílio; — c) — e a vontade — no grupo das normas supletivas, admite-se, em direito internacional privado, o princípio da autonomia da vontade.

O elemento — objecto — é sempre uma coisa ou um facto, e, portanto, tem sempre um lugar de situação ou de prestação (elemento real de conexão).

O elemento — facto jurídico — pelo qual se constitui a relação do sujeito com o objecto, resulta duma declaração de vontade ou de uma contingência prevista na lei. E, tanto a forma como a manifestação da vontade para a prestação do consentimento — podem fazer com que a relação entre em contacto com várias legislações.

Quanto ao último elemento — garantia —, a protecção dos direitos subjectivos que derivam da relação jurídica tem de ser solicitada perante o tribunal dum determinado Estado — é um outro elemento de conexão real.

Examinados quais os elementos de conexão, trata-se de saber qual o elemento decisivo da applicabilidade de certa lei, qual a que pode conduzir a uma solução mais justa.

É uma questão de técnica-jurídica, cuja resolução é sem dúvida a questão magna do direito internacional privado, e para a solução da qual se encontram, através da evolução do direito internacional, três sistemas: — o da personalidade das leis; o da territorialidade das leis; e o da coordenação das leis a que a relação jurídica se liga.

Na terminologia usada por certos autores, os dois primeiros sistemas são — soluções mecânicas — e o último — solução científica.

I — *Sistema de personalidade das leis.* — O princípio da personalidade das leis monta ao direito romano. Foi esboçada por este com o seu «jus gentium», que mais não era do que um direito civil romano cosmopolita, não fazendo, como o «jus quiritum», depender a participação dos seus preceitos da qualidade de cidadão romano, mas antes estendendo-se a todos os homens livres, qualquer que fosse a sua nacionalidade, regulando assim as relações jurídicas dos estrangeiros entre si e destes com os cidadãos romanos. Formava um sistema jurídico independente do sistema jurídico formado pelo «jus civile» em sentido restrito (direito quiritário).

Esta solução foi depois adoptada na Europa medieval, designadamente na península, onde os habitantes das províncias dominadas pelos bárbaros mantiveram durante certo tempo o goso das suas leis, isto é, do direito romano, enquanto os vencedores continuavam regulando-se pelo seu direito próprio.

Foi ainda a solução personalista a dominante no regime das capitulações. Mas na conferência de Montreux, de 1937, acordou-se na abolição de tal sistema no Egipto, último país onde vigorava.

Segundo, portanto, a solução personalista, as relações jurídicas são reguladas pelas leis da nação a que o indivíduo pertence, sendo, assim, elemento de conexão decisivo da competência das leis a «nacionalidade», ou melhor, «a origem das pessoas».

II — *Sistema da territorialidade das leis.* — Com a fusão jurídica das raças que constituíram os Estados medievais e com o desenvolvimento do feudalismo, sistema político da fusão da soberania com a propriedade e de isolamento político e jurídico dos diversos senhorios, afirmou-se o princípio da territorialidade das leis, segundo a qual ficaram sujeitas à lei vigente em determinado território todas as pessoas que aí se encontravam, todas as coisas aí situadas, e todos os actos que aí se verifiquem ou sejam praticados.

Nesta solução, o elemento de conexão decisivo da competência das leis é o do lugar da apreciação das relações jurídicas, visto só poderem ser aplicáveis as leis vigentes no respectivo território.

As soluções mecânicas, embora encontrando explicação nas condições sociais em que surgiram, não são de maneira nenhuma defensáveis.

O sistema da personalidade das leis, por ser uma associação exagerada do direito com a pessoa, era incompatível com a soberania do Estado local e, além disso, nalguns Estados onde coexistissem várias tribus com direitos diversos, no caso de pleitos mixtos, a confusão seria grande.

Entendia-se que devia prevalecer o costume do réu, embora solução arbitrária e injusta, pois dava lugar a que esse mesmo réu invocasse um direito que seria o seu, ou não, conforme no caso concreto lhe fosse mais favorável.

O sistema da territorialidade das leis, representa uma aliança excessiva do direito com a terra. É incompatível com a existência dos próprios conflitos de leis, visto ordenar a aplicação do direito vigente em determinado território, a todas as pessoas que aí se encontram, a todas as coisas aí situadas, a todos os actos aí verificados.

Assim, a solução territorialista tornaria extremamente casual e diverso, de Estado para Estado, o valor jurídico de um mesmo facto ou relação, produziria completa incerteza àcerca da validade e eficácia dos actos jurídicos, paralizaria as relações entre os cidadãos dos diversos Estados, e redundaria muitas vezes em violação clara da mais elementar justiça.

III — *Sistema da coordenação das leis.* — Dada a intensificação da vida internacional, dado o aumento constante das trocas internacionais, dada a formação da comunidade jurídica internacional, sentiu-se a necessidade de seguir um sistema em que as leis locais fossem coordenadas com as leis estrangeiras.

Nem sempre se deve aplicar a lei territorial, pois muitas vezes a solução mais justa obtem-se através da aplicação duma lei estrangeira. Daqui o aceitar-se, como verdadeiro, o princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras, no sentido de não ignorar essas leis e de as aplicar às diferentes relações jurídicas. Tal princípio importa para os Estados a adopção de regras de resolução de conflitos segundo o

critério que lhes parecer mais conforme à natureza objectiva das relações jurídicas e ao fim social da lei.

Mas existirá, na verdade, o princípio do reconhecimento das leis estrangeiras? Existindo, qual o seu valor e qual o seu carácter?

Não se pode pôr em dúvida a existência dum princípio de direito consuetudinário que imponha aos Estados o reconhecimento do valor e eficácia das leis estrangeiras. Todos os Estados aceitam, com efeito, esse princípio e simultâneamente reconhecem a necessidade de adoptarem sistemas de regras de resolução dos conflitos de leis, e reconhecem, mais ainda, a necessidade de moldar as suas normas de conflitos pelas leis existentes nos demais Estados.

A evolução tem-se feito no sentido de uniformisar as legislações dos vários Estados.

E não apenas no costume, mas também nos tratados, nós encontramos a aceitação desse princípio. Assim, nos tratados de Montevideu (1889); nas convenções de Haia (1898, 1902, 1905, 1930), e ainda em outras convenções, se estabeleceram princípios uniformes de resolução dos conflitos de leis nas relações de considerável número de Estados.

De tudo o que fica dito se conclue, sem sombra de dúvida, a existência duma convicção jurídica comum dos Estados cultos acerca do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e applicabilidade das leis estrangeiras e da concomitante necessidade de adopção de um sistema de normas de resolução dos conflitos de leis.

Existirá, no entanto, essa mesma convicção jurídica, relativamente à necessidade do reconhecimento de um sistema de regras uniformes de resolução dos conflitos de leis?

Se pode afirmar-se a existência de um acordo normativo tácito dos Estados sobre a aceitação do princípio do reconhecimento do valor, eficácia e applicabilidade das leis estrangeiras, e ainda o reconhecimento da obrigação de possuírem um sistema de regras de resolução dos conflitos de leis, o mesmo não se pode afirmar quanto à admissão de um *sistema geral de regras uniformes de coordenação das leis dos diferentes países*.

Dentro do princípio geral do reconhecimento das leis estrangeiras, os Estados conservam a liberdade de escolher o sistema de conflitos que, em seu critério, melhor se harmonise com a natureza das relações jurídicas e com o fim social da lei.

Ainda que unanimemente reconhecido pelos Estados o princípio do «reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras», este não teve, porém, sempre a mesma posição, quer no campo legislativo, quer no campo doutrinal; antes, sofreu várias evoluções até chegar ao ponto em que hoje se encontra.

Nem mesmo no seu fundamento permaneceu estável.

A primeira aplicação prática deste princípio começa com as doutrinas estatutárias, mais especificamente, com a «Escola Italiana» (Bártolo e Dumoulin), e apareceu nas cidades do norte da Itália nos meados do século XII, atingindo o seu ponto culminante com a escola holandesa do século XVII, a qual justificou a aplicação da lei estrangeira baseando-se no princípio da «cortesia internacional». Mais tarde, entra em decadência e cede caminho às doutrinas da «comunidade internacional» com a «escola francesa» do século XVIII, que marca já um período de transição.

Com Savigny, entra-se abertamente na fase das doutrinas da «comunidade do direito», em que a justificação da aplicação da lei estrangeira se faz, não obedecendo a um princípio de cortesia, mas antes a um imperativo de justiça — o qual, de resto, fôra já esboçado pela escola estatutária italiana.

Assim, a lei a aplicar será aquela, de entre as várias leis com essa relação em conexão, que pelo seu fim ou pela própria natureza da relação jurídica, fôr, segundo os diversos critérios, reconhecida como a mais competente para a regular.

Ponto incontrovertido, porém, é o de que o objectivo da doutrina e do direito positivo, no que respeita aos conflitos de leis, é sempre determinar a norma que se deve aplicar a uma relação jurídica em contacto com diversos sistemas estaduais.

Faça-se essa aplicação por mera cortesia internacional, faça-se por obediência a ditames de justiça, a verdade é que sempre, seja qual fôr o fundamento teórico, se procura determinar qual a lei normalmente competente. Diz-se normalmente competente porque a aplicação desta lei será sempre entravada desde que ofenda uma lei local de ordem pública.

Não se trata, portanto, de determinar uma competência absoluta, mas antes uma competência relativa, normal.

Do estudo das diversas teorias, da análise das leis internas e dos tratados, ressalta que, para se fixar qual a lei normalmente competente, se procura saber qual o elemento de conexão decisivo predominante da relação jurídica.

Dos esforços feitos no sentido de encontrar esse elemento de conexão decisivo, dois critérios surgiram com a maior nitidez e, portanto, mais aptos a conseguir o fim em vista: o critério de Savigny que atende à *natureza da relação jurídica* e o critério do *fim social da lei*, formulado por Pillet.

A verdade, porém, é que não é tão diferente, como à primeira vista pode parecer, o resultado a que cada um deles pode conduzir.

A natureza da relação jurídica detemirna de certa maneira o fim social da lei, e, inversamente, este fim social será conseguido consoante a natureza da relação jurídica.

Não há, ainda, é certo, um sistema uniforme adoptado por todos os países, mas da análise da doutrina e das diversas legislações se conclue haver já princípios gerais — como adiante se verá — que se podem dizer comuns e idênticos nas suas linhas, elementos que podem conduzir à elaboração táctica dum sistema doutrinal de resolução de conflitos de leis.

Claro que a própria uniformidade de um sistema não implicaria, no entanto, a mesma aplicação das várias ordens jurídicas, porque dentro desta variam as concepções de Direito interno segundo as quais deve ser interpretado o referido sistema.

Queremos, no entanto, dizer, como o disse já o ilustre Professor Doutor Mário de Figueiredo, que se vão constituindo «regras respeitantes à lei reguladora do estado e capacidade das pessoas, fixando o regime do sujeito da relação jurídica, à lei reguladora da condição jurídica das coisas, estabelecendo o regime do objecto dos direitos reais, à lei reguladora da forma, substância e efeitos do acto jurídico, fixando o regime do facto jurídico como elemento de constituição das relações jurídicas, e à lei reguladora da acção judiciária, definindo o regime da garantia normal da relação jurídica».

Por outro lado, vão-se constituindo regras de determinação da

lei reguladora dos grupos fundamentais das relações de direito privado. Quer dizer, o princípio do reconhecimento do valor, eficácia e aplicabilidade das leis estrangeiras evoluciona, já no sentido de definir regras de competência legislativa sobre o regime jurídico internacional dos elementos da relação jurídica em geral, já no sentido de estabelecer regras de competência legislativa acerca do regime jurídico internacional nas instituições de direito privado: direitos de crédito, direitos reais, direitos de família e direitos de sucessão.

A análise das fontes do direito internacional privado demonstra-nos que, sob o ponto de vista de resolução dos conflitos, as leis formam, segundo o seu «fim social» segundo a «natureza da relação jurídica», segundo o limite de aplicação da lei normalmente competente pelas de ordem pública, seguindo de perto, neste ponto, a exposição do ilustre Professor Doutor Machado Vilela, os seguintes grupos:

a) — Leis de competência personalizada ou leis pessoais: — são estas leis destinadas a assegurar a estabilidade, permanência e continuidade da personalidade jurídica do indivíduo e por isso a sua aplicação é permanente, acompanhando a pessoa onde quer que ela se encontre.

Como «leis pessoais» são consideradas, com maior ou menor amplitude, as leis respeitantes ao estado e capacidade, às relações de família, às sucessões e doações.

Divergem as opiniões sobre se a lei pessoal é a do *domicílio* ou a da *nacionalidade* e, consoante uma ou outra orientação, será o domicílio ou a nacionalidade o elemento de conexão decisivo da competência destas leis.

b) — Leis de competência localizada ou leis locais: — são aquelas que, como diz o referido professor, têm como elemento de conexão decisivo o lugar da situação das coisas ou da verificação de um facto jurídico.

Estão neste caso as coisas imóveis, que unicamente se aceita serem reguladas pela lei do lugar da situação; as coisas móveis, que também quasi geralmente se aceita serem reguladas pela mesma lei; a forma externa dos actos submetida à lei do lugar

da celebração; a substância e efeitos dos actos jurídicos submetidos a esta mesma lei ou à do lugar da execução; e a competência judiciária interna e a forma do processo, reguladas pela lei do lugar da propositura da acção, etc.

c) — Leis de competência voluntária: — foi com a doutrina de Dumoulin que nos apareceu o «princípio da autonomia da vontade», hoje aceite, com maior ou menor amplitude, pelos sistemas jurídicos dos diferentes Estados.

Assim, as leis de competência voluntária são aquelas que os agentes de um acto jurídico qualquer escolhem para, dentro de certos limites, regularem os efeitos ou os efeitos e a existência desse mesmo acto.

Claro que o elemento de conexão decisivo, que neste caso prende a lei escolhida à relação jurídica, é a própria vontade dos agentes; quer dizer, é a *escolha* em si.

Esta escolha pode ser *expressa*, *tácita* ou *presumida*, conforme as partes indicam claramente a lei que deve regular a relação jurídica, ou ela se infere das circunstâncias que acompanham o acto, ou, finalmente, quando uma certa lei é mandada aplicar supletivamente na presunção de que seria essa a que as partes escolheriam.

d) — Leis de ordem pública: — quando a lei competente é uma lei estrangeira, a aplicação desta não se fará se fôr contrária a uma lei local de ordem pública. É por isto mesmo que a função do direito internacional privado em matéria de conflitos de leis consiste em determinar a *lei normalmente competente* para regular as relações jurídicas, visto que, como dissemos, a lei competente sofre limitações impostas pelas leis de ordem pública.

Torna-se evidente que, por vezes, esta lei de ordem pública pode ter, ela própria, competência normal para regular esta ou aquela relação jurídica.

PARTE II

CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO

CAPÍTULO I

POSIÇÃO DO PROBLEMA. DOCTRINA. CRÍTICA

O elemento decisivo, como se viu, para se determinar a que legislação a relação jurídica deve ser submetida, é apreciado atendendo à própria natureza da relação jurídica.

Por aqui se vê já, e com mais evidência pelos próprios resultados, como é imperfeito, contingente e variável o sistema da coordenação de leis, flutuando conforme as concepções técnico-jurídicas e diversos consoante os pontos de vista.

Só isto justificará que numa mesma relação jurídica se veja em determinada ordem jurídica, como elemento de conexão, o «elemento pessoal», por exemplo, e noutra o «elemento real».

Porém, apesar de imperfeito, o sistema é único.

Para o legislador de determinado Estado interessa, apenas, a sua técnica jurídica, o seu ponto de vista, e é de acordo com ele que determina o elemento decisivo, que vimos, de resto, reduzir-se ao «elemento de conexão pessoal» e ao «elemento de conexão real».

Justamente, por variarem estas diferentes concepções dos vários legisladores, é que aparece, na opinião seguida por quase todos os autores, dentro dos conflitos de leis, uma nova modalidade — «os conflitos de qualificação».

O problema é por eles assim posto: Dado o caso duma relação jurídica estar em contacto com duas legislações, ainda que sejam idênticas as suas normas de conflitos, pode, todavia, acontecer que a referida relação seja, no entanto, qualificada de maneira diversa em cada um dos sistemas jurídicos com que ela está em contacto.

As normas de conflitos presumem sempre uma classificação das relações jurídicas. Na verdade, dizem, a norma de conflitos

não pode descer a regular minuciosamente cada relação jurídica de per si. Daí a necessidade dum agrupamento das relações jurídicas, sendo a esses «agrupamentos» que a norma de direito internacional privado se refere, no sentido de indicar por intermédio deles qual a lei competente para os regular.

Já se vê com mais clareza como se apresenta o referido problema.

Há uma determinada relação jurídica que está em contacto com dois sistemas estaduais nos quais são idênticas as normas para a resolução dos conflitos de leis. Porém, e aqui é que surge a dificuldade, a qualificação dessa relação é diferente nesses dois sistemas: onde um vê «forma» o outro, por exemplo, vê «capacidade». A que qualificação atender? Que o mesmo é perguntar — qual das leis é competente para a qualificação?

Podem, por hipótese, as normas de conflitos de dois países ser acordes quanto ao facto do «estado» ser regido pela lei pessoal e a «forma» pela lei local, mas ser diferentemente qualificada a relação jurídica que a esses sistemas estaduais se prende. Sendo assim, qual dos sistemas terá o privilégio de presidir à qualificação? Qual a lei competente para tal fim?

Vários sistemas e doutrinas, algumas diferindo apenas em questões de pormenor, por vezes terminológicas, aparecem tentando dar solução a este problema.

Limitar-nos-hemos a referir, o mais esquemáticamente possível, as que marcam uma orientação nítida e, por assim dizer, fazem escola.

A) — *Doutrina de BARTIN*. — O grande jurista francês define assim o problema: «a qualificação é a questão de saber qual a lei aplicável a um determinado litígio submetido à jurisdição de um certo Estado, natureza da instituição que dá lugar a esse litígio, do lugar que essa instituição ocupa na classificação das instituições civis: natureza e lugar em consequência dos quais o juiz resolve aplicar a esta instituição, no litígio sobre o qual ele deve julgar, esta ou aquela lei interna, em consequência das regras que têm por objecto no direito internacional privado resolver conflitos de leis, isto é, determinar a lei aplicável às diferentes instituições».

Convém, para melhor apreensão da sua doutrina — a que maior número de adeptos conta —, indicar a estrutura do direito internacional, tal como ela é concebida.

As regras de conflitos, diz Martin, visam um determinado grupo de instituições de direito interno e supõem uma classificação implícita destas; classificação que não é necessariamente a mesma para todos os Estados, embora estes sancionem as mesmas regras de conflitos.

Se assim acontece, argumenta ele, é lógico e natural que seja o direito interno — a *lex fori* — que deva fazer as qualificações.

A qualificação, diz, é uma questão anterior à aplicação do direito e, assim, têm de se interpretar as normas de conflitos. Mas como as interpretar bem, senão segundo as concepções do legislador nacional que as faz? O contrário, seria, para ele, um atentado à soberania nacional.

O próprio juiz, argumenta ainda, só poderá decidir segundo as concepções, os princípios e as classificações da sua própria legislação. Assim, a qualificação pelo princípio da — *lex fori* — impõe-se pela própria natureza das coisas.

São típicos e ganharam já foros de clássicos os casos apresentados por este jurista para exemplificar este conflito e justificar a sua solução.

Um casal estrangeiro (maltês, no caso referido), casado, sem contrato ante-nupcial, vai fixar-se em França após o casamento e aí o marido adquire um imóvel; mais tarde, porém, morre sobrevivendo-lhe a mulher.

Quais serão agora os direitos da viuva sobre o imóvel?

Ora, segundo esta doutrina e perante a jurisdição francesa, é no campo do direito interno francês que se tem de fazer a qualificação, pois a referida pretensão da viuva pode ser vista sob dois aspectos: ou diz respeito ao direito de sucessão, ou se reconduz ao direito que para a viuva resulta do seu regime matrimonial. Portanto, direito hereditário, por um lado, e direito esponsalício, por outro. E as consequências são bem diversas, num ou noutro caso.

A mesma alternativa se poderia pôr perante a jurisdição malteza, ainda que as regras de conflitos fossem as mesmas: — *lex rei sitae* — regulando a devolução hereditária dos imóveis, e —

a lei do domicílio conjugal — regulando o regime matrimonial dos bens.

Pode porém acontecer, e é assim que surge pròpriamente dito o conflito de qualificação, que aquilo que para a jurisdição francesa é — direito de sucessão — seja — direito esponsalício — resultante do contrato ante-nupcial, para a jurisdição malteza.

Tendo a questão sido posta perante os tribunais franceses, e nisto é que consiste a essência do problema — deverão estes reconduzir a pretensão da viuva aos — direitos hereditários — seguindo assim as concepções do seu direito interno, ou deverão antes incluí-la nos — direitos resultantes do regime matrimonial de bens — como faz a legislação malteza?

Bartin entende que a qualificação dessa relação jurídica, deve ser sempre feita pela lei do tribunal onde o litígio é apreciado, isto é, pela — *lex fori* —, e só depois de qualificada desencadeará então a aplicação duma lei interna ou duma lei estrangeira, consoante o determinem as regras de conflitos.

E ainda Bartin apresenta, como exemplo, o caso dum holandês, a quem a sua lei proíbe o testamento ológrafo, ter por esta forma testado em França, onde este modo de testar é amplamente admitido pela lei.

E chega à mesma conclusão — a qualificação ser feita pela — *lex fori* —.

Mas o tribunal, e então o problema torna-se ainda mais difícil, poderá ter de escolher, não entre a sua qualificação e uma qualificação estrangeira, mas antes entre duas qualificações estrangeiras.

Ainda que, neste caso, a qualificação não seja feita pela «*lex fori*», Bartin defende que ela deve ser feita pela legislação mais semelhante com a que seria dada pela lei do tribunal onde a questão foi posta.

Isto desenvolverá, em quase todos os casos, a aplicação, ainda, da — *lex fori* —.

Como porém Bartin constatou que a jurisdição nem sempre segue a qualificação da — *lex fori* — preferindo por vezes a qualificação estrangeira, com o fim de conciliar a prática com a pureza dos princípios que informam a sua doutrina, criou uma

categoria especial de qualificações — as qualificações *em segunda ordem*, ou *secundárias*.

Geralmente, diz, a — *lex fori* — ao determinar para um grupo de instituições uma lei estrangeira aplicável, desinteressa-se de todas as qualificações que possam surgir no interior da lei estrangeira competente.

Exemplificando, BARTIN aponta o art. 999.º do Código Civil Francês, que permite aos franceses testar pela forma autêntica da lei do lugar.

Cabe à lei francesa dizer o que entende pro-forma, mas abandona à lei do lugar a qualificação secundária, o carácter autêntico.

As definições posteriores não dependerão mais dos limites da aplicação do sistema de conflitos da — *lex fori* — .

Contudo, BARTIN só reconhece, como verdadeira excepção ao seu princípio, a distinção entre móveis e imóveis. Relativamente aos imóveis, dá-se a substituição do princípio da — *lex fori* — por um outro princípio, o da — *lex rei sitae* — , pretendendo justificar a excepção pela ideia de segurança das transacções, noção essencial à regulamentação dos bens.

B) — *Doutrina de NIBOYET*. — Adoptou fielmente a doutrina de BARTIN e alargou mesmo o seu campo de aplicação.

Assim, NIBOYET afirma que para se saber qual a lei aplicável necessário se torna, primeiramente, determinar qual a natureza da instituição que constitui o fundo da questão.

A qualificação torna-se uma questão prejudicial. Não será a — *lex loci* — que dará a qualificação da forma dos actos; esta qualificação precede logicamente a intervenção da — *lex loci* — e o seu fim é precisamente decidir se esta lei é de aplicar ou não.

Tentando remediar o ponto que na solução de BARTIN parecia mais vulnerável — o da excepção da — *lex rei sitae* — quanto à classificação dos bens em móveis ou imóveis — , diz pensar que não se trata aqui duma verdadeira questão de qualificação, mas sim duma «qualificação secundária», baseando-se, assim, nas concepções de BARTIN. Para NIBOYET, à «*lex fori*» competiria dizer se se tratava duma questão de bens — qualificação primária —

ria — ; feita esta, era à lei do lugar, em virtude da aplicação da regra de direito internacional privado, que competiria dizer o que entendia por bens móveis ou imóveis.

C) — *Doutrina de ARMINJON*. — Embora defendendo, como BARTIN, a aplicação do princípio da — *lex fori* — , as suas doutrinas divergem em alguns pontos.

ARMINJON diz, e com razão, embora defenda que o legislador não pode abandonar às leis estrangeiras as qualificações das instituições de direito interno, que os conflitos de leis não importam necessariamente conflitos de soberanias. A regra de conflitos obedece a uma ideia de justiça e, por isso, apenas lhe interessam as soluções em que impera essa mesma ideia de justiça.

Melhor do que BARTIN, precisa a noção de qualificação, limitando o problema às qualificações legais. As controvérsias da doutrina e jurisprudência não são mais do que ficções estabelecidas pela lei, e nunca poderão ser consideradas como conflitos de qualificação.

Distingue entre qualificações e regulamentação duma relação jurídica.

Se a qualificação se submete obrigatoriamente à — *lex fori* — , já assim não sucede com a regulamentação e então vemos a definição de nacionalidade, do domicílio e a sua aquisição serem submetidas ao império da — *lex fori* — .

A esta distinção feita por ARMINJON corresponderá porventura a distinção entre qualificações primárias e secundárias de BARTIN.

Contudo, ARMINJON alarga, por vezes, a noção de qualificação, não admitindo a excepção de BARTIN, relativa à classificação dos bens em móveis e imóveis.

ARMINJON admite porém uma excepção. Em matéria de autonomia de vontade a lei escolhida pelas partes derroga a — *lex fori* — .

Reproduzem-se as próprias palavras de ARMINJON: «desde o momento em que as partes são livres de fazerem o que querem, é-lhes lícito realizar directamente a sua vontade, atribuindo ao acto jurídico uma qualificação que elas preferem».

D) — *Doutrina de DESPAGNET*. — DESPAGNET, o mais hostil adversário da teoria clássica, entende que, na divergência entre a qualificação da — *lex fori* — e a da — lei normalmente competente para regular a relação jurídica —, deve prevalecer sempre a qualificação desta última, pois que quando um legislador manda aplicar uma lei estrangeira a uma relação jurídica, deseja logicamente que essa lei seja aplicada enquanto organiza e regula aquela relação, já que o que atrai primeiramente a atenção do legislador, o primeiro ponto que ele procura resolver ao regulamentar juridicamente uma relação ou instituição social, é o da natureza ou qualificação dessa relação ou instituição.

Portanto, não respeitar tal qualificação seria começar por não aplicar à relação a instituição respectiva, a lei que em primeiro lugar a — *lex fori* — declara aplicável.

Qualificar, diz DESPAGNET, interpretar uma lei estrangeira através de noções que dela não imanam, seria afinal não a aplicar; seria, mais ainda, violar as regras de direito internacional privado que, em certos casos, prescrevem a aplicação da lei internacional estrangeira.

A qualificação estrangeira não constitui necessariamente um atentado à soberania nacional, pelo alargamento excessivo do domínio de aplicação das leis estrangeiras.

E que assim é, se vê pela qualificação estrangeira conduzindo à aplicação da lei nacional, ou pela qualificação da — *lex fori* — que pode conduzir à aplicação da lei estrangeira.

Os casos, argumenta ainda, regulados pela lei estrangeira e omissos no direito nacional ficariam sem resolução, pois pelos princípios da — *lex fori* —, as regras legislativas estrangeiras são afastadas, mesmo quando a lei nacional não possui regras análogas.

Como qualificar, pois, através da — *lex fori* —, as instituições jurídicas que ela ignora?

DESPAGNET admite, no entanto, excepções aos princípios por ele defendidos e enunciados, e que assim é, nos prova ao entender que o sistema que propõe para a solução dos conflitos de qualificação cessa quando a observância da qualificação da lei estrangeira for contrária às leis locais de ordem pública.

E) — *Doutrina de VAUTHIER*. — Defende, como DESPAGNET, a qualificação pela — *lex causae* — , seguindo mais ou menos os seus argumentos.

O ponto mais interessante da sua doutrina é a maneira engenhosa como procura fugir ao círculo vicioso, principal fundamento com que se pretende combater a sua teoria.

VAUTHIER julga o argumento do círculo vicioso pouco preciso, derivando duma ordem de ideias puramente abstrata e abandonando o ponto de vista psicológico.

O juíz não raciocina por etapas sucessivas, diz VAUTHIER, mas procura abarcar completamente o litígio. E sòmente depois de o ter examinado nos diferentes aspectos possíveis é que ele decide aplicar uma certa lei interna.

F) — *Doutrina de RABEL*. — RABEL propõe-se resolver, em manifesta opposição aos partidários da — *lex fori* — , o problema da qualificação, através da análise do carácter das regras de conflitos.

Para RABEL, as normas de conflitos não visam certas instituições precisas do direito nacional, não se dirigem apenas a estas, mas sobrelevam-se, dizendo respeito a factos, a situações da vida.

Assim, as regras de conflitos têm por objecto, não as diferentes instituições da lei nacional, mas factos, situações de ordem universal, aos quais todas as legislações se podem acomodar.

E RABEL exemplifica: a regra de conflitos relativa à tutela não entende por este termo, nem a tutela organizada pela lei nacional, nem uma instituição jurídica original dum direito estrangeiro, mas uma certa situação de facto que está na base de todas as regulamentações da tutela dos vários países.

E sendo assim, a qualificação não se impõe por nenhuma razão. Em presença duma regra ou duma instituição de direito estrangeiro, um juíz não se submeterá à qualificação do seu próprio direito nem à do direito interno estrangeiro, mas ele determinará, pelo estudo do conjunto do direito estrangeiro, o lugar que a regra ou instituição aí ocupa e em seguida ele enquadrá-la-á na ordem dos diferentes assuntos das regras de conflitos.

O estudo das instituições e disposições do direito estrangeiro

deve, pois, obedecer ao método corrente em matéria de direito comparado.

E assim, para RABEL, seguindo este método e analisando o maior número de instituições, chegar-se-ia para cada uma delas a uma qualificação única e independente das leis nacionais.

RABEL não se limita a expôr as suas doutrinas para a sua resolução do problema das qualificações, mas ataca BARTIN naquilo que considera as partes fracas da sua teoria — instituição jurídica estrangeira, desconhecida na — *lex fori* — e distinção entre qualificação primária e secundária.

G) — *Doutrina de MERIGGI*. — Partindo, como RABEL, da ideia da autonomia das regras de conflitos, procura delimitar ainda mais a definição de qualificações.

Qualificar é, para MERIGGI, criar a definição tipo que corresponda à concepção universal do fenómeno em discussão.

Vê-se, pois, desde já, como o problema das qualificações se põe em termos diferentes para MERIGGI. Para ele o conflito não surge entre as diversas qualificações nacionais dum mesmo fenómeno, mas sim entre as qualificações tipos.

Mas então como surge, para MERIGGI, o conflito de qualificações?

Diz MERIGGI: os conflitos são devidos à complexidade da vida, de tal maneira que não é possível estabelecer com exactidão a qual qualificação tipo o fenómeno pertence.

O conflito não existe entre as concepções e regulamentações das diversas legislações; a dificuldade provém dos aspectos múltiplos que o objecto do litígio apresenta.

E assim, quanto a MERIGGI, o problema das qualificações consiste em estabelecer a qualificação preponderante.

Existe uma realidade a que falta um aspecto saliente que permita, mesmo à luz das qualificações tipos respectivas, afirmar com segurança se se trata duma questão de forma ou de capacidade, e é esse aspecto saliente que é preciso determinar como fulcro de toda a questão.

MERIGGI classifica as qualificações tipos em duas categorias: a qualificação pessoal e a qualificação territorial. E, como já

vimos, a divergência nasce unicamente do antagonismo entre estas espécies de qualificações.

Relativamente às qualificações pessoais e territoriais, o conflito deve ser resolvido dando preponderância à qualificação pessoal, e isto porque, diz MERIGGI, «a suprema concepção inspiradora do direito é a protecção da personalidade humana e os seus atributos morais e patrimoniais imediatos».

Tem-se assim, dum lado, tudo o que diz respeito à qualificação pessoal e, do outro lado, tudo o que respeita à qualificação territorial, isto é, que tenha natureza nitidamente territorial.

São estas as duas qualificações fundamentais. Mas, no interior destas duas vastas categorias de qualificações, admite MERIGGI qualificações secundárias da teoria clássica.

Em caso de conflito entre várias qualificações subordinadas, deve dar-se preferência àquela que fôr mais nitidamente pessoal, se estivermos dentro da qualificação tipo pessoal, e á mais nitidamente territorial, se estivermos dentro de qualificação tipo territorial.

Vê-se assim estabelecer uma hierarquia de qualificações subordinadas, dentro das duas espécies de qualificações-tipos.

Nas qualificações pessoais, o estado e capacidade precederão as relações de família e, sucessivamente, o direito sucessorial e as doações.

Nas qualificações territoriais, a hierarquia estabelecer-se-á do seguinte modo: primeiramente a qualificação da *lex fori* — , seguida da — *lex loci* — e da — *lex rei sitae* — .

Resumindo: o trabalho de qualificação opera-se em duas etapas: primeiramente procura-se a qualificação tipo, qualificação territorial ou pessoal, e em seguida estabelece-se a qualificação subordinada segundo o direito interno competente.

Mas a existência destas categorias de qualificações, não resolve completamente a questão das qualificações. Nem todo o fenómeno, facto, objecto, ou relação jurídica, cairá fatalmente dentro dessa qualificação.

MERIGGI põe de fora uma outra categoria, a categoria das qualificações objectivas, que dizem respeito à definição das coisas materiais, tais como: uma mesa, navios, móveis ou imóveis.

Expostos alguns sistemas, aqueles que marcam uma posição

mais nítida, passa-se a examinar se algum é aconselhável ou se resolve o problema. Este exame resulta já da sua própria exposição.

A doutrina de BARTIN, mesmo sem as arestas que os seus partidários tentaram aplinar, afigura-se insuficiente e até mesmo arbitrária.

Como dar solução à hipótese duma instituição jurídica estrangeira desconhecida pela «lex fori»? Este argumento, suscitado por DESPAGNET, e depois por RABEL, é inteiramente procedente e indiscutível.

Estes casos, em manifesta oposição ao espírito do direito internacional privado, ficariam sem solução.

O argumento — do conflito de soberanias — é também afastado por DESPAGNET: «a qualificação pela lei estrangeira pode conduzir à aplicação da lei nacional, e a qualificação da — lex fori — pode levar à aplicação da lei estrangeira»; e ainda por VAUTHIER: «a soberania e lei não se confundem; a própria soberania por vezes ordena a aplicação da lei estrangeira».

O sistema de BARTIN e NIBOYET, como foi superiormente notado por RABEL, não suporta distinção entre qualificações primárias e secundárias. Nos dois casos, e dentro do exemplo clássico do art. 999.º do Código Civil Francês, quer na definição do termo «forma» quer na definição do termo «autêntico», a interpretação do juiz incide sobre a escolha da lei competente, isto é, sobre o limite de aplicação da lei nacional. E a prática confirma esta afirmação.

Quanto ao argumento, que mais forte parece — as qualificações devem ser feitas pela — lex fori — visto as regras de conflitos estarem ligadas às diversas categorias de instituições de direito interno — pode ser afastado.

O juiz, longe de atender as regras abstratas das teorias clássicas, examina o litígio no seu conjunto, examina as diferentes legislações eventualmente aplicáveis, e escolhe em seguida as leis que lhe parecem mais aptas para resolver o litígio. A qualificação perde assim muito da sua importância, fazendo-se posteriormente às regras de conflitos.

A teoria clássica só dá soluções abstratas e doutrinárias sem ligação com o litígio concreto, e chega a resultados artificiais e

inexactos. Na verdade, a questão de qualificação identifica-se com a questão do campo de aplicação das regras de conflitos e não poderá ser resolvida pela aplicação pura e simples das concepções doutrinárias do direito interno.

É preciso, ao contrário, examinar o litígio no seu conjunto e aplicar, em vista do resultado procurado, certas disposições estrangeiras, ou inversamente recusá-las, inconciliáveis com a — *lex fori* — ou com a solução litigiosa que se deseja obter.

E examinando as decisões dos tribunais, analisando mesmo as hipóteses apresentadas por BARTIN em apoio da sua tese, chega-se a conclusões diferentes. A jurisprudência não confirma a sua teoria com a extensão que indica. Na hipótese da «viuva malteza», o tribunal nitidamente qualificou segundo a — *lex causae* —, ou seja a lei malteza «direito matrimonial», e não segundo a — *lex fori* —. Por outro lado, os tribunais aplicam tanto a lei nacional, como a lei estrangeira, segundo as circunstâncias do litígio. Examinam a lei nacional como a lei do lugar, lei do processo, lei de polícia ou lei convencional, mas não com o título de — *lex fori* —.

O pretender resolver o problema das qualificações pela *lex fori*, seria aplicar pura e simplesmente a *lex fori* a todos os litígios.

Este ponto, afim de evitar repetições, será mais desenvolvido, ao apresentar a solução adoptada.

O sistema da — *lex causae* — também parece indefensável.

O argumento — da petição de princípio — apresentado pelos adversários é indiscutível.

Como saber qual a lei a aplicar a uma relação jurídica, sem estar fixada previamente a natureza dessa relação? A qualificação deve preceder logicamente a aplicação da lei.

Não se explica mesmo a razão porque se deve atribuir competência a uma certa legislação, e não a outra. A capacidade, por exemplo, é regida pela lei nacional. Porque? Pelo exame da natureza das instituições jurídicas, apreende-se que a lei nacional é particularmente apta para reger a questão da capacidade das pessoas. Porém este trabalho de dedução supõe que o legislador possui uma noção clara e prévia de capacidade. Ora, se é uma lei estrangeira qualquer, não determinada antecipadamente,

que diz o que é capacidade, o legislador não pode ter aquela noção clara e prévia, e a escolha da lei nacional para reger as questões de capacidade não se justifica.

E as decisões dos tribunais, igualmente não confirmam estas doutrinas da — *lex causae* — .

A orientação universalista, último sistema apresentado, também não se afirma procedente.

A noção da regra de conflitos, por ele dada, está viciada. O carácter complexo do litígio e das relações jurídicas, permitirá sempre várias maneiras de ver e impedirá a formação de qualificações universais homogêneas.

Mesmo, sobretudo na doutrina de MERIGGI, nunca poderia haver conflitos de qualificação.

O fenómeno, ou se apresenta em toda a sua simplicidade e evidência, e então não haverá conflitos de qualificação; ou não será possível, devido à complexidade da vida, à complexidade das relações jurídicas, determinar com exactidão a que qualificação tipo o fenómeno pertence. Parece de facto surgir um conflito de qualificações.

Diz com efeito MERIGGI: «Neste caso, complexidade da vida, de tal maneira que não é possível estabelecer com exactidão a qual qualificação tipo o fenómeno pertence, há conflito de qualificações e dá-se preponderância à qualificação pessoal».

Dir-se-á, porém: então, ainda neste caso, haverá conflito de qualificações. E isto será assim, porque há sempre uma qualificação que se aplica, a qualificação pessoal, e outra que nunca se aplica, a qualificação territorial.

Perguntar-se-á então: para que serve a qualificação territorial?

Responderão os partidários da doutrina de MERIGGI: a qualificação territorial aplica-se quando o aspecto saliente da questão fôr de natureza nitidamente territorial.

Mais uma vez se dirá: aí também não há conflito de qualificações. Se há aspecto saliente, não há conflito, e isto de harmonia com a própria orientação de MERIGGI, que exige, para que haja conflito de qualificações, que o fenómeno esteja envolto em nebulosidade que dificulte a colocação dele em uma ou outra das categorias por ele mesma indicadas

E assim conclui-se: ou não há conflito de qualificações, ou, se há, aplica-se sempre a qualificação pessoal, o que equivale à inexistência de conflito, visto que apenas uma qualificação sistematicamente se aplica.

A doutrina de MERIGGI é portanto falsa.

Deste modo, vê-se que as principais correntes que tentaram resolver este problema, o que já mesmo se podia concluir de sua exposição, não o conseguem fazer.

Nenhuma, nem mesmo a de BARTIN, consegue, fiel aos seus princípios, dar-lhe uma solução absoluta. Necessário se torna recorrer sempre a exceções e limitações. Tudo resulta dos princípios teóricos de que partem.

Foi por se ver que, apesar de tantos esforços, não se conseguiu obter êxito completo e seguro, e ainda com base sempre na ideia de tentar a simplificação das relações de direito internacional privado, que se pensou neste problema, tentando dar-se-lhe uma solução o mais harmônica com as realidades e completamente alheia a qualquer das doutrinas atrás expostas.

CAPÍTULO II

SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DE QUALIFICAÇÃO

I — *Carácter complexo do litígio.* — Por maior que seja a simplicidade aparente do litígio judiciário, este visa uma situação complexa que compreende os interesses mais diversos. E, como a cada interesse corresponde uma certa regra jurídica, daí surgir a multiplicidade de regras jurídicas.

Todo o processo implica uma luta entre os diferentes interesses em causa; o interesse das partes, o interesse do Estado representado pelo Ministério Público, o interesse de terceiros e o interesse de toda a sociedade. Assim, e como aos vários interesses correspondem diversas disposições legislativas, numerosas regras se aplicam, cuja coordenação se torna necessária para dar satisfação aos diversos interesses em causa.

Esta complexidade do litígio corresponde à realidade das coisas e à multiplicidade dos interesses em jogo.

Entre estes, uns são permanentes — interesse do Estado e da sociedade —, outros são próprios de cada litígio — interesses das partes. E cada um pretende a aplicação do texto que favoreça os seus interesses.

No campo de direito interno, não obstante a diversidade de textos e a intervenção de numerosos interesses, as complexidades que surgem não são relativamente grandes. Os textos completam-se, formam um sistema harmónico e, nos casos duvidosos, a jurisprudência e a doutrina acabam por estabelecer um direito coerente e restabelecer o equilíbrio do sistema jurídico.

As dificuldades porém tornam-se enormes, logo que o litígio reveste um aspecto internacional.

O juiz não poderá aplicar só o seu direito nacional, pois teria de submeter a este direito situações que ele não prevê; mas também não pode deixar de o aplicar, pois tem de atender aos interesses nacionais que intervêm no litígio.

A solução é, como no direito interno, procurar o juiz as regras mais harmónicas aos interesses em causa.

A complexidade do litígio exige a aplicação de numerosas regras jurídicas, cada uma correspondendo a um interesse litigioso. Se alguns interesses revestem um carácter externo, lógico e natural é atender, aplicando o mesmo método de direito interno, às regras dos países estrangeiros que lhes correspondem.

Se em direito interno se consegue chegar a uma solução harmónica, o mesmo não acontece em direito internacional. Em primeiro lugar, porque as regras jurídicas, fazendo parte de determinado sistema, só têm por fim regular litígios internos. Em segundo lugar, porque a interpretação cria novas dificuldades. As disposições do direito estrangeiro, correspondendo a certos interesses do litígio, não podem ser interpretadas, nem como textos de direito internacional, pois seria não os interpretar dentro do seu sistema, nem como fazendo parte do seu direito, pois seria desencadear a aplicação dum sistema jurídico que só tem relações parciais com o litígio.

Assim, a aplicação das regras de diferentes sistemas jurídicos, contradizendo-se, não pode chegar a uma solução harmónica.

Resulta deste modo que é difícil chegar em direito interna-

cional a uma solução estável e constante. No litígio interno, qualquer que seja o seu aspecto, encontramos sempre em presença do mesmo sistema jurídico; no litígio internacional, o direito aplicável não é limitado a um sistema legislativo, mas depende do aspecto concreto do litígio.

Daí a maior dificuldade da sua solução.

Em face da impossibilidade de assimilar o litígio internacional ao interno, o direito nacional edita certas regras para o solucionar.

A razão de ser da regra de conflitos encontra-se assim na presença de elementos externos e não como limite de soberanias. O Estado estrangeiro aparece como entidade particular.

A aplicação do direito estrangeiro obedece, não ao princípio de respeito pela soberania estrangeira, mas a considerações de oportunidade. E isto não conduz, como o pretendem os adversários da Escola Holandesa, a decisões arbitrárias.

A justificação das regras de direito internacional privado encontra-se na sua utilidade e não na existência dum direito superior.

Estas supõem como toda a regra jurídica um elemento de conexão e um comando.

O elemento de conexão liga-se aos elementos mais essenciais do litígio judiciário.

No comando reside a originalidade destas regras, dado que indicam, obedecendo à ideia de localização dos interesses, a lei competente para regular determinado litígio e não a solução directa.

Com efeito, era difícil, senão impossível, conceber um sistema jurídico em que cada realidade jurídica, ou melhor, em que cada relação tivesse a sua norma de conflitos correspondente ou fosse especialmente regulamentada para a hipótese de ter elementos de conexão em contacto com legislações estrangeiras.

É por isso que a norma de direito internacional privado tem sempre um carácter mais amplo e geral, uma formulação mais lata, presumendo sempre uma qualificação das relações jurídicas que irão preencher os termos gerais da norma de conflitos.

Quer dizer, dada a impossibilidade de regulamentar, caso por caso, a norma de conflitos presuppõe um agrupamento das

diversas realidades do direito e será sobre cada um desses grupos que ela é formulada.

Daqui resulta que a sua interpretação só pode ser feita conforme essa qualificação, esse quadro de classificações da relação jurídica. Isto torna-se tanto mais patente quanto é certo que o seu legislador é o mesmo que o do direito interno — o legislador nacional — e a sua aplicação é restrita aos seus próprios tribunais.

Ora, se assim é, se os termos gerais das normas de conflitos presupõem a sua especificação feita pelo direito interno, se os grupos a que elas se aplicam são produto do mesmo sistema jurídico, não será difícil subir um pouco mais e analisar enfim o seu verdadeiro conteúdo.

E na impossibilidade de regulamentar cada caso, a norma os regula por grupos. É claro que vem, afinal, regulamentar da mesma maneira os casos individuais — as relações jurídicas — que formam cada um desses grupos. Queremos com isto dizer que indirectamente a regra de conflitos acaba sempre por regular cada caso singularmente e nada depõe contra isto o facto de se juntar sob a mesma qualificação tudo o que ela regula da mesma maneira.

Quando, por exemplo, a norma de conflitos diz que o «estado» e a «capacidade» são regulados pela lei pessoal, não diz outra coisa senão que cada uma das realidades jurídicas que no seu conjunto formam o «estado» e a «capacidade» são reguladas por essa lei.

Com efeito, «estado» e «capacidade» é aquilo e só aquilo que o legislador interno entende dever compreender-se como tal.

Como se disse, a norma de conflitos tem de ser interpretada segundo as concepções do direito interno a que pertence e esta interpretação visa justamente a preencher o sentido da norma. Vai-se mesmo ao ponto de dizer que a norma de conflitos só está perfeita, só é verdadeiramente norma, quando se substituem os termos gerais que usa por cada uma das realidades que ela abrange.

Em virtude desta ideia vaga, imprecisa, justificam-se todas as soluções do problema de conflitos.

Como cada elemento do litígio é regido por uma determinada

lei, em boa lógica ter-se-ia a aplicação simultânea de legislações diversas.

E esta é impossível. O problema seria assim insolúvel, se os tribunais não fizessem a apreciação concreta dos interesses que intervêm no litígio, dando a prevalência a um dos elementos.

II — *Solução adoptada.* — Para a teoria clássica, compreende-se na palavra «qualificação», não só a determinação do objecto do litígio, isto é, a questão de saber se o litígio respeita ao domicílio, às pessoas, aos bens, à forma, etc., mas também a determinação do carácter do litígio, a classificação das disposições legais e até mesmo a interpretação dos termos legais.

Convém manter todas estas questões compreendidas nas palavras «qualificação». E, conforme o seu objecto, estabelecem-se duas categorias: — qualificação dos factos — ou seja a classificação da situação litigiosa, e — qualificação de direitos — ou seja a interpretação das regras e instituições jurídicas.

A análise destas duas categorias de qualificação leva porém a soluções diversas das apresentadas pela teoria clássica. Esta, não só confunde as duas qualificações, como também estes conflitos não se apresentam com o aspecto que indica.

Não são as divergências de concepção entre os sistemas jurídicos que, como entendia a doutrina clássica, constituem os conflitos de qualificação. Estes resultam do facto do direito internacional privado, atendendo ao carácter complexo do litígio, querer ligar a cada elemento litigioso a legislação que melhor lhe corresponde. Assim, estes diferentes elementos determinam a competência simultânea de diversas legislações, a maior parte das vezes inconciliáveis.

O conflito de qualificação dos factos é devido, pois, não às divergências de concepções jurídicas, mas à complexidade do litígio.

Nos conflitos de qualificação de direitos não existem conflitos de concepção entre a — *lex fori* — e as leis estrangeiras. Se a questão tem lugar a respeito de um texto de direito nacional, a legislação estrangeira não poderá intervir para o interpretar; e, no caso contrário, as discussões acerca de um texto de direito estrangeiro só se produzirão dentro dessa legislação.

Mesmo assim, as qualificações levantam bastantes dificuldades.

Quanto à qualificação dos factos, o carácter complexo do litígio permite sempre várias. Quanto à dos direitos, as regras jurídicas complexas dão origem a divergências de classificação e interpretação.

As partes invocam as diferentes qualificações, afim de obter a aplicação de certa lei interna. E como aquelas são devidas ao carácter complexo do litígio e das regras jurídicas, isto tira todo o valor ao princípio da — *lex fori* — .

Esta teoria tem de ser afastada, por vários motivos, como se viu. É um engano supor, como faz a maioria dos autores, que é qualificação pela — *lex fori* — toda a interpretação e classificação dum texto feita pelo seu próprio direito. Isto é cabalmente desmentido pela jurisprudência.

Se se examinar a jurisprudência, é-se levado a verificar que o juiz se inspira unicamente na apreciação dos interesses concretos em causa. A cada elemento do litígio corresponde uma determinada legislação. Se estas são conciliáveis, o juiz applica-as cumulativamente; caso contrário, opta pela que lhe parece representar o interesse preponderante e a este subordina os outros interesses litigiosos.

Que papel desempenha então a qualificação?

Permite ao juiz justificar juridicamente a escolha da lei competente, qualificando o litígio ou o texto, de modo a suscitar a competência da lei que deseja aplicar.

Poder-se-á dizer que deste modo o juiz poderá decidir arbitrariamente. Mas a objecção não colhe.

Quanto à qualificação de factos, esta é ilimitada como os próprios factos e o juiz optará pela mais oportuna.

Quanto à qualificação dos direitos, as regras fazem parte dum sistema jurídico e este indica ao juiz dentro de que limites a interpretação e a qualificação são permitidas. A liberdade do juiz dependerá da precisão, maior ou menor, das regras consideradas. Poderá optar pela interpretação ou qualificação mais oportuna, com a condição de a escolher entre as que o sistema jurídico lhe permite.

É o que acontece em direito interno, em que o juiz é obrigado

a optar por uma certa interpretação dum texto. Se não houvesse várias concepções possíveis àcerca do mesmo texto, os litígios não teriam razão de existir. E só a jurisprudência e as regras precisas põem termo às várias interpretações.

Lógicamente, a qualificação precede a escolha da lei competente; a prática porém modifica esta ordem. O juiz escolhe, em primeiro lugar, a lei que corresponde ao interesse preponderante e, em seguida, opta, dentro dos limites indicados, pela qualificação que lhe permite justificar a escolha. A determinação da lei competente e a qualificação obedecem ao mesmo princípio: a apreciação dos interesses em causa.

A analogia com o direito interno é nítida. Neste, as partes baseiam as suas conclusões em regras diversas. E os tribunais, conforme os casos, dão a sua preferência por uma determinada qualificação.

Se o critério e o método da jurisprudência, tanto em direito internacional privado como em direito interno, parece ser o mesmo, contudo, neste último, o papel da qualificação surge menos nitidamente. Em direito interno, os litígios com o mesmo aspecto compreendem, quase sempre, os mesmos interesses e a prática pode formular uma regra permanente. Pelo contrário, em direito internacional privado, litígios com a mesma estrutura podem comportar interesses diversos, conforme os elementos externos. Aqui, o juiz terá de proceder em cada caso a uma nova apreciação dos interesses concretos, — e daí o carácter de incoerência da jurisprudência em direito internacional privado, embora esta obedeça aos mesmos princípios e métodos do direito interno.

As regras de direito são resultado da experiência e da história e, desde que surge um novo interesse, a regra terá de sofrer uma nova interpretação ou uma nova modificação do legislador. Em direito internacional privado, os litígios da mesma natureza, em virtude da diversidade de elementos externos, apresentam aspectos diversos e assim se justifica serem mais amplas e gerais as regras deste direito.

É esta diversidade que torna difícil indicar ao juiz um critério seguro e constante. No caso do acordo entre as várias legislações ser irrealizável, o juiz deve subordinar, hierarquizar os in-

teresses. O método do tribunal será este: apreende sucessivamente as diferentes interpretações das regras de direito, para manter a interpretação que lhe permite aplicar a lei que representa os interesses mais importantes. A função da qualificação reside em fazer notar o carácter complexo do litígio e dos diversos interesses em causa e justificar em seguida a solução final do juiz.

O ideal seria poder estabelecer-se uma hierarquia de interesses. E na prática podemos notar uma certa tendência para subordinar todos os interesses ao do Estado do tribunal. Quer dizer, o juiz examina, em cada caso, se o Estado ou a sociedade de que faz parte tem interesse, pela situação dos bens, pelo lugar do acto ou do processo, pelo domicílio das pessoas ou da nacionalidade, em aplicar a legislação do seu tribunal.

Se assim acontece, as legislações competentes estrangeiras serão subordinadas à aplicação desta ou afastadas. No caso contrário, é impossível estabelecer uma hierarquia determinada e ter-se-á de confiar no juiz, como acontece em direito interno.

É afastado de qualquer teoria pre-concebida, mesmo da — *lex fori* — ainda que muitas vezes as soluções sejam idênticas, que o juiz vai fazer aplicação da lei que dê ao litígio a solução mais justa.

Américo Caetano Nunes