

# BREVE ENSAIO SOBRE UMA CONSTRUÇÃO DE ERNEST FRANKENSTEIN

Pelo DR. PIO COELHO DE MENDONÇA

## CAPÍTULO I

### O SISTEMA DE FRANKENSTEIN (1)

#### 1 — O conceito de Direito

Todo o centro da construção, que FRANKENSTEIN faz do seu direito de limites (GRENZRECHT), repousa no conceito de direito que ele formula logo no começo do seu famoso livro.

Com forte auxílio dos ensinamentos que a filologia lhe empresta, procura FRANKENSTEIN remover todas as dificuldades para a conceitualização de um direito pragmatístico, pois é segura nele a convicção de que o direito, ainda mesmo quando ditado pela consciência popular, se propõe um fim prático: ou a realização do direito justo (*richtig Recht*), ou a satisfação daquelas necessidades prementes que uma colectividade sente. Desta feita, ele procura focalizar, através do sentido semântico da palavra *Direito*, rebuscado desde as principais línguas europeias até o latim, aquilo que lhe determina o conteúdo próprio, a sua essência, porventura mesmo o que o seu

---

(1) ERNEST FRANKENSTEIN nasceu em Dortmund, na Alemanha, em 1881; foi juiz (1907), advogado em Berlim (1908). Em 1935 fixou residência em Paris (por motivos raciais) até 1938. De então para cá não sabemos nada. Publicou em 1926 o primeiro volume do seu livro, em Berlim, o segundo em 1929, o terceiro volume em 1934 e o quarto volume, e último, em 1935. O primeiro volume é dedicado às bases e à parte geral da ciência do direito internacional privado. O segundo volume trata do direito das coisas, das obrigações, e comercial e marítimo. O terceiro volume versa direito da família, e o quarto volume direito de família (continuação), direito das sucessões e conclusão. Em 1930 FRANKENSTEIN fez em Haia um curso (*Recueil des Cours*, 1930, III, 33); em 1932 o «Buletin de la Société de législation comparée», n.º 4 a 6, págs. 190-204, e a «Revue de droit international privée» (XXVII, 192), publicaram resumos escritos pelo próprio autor.

traço de evolução nos oferece. Assim, apoiado em autoridades nos assuntos de filologia, **FRANKENSTEIN** desenha-nos, em linhas rápidas embora, aquilo que se esconde atrás da palavra *Direito*. Não sofre dúvida para si que, quer em francês, quer em espanhol, quer em italiano, se encontra encoberto o mesmo conceito a definir: uma direcção. *Droit*, *derecho*, *diritto* e *right* têm a mesma raiz semântica: o que é direito, o que é justo, o que segue uma direcção, o que vai de acordo com alguma coisa. É que, para **FRANKENSTEIN**, a linguística é uma fonte rica de ensinamentos, enquanto é ela mesma que nos dá o sentido exacto dos vocábulos, fazendo realçar o *fundo cultural* que eles contêm em si, porquanto «in den Worten der Sprache das Denken der Vergangenheit niedergelegt ist» (1). Quer dizer, com a ajuda da filologia pode buscar-se uma análise profunda do conceito de *Direito*. E aquele mesmo achado que **FRANKENSTEIN** fez nas línguas românicas atrás citadas e no inglês (2), se repete no próprio alemão. Consultem-se, na verdade, **KLUGE** (3) e **MICHEL BRÉAL** (4), nos vocábulos, respectivamente, «*recht*» e «*rego*».

Mas que acordo podemos nós achar entre aquilo que a filologia nos sugere e aquilo que **FRANKENSTEIN** nos diz ser o conceito de *Direito*? Precisemos, então, este conceito.— Segundo **FRANKENSTEIN**, cada um de nós, no seu dia-a-dia de apreciações e avaliações a que é solicitado, toma a oportunidade de considerar como apreciável, como justa, qualquer coisa e, se se demorar em comparações, cedo poderá relacionar um facto com outro e receber este como justo e aquele como injusto. Quer dizer, a pessoa que assim proceder terá formulado, primeiramente, um juízo simples (*Einzelurteil*), e, no segundo caso, pois comparou vários juízos particulares, simples, já passou para o campo de um novo conceito. Isto é, mercê da comparação de vários juízos particulares, resultou um juízo colectivo, um juízo abstracto (*Massenurteil*, *abstrakte Urteil*). E de tal forma

(1) **FRANKENSTEIN**, «*Internationales Privatrecht*», vol. I, pág. 2.

(2) Em inglês «*right*» é mais para significar direito subjectivo (*Declaration of rights*); «*law*» traduz o direito objectivo. Sobre a origem da palavra «*right*» consulte-se **W. W. SKEAT**, «*An etymological dictionary of the english language*», 4.<sup>a</sup> ed., Oxford, pág. 519.

(3) **KLUGE**, «*Etymologisches Wörterbuch der deutschen Sprache*» (8 Auflage, 1915, pág. 362).

(4) **M. BRÉAL**, «*Dictionnaire étymologique latin*», 4.<sup>a</sup> ed., 1918, pág. 305.

toma relevo isto, que, ao dizer-se agora *das ist recht* (isto é justo), não se quer significar com isso, de maneira nenhuma, correspondência com o que o *meu* juízo entende; estamos em face de um juízo de validade geral. Desta forma resulta que o sujeito psicológico da oração proferida, em juízo simples, «isto é justo», já é outro, pois que também outro é o juízo expresso: trata-se de um juízo colectivo e, por conseguinte, o sujeito psicológico é uma generalidade de pessoas, é uma colectividade. Justamente por ser agora uma generalidade de pessoas o suporte, o sujeito psicológico do juízo «isto é justo», ampliou-se, prosseguiu tão continuamente esta abstracção, que não deixa de poderem cindir-se as acções em acções justas e acções não justas. E porque a generalização destes juízos colectivos não podia deixar de abranger toda a actividade judicadora do grupo humano, este, tomado da necessidade de dar ordem aos seus conhecimentos de harmonia com conceitos normativos cada vez mais elevados, sentiu o impulso de considerar agora que aquilo que é justo, o justo, deixa de ser como que o predicativo do juízo colectivo «isto é justo», para ser antes «justo» o próprio juízo. Por palavras de FRANKENSTEIN: «o predicado do juízo, que era a única afirmação que interessava, tornou-se linguisticamente o facto principal... o substantivo» (1). Quer dizer, *do* que era «justo» passámos *ao* que é «justo»; *do* Direito passou-se *ao* Direito. E, como se torna evidente, pode estender-se a todos os ramos da actividade humana a pesquisa do que é justo e do que o não é. Sòmente ao Direito não interessam *todos* os juízos que possam formular-se, assim seja o justo na arte, o justo nas matemáticas, etc. Explicando melhor: o juízo «justo», «direito», apenas quer traduzir a concordância da generalidade das pessoas, que compõem um grupo, na avaliação de uma acção, de uma série de acções, podendo, por consequência, ter-se esta actividade judicadora em qualquer sector ou campo do pensamento humano. Bom é frisar que «justo», «direito» não quer designar o campo em que toma lugar o juízo, isto é, o campo a que pertence o juízo; só quer referir aquela concordância.

FRANKENSTEIN não pretende ter conseguido a explicação segura de como se terá operado esta evolução histórico-linguística, mas cuida que de alguma maneira assim o poderia ser, se se acei-

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 5.

tasse a hipótese de que a construção de um sistema jurídico é «como um reflexo da primitiva organização humana» (1).

Ora, assim teremos compreendido o acordo que FRANKENSTEIN procura encontrar entre o conhecimento da filologia e o seu conceito de Direito. É que o contributo da filologia está precisamente no facto de nos ter mostrado, dentro dos quadros da psicologia colectiva, um dos dados do conceito de Direito: «...die seiner Entstehung voraufgehende Urteilsbildung» (2).

Todavia, com esta contribuição, a filologia deixou de prestar cuidado a um outro aspecto interessante do problema: o da formação da vontade (Willensbildung). Falta-nos, pois, referir o outro aspecto da questão, o outro elemento — a vontade —, que completa o lado externo do conceito de Direito.

Vimos como, com o auxílio das línguas modernas, nos foi possível formular o juízo lógico, e agora vejamos como se formula o juízo psicológico. Ao enunciarmos o primeiro juízo, não deixámos o contacto com a realidade, pois tomávamos como justo ou injusto somente o que víamos, o presente. Agora, no campo do juízo psicológico, justamente porque entramos em linha de conta com a vontade, pode cada um de nós formular juízos de validade (ou valoração) em vista do futuro. Isto é, pode cada um representar-se acções de futuro, acções que se não realizaram, pois o elemento vontade faculta ao homem a possibilidade de *querer* como justa ou injusta esta ou aquela acção, já que elas dependem do seu próprio julgar e podem ser justas ou injustas na medida do seu querer. É que o homem propõe-se fins e, precisamente por isso, ele chama justas às acções que lhe são úteis, e injustas às acções prejudiciais. E aqui nos aparece o fenómeno jurídico com o seu carácter imperativo próprio: o comando. O homem, porque quer as acções justas, o mesmo é que dizer úteis, quer, naturalmente, que estas se realizem, que todos, formando um grupo, as sigam, ajam de futuro de harmonia com o seu próprio juízo. A vontade, pois, surge-nos como o aferidor do que é justo e do que o não é. A vontade de um. Cedo, porém, sucede que por cima do juízo ou juízos deste *um* aparece um juízo colectivo, o juízo da generalidade das pessoas a querer o mesmo fim. Eis-nos,

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 5.

(2) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 6.

pois, na presença da «vontade colectiva como condutora dos juízos colectivos» (1). E o conceito do direito brota-nos assim, naturalmente, como «was nach dem Urteil aller als Grundsatz für das Handeln aller zu gelten hat» (2). Na convicção da sua *justeza* é que assenta, pois, o fundamento deste conceito jurídico.

Apontámos, por agora, apenas o lado externo do conceito de direito. Na verdade, referimos que o homem se propõe acções justas, acções não prejudiciais, mas foge-nos das mãos a possibilidade de definir *aquilo que é justo*, aquilo que a convicção jurídica da generalidade tomou como base do conceito jurídico formulado. Que é, concretamente, o justo para a massa dos indivíduos que compõem um grupo? É *alguma coisa* que não sabemos. A filosofia do direito pretende desvendar este mistério («das grosse Rätsel»), mas, no pensar de FRANKENSTEIN, o muito que ela pode dizer-nos é o que entende por justo um certo indivíduo. Poderíamos enunciar *um* princípio geral («ein allgemein Grundsatz») e esse só significaria que o homem não pode fugir, totalmente, ao meio ambiente em que vive, de tal sorte é compelido a tomar como justo aquilo que, de acordo com a cultura do seu meio, é um estímulo para a vida, é a expressão do instinto de auto-conservação.

FRANKENSTEIN não aceita, pois, nenhuma das explicações que a filosofia do direito propõe: impulso jurídico («Rechtstrieb»), vontade jurídica («Rechtswille»), etc. E, porque assim entenda, já se vê que *aquilo* que serve de fundamento, ou o motor desta convicção jurídica, é algo que se não concretiza, que não cristaliza, é um tanto vago, não é coisa fixa, uma nebulosa quiçá, que sofre a influência da própria evolução do homem, em meio da acção que recebe do ambiente em que vive, da sua experiência, das invenções, descobertas e descobrimentos, etc., etc., um infindável rosário de influências exteriores, que tornarão precisamente mutável essa convicção da *justeza*, entendendo-se hoje como justo aquilo que ontem o não era e amanhã o será de novo. E, mercê da comunicação dos nossos sentimentos e juízos, aquilo que não passava ainda hoje do campo limitado do meu raciocínio, amanhã entrará, seguramente, no domínio das massas, da multidão. Fácil se torna agora ver como, uma

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 8.

(2) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 8.

vez no domínio da multidão a posse ou o conhecimento deste juízo da convicção jurídica, todos sintam a necessidade, por motivo mesmo da disparidade de opiniões num território com um número cada vez maior de indivíduos, de fazer parar este fluir perpétuo da referida convicção jurídica, na mira de, terminado uma vez esse estado de insegurança, fazer-se uma *fixação* desse fluir, uma espécie de corte transversal num corpo vivo («ein Querschnitt durch ein lebendiges Gewachs»).

Quer dizer, em substituição daquilo que os homens achavam antes «justo» ou «injusto», deve oferecer-se-lhe uma palavra que eles guardem na memória; porém, com o cuidado de que essa palavra não traduza hoje um juízo próprio sobre um caso particular, mas, pelo contrário, um juízo que é de todos e de validade permanente. O conceito de Direito surge, pois, como o aferidor de novos juízos que importassem comparações com juízos anteriores. Do que era mutável, fluído, passou-se para o fixo, estatuído e não há mais lugar para cada um pensar com liberdade sobre o que é justo ou injusto, pois esta palavra — Direito — contém em si o *substractum* de todos os juízos e experiências do passado, tomando agora a cor de alguma coisa de parado; «es ist das versteinerte Gestern» (1).

## 2 — O conceito de lei

Vimos, pois, como foi que os indivíduos, compondo um grupo, se propunham, primeiramente, um juízo de valor de aceitação geral, que se substituiu posteriormente por uma palavra — Direito. Esta palavra surgiu-nos como a cristalização de um fundo cultural em anos de formação, de sorte a exprimir uma concordância unânime dos membros do grupo sobre o que, à base de uma mesma convicção jurídica, era justo ou injusto. Conseguiu-se desta forma fazer uma *fixação* dessa incolorida e esfumada convicção, de maneira a poder falar-se em «passado petrificado». E os conceitos de direito e de lei surgem-nos, assim, simultâneamente, do mesmo fundo comum. Mas a lei é alguma coisa que, derivada do Direito, traduz uma ordem que condiciona e dirige uns e outros, governantes e governados, todos. A lei aparece, assim, com um carácter de uniformidade e, o que dantes era uma finalidade última a alcançar — o direito, a lei, figura

---

(1) FRANKENSTEIN, *Intern.*, vol. I, pág. 11.

agora como algo que serve de meio para a consecução de um outro fim. Com base num mesmo fundo histórico, etnográfico, geográfico, etc., operou-se a união de todos, sob o império do mesmo conceito de direito, de lei, de maneira a entender-se agora que, aquilo que era, que funcionava, primitivamente, como meio para almejar-se uma finalidade superior (uma homogeneidade de juízos), a união de todos, tornou-se ele mesmo um fim. Quer dizer, a união, voluntária ou obrigatória, de todas as forças de uma comunidade em ordem a fins individuais, transformou-se num fim em si mesmo. A união de forças é, pois, uma das condições para a consecução de um fim; não é a única, porque para se agir segundo um determinado sentido, segundo um fim, é necessária a existência prévia de juízos que são condição da acção. A obediência a estes juízos determinantes é obrigatória, pois de contrário surgiria a complicação, a confusão; e o receio de que à desobediência correspondesse uma expulsão do grupo, da união, faz que se observem as determinações, que a autoridade legislativa («os indivíduos mais fortes, quer física, quer intelectualmente») (1) imponha ao pensamento do indivíduo a sua força e assim se restabeleçerá a ordem que se havia perdido na associação. Desta maneira se vê, pois, como aquilo que a autoridade legislativa estatui se transforma, para todos, no conteúdo da lei (*Satzung* = *statutum*, na linguagem jurídica inglesa, à letra: *Statue law*). Não vá, porém, pensar-se que, por ser imposta obrigatoriamente, a lei, isto é, o juízo que a autoridade toma como conducente à finalidade da união, se corre o risco da arbitrariedade. De modo nenhum, pois que, imanente em todas as estatuições, jaz a convicção jurídica, evoluindo no juízo de todos. Esta convicção jurídica é a sentinela, a vigia do direito codificado e a própria autoridade não pode nunca provocar uma dissensão entre o direito e a lei, porque se encontra tão penetrada, imbuída desse perfume, desse eflúvio da convicção jurídica, que não pode nunca determinar-se fora dessa mesma convicção. Sugere isto a **FRANKENSTEIN** o exemplo de dizer que o próprio Nero não podia deixar de pensar sempre como cidadão romano, que era, do final do império; ou então Xerxes, que era persa, não podia nunca deixar de pensar como um persa, que era, do século V.

---

(1) **FRANKENSTEIN**, *Intern.*, vol. I, pág. 15.

Tal é a virtude dessa excelsa convicção jurídica.

Mas quem é esta autoridade, este detentor da lei de que temos falado?

Diz-nos FRANKENSTEIN que a convicção jurídica do que é justo e favorável ao desenvolvimento e engrandecimento da união vive depositada, adormecida na massa dos cidadãos, mas que a toma, como condutor, aquele ou aqueles que «nach der jeweiligen Auffassung das Hauptelement der Gruppe darstellen» (1). É que, na construção de FRANKENSTEIN, o poder deve entender-se baseado na comunidade e, por conseguinte, cada indivíduo torna-se deste modo o portador do Estado e da legislação. Resulta, assim, daqui, a impossibilidade de estatuição de normas, em tudo se assemelhando ao que se passa nas grandes sociedades comerciais, em que o poder monetário de uns tantos capitalistas subordina os interesses e direitos dos restantes accionistas. Não se cuide, porém, que com o predomínio de certos na execução da lei se consegue suprimir de vez a parte colaborante dos indivíduos, da massa dos indivíduos, na formação e adaptação contínua do direito legislado (Gesetzrecht).

Assim explica FRANKENSTEIN o nascimento do direito e da lei, e deles conceitua.

Resumindo, podemos dizer que o direito resulta como um conceito que a massa dos indivíduos faz das pretensas condições de vida, de um certo grupo, elevando-as a máximas. Entende-se por grupo uma pluralidade de homens vivendo mais ou menos nas mesmas condições e suportando pouco mais ou menos as mesmas influências do ambiente. No conceito do direito está contida a convicção jurídica que se forma num grupo, numa agremiação de homens, por forma que fora desse grupo falta o direito, o direito não existe. Quanto à lei, ela é uma ordem obrigatória deduzida do direito, e que se impõe ao grupo associado em ordem a um fim determinado.

Nos primórdios da vida humana, quando os indivíduos se não encontravam ainda associados, podíamos consentir na existência de um Direito, de uma convicção jurídica, mas lei é que não existiria por certo, pois que esta pressupõe uma autoridade compulsória, uma relação entre uma ordem superior e outra inferior, uma ordem enfim.

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 18.



A lei, por isso, só pode nascer, ao contrário do direito, numa generalidade ordenada, isto é, num grupo. Onde falte a ordem, falta, necessariamente, a lei.

Como consequência destes conceitos esquissados, resulta imediatamente que **FRANKENSTEIN** recusa a existência de um direito supra-estadual. E bem fácil é de compreender.

Com efeito, se o direito, como o vimos atrás, é o produto da existência de juízos formulados pelos indivíduos compondo um grupo, e do elemento vontade, não vemos caminho para fundamentar a existência de um direito supra-estadual, porque de toda a maneira, e sempre, o sujeito psicológico do juízo lógico, neste caso, haveria de ser o Estado ou Estados agremiados, e o elemento vontade teria de caber igualmente ao Estado ou grupo de Estados. Ora, é fora de dúvida que Estado não é um ser vivo a que possa atribuir-se um juízo ou uma vontade. O Estado não sente, não é senão uma abstracção e não dá por isso o seu concurso à formação do direito. Se assim é, não pode falar-se em direito supra-estadual, porque, no seu próprio dizer, «es gibt kein Recht einer Gemeinschaft, das nicht in der Rechtsüberzeugung ihrer Mitglieder wurzelt» (1).

Todavia, não se leve ao extremo a rigidez deste ponto de vista. Isto é, não se cuide que **FRANKENSTEIN** não entrevê a possibilidade de um estatuto supra-estadual (*Überstaatliche Satzung*) com carácter marcadamente internacional. Podem os Estados associar-se, independentemente de uma comum convicção jurídica, para a criação, não de um direito supra-estadual (*Überstaatliches Recht*), mas de um estatuto associativo supra-estadual (*Überstaatliche Verbandsatzung*) com o fim de regularem entre si as relações jurídicas que respeitam a qualquer campo jurídico. Estamos em face de um direito internacional, sem dúvida, mas no que se refere ao aspecto da sua formação e não ao conteúdo. É o caso das Convenções de Genebra ou de Haia. Assiste-se a um direito internacional supra-estadual compulsório de associações supra-estadauais em ordem a um fim.

A este direito chama **FRANKENSTEIN** internacional falso, artificial (*unechtes, künstliches Völkerrecht*), em contraposição ao di-

---

(1) **FRANKENSTEIN**, Intern., vol. I, pág. 23.

reito internacional puro, natural (echtes, natürliches Völkerrecht), nascido da convicção jurídica de que toda a humanidade civilizada está possuída (1).

### 3 — O direito de limites (das Grenzrecht)

Na busca do conceito de limites, FRANKENSTEIN arrasta-nos por longos caminhos das origens do problema e, ora com passo firme, ora mais vacilante, mas sempre sobre o trilho da fantasia (nicht geschichtlich), conduz-nos à conclusão de que o direito de limites (nome que dá sem grande fundamento — ohne nähere Begründung) tomou a sua origem no momento em que os homens, livres daquelas fases primeiras de sua natural evolução, enxergaram a existência de outros indivíduos vivendo também possuídos de uma convicção jurídica a que se acobertaram, criando deste modo o direito, o seu direito, que os protegerá em toda a parte.

Isto é, os homens, nas sociedades primitivas, habituaram-se a olhar-se como inimigos, como estranhos ao direito, nunca sujeitos ou portadores de sua ordem jurídica, antes objectos do direito de seus semelhantes estrangeiros. O progresso e o maior contacto com o mundo exterior fizeram, porém, acreditar na existência de ordens jurídicas estrangeiras diferentes e sofria-se, assim, a necessidade de regular as relações jurídicas entre nacionais de um território e estrangeiros. Seria necessário criar-se uma ordem jurídica superior?

Nos primórdios, sem dúvida, a imposição de uma ordem jurídica a um estrangeiro tornava-se natural, revestia a forma de uma força que obrigava e a que FRANKENSTEIN, genêricamente, chama Polícia (Polizei).

E assim havia de ser, desde que a solução unilateral era a única de harmonia com o estado de desenvolvimento intelectual e moral dos povos. Mas a regulamentação unilateral «é uma arbitrariedade», uma polícia, não constitui Direito» (2).

---

(1) Vide nota n.º 34 da pág. 25 do «Internationales Privatrecht», vol. I, de FRANKENSTEIN.

(2) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 30.

Numa segunda fase de evolução, os homens procuram harmonizar os diversos estatutos dos indivíduos em relações através de uma regulamentação bilateral que é assinalada pela criação de um organismo supra-estadual em ordem a um fim. FRANKENSTEIN sugere o exemplo, na antiguidade, do tratado de união latino-romano, e, na actualidade, as Convenções de Haia.

Falámos já em direito de limites. Que se propõe tal direito? De que meio ou meios lançará mão?

Depois de assinalar toda a rede de dificuldades que tentativas anteriores tiveram de suportar, FRANKENSTEIN refere o choque inevitável que se verificaria entre as diversas ordens jurídicas positivas, uma vez que ninguém se apercebeu devidamente da natureza do problema. Se, com efeito, o obstáculo a vencer (a colisão dos diversos direitos positivos dos Estados), o mesmo é que dizer, a solução a buscar, obrigava a estabelecer uma harmonia entre as diferentes ordens jurídicas, esta só se conseguiria no momento em que, atento o carácter específico do problema, se procurasse delimitar o domínio de cada uma das ordens jurídicas, através de uma fórmula que pudesse empregar-se em todos os países. Eis a finalidade de tal direito.

E, sendo certo que o homem se encontra adstrito à sua ordem jurídica, numa dependência que a psicologia dos povos e do direito dos Estados reflecte como o único laço verdadeiro entre a *coisa* e a ordem jurídica, o respeito por essa ligação ou conexão resulta o meio mais seguro para a realização daquele fim.

FRANKENSTEIN escalona em três ordens essa conexão: primária, secundária e falsa.

E como se opera esta conexão? Através da nacionalidade e do domicílio. E aqui estão as bases em que assenta esse direito de limites: a nacionalidade e o domicílio.

FRANKENSTEIN manifesta, porém, a sua franca preferência pela nacionalidade, como sendo o único laço jurídico-estadual que prende o indivíduo ao seu «Heimatstaat»: «die Staatsangehörigkeit, nicht der Wohnsitz, bestimmt die Rechtsordnung, der jeder angehört» (1).

Estabelece-se deste modo, entre o indivíduo e o Estado, uma rela-

---

(1) FRANKENSTEIN, *Intern.*, vol. I, pág. 39.

ção de fidelidade recíproca que se não verifica através do domicílio. Se, na verdade, cada um se encontra ligado à sua ordem jurídica pelo facto de ser o portador da convicção jurídica e da autoridade do Estado, necessariamente se há-de entender que a ordem jurídica a que um indivíduo pertence há-de ser aquela que lhe for determinada pelo laço da nacionalidade: «*der Grundsatz der Staatsangehörigkeit ist nicht nur der wissenschaftlich richtige, sondern entspricht allein den Verhältnissen des Lebens*» (1).

Estará, porventura, o domicílio votado ao ostracismo no sistema de FRANKENSTEIN? De maneira nenhuma: «*não se pretende excluir toda a influência do domicílio na determinação da ordem jurídica*» (2).

É que o próprio direito pátrio (*Heimatrecht*) é livre de sujeitar os seus súbditos ao direito do lugar do domicílio, quer sob a forma imperativa de os sujeitar aí «*tout court*», quer sob a forma facultativa, na medida em que os seus súbditos assim o queiram. Note-se, porém, que tal estatuição, num caso e noutro, só pode ter este significado: ainda é uma maneira de sujeitar o indivíduo ao direito a que pertence, ao seu direito pátrio (3).

Repare-se que FRANKENSTEIN, a páginas 41 do seu «*Internationales Privatrecht*», volume I, deduzindo, contra a ideia de erigir o domicílio em princípio normativo (*zum regelnden Grundsatz*), um argumento de von BAR, conforme o qual «*as leis sobre a nacionalidade são passíveis de melhoramento, mas os princípios de que depende o domicílio o não são*», não hesita, porém, num estudo mais recente (4), em afirmar que a íntima conexão do indivíduo com a sua ordem jurídica é a única relação que, fundamental e originariamente, se tem de respeitar e é o que essencialmente importa considerar. Quer dizer, aquela relutância pelo princípio do domicílio esbate-se e faz-se realçar a conexão primária.

Traduzir-se-á esta pelo princípio da nacionalidade ou pelo princípio do domicílio? Isso não importa; não é o essencial. Num caso,

---

(1) FRANKENSTEIN, *Intern.*, vol. I, pág. 41.

(2) FRANKENSTEIN, *Intern.*, vol. I, pág. 39.

(3) FRANKENSTEIN, *Intern.*, vol. I, pág. 40.

(4) FRANKENSTEIN, «*Recueil des Cours*», 1930, III, 33, pág. 292; pág. 293 e nota.

o princípio da nacionalidade afasta o do domicílio; noutro caso, o princípio do domicílio relegará para um segundo plano aquele outro princípio.

No sistema de **FRANKENSTEIN** surpreende-se que o problema fundamental em direito internacional privado é achar um princípio pelo qual todas as questões internacionais, entre particulares, devem ser reguladas. Falámos na diversa ligação em que os indivíduos se encontram para com a sua ordem jurídica nacional; por conseguinte, pela respectiva ordem jurídica é que as relações entre particulares hão-de ser resolvidas. Vimos que através da formação dos conceitos de direito se estabelecia uma estreita ligação psicológica entre o indivíduo e o Estado, mas não foi tudo, porque ao lado dessa ligação psicológica estabelece-se entre um indivíduo e a ordem jurídica uma outra ligação: a ligação política.

Segundo o modo de formação da lei, vimos que esta tem por base o costume, por forma que este é como que a célula donde rompe a lei. Foi através de juízos de valor àcerca do que é justo e do que é injusto que a massa dos indivíduos contribuiu para a formação, por sua vez, do costume. **E**, visto que cada indivíduo colabora na formação do costume, do direito consuetudinário e, por conseguintes, da formação do direito positivo e da lei, daí resulta que ele se encontra ligado à sua ordem jurídica.

E por que forma? Por um laço de natureza psicológica. Mas é uma verdade, sem contestação, que cada indivíduo se encontra também ligado, politicamente, a um Estado, ao Estado a que pertence, ao qual deve obediência e do qual pode exigir assistência e protecção.

E aqui temos o laço de natureza política.

Quer dizer, a soberania pessoal do Estado sobre os seus súbditos assenta nesta dupla base: a ligação psicológica e a ligação política do indivíduo com o seu direito nacional. Todavia, mercê do poder de que cada Estado está investido no seu próprio território, sucede que os estrangeiros se têm de submeter às prescrições jurídicas contidas no território de um Estado de que são nacionais.

E nos Estados modernos isso verifica-se através de duas atitudes: ou por motivo do princípio de ordem pública, quando invocado, ou por motivo de que cada Estado tem interêsse em revestir certos actos

jurídicos praticados em seu território de garantias a que se não escusa. Desta forma os indivíduos estrangeiros ficam submetidos ao direito do lugar que habitam. Isto é, estamos em face do exercício de uma soberania territorial. Enquanto aquela outra soberania se baseava na ligação psicológica e na ligação política, aqui, a soberania territorial baseia-se no princípio da ordem pública e no princípio de uma pseudo-ligação do indivíduo com o território estrangeiro em que vive (1).

A soberania pessoal e a soberania territorial são os dois princípios fundamentais do direito de limites, actuando um contra o outro, mas esta segunda soberania referida, justamente porque é excepção, afasta a soberania pessoal e, verificada assim a luta entre essas duas forças, aí fica designada a tarefa ingente do direito de limites.

Bastar-nos-ia, porém, enunciar estes dois princípios fundamentais do direito de limites para termos em definitivo circunscrita a tarefa desse mesmo direito ?

De modo nenhum, pois se torna necessário fazer uma aplicação harmónica desses princípios. Trata-se, parece, de uma tarefa de ordem jurídica interna de que cada indivíduo é nacional. Mas como executá-la? Bastaria que realmente se reconhecesse que cada um devia viver de acordo com a sua ordem jurídica, de acordo com o direito do Estado de que é nacional; quer dizer, bastava o reconhecimento dessa verdade científica que nem carece de ser exarada em Códigos para ter validade geral.

Na verdade, cada ordem jurídica devia limitar-se a enunciar os princípios de direito que seriam de aplicar aos seus súbditos, quer no território nacional, quer no estrangeiro, mas sem quaisquer esta-tuições respeitantes a estrangeiros, a menos que, como espécie de regulamento policial (polizeiliche Regelung), isso dissesse respeito a um interesse superior do Estado. Quere dizer, nas estatuições de cada ordem jurídica devia afastar-se, por desnecessária e sem finalidade, qualquer menção de direito estrangeiro.

Insurge-se, por isso, FRANKENSTEIN contra a pouca estima manifestada a respeito destes princípios tão elucidativos, com os

---

(1) Sobre este assunto leia-se na «Revue de droit international privé», XXVII, 1932, pág. 60 e seguintes, e no «Recueil des Cours», 1930, III, 33, pág. 296 e segs.

quais se teriam, seguramente, resolvido os problemas fundamentais do direito internacional privado, nomeadamente o problema do reenvio.

Com efeito, a má interpretação, melhor, o mau entendimento em que se tem tomado o direito estrangeiro, quando mencionado em textos legislativos, levou por vezes alguns juristas a atropelos sem nome.

FRANKENSTEIN cita o caso de, reconhecido alcance extrritorial a certa lei estrangeira, em matéria de capacidade de seus nacionais, se violar flagrantemente tal estatuição por motivo de um prurido de exegese jurídica.

Refiramos, concretamente, o exemplo inglês. Reconhece-se que o legislador inglês pode declarar que a lei aplicável a um súbdito inglês, domiciliado no estrangeiro, é justamente a lei do domicílio. Pois, bem. Comete-se o abuso de forçar o cidadão inglês a aceitar o direito inglês em termos de uma interpretação que se cuida ser a única maneira pela qual esse mesmo direito deve ser visto. E isto com a agravante de se ter reconhecido ao legislador inglês a liberdade de estatuir, como entenda, sobre os seus súbditos. Para FRANKENSTEIN o problema torna-se, deste modo, insolúvel.

Notou-se, por certo, que a cada passo falámos de conexão, ou ligação, do indivíduo ao seu Estado nacional. É tempo de precisarmos conceitos, tal qual FRANKENSTEIN os entende.

Mostrámos, no decurso da evolução do conceito de direito, que o homem concorre decisivamente para a formação de tal conceito. Dizer assim, o mesmo é que contrariar as várias tentativas de construção teórica àcerca da origem do direito.

Ora, daqui decorre, imediatamente, como um dado da experiência, ser necessária a ligação do indivíduo a uma certa ordem jurídica para a qual haja concorrido. Assim sucede com o indivíduo, e diversamente para as coisas, pois estas, sendo objectos materiais, só pela sua distribuição física, no espaço, é que podem encontrar-se adstritas a uma certa ordem jurídica.

Quer dizer, a ligação do homem a uma dada ordem jurídica opera-se através da nacionalidade, e a ligação das coisas a uma ordem jurídica traduz-se apenas pela sua situação no espaço.

Do conceito de direito atrás formulado resultam, pois, estas duas únicas conexões com uma ordem jurídica, as quais FRANKENSTEIN apelida de conexões primárias, originárias, apriorísticas, ou

conexões fundamentais (primäre, originäre, aprioristische Anknüpfungen, ou Grundanknüpfungen) e sobre que ele faz assentar todo o edifício do seu direito de limites.

Como por vezes sucede que a ordem jurídica pode dispensar-se de exercer directamente o seu império sobre as pessoas, ou as coisas, usando pelo contrário um domínio mediato, isto é, submetendo as pessoas e as coisas ao domínio de uma outra ordem jurídica, dizemos, neste caso, que estamos em face de uma conexão secundária, derivativa (sekundäre, derivative Anknüpfung). É o exemplo do domicílio, do lugar da prática do facto ilícito, etc.

Mas não se distinguirá esta conexão secundária da conexão primária? Vejamos. Esta, conforme o dissemos atrás, resulta imediatamente, à priori, do conceito de Direito, ao passo que a conexão secundária é uma criação arbitrária da ordem jurídica, não resultando, por isso, da compreensão e essência do direito.

Note-se, todavia, que esta conexão secundária só interessa quando e na medida em que ela deriva e nasce da ordem jurídica que domina pessoas e coisas; isto é, quando ela deriva da conexão primária, quando assim se determina ainda por força e efeito da conexão fundamental. Assim, o inglês domiciliado em França verá apreciada a sua capacidade negocial em face do direito francês.

É que, primariamente, ele está submetido, pelo laço da nacionalidade, ao direito inglês, mas como este direito entende dever regular a capacidade dos seus súbditos, quando domiciliados no estrangeiro, não de uma maneira directa, mas indirecta, faz uso do seu domínio sobre eles, submetendo-os, por conexão secundária, ao direito do domicílio.

Frisaremos, com FRANKENSTEIN, que, sempre que por esta-tuição de uma ordem jurídica, através de uma conexão secundária, se submete alguém a outra ordem jurídica, isso só pode fazer-se para além do próprio limite «quando ela possui sobre os sujeitos um poder fundamentado, não na força, mas no direito, isto é, quando ele (o indivíduo) lhe pertence por laços que são de natureza jurídica e só jurídica» (1).

E por último falta referir a pseudo-conexão, a falsa ligação do indivíduo a um Estado.

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 12.



Fora de uma construção ideal do direito de limites e levados pelo forte desejo de regularem as relações jurídicas para o estrangeiro e persuadidos ainda de que o seu direito é o melhor, os Estados são inclinados, vezes sem conto, a obliterar o verdadeiro sentido do Direito e a excederem, por isso, o limite próprio de aplicação do direito nacional, submetendo pessoas e coisas, sobre as quais não lhes compete nenhum poder, a estatuições que lhes não deveriam ser destinadas. É assim o caso de o direito inglês se arrogar competência para apreciar a capacidade de estrangeiros que contratam o seu casamento na Inglaterra, proferindo, através dos seus tribunais, declarações de divórcio relativamente a indivíduos cuja lei nacional não o consente. É ainda o exemplo da prescrição do direito alemão só considerar válido o casamento de estrangeiros realizado de harmonia com as leis de forma, em matéria de casamento, alemãs.

Estes princípios só são lei obrigatória no Estado em que se verifica o facto do domicílio. São lei só formalmente, pois que materialmente não passam «do exercício de uma soberania territorial» (1).

Estão francamente em contradição com o direito e possuídos de princípios errados. Por isso FRANKENSTEIN chama falsa a esta conexão e aproxima-a do princípio da ordem pública, distinguindo, porém, «que l'ordre public est l'application non encore formulée légalement du principe territorial, tandis que le pseudo-rattachement représente l'application légalement formulée de la souveraineté territoriale aux dépens de la souveraineté personnelle» (2).

---

(1) FRANKENSTEIN, «Recueil des Cours», 1930, III, 33, pág. 297.

(2) FRANKENSTEIN, «Recueil des Cours», 1930, III, 33, pág. 298.

## CRITICA AO SISTEMA DE FRANKENSTEIN

1. Como se viu, este engenhoso autor lançou mão dos ensinamentos da filologia para melhor vincar o seu pensamento e fazer-nos crer no resultado de suas investigações.

Não podemos deixar de reconhecer originalidade e oportunidade de semelhante processo. Com efeito, quem não for de todo estranho aos assuntos de filologia e psicologia social, cedo reconhecerá as vantagens e os largos horizontes que daí resultam ao jurista.

Assim, o filólogo que, estudando uma língua, saiba conhecer as suas regras morfológicas, e sintáticas, e as significações das suas palavras, colherá daí profundas lições de história do pensamento humano.

O latim é disso um exemplo modelar.

Para os romanos, o homem devia fazer do seu espírito uma espécie de balança, para pesar seus pensamentos e dele servir-se como de uma sonda suficiente para medir-lhe a altura.

Assim, entre eles, pensar era pesar, calcular. E muitas vezes tomamos a ideia de *pesar* no sentido de *julgar, estimar*. E isto, na língua latina, não é raro. Assim, o verbo latino que traduzia, em português, a ideia de *pensar* e *pesar*, bem como em francês *peser* e *penser*, é o verbo frequentativo *penso*, significando pesar e pensar, que provém de *pendo*, que tem a mesma raiz de *pondus*, peso, por apofonia. E, coisa curiosa, daí resulta que os compostos de *pendere*, antes de passarem para a terminologia lógica, têm a significação intermediária de *pagar*.

O mesmo se passa ainda com *deliberare*, de *libra*-balança, significando ainda também *pesar*, porque, em última análise, a acção de deliberar se reduz a dar balanço às ideias, medir-lhes o valor, *pesá-las*. E desta ideia de cálculo, que encontramos em *aestimo* (e o seu composto *existimo*), *censeo*, *duco*, *puto* e *reor*, resulta ainda a ideia de *estimar, reflectir, julgar*, sendo que esta ideia abstracta provém ainda, nestes verbos apontados, daquela referência material da balança e do cálculo.

O verbo *aestimo* (do velho latim *aestumo*), palavra cuja formação é *aes* (moeda) e *timo* ou *tumo* (apreciar) (do significado antigo de *avaliar*, como na frase *aestimare litem*, isto é, fixar o preço que o réu deve pagar após o julgamento), a palavra *aestimo*, repito, juntamente com o seu já referido composto *existimo*, passou a ter um sentido mais genérico, significando, finalmente, num sentido moral, *julgar, estimar*.

O mesmo se passou com o verbo *censeo*, que significava inicialmente *calcular* (daí a palavra *censor*, que era aquele dos magistrados que recebia o encargo de avaliar a fortuna dos cidadãos antes que lhe fosse deferida a vigilância da conduta), para depois vincar a ideia de *pensar, ser de opinião, julgar*. Mais tarde, como se sabe, aquela função da guarda e vigilância dos costumes provocou uma nova limitação no sentido, donde se transportou para português o nosso verbo *censurar* e o substantivo *censura*.

Permita-se-me ainda referir o exemplo do verbo latino *duco*, que, na sua acepção mais usual, quer dizer *tirar, conduzir* e tomou o sentido de *calcular* (*ducere rationes*: fazer suas contas, calcular), donde proveio a ideia de *estimar*.

E a significação primeira de *puto*? — *calcular*, contar, como nos compostos *imputo* e *computo* (*contar*, português, e *compter*, francês) e que se vê no emprego do mesmo *putare*, na expressão *putare rationem* (calcular). Autores há que, nesta locução referida, supõem idêntico o emprego de *putare* — *podar, mondar, limpar* (*podar* em português, *poder* em francês e *putzen* em alemão). E, então, teríamos aqui uma expressão idêntica àquelas expressões *apurer une compte* e *apurar uma conta*.

Sempre, como se vê, a mesma metáfora, como anteriormente. Mais tarde, em sentido figurado, passou a traduzir a ideia de *refletir, pensar*, verificando-se também em *reor* a mesma significação metafórica, quando é certo que a sua ideia primitiva era também *calcular*, como se vê na expressão *pro rata parte*: em proporção.

E muitos mais seriam os exemplos (1) e provas de que o recurso

---

(1) Seria curioso aqui poder referir a longa e interessante história filológica da designação de «filhos ilegítimos». A natureza, porém, deste trabalho não permite. Apenas citamos a explicação da palavra «prédio».

Em Roma, uma propriedade que estivesse hipotecada chamava-se *praedium*. A palavra é um composto de *vadium* (penhor, caução) e da preposição

à linguística traz decerto proveito às investigações que, como **FRANKENSTEIN** faz, se refiram à nossa matéria.

Seria ainda caso de referir o exemplo do verbo *cerno*, do verbo *exprimere*, do verbo *capere*, da palavra *ratio*, etc., etc.

Daqui se vê que o conhecimento exacto de uma língua nos permite, através dos estudos notáveis da moderna filologia, descobrir, «surprender», «captar» o verdadeiro sentido das palavras a fixar, em frases concisas e precisas, os nossos pensamentos.

É fora de dúvida, quanto a nós, que **FRANKENSTEIN**, ao recorrer à linguística como auxiliar para a melhor compreensão do sentido semântico da palavra *Direito*, se colocou dentro das modernas doutrinas filológicas que procuram dar explicação ao fenómeno linguístico, quer no seu aspecto fonético, quer no ponto de vista morfológico e sintático, e semântico.

O autor despiu-se dos ouropéis da velha técnica e buscou, sob uma segurança aparente, um método que se lhe afigurou mais fértil, mais eficiente e, por isso mesmo, mais elucidativo do problema.

Não vamos aqui referir o processo das duas grandes correntes do actual pensamento filológico: o positivismo e o idealismo na filologia. Apenas procuramos aí um apoio.

De harmonia com a maior segurança consentida nestes assuntos, podemos afirmar que a tarefa principal da filologia está em obter um conhecimento tanto quanto possível exacto do homem; quer dizer, no estudo de uma língua não interessa apenas a língua com os seus sons, mas antes o espírito, ou melhor, o papel do espírito, como a única causa eficiente de todas as formas linguísticas (1).

Desta forma a filologia torna-se um instrumento de cultura e por isso pôde **KARL VOSSLER** afirmar que «a história da língua é uma parte integrante da história da cultura... a língua é a expressão do carácter nacional». E que assim é, na verdade, podemos concluí-lo comparando as línguas românicas com as germânicas. Naquelas existe um maior número de vogais abertas, nestas predominam os grupos consonantes. Isto é, o espírito dos povos, que falam essas

---

*prae*. Mas, por uma notável expansão do sentido, toda a propriedade rural se passou a chamar *praedium*. E, provavelmente, pela linguagem jurídica operou-se esta mudança e os imóveis dotais receberam o nome de *praedia dotalia*. Cfr. **M. BRÉAL**, «Éssai de sémantique».

(1) **KARL VOSSLER**, «Positivismus und Idealismus in Sprachwissenschaft».

línguas, reflecte-se aí, achando-se deste modo a razão por que as línguas românicas são mais maleáveis, mais harmónicas, mais bem trabalhadas, ao contrário do que sucede particularmente com a língua alemã, onde colhemos a impressão de que a forma se vaporizou em espírito. A língua alemã é, pois, mais interior e espiritual e por isso de forma mais complicada, mais encrespada (*verschumpfter*) e mais eriçada (*stacheliger*), ao passo que as línguas românicas mais sensuais (*sinnlicher*). Não surpreende, pois, que acolá os espíritos sejam filósofos e éticos, e aqui mais artistas (1).

E por que não há-de mesmo a filologia relacionar-se com a vida?

Com efeito, se é certo que só pelo exame de uma língua se torna possível reconstruir o estado social do povo que falou ou fala essa mesma língua, parece exacto que só quando a história das palavras se vier juntar à das «coisas», costumes, usos, lendas e superstições, é que isso se torna possível. Isto é, estaríamos caídos dentro do sistema da mais moderna corrente filológica — a escola das «*Wörter und Sachen*», que, no dizer de um seu partidário, constitui uma verdadeira «*Sachwissenschaft*».

Na verdade, com o Prof. ROHLFS apontamos um caso na explicação das palavras — «*Mariposa*» e «*Arco-da-Velha*» (*Maria posa* = borboleta). É necessário recorrer-se ao folclore. Isto leva aquele professor a dizer que «do domínio da língua tiramos conclusões *a posteriori* sobre o domínio das coisas, e este, por sua vez, ajuda-nos a decifrar enigmas linguísticos» (2).



A psicologia linguística encontrou em WUNDT um espírito de primeira grandeza, um propulsor das doutrinas de WHITNEY. Deste modo, retomando certas posições da escola inglesa, ele mostrou que os foneticistas da neo-gramática, por motivo de uma exagerada reacção, desprezaram um tanto o lado psíquico, o que aliás

---

(1) KARL VOSSLER, «*Pisitivismus und Idealismus*».

(2) Esta é a escola a que pertence FRITZ MAUTHNER, autor em que se baseia FRANKENSTEIN.

o próprio WUNDT prova, afirmando que as evoluções fonéticas se realizam por um processo psicológico, se acaso elas têm uma causa fisiológica (1).

Para WUNDT bastaria a linguística histórica. Assim, a psicologia dos povos (Völkerpsychologie) (2) teria como objecto: 1.º a determinação e a explicação dos efeitos recíprocos do indivíduo para a colectividade e de indivíduos para indivíduo; 2.º a captação das leis, segundo as quais se realizam tais efeitos recíprocos.

Que pensar desta atitude de WUNDT, na qual se baseou FRANKENSTEIN?

Parece que se impõe assim à psicologia dos povos investigar e determinar, em primeiro lugar, os efeitos recíprocos do fenómeno linguístico, nos indivíduos e na colectividade, e, em segunda linha, investigar e determinar as leis de evolução desse mesmo fenómeno.

Terá algum fundamento tal construção?

Parece-nos que não devemos, neste domínio de investigação, olhar o fenómeno linguístico como qualquer fenómeno da mecânica.

E não devemos fazê-lo, porque no domínio das ciências do espírito não pode esquecer-se que todo o efeito recíproco é, ao mesmo tempo, história e evolução. Quem se aplica ao estudo da história pura e vai investigar os factos na linha de sua evolução serve-se das leis evolucionísticas e das acções recíprocas e não carece, por isso, de lançar mão da psicologia pura ou sequer da psicologia dos povos. É que, na verdade, como disse KARL VOSSLER, «a linguagem, no caso mesmo de uma mais estreita e cerrada convivência social, não é um fenómeno de psicologia colectiva, mas sim um fenómeno individual; quer dizer, cada indivíduo, cada geração... tem a sua fisiologia linguística própria, e as diversas influências e contribuições individuais podem distinguir-se e, em parte, localizar». De mais, quem tomar a linguagem como um facto exclusivamente social, não

(1) ALBERT DAUZAT, «La philosophie du langage».

(2) WUNDT prefere esta palavra à «Sozialpsychologie», porque «la discipline ainsi dénomée a, avant tout, pour objet de rechercher la manière dont s'est progressivement constitué l'humanité; c'est une science génétique... Le mot de psychologie sociale fait trop penser «à la sociologie moderne qui dans ses observations psychologiques, se place généralement sur le terrain exclusif de la civilisation moderne», in «Année Sociologique», 1909-1912.

poderá entender o facto, que é histórico, de que em lugares diversos se verifiquem mutações fonéticas semelhantes ou paralelas e independentes.

E não aceitamos WUNDT ainda, porque somos contrários ao fundamento que jaz latente em toda a sua construção — o voluntarismo psicológico (1).

É que na psicologia de WUNDT, os (primeiros) fenómenos espirituais são os fenómenos sentimentais e as representações e os fenómenos intelectuais derivam dos sentimentos, enquanto por sua vez os motivos do sentimento e da vontade pertencem de um modo mais íntimo e originário à nossa *psiche*. A psicologia de WUNDT apoia-se, pois, como dizem os espanhóis, no «experimento y en la experiencia», de forma que o seu objecto são os movimentos e as acções da alma. Mas sem força motriz, sem vontade, não existe fenómeno possível. Para que tomemos os fenómenos psíquicos como fenómenos em si mesmos, necessitamos considerar a alma como vontade. Aqui está, pois, o voluntarismo de WUNDT tomado como pressuposto da sua construção.

Tal voluntarismo, considerado como pressuposto científico e lógico, parece-nos de refutar absolutamente.

Não seria, pois, caso para se dizer que nas questões científicas coubesse a razão àquele que *quisesse* mais fortemente, de toda a vez que a vontade fosse levada a árbitro do conhecimento?

E, se é certo que a verdade teorética, para o ser devidamente, tem de estar possuída, essencialmente, de carácter de necessidade e estar livre do acaso, não destruirá a lógica, para cair num relativismo céptico, quem atribuir ao facto teorético do conhecimento um elemento de vontade, ainda que ele fosse mínimo?

O conhecido filólogo B. DELBRÜK, depois de haver demonstrado, com flagrante evidência, a pouca relação que a linguística tem com a psicologia, surpreendendo em WUNDT defeitos e exageros do seu voluntarismo, a aquele referido filólogo, repito, parece ter

---

(1) Dentro dos limites deste nosso trabalho não podemos expor aqui o pensamento de WUNDT, quer no panorama geral da sua construção de psicologia, quer no aspecto restrito do problema da linguagem. Entre tanta bibliografia a respeito, occorre-nos referir o bom trabalho de P. PETERSEN, «Wilhelm Wundt», e consulte-se «Année sociologique», 1905.

dado forte ensejo de negar à psicologia oportunidade de explicar o fenómeno linguístico. A psicologia de WUNDT estuda a natureza ou a constituição da nossa alma, quero dizer, as leis psicológicas segundo as quais toma desenvolvimento a nossa alma. A psicologia estuda, pois, o espírito enquanto criação condicionada e fenómeno.

No dizer de um autor ilustre «el verdadero linguista trabajará por si, y los psicólogos WUNDT y HERBAT le serán útiles o necesarios como útil y necesario le es COPERNICO... Nosotros sabemos todo lo que la psicologia moderna puede tomar del lenguaje y de la linguística; pero ya que ella viene a mendigar-nos, no debe tomar aires de gran señora».



Deixámos, assim, apontada, ligeiramente, a nossa apreciação às bases em que FRANKENSTEIN apoia um dos pilares da sua construção.

Não negamos ser a linguagem uma forma de concretização do pensamento reflectido. Ela é um veículo do pensamento, um meio de comunicação entre os homens, e, por conseguinte, um factor primordial de associação. Dizemos mais: a linguagem aparece-nos como elemento formador do próprio pensamento (1).

Os seus materiais são, por assim dizer, recebidos do meio ambiente, da sociedade, do mundo exterior, e, portanto, é o grupo social que lhe impõe os caracteres fonéticos, prosódicos, morfológicos e sintáticos que a distinguem (2), para desse modo ela ficar sujeita a uma evolução paralela a esse meio.

Mas, com ser assim, não pretendemos afirmar que a linguagem possa ser sempre uma expressão adequada ou mesmo lógica do pensamento, porque, como diz um autor, «le mot n'exprime pas l'idée: il l'évoque imparfaitement et en général par l'intermédiaire d'une image» (3). Isto é, não existe uma equivalência exacta entre a palavra e a ideia, porque a palavra não tem, em geral, uma forma fixa, a qual, para cada forma especial, uma noção de número, de sexo,

(1) VENDRYES, «Le langage».

(2) VENDRYES, «Le langage».

(3) ALBERT DAUZAT, «La philosophie du langage».



de pessoa, de tempo, etc., se liga à ideia representada. É que mesmo para uma palavra determinada, esta ideia é susceptível de variações, consoante a frase, o lugar, o momento, o meio social, as disposições do indivíduo, ou o indivíduo mesmo (1).

Creemos poder afirmar que em nenhuma língua uma só palavra corresponde a uma só ideia. Cada palavra, regra geral, tem várias significações, e o mesmo se passa com a própria ideia, que pode ser expressa por um número de sinónimos. Conforme as circunstâncias, assim o sentido. O caso da palavra *ascensão* é elucidativo: *ascensão*, como festa religiosa; *ascensão*, como termo alpinista; e *ascensão*, como reflexo do fenómeno da capilariedade social. E, na linguagem alemã, seria possível todo aquele rigorismo de FRANKENSTEIN? É que a história da língua alemã é mais política que literária, é mais complexa. Toda essa história se encontra ligada, intimamente, à da colonização alemã nos países eslavos do Elba. Com efeito, o alemão moderno fixou-se, não no antigo domínio germânico, mas nas regiões conquistadas e colonizadas por alemães no decurso da Idade-Média.

Na verdade, conforme se lê algures, «l'allemand littéraire moderne s'est constitué dans la bourgeoisie des villes de colonisation de l'Allemagne orientale» (2).

2. Vimos, pois, que FRANKENSTEIN, ao dar um conceito de Direito, procurou primeiro analisar a *forma* da palavra e só depois lhe determinou o *conteúdo*. Quer dizer, recorreu primeiro à linguagem, e *vestiu* a palavra, e só depois a preencheu.

E sem dúvida que nesse aspecto, puramente formal, exterior, descobrimos que a formação da linguagem e do direito nos aparece como uma actividade constante do espírito humano, o qual dispõe depois a matéria das suas impressões e juízos formulados. A linguagem e o direito são, pois, criações do espírito, porque ambos são criações *ex novo*. Um ilustre autor disse «il linguaggio ed il diritto... sono i due aspetti della parola sociale». Um e outro são história vivida dos indivíduos. Na verdade, para essa história cada indivíduo

---

(1) E nós bem sabemos que a explicação da formação de palavras injuriosas se encontra justamente no momento e disposição dos indivíduos, o estado de cólera nomeadamente.

(2) «Bulletin de la Société de linguistique», 1910.

contribuí, ora exprimindo as suas próprias intuições com palavras possuídas de um significado que satisfaz às suas necessidades, ora empregando palavras novas, ou palavras antigas, mas com o significado adaptado às novas exigências da vida.

De igual modo cada indivíduo contribui para a vida do direito: seja pelo uso dos meios lícitos facultados pelo direito, seja pela transgressão das normas jurídicas, etc. Existe, pois, um parentesco entre a linguagem e o direito e a razão disso talvez o facto de que um e outro são imprescindíveis.



É fora de dúvida, quanto a nós, que a construção de **FRANKENSTEIN** teve o mérito de usar um método positivo, cooperou para uma distinção clara entre direito e lei, teve do direito um conceito dinâmico, fazendo notar como os princípios jurídicos se vão formando lentamente, através da História, e por último, «the last but not the least», fixou e marcou bem a íntima relação que existe entre o facto jurídico e todos os outros factos sociais, como a linguagem, o costume, etc.

Ao lado, porém, deste mérito que assinalamos, forçoso é, contudo, apontar os seus graves defeitos.

Na verdade, na construção de **FRANKENSTEIN** nota-se um certo apego a qualquer coisa que parece *espontâneo* na formação do direito e também abusa um tanto da abstracção de um conceito demasiado vago: a convicção jurídica. Com efeito, fazer desta convicção como que o próprio direito em si, é pretender dar carácter de jurisdicção àquilo que não é ainda norma de conduta, mas simples ideias sociais. E como pretender que a mesma convicção jurídica só por si pudesse ser fonte de todo o direito? Quando muito, ela poderia ser uma espécie de «eco das coisas». Na construção de **FRANKENSTEIN** nota-se ainda, a nosso ver, uma propensão para «deificar» a consciência social, tomando-a como a origem de toda a ordem jurídica. E a verdade é que não podemos aceitar a sua teoria conforme a qual o direito é como uma emanção dessa consciência social própria de cada sociedade política, porque é exacto afirmar-se que em povos diferentes pelo clima, pelos costumes e pela raça se encontram instituições e normas semelhantes e idênticas.

Quer dizer: elevar a consciência social a *causa sui* e através dela pretender explicar a formação interiôr (o conteúdo) do direito, é lidar com mera metáfora; é mistificar.

No entanto, se puder entender-se esta consciência social, não como única soma das consciências individuais, mas sim como um dos elementos da evolução do direito, parece seguro.

Não a tomamos, pois, como a única determinante do conteúdo do direito, porquanto este depende de um complexo de forças sociais. Poder-lhe-íamos chamar antes um conjunto de sentimentos e ideias espalhadas no agregado social. Quando assim não fosse, seria fácil reduzir o direito a um sentimento ou a um dado da razão. A este respeito, alguém entendeu dever chamar-se a esta consciência social uma «psicologia de mentes associadas», quer dizer, seria o resultado de sentimentos e pensamentos que promanassem da vida em comum numa sociedade, ou nação, com uma homogénea estrutura moral, política e económica. Isto é, não pode aceitar-se esta consciência social como qualquer coisa que seja exterior e estranha ao indivíduo em sociedade, mas sim como um *quid* que deriva dos sentimentos, aspirações e vontades comuns a indivíduos que formam um grupo social dado. Entenda-se, pois, esta consciência social como um elemento funcional para a formação do direito.

Transcrevendo um notável sociólogo americano, GIDDINGS (1855-1931), defensor da teoria da *consciência da espécie*, modalidade do sentimento de simpatia, como factor psíquico do comportamento social, o qual foi um dos arautos da psicologia social, diremos: «A consciência social é apenas o sentimento ou a ideia que aparece, no mesmo momento, a todos os indivíduos, ou que se propaga de um para o outro, através de todos os grupos sociais».

Queremos ainda chamar a atenção para um outro ponto do sistema de FRANKENSTEIN. É que nós não aceitamos a afirmação daquele autor quando insinua que o direito *presente* está todo ele contido no passado, pois é certo, para ele, existir alguma regularidade na evolução natural do fenómeno jurídico. Não nos conformamos com tal, porquanto entendemos que para a formação de um qualquer direito, em qualquer certa sociedade, a luta é um elemento interveniente de primordial importância, e nunca se pode pensar que o direito se representa como desenvolvimento *natural* de elementos preexistentes na consciência social.

A formulação do conceito de direito, em **FRANKENSTEIN**, parece-nos um tanto metafísica (1). Quando ele afirma que o direito repousa na consciência da nação, parte, pois, de concepção apriorística da existência, para cada povo, de uma *consciência psicológica*, ou *senso íntimo colectivo*. O direito, na construção de **FRANKENSTEIN**, é, pois, a resultante de um fenómeno especial, de um facto secundário, derivado da vida social: a alma do povo, o espírito da raça, etc., etc.

Ora, existirá, na realidade, um espírito colectivo com vida própria, dotado de faculdades psíquicas especiais, distintas das dos indivíduos? Cremos que não, pois é certo que nem as faculdades do espírito, faculdades mentais do homem, são mais do que generalizações abstractas de factos isolados e repetidos.

E que dizer do «direito justo», de que tanto fala **FRANKENSTEIN**?

Antes de mais afirmamos que não é só direito (direito positivo) o direito justo e daí resulta, pois, que não deve pensar-se que todo o direito corre paralelamente à moral. É que, existindo uma forte afinidade entre direito e moral, não se logra sempre uma inteira identidade. Estamos hoje longe da época em que os chefes, os governantes, representam *justamente* a opinião social. Assim o teria sido na antiguidade, assim é entre os primitivos actuais, assim o foi no período do patriarcado romano e assim o teria sido sempre nos períodos orgânicos da evolução social.

Antigamente, religião, moral e direito confundiam-se e os chefes, bem como as leis por eles elaboradas e executadas, eram recebidas como revestidas de um cunho de inviolabilidade dos deuses, de quem eram intérpretes e executores. Mas nos períodos críticos, como o que

---

(1) **FRANKENSTEIN**, na investigação do seu conceito de direito, parece mofar um tanto da filosofia jurídica. Não cremos acertada esta sua atitude, porquanto, numa tentativa, como a sua, de explicação da formação objectiva e externa do direito, deve partir-se do ponto de vista filosófico, já que num estudo completo da formação do direito (buscar a sua integração e explicação pelo sistema de todas as coisas — filosoficamente) não pode perder-se de vista que o direito é um produto da sociedade e a sociedade por seu turno coliga-se, por um lado, com o mundo orgânico e, pelo outro, relaciona-se com o mundo inorgânico, e embora indirectamente, a acção destas forças há-de repercutir-se também no direito.

vivemos hoje, nunca assim o foi, como pretende FRANKENSTEIN, pois que a moral e o direito perderam a tutela religiosa e, por conseguinte, na formação do direito, não se cuide que só toma a expressão definitiva de *jurídico* o que é justo.

Repito: existe afinidade entre o direito e a moral, mas não identidade. Na verdade, se é exacto não serem coisas idênticas, não é menos certo que são parentes próximos, oriundos de uma mesma causa primária que é o prestígio, o domínio do grupo sobre cada um dos seus membros. É essa causa comum que faz sejam caracteres comuns da moral e do direito a obrigação, a sanção e o conceito, variável mas sempre existente, de justiça. É conforme ao direito, como é conforme à moral, o que a opinião tem por justo. A distinção, quanto a nós, está sobretudo em que o direito não é toda a moral, estando dentro dela sem lhe ser contrário; em que o direito só surge, após certa evolução, quando se diferenciam as atribuições e quando as instituições vão sendo definidas; e, por último, a distinção efectiva-se na diversa natureza da sanção: num caso a sanção é de ordem física (no direito) e noutra caso é mais psíquica (na moral).

Desta afinidade do direito com a moral resulta, para nós, a razão por que as primeiras formas de direito tenham sido o direito costumeiro, justamente num tempo em que o direito e moral se confundiam.



Também distinguiremos direito de lei.

Na verdade, quando o Estado formula a lei não cria o direito; apenas o reconhece e adopta, apenas lhe dá uma expressão definida a segura. Desta forma a lei só é legítima quando for *jurídica*, quando for *justa*, isto é, o *direito dogmático* (a lei) só é digno de respeito e acatamento quando se tornar a tradução exacta daqueles preceitos que decorrem das necessidades de conservação e defesa da vida social. Se a lei não for *jurídica*, isto é, se se não justificar perante as exigências da vida social, não se imporá, com prestígio, pacificamente, representará um acto de força e porventura a sociedade reagirá contra ela e provoca a sua revogação pelo desuso. Isto é, assis-

tiremos talvez a uma coisa deveras interessante : a sociedade reforma a lei ; a lei não reformará a sociedade.

Agora um pequeno reparo a **FRANKENSTEIN**. Vimos como ele, na busca de um conceito de direito, se decidiu a vasculhar os escaninhos da filologia a fim de ver facilitada a sua tarefa. Isto é, procurou a etimologia e o sentido semântico da palavra em primeiro lugar. Estranhámos somente que ele não tivesse utilizado o mesmo método na pesquisa do conceito de lei.

Assim, teria primeiro dado uma definição nominal da palavra *lei* e depois uma definição real. Quer dizer, pela definição nominal devia proceder a uma investigação sobre o sentido da palavra, sem dizer nada, é certo, sobre a natureza daquilo que se designa com o nome de *lei*. E este é, segundo cremos, o ponto de partida necessário, pois teria como função afastar quaisquer equívocos. E por esta definição nominal, ou verbal, dois escopos se alcançam : dar o significado da palavra e explicar a palavra menos conhecida por palavras que, designando a mesma coisa, são todavia mais conhecidas.

A palavra *lei* vem de *ligar* e por isso a lei designa uma regra e uma medida dos actos que se podem praticar. Isto é, a lei designa o que liga as acções humanas e essa sua determinação pode ser no sentido de indicar que certos actos devem ser praticados, quer dizer, a lei marca aos indivíduos uma direcção ; e também num outro sentido a lei marcará limites às acções dos indivíduos.

Com a definição real determinaríamos a natureza própria da lei e, em conclusão, o seu fim. É a lei um comando da razão ? Propõe-se ela o bem comum ?

Deve a lei ser estabelecida por uma autoridade pública ?

Deve a lei ser promulgada para ter validade ? Quais os efeitos da lei ?

Eis uma série de problemas que teriam, então, lugar no decorrer de uma definição real da lei, em busca da sua essência.

\*

\*            \*

E, finalmente, que dizer do direito de limites ?

As suas bases, como vimos, são a nacionalidade e o domicílio ; a sua finalidade, a resolução harmónica do concurso das diversas

ordens jurídicas a regular uma relação de carácter internacional; os seus princípios, a soberania pessoal e a soberania territorial. A construção deste direito é toda artificiosa, reflectindo o anseio de quem busca um ponto de apoio: ganharam-se a nacionalidade e o domicílio (1). É, sem sombra de dúvida, exacta a afirmação das diversas conexões a uma dada ordem jurídica, mas elevar estes dois elementos (nacionalidade e domicílio) a suportes de um direito internacional privado é querer desconhecer que o direito internacional, entendido na generalidade de sua estrutura, essência e formação, não é apenas ali alicerçado.

Além da contradição em que cai o autor, nós concebemos diversamente a natureza do direito internacional privado. Na verdade, se o próprio FRANKENSTEIN, ao determinar a natureza deste direito, exclui expressamente do seu âmbito a nacionalidade, como entender que seja precisamente esta uma das bases do referido direito?

E quem, como FRANKENSTEIN, considera público o direito internacional privado, talvez não devesse buscar no domicílio um outro assento para o seu famigerado direito de limites. Parece que deveríamos expurgar do direito público o que fosse do âmbito do direito privado. Mas não foi só daqui que FRANKENSTEIN obteve o seu direito de limites: explorou o conceito de direito e daí concluiu por um direito demasiado estatístico relativo a Estado e demasiado generalizado, universal. Estatístico, porque se firmou, excessivamente, na convicção de que o Direito é produto histórico e próprio de cada povo (aqui se vê como ele abraçou a Escola histórica) e, por conseguinte, cada ordem jurídica é independente, é soberana, melhor, suserana, relativamente a seus súbditos, resultando assim, daqui, a necessidade de afirmar a verdade científica (*wissenschaftliche Erkenntnisse*) das diversas conexões. Universal, porque FRANKENSTEIN *deduziu* do seu conceito de Direito a regra de que todo o Direito, *todos* os direitos nasceram de igual modo, na sociedade, na humanidade. Por conseguinte, coexistência, na humani-

---

(1) Sobre o conceito de domicílio, na Inglaterra, consulte-se NORMAN BENTWICH, «Domicile and succession» e WESTLAKE, «Treatise on international private law»; na América do Norte, o livro de GEORGE B. DAVIS, «Elements of international law»; em França, «Revue de droit international privé», XXVII, 1932.

dade, das várias e iguais conexões. Assim se verifica a dupla contradição de FRANKENSTEIN: contradição de termos (estatístico-universal, e escola histórica—escola de Direito natural) (1). E tanto mais é de salientar a sua contradição, que, denegando FRANKENSTEIN, primeiramente, a existência de um Direito das gentes, acaba por erigir o seu direito de limites em Direito das gentes: consequência do apego ao seu conceito de Direito.

Como tivemos já ocasião de ver, FRANKENSTEIN saca o seu conceito de direito do juízo das massas (*Massenurteil*), pois é verdade, para si, que a obrigatoriedade de toda a norma jurídica está na convicção jurídica que a massa dos indivíduos tem acerca das normas.

Daqui resulta, pois, que só pode aplicar-se a um cidadão a norma jurídica que o juízo das massas, ou melhor, a norma que tenha obtido o consentimento do juízo colectivo de uma comunidade de que aquele cidadão é membro. E na construção de FRANKENSTEIN tem de o ser assim, porque essa norma traduzirá, seguramente, o juízo «isto é justo» que previamente formulou.

Mas quem formulou esse juízo justo?

Foi cada um dos indivíduos compondo um grupo? Os indivíduos receberam, ou recebem, o juízo justo previamente formulado pelos seus governantes? E o juízo de justo antecede a própria norma ou, pelo contrário, será a norma, depois de editada, que fornece aos indivíduos o juízo de justo?

Como se vê, tudo isto traduz dificuldades que, a nosso ver, a construção de FRANKENSTEIN provoca e, segundo cremos, não resolve. O conceito de direito de limites parece vacilar fortemente. Quanto à soberania pessoal e territorial, apenas podíamos ver nela a porta aberta de uma necessária distribuição prévia de competências legislativas referentes às pessoas e às coisas.

---

(1) PUFFENDORF, grande corifeu da escola de Direito natural, sustentou que o direito se funda na «natureza social e racional» do homem; reparando-se no conceito demasiado socio-psicológico do direito de FRANKENSTEIN e na verdade científica contida nas suas conexões, notar-se-á, sem esforço, o parentesco apontado.



## CAPÍTULO II

## O PROBLEMA DO REENVIO

Porque cada Estado possui hoje um número cada vez maior de regras de conflitos, todas elas impregnadas de um forte carácter nacional, por forma que cada país tem o seu próprio direito internacional privado, o problema do sentido da referência da norma de conflitos toma a cor de um daqueles problemas que entronca mesmo nas próprias bases da ciência do direito internacional privado. E o problema da harmonia das diversas ordens jurídicas, uma vez que cada legislador nacional se arroga o direito de regular as relações jurídicas internacionais, quando em conexão com o seu sistema jurídico, é um problema tormentoso.

Não nos propomos aqui tratá-lo senão no seu aspecto restrito, isto é, somente naquele ponto em que se põe o problema de saber se a determinação que se faça de normas estrangeiras aplicáveis a um dado caso concreto, importa ou não o conhecimento das regras estrangeiras de direito internacional privado.

A norma de direito internacional privado procura dar solução a uma certa relação jurídica que se encontra em contacto com diversa ou diversas ordens jurídicas, buscando para essa relação uma determinada lei que toma ou declara aplicável. Mas, justamente pela diversidade das legislações em conexão, acontece por vezes encontrarem-se, frente a frente, para regularem uma certa relação, dois sistemas jurídicos diversos e concorrentes, em vista da natureza especial da própria relação. Assistimos, assim, a um concurso, ora positivo, ora negativo de legislações, de toda a vez que, para a mesma relação, se proponham, cumulativamente, dois diferentes ordenamentos jurídicos, ou, então, verificada embora a concorrência de regras de conflitos (1) por existência de uma real conexão, ambas as legislações se escusam todavia a regular essa mesma relação.

---

(1) «Règles de rattachement» dizem os franceses; os italianos apelidam-nas de «norme di applicazione» e os alemães referem-se a «Anknüpfungsmoment», designando deste modo o momento ou circunstância de conexão.

Refiramos dois exemplos: Suponha-se o caso de um alemão domiciliado na Dinamarca. Ora, em face do artigo 7.º da *Einführungsgesetz*, a capacidade deste alemão vai ser regulada pelo direito alemão, como quer que ele se encontre domiciliado na Alemanha ou no estrangeiro. Se admitirmos que num tribunal dinamarquês fosse posta uma questão respeitante ao mesmo alemão, em face de direito internacional privado dinamarquês seria aplicada a lei dinamarquesa, pois que na Dinamarca se achava domiciliado aquele alemão. Eis, aqui, um conflito positivo.

E a hipótese do conflito negativo? Basta-nos, cremos, inverter o exemplo. Um dinamarquês morreu e na Alemanha se encontrava domiciliado. Em face do direito internacional privado alemão, aplicar-se-ia ao dinamarquês a sua lei nacional; mas por sua vez o direito internacional privado dinamarquês obrigava a aplicar-lhe a lei do seu último domicílio, isto é, a lei alemã.

E estes dois lados do problema, o lado positivo e o lado negativo, são manifestações do mesmo e único problema (1) de saber a que deve ater-se o juiz internacional, quando tenha de julgar uma dada relação jurídica de carácter internacional: tomar apenas em consideração o seu direito internacional, ou ainda o direito internacional privado de uma legislação estrangeira?

É este um problema delicado, «a nice point», como dizem os ingleses.

Relembrando este último exemplo, que nos serviu para configurar a hipótese do conflito negativo, diremos que, se o tribunal alemão houvesse de tomar em consideração a referência que o direito internacional privado dinamarquês faz a lei alemã, como lei domiciliária, então, se aplicaria a lei de sucessão alemã e perguntaríamos: aceita o juiz alemão o *reenvio* que a lei dinamarquesa fez?

Eis-nos em face do problema do *reenvio* (2). De toda a vez que o direito internacional privado alemão entendesse dever aplicar-se apenas o direito material dinamarquês, não cairíamos no *reenvio*, para que o aceitássemos somente quando a norma de conflito alemã

---

(1) ANZILOTTI, «Studi critici di diritto internazionale privato», 1898, pág. 241 e segs.

(2) Em italiano diz-se «rinvio»; em francês «renvoi»; em espanhol «ritorno», em alemão «Rueckverweisung» e em português tem-se usado de «re-torno», de «reenvio» e de «devolução».

obrigasse a aplicação do direito dinamarquês compreendido na sua totalidade.

Num caso, referência ao direito material (*Sachnormverweisung*); noutro caso, referência à totalidade do direito dinamarquês, compreendendo normas de conflito e normas materiais (*Gesamtverweisung*). Descobrir, pois, o sentido, o conteúdo de uma regra de conflitos, quando declara aplicável um certo sistema legislativo estrangeiro, e procurar saber de que maneira se há-de compreender a aplicação desse mesmo sistema, eis no que, precisamente, consiste o problema do reenvio.

Exercitemos esta noção da «*Gesamtverweisung*». Suponhamos que, posta uma questão num determinado país, a regra de conflito desse país, X, torna aplicável a lei de um outro país, Y, compreendendo nessa lei estrangeira quer as suas normas de direito material, quer as de direito internacional privado. Sendo assim, a norma de conflito do país Y pode declarar aplicável as suas próprias normas materiais e nesta hipótese não assistiremos a nenhum conflito.

Mas, se a norma de conflito do país Y, deferida a ela a competência para regular a relação *sub judice* pela norma de conflito do país X, reenviar a relação a regular para o sistema jurídico deste país X, então, assistiremos ao fenómeno do reenvio, numa modalidade a que costuma chamar-se «renvoi au premier degré», ou «*Rückverweisung*», ou «rinvio indietro». E outra hipótese ainda podemos considerar. A norma de conflito do país Y, em vez de reenviar para o sistema jurídico da *lex fori*, isto é, do país X, a regulamentação daquela mesma relação, declara aplicável a lei de um outro país.

Estamos, então, em face de um duplo reenvio, isto é, de um «renvoi au deuxième degré», de um «rinvio altrove», de uma «*Weiterverweisung*». — E daremos, assim, razão à frase de BENTWICH: «the word Renvoi means a throwing back» (1).

As primeiras manifestações do fenómeno do reenvio não são contudo muito de trás (2).

---

(1) NORMAN BENTWICH, «Domicile and succession», pág. 164.

(2) HANS LEWALD, in «Recueil des Cours», 1929, IV, 29, pág. 533, refere contudo um caso de 1652-1663; N. BENTWICH, op. cit., pág. 165, depois de apresentar os primeiros indícios em 1793, firma-se definitivamente num caso passado em 1841 (pág. 166), o que aliás ÉMILE POTU, in «La question du renvoi en droit international privé», págs. 15 e 123, confirma em parte.

Sem remontarmos, porém, aos casos primeiros do reenvio, limitamo-nos a referir as suas três fases até o problema tocar toda a sua acuidade e importância já em fins do século XIX, com o caso de sucessão do cidadão bávaro FORGO.

Na verdade, nas suas primeiras aplicações, o reenvio surge na Inglaterra quase sem se aperceberem disso, com o carácter de amortecedor ou remédio para a rigidez da lei. Na Alemanha, o reenvio apenas aflora (1) e na França, terceiro país em que a teoria do reenvio se manifesta, tal problema surge em plena luz com o referido caso FORGO (2).

Para um conhecimento pormenorizado deste aspecto do problema, na jurisprudência dos diversos países, recomendamos os trabalhos, já referidos, de HANS LEWALD e ÉMILE POTU.

Mas, em que consistem as razões desta prática e o que se propõe tal processo de solução de conflitos de leis? Como se põe em marcha esta teoria do reenvio? Em que se traduz efectivamente?

Tentemos responder com um ou mais exemplos bem elucidativos deste caso excepcional de solução de conflitos de leis. Quer dizer, com o recurso à jurisprudência tentemos esclarecer o problema e dar-lhe a sua expressão mais acabada, com a ajuda de exemplos típicos desta prática.

Foi, primeiramente, no domínio do estatuto pessoal que se começou a fazer uma larga e segura aplicação do reenvio, até este tomar corpo de uma verdadeira teoria. E, no domínio do estatuto pessoal, pretendeu-se abranger todas as matérias aí contidas, como seja o casamento, a filiação, o divórcio, a interdição, a legitimação.

Cremos que o exagero desta prática levou também a que se admitisse o reenvio feito pela *lex rei sitae* à lei nacional (3). Este foi o caso de um cidadão francês, domiciliado em França, aí ter morrido, sendo proprietário de bens imóveis situados na Itália. O tribunal de Marselha, em 1905, não se dispensou de submeter à lei francesa toda a sucessão desse referido cidadão de nacionalidade francesa, incluindo os seus bens situados na Itália, baseado no seguinte

---

(1) ÉMILE POTU, op. cit., pág. 86-110.

(2) HANS LEWALD, «Recueil», 1929, IV, 29, pág. 534 e referências aí feitas.

(3) H. LEWALD, loc. cit., pág. 541; ÉMILE POTU, op. cit., págs. 244, 245.

raciocínio: a regra de conflitos francesa submete a sucessão imobiliária à lei do lugar da situação dos bens (no caso presente a lei italiana) e esta por sua vez declara dever aplicar-lhe a lei nacional do falecido (1).

Um exemplo da aplicação do reenvio em matéria do estatuto pessoal encontramos-lo entre nós. O caso da acção de investigação de paternidade ilegítima, que ocorreu em Portugal e em que o Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão, admitiu francamente o reenvio (2).

Um outro caso podemos referir, o do tribunal de Seine, de 17 de Abril de 1888 (3) em que se fez aplicação do reenvio. Tratava-se de um francês domiciliado na Itália. Casou com uma italiana, aí, e sem contrato de casamento. O tribunal, atribuindo, à vontade dos esposados, a determinação do regime jurídico matrimonial em que passariam a viver, entendeu que seria de suas vontades aceitar a lei italiana. Posteriormente afastou a aplicação desta lei, alegando que «la doctrine généralement admise en Italie à l'égard des étrangers est que le régime matrimonial des époux est déterminé par leur statut national».

E os exemplos podiam repetir-se.

Afirmámos já que a teoria do reenvio é de origem jurisprudencial e é até, no entender de um autor, «par suite d'une méprise que le renvoi a été consacré (Lainé), ou, mais severamente, foi «d'une façon inconscient bien avant que la question du renvoi fût posée... sans même s'apercevoir qu'elle reposait sur une conception nouvelle du droit international privé» (4).

Mas vejamos o funcionamento prático (5) desta teoria, reparando se ela nos oferece algumas vantagens e porventura inconvenientes.

É essencial nesta teoria que, de toda a vez que a norma de conflito da *lex fori* declare aplicável a uma certa relação uma lei estrangeira, nós entendamos compreendidas aí as suas normas de direito material e as normas de conflito.

Ora, sendo assim, cedo se descobre a necessidade de conhecer-

---

(1) H. LEWALD, loc. cit., pág. 541.

(2) «Colecção oficial dos acórdãos», XXXV, pág. 302.

(3) E. POTU, op. cit., pág. 27.

(4) E. POTU, op. cit., pág. 15.

(5) E. POTU, op. cit., pág. 261.

se o direito internacional privado estrangeiro em toda a medida em que tal lhe for determinado pela norma de conflito da *lex fori*.

Aponta-se, assim, aqui a primeira dificuldade prática na aplicação desta teoria, pois que se já de si é extremamente difícil conhecer-se o direito material estrangeiro, de-certo cresce a dificuldade para o caso do direito internacional privado estrangeiro: quer no que diz respeito ao direito internacional privado ainda não codificado, constando apenas de prática jurisprudencial ou consuetudinária, quer mesmo na hipótese da codificação existir, mas se torna difícil obter uma interpretação pacífica do seu sentido. Refere-se aqui o exemplo da disparidade de opiniões na interpretação da norma de conflito suíça, que submete à lei alemã o cidadão suíço que se encontra domiciliado na Alemanha.

Nem pode mesmo esquecer-se o caso de, havendo embora uma verdadeira norma de conflito, precisa e segura, o juiz estrangeiro ser compelido, por motivos de uma concepção sua apropriada ao seu sistema jurídico, entender diversamente essa referida norma. No «Yale Law Journal», tomo XXVII (1917-18), págs. 520 e 527, nota 36, aí se refere um caso deveras curioso a este respeito. Era o caso que se realizava na Alemanha um casamento e discutia-se a validade deste na América. Em face do direito internacional privado americano devia aplicar-se o direito material alemão no que respeita à forma do casamento; mas sucede, porém, que o Supremo Tribunal de Minnesota aplica antes o direito internacional privado alemão, isto é, o artigo 13.º da lei de introdução ao Código Civil alemão. De acordo com este artigo, tal casamento seria válido sempre que, realizado na Alemanha, correspondesse inteiramente à fórmula exigida pela legislação alemã; de contrário seria nulo. O Supremo Tribunal de Minnesota, afeiçoado ao brocardo «in dubio pro matrimonio», não hesitou em considerar válido tal casamento, pois que tomou por duvidosa e pouco esclarecida aquela disposição alemã.

E de resto, diz-se ainda, bem pode supor-se estarmos em face de uma norma de conflito formulada com toda a precisão, quando afinal a realidade é toda outra. É o caso do artigo 3238.º do Código Civil argentino. A precisão e escrita segura deste artigo, submetendo a sucessão de um argentino, domiciliado no estrangeiro, à lei do seu último domicílio, não corresponde uma uniformidade jurisprudencial. É este o segundo argumento.

E aqui temos a primeira dificuldade (1) que é costume apontar-se ao funcionamento prático do reenvio.

Mas uma segunda dificuldade se afirma ainda. Vejamos. Demos de barato, diz-se, que o juiz tenha de comportar-se dentro da norma de conflito do direito estrangeiro que lhe foi indicado como aplicável pelo seu próprio direito internacional privado. Como assim suceda, o juiz da *lex fori* tem de determinar aquela circunstância de conexão de harmonia com o que o direito internacional privado estrangeiro haja estatuído. Daí resultará, assim, que o conceito jurídico, seja de domicílio, seja qualquer outro, há-de buscar-se aí no direito estrangeiro (2).

Dois exemplos, duas práticas jurisprudenciais conseguem todavia esclarecer-nos sobre o valor desta atitude. No jornal de Clunet de 1899, pág. 825, e de 1928, pág. 1023, notamos duas sentenças totalmente diversas. Tratava-se da sucessão mobiliária de um inglês. Segundo a lei inglesa, dizia-se, os móveis estão submetidos à lei do domicílio do falecido, ao tempo da sua morte. Ora, o súbdito inglês, *de cujus successione agitur*, tinha o domicílio tal qual o requeria a lei inglesa, embora não houvesse conseguido do governo francês autorização de se fixar no território francês. Daqui resultava, então, que, segundo a lei inglesa, seria ainda a lei francesa que devia regular a sua sucessão mobiliária.

De modo diverso se julgou, posteriormente, uma mesma questão, com o argumento de que o *de cujus* não estava domiciliado em França nos termos da lei inglesa. Quer dizer, ainda será à própria lei, que provoca o reenvio, aquela a que nos devemos dirigir, a fim de saber se se realizaram as condições do reenvio. Tal é o modo de dizer de um ilustre autor.

Terceira dificuldade prática. Se se deve tomar em consideração a norma de conflito estrangeira, pergunta-se: e qual o alcance que deve dar-se ao tal reenvio? É que se esbarra, sem dúvida, diz-se, com o princípio do respeito da ordem pública estatuído em cada país. Bastava, com efeito, considerar-se o caso, já apreciado em tri-

---

(1) Sobre este assunto consulte-se também E. POTU, op. cit., pág. 219 e segs.

(2) Neste sentido também ROBERTO AGO, «Recueil des Cours», 1936, IV, 58, pág. 419.

bunal, de um argentino, domiciliado na Alemanha, que propõe, num tribunal alemão, uma acção de divórcio.

A norma de conflito alemã — artigo 27.º da lei de introdução ao Código Civil — aceita o recurso da lei nacional (no caso argentina) à lei alemã, mesmo neste caso de acção de divórcio.

Pergunta-se, porém: o direito argentino permite reenviar à lei domiciliária a apreciação da matéria de divórcio? É que a lei argentina concede apenas a separação de pessoas, no seu direito material.

Mas procuremos antes as consequências a que o reenvio nos leva e aí teremos reparado na sua inadmissibilidade, segundo dizem, e apontada ficará, assim, a quarta dificuldade.

Bastará reparar-se na hipótese do fenómeno sucessório. A dificuldade prática do reenvio resultará da aproximação que fizermos dos dois sistemas consagrados a respeito. Assim, enquanto as legislações francesa e inglesa fazem distinção entre a sucessão mobiliária e a imobiliária, as leis italiana, alemã, suíça, etc., não suportam tal, pois adoptam o sistema da unidade da sucessão.

A norma de conflito de um certo país pode entender que a referência feita pelo direito internacional privado estrangeiro à solução de um litígio concernente ao fenómeno sucessório não é de receber, de toda a vez que por esse mesmo direito estrangeiro se não respeitar o princípio da unidade da sucessão. Por forma que cindir o regime matrimonial é ofender um princípio de ordem pública local (1).

A aceitação do reenvio, diz-se, leva-nos deste modo a faltas de coerência em suas relações, ou a resultados de todo contraditórios.

Uma quinta dificuldade se apresenta ainda à prática do reenvio.

Vejamos o caso de, em virtude do reenvio feito pela norma de conflito estrangeira, um juiz aplicar o seu próprio direito. Aqui a lei do tribunal não tem aplicação por autoridade de seu próprio ordenamento jurídico, mas em razão de uma competência que recebeu do direito estrangeiro. Quer dizer, quando assim sucedesse, o juiz referido, aplicando a sua lei nacional, não veria aplicada a sua pró-

---

(1) A propósito veja-se a jurisprudência referida por E. POTU, op. cit., págs. 44, 45, 46 e segs., onde se encontrarão expostos com mais minúcia estes casos, e pág. 262 e segs.



pria lei, quando mesmo a norma de conflito estrangeira a tivesse declarado competente; era ainda a lei estrangeira que estava aplicando, por força do reenvio (15).

Todavia, enumeradas, a correr, as críticas que na prática jurisprudencial costumam ser assinaladas, perguntemos: a aplicação do reenvio traz consigo alguma vantagem?

Sem dúvida, dizem os seus adeptos. E a primeira apontada é, seguramente, a uniformidade de decisões.

Em contrário, argui-se que essa uniformidade se traduz numa pura ilusão, a menos que o princípio do reenvio seja aplicado e seguido por um só dos países cuja legislação se encontre em conexão com a espécie jurídica a julgar. Assim, suposto que se cuidasse de conhecer qual a capacidade testamentária activa de um dinamarquês, de 19 anos de idade, domiciliado na Itália, verificaríamos o seguinte: Na Itália, país em que se aplica a lei nacional para reger a capacidade pessoal do indivíduo, é aos 18 anos que se adquire a capacidade testamentária activa; na Dinamarca, pelo contrário, país em que se aplica a lei do domicílio para reger a capacidade pessoal, só aos 21 anos é que se adquire tal capacidade testamentária.

Vejamus a solução ao caso formulada. O tribunal italiano, aplicando àquele dinamarquês a sua lei nacional, dava-o por incapaz de poder dispor, por testamento, de seus bens; o tribunal dinamarquês, por seu turno, aplicando a lei do domicílio — a lei italiana — dava-o por capaz. A dificuldade é patente, sem que possa pensar-se que o reenvio solucione em harmonia. Se o tribunal italiano aplica o reenvio, é a sua própria lei que se aplica; torna-se claro, desta feita, que a solução será diversa para o juiz dinamarquês, de toda a vez que ele se sirva do reenvio que a norma do conflito italiano a ele lhe faça. A uniformidade de julgados escapa-nos, pois.

Apenas num caso se pode pensar na utilidade da prática do reenvio. No caso em que duas leis estrangeiras em causa se sirvam de um mesmo elemento de conexão. A este respeito consulte-se o

---

(1) E. POTU, op. cit. 78: «La loi anglaise renvoie à la loi belge, en sorte qu'appliquer la loi belge c'est appliquer la loi anglaise».

jornal «Clunet», 1929, pág. 188 e «New Journal Reports», t. XCVIII (Chanc.), pág. 246.

E agora era altura para perguntar: não encontra o reenvio apoio em disposições legais de direito internacional?

Pondo de parte, um pouco, a referência às disposições de direito internacional privado, não esquecendo todavia os exemplos dos diversos códigos civis suíços (designadamente o Código Civil de Zurich de 1854), do artigo 27.º da E. G., da lei japonesa de 15 de Junho de 1898 (artigo 29.º), da lei polaca de 2 de Agosto de 1926 (artigo 36.º), não queremos deixar de reparar nas disposições de direito internacional.

Referimo-nos às disposições convencionais. Há quem afirme, claramente, que a consagração do princípio do reenvio e o regime próprio das convenções são incompatíveis. Se, diz-se, as regras convencionais se propõem a substituição das disposições de conflito de Estados contratantes, pois que estas não correspondem perfeitamente às regras estabelecidas pela convenção, então, não se compreende já que a própria norma de conflito convencional, ao deferir a competência à lei de um dos Estados contratantes, queira fazer uma referência à totalidade do direito desse mesmo Estado contratante, pois que de outro modo não entenderíamos como a norma de conflito convencional viesse a operar aquela substituição.

Em princípio, pois, não foi nem pode entender-se como admitido o reenvio em direito internacional convencional. Apenas por excepção se encontra o artigo 1.º da Convenção de Haia de 12 de Junho de 1902, em matéria de casamento. Mas como explicar esta excepção?

Uma razão de oportunidade apenas, como seja a aproximação do princípio da nacionalidade ao do domicílio.

## 1 — O reenvio na doutrina

Como sempre acontece, há opiniões de autores de conceito que defendem o princípio do reenvio, bem como os há que atacam tal teoria. A lista de um e de outro lado é servida dos melhores nomes da ciência de direito internacional privado. Não

importa, porém, referi-los aqui e apresentemos antes os seus argumentos, as suas razões no sentido favorável e no sentido inverso (1).

Conforme tivemos ocasião de dizê-lo mais atrás, é com a figura da «Gesamtverweisung» que a teoria do reenvio se nos apresenta completamente, e o problema oferece-nos o seu «punctum saliens» justamente quando a norma de conflito da *lex fori* remete a apreciação da relação jurídica para a legislação de um terceiro país (*Weiterverweisung*).

O argumento principal da teoria da «Gesamtverweisung» (também chamada a *doutrina clássica*) consiste nisto: sempre que um preceito de direito internacional privado do tribunal chamado, em primeira demanda, a regular certa relação, remeter a uma lei estrangeira competência para essa mesma relação aí *sub iudice*, esse tribunal, ou esse juiz deve julgar da mesma forma por que o faria o juiz estrangeiro, do qual declarou aplicável certo preceito. Quer dizer, o direito estrangeiro declarado aplicável pela *lex fori* deve entender-se na sua totalidade, sem motivo, por isso, de separação entre as normas materiais de aplicação e os preceitos de direito internacional privado aí contidos.

Os adversários desta teoria fazem, porém, ressaltar imediatamente o defeito grave contido nessa argumentação.

Um tremendo círculo vicioso se esconde em tal raciocínio. Por que não entender-se também, na sua totalidade, a norma de conflito estrangeira? Pois, não terá esta norma um mesmo alcance que a regra de conflito da *lex fori*? Sendo assim, inicia-se um vai-vém ininterrupto, a que se tem chamado diversamente: uma partida de pingue-pongue, uma partida de lawn-tennis, a Spiegelkabinet, etc.

Parece, todavia, que um caso poderíamos figurar em que se não verificaria o tal *circulus inextricabilis*. Queremos-nos referir à teoria do duplo reenvio formulada por DICEY.

Depois do célebre caso JOHNSON (1903), parece que diversos autores ingleses tomaram o reenvio como fazendo parte integrante do direito inglês. Sendo assim, e admitindo a jurisprudência francesa

---

(1) Vide MACHADO VILELA, «Tratado de direito internacional privado», pág. 521 e segs.; E. POTU, op. cit., pág. 271 e segs.; H. LEWALD, loc. cit., pág. 583 e segs.; ROBERTO AGO, loc. cit., pág. 383 e segs. e bibliografia contida nesses livros.

o reenvio, verificou-se que, logicamente, sempre que o juiz inglês aplicasse, em matéria de reenvio, a *lex patriae* inglesa aos cidadãos ingleses que se encontrassem domiciliados na França, o juiz francês, por sua vez, devia aplicar, de futuro, a *lex patriae* inglesa interna.

Foi o internacionalista inglês DICEY quem viu, em 1908, a dificuldade da situação e propôs, então, a sua conhecida teoria do duplo reenvio.

Ele raciocinou sobre o caso de um inglês morrer domiciliado na Itália, deixando bens mobiliários em sucessão. Ora, a lei do domicílio (artigo 7.º do Código Civil italiano) dá por aplicável a lei inglesa. DICEY, então, diz que «o tribunal inglês, devendo proceder como se ele fosse um tribunal com sede na Itália, tem como tarefa determinar o sentido desta parte da lei italiana». Deste modo, se a lei italiana torna aplicável a lei interna inglesa (rejeitando assim o reenvio), aplicar-se-ia àquele falecido inglês o *Statute of Distributions*; se, pelo contrário, o artigo 7.º referido da lei italiana pode significar (nos termos da interpretação dos tribunais italianos) a compreensão do direito inglês na sua totalidade, abrangendo, pois, direito interno e direito internacional privado, então, nesse caso o juiz inglês, procedendo do mesmo modo que o juiz italiano, é forçado a seguir o reenvio que a sua norma de conflito lhe fez para a lei interna italiana, pois é certo que o juiz inglês deve pôr-se de harmonia com o ponto de vista do tribunal italiano.

Quer dizer, o tribunal inglês aplicaria o direito sucessório italiano, o que era o mesmo que não tivesse prestado atenção ao direito internacional privado italiano. O reenvio destrói-se, pois, a si mesmo nas hipóteses em que os dois sistemas legislativos estrangeiros o admitam do mesmo modo (1).

Se o juiz italiano seguir o mesmo caminho que o juiz inglês, chega-se, diz-se, a um resultado oposto ao anteriormente indicado, e aqui fica marcado mais um defeito de que acusam esta teoria de DICEY.

Consideremos o caso de um duplo reenvio. A sucessão daquele inglês, que morreu na Itália, tendo tido aí o seu último domicílio, seria deste modo submetida (na hipótese, repetimos, do duplo reen-

---

(1) Para crítica desta teoria consulte-se E. POTU, op. cit., págs. 277, 278 e 279.

vio) à lei italiana, na Inglaterra, e à lei inglesa, na Itália. Valeria a pena considerar ainda um triplo reenvio para obter-se a harmonia de julgado?

E que pensar da hipótese da «*Weiterverweisung*»?

É sempre possível, aos seus adversários, apresentar o defeito desta construção através de um *circulus inextricabilis* que lhe é imanente.

Suponhamos o exemplo de, perante um tribunal alemão, se apreciar a sucessão de um dinamarquês, domiciliado na Inglaterra, possuindo bens imóveis na Itália. De acordo com o direito internacional privado alemão seria à lei dinamarquesa, como lei pessoal, que seria remetido o juiz alemão. O direito dinamarquês, por seu turno, remetia para a lei do seu último domicílio — a lei inglesa; esta por sua vez (entendendo que a referência à lei estrangeira é para compreendê-la na sua totalidade) remetia para a lei do lugar da situação dos bens — a lei italiana. Sucedia, porém, que a lei italiana, através do seu artigo 8.º das disposições preliminares, remetia, a este respeito, à lei nacional — lei dinamarquesa. E assim sucessivamente.

E só mais um quesito nos basta pôr para que, no pensamento dos adversários do reenvio, se tenha de afastar tal teoria.

Será de aceitar o fundamento em que assenta o reenvio? Isto é, formará o direito estrangeiro um todo indivisível, compreendendo simultaneamente o direito material e o direito internacional privado?

Pôr esta questão é querer discutir o próprio problema da natureza do direito internacional privado, quer dizer, conhecer até que ponto pode uma regra de conflito estrangeira ter aplicação no espaço.

A este respeito, duas teses, duas correntes se pronunciam em sentido diametralmente oposto: a tese nacionalista e a tese internacionalista.

A primeira toma o direito internacional privado como parte integrante do direito nacional e daí resulta, pois, que as normas desse direito internacional são normas internas.

A segunda tese, a internacionalista, considera o direito internacional privado como um direito internacional, assente sobre um princípio de distribuição de competências legislativas entre os diversos Estados que constituem a comunidade internacional.

Uma terceira opinião se manifesta ainda, no sentido de olhar o direito internacional privado como um direito com sua feição própria, particular, *sui generis* (1) (2).

## 2 — A teoria do reenvio no sistema de FRANKENSTEIN

É já do nosso conhecimento a construção deste autor, sobretudo o ponto de vista em que se coloca para conceituar o direito e, nomeadamente, o direito internacional privado. É que para FRANKENSTEIN a solução a dar às relações jurídicas internacionais não é um problema específico deste departamento da ciência jurídica; há mais alguma coisa para este autor: trata-se de um problema universal «qui est naturellement sous l'influence de la conception d'ensemble que l'on se fait des problèmes internationaux» (3).

Não somos nós que iremos considerar a construção de FRANKENSTEIN absolutamente nova (embora original), pois que a sua essência já se encontra contida na doutrina internacionalista italiana de Mancini, de cujo alcance só recentemente alguns autores se aperceberam: FIORE e FUSINATO, etc. (4).

E com este seu sistema pretende FRANKENSTEIN dar solução, no seu próprio dizer, «ao mais famoso problema de todo o direito internacional privado»: o problema do reenvio. Diremos mais ainda: é que, para FRANKENSTEIN, com a sua distinção entre ligação primária e ligação secundária, «la nouvelle doctrine fournit la solution immédiatement» (5).

E dará assim solução imediata?

(1) Sobre a discussão deste assunto pode ver-se: H. LEWALD, loc. cit., pág. 598; E. POTU, op. cit., pág. 280 e segs. e a vasta bibliografia aí citada; ROBERTO AGO, loc. cit., pág. 252; MACHADO VILELA, op. cit., pág. 285; E. FRANKENSTEIN, «Recueil des Cours», 1930, III, 33, pág. 251 e segs.

(2) De caso pensado nos escusamos de tratar aqui as diversas teorias, conhecidas na doutrina, a respeito do reenvio. HANS LEWALDE, sobretudo EMILE POTU, trataram do problema.

(3) FRANKENSTEIN, «Recueil», 1930, III, 33, pág. 271.

(4) A este respeito o próprio FRANKENSTEIN se confessa in «Recueil», 1930, III, 33, pág. 263.

(5) FRANKENSTEIN, «Revue de droit international privé», 1932, XXVII, pág. 58.

Vejamos. Recordemos as bases em que assenta. Como vimos, **FRANKENSTEIN** parte do princípio de que *a priori* se pode determinar qual a conexão do indivíduo, e das coisas, a uma certa ordem jurídica a que pertencem e, conseqüentemente, pode determinar-se assim o campo de aplicação de cada ordem jurídica. Com base, assim, em elementos de psicologia, de um lado, e em considerações de ordem política, de outro lado, cuida que se pode precisar qual a medida em que um indivíduo se encontra ligado a uma ordem jurídica concreta, à ordem jurídica sua nacional. Porque uma vida em comunidade faz que naturalmente todos desse grupo sintam a necessidade de consecução dos mesmos desígnios, os indivíduos componentes de uma comunidade concorrem à formulação de juízos sobre o que consideram justo ou injusto e dão deste modo corpo e concretização jurídica àquilo que não passava, de início, de um hábito, de um costume. Criam o direito, o seu direito e desta feita pode dizer-se, na expressão de um autor, que: «ogni individuo ha «un suo proprio diritto, che è il diritto giudicato tale dalla maggioranza o totalità dei componenti la comunità o stato».

E assim nos surge uma ligação do indivíduo para com o seu Estado; a que **FRANKENSTEIN** chamou ligação primária.

Sucedo, porém, que o legislador nacional defere a competência de regulamentar a capacidade de um seu cidadão, no estrangeiro, à lei de um outro Estado, submetendo, assim, os seus nacionais à lei do domicílio (ligação secundária).

E bem se pode recordar ainda que, além de uma terceira ligação (pseudo-ligação), que mais resulta da soberania territorial de que gozam os Estados, quando um legislador submete a capacidade e o estado de um seu nacional, domiciliado no estrangeiro, à sua própria lei nacional, **FRANKENSTEIN** não considera esta regra própria uma regra de direito. É antes a afirmação de uma verdade científica.

Suponhamos o caso de um dinamarquês domiciliado na Holanda. O exemplo é de **FRANKENSTEIN**. Este cidadão dinamarquês está, primariamente, sujeito ao seu direito nacional e, como este mesmo direito o submete, secundariamente, ao direito do lugar do domicílio, o direito holandês é de aplicar. E, de toda a vez que o direito holandês preceitua a aplicação do direito dinamarquês, «il traduit simplement en norme législative la constatation scientifique» de que cada um

se encontra sujeito ao seu direito nacional. Mas, como o sabemos, o direito dinamarquês prescreve uma ligação secundária dos seus nacionais para com o seu país de origem e essa ligação secundária é estabelecida em virtude do poder jurídico primário do próprio legislador dinamarquês e por isso mesmo se lhe deve obediência e se faz, então, em definitivo, a aplicação do direito holandês.

Vejamos, pois, o funcionamento deste sistema na matéria do reenvio.

Suponha-se um inglês domiciliado na Itália e que, à sua morte, deixou bens mobiliários e imobiliários na Alemanha e naquele país. Perante os tribunais alemães, propõe-se saber como deve ser regulada a sucessão desse falecido inglês. O exemplo é FRANKENSTEIN quem no-lo fornece e ele mesmo diz que a solução «est la plus simple qu'on puisse imaginer».

O inglês depende, *a priori*, primariamente, do direito inglês. Mas, se o direito inglês estatui que a sucessão mobiliária de um súbdito britânico se deve submeter ao direito do seu domicílio, FRANKENSTEIN vê nisso uma ligação secundária que se deve respeitar, pois que é certo ser o direito inglês aquele que rege, primariamente, o súbdito inglês. E por isso mesmo o tribunal alemão aplicará o direito italiano (*lex domicilii*) (1) àquela sucessão mobiliária. E no que diz respeito à sucessão imobiliária, como se vê já claro, o tribunal alemão aplicará o próprio direito alemão, pois que o direito inglês, primariamente competente, *liga-se* secundariamente à *lex rei sitae* (direito alemão).

E diz FRANKENSTEIN: «il n'y a ici ni doute ni controverse possible».

Como se vê, aquele autor sente-se seguro.

### 3 — Apreciação crítica da teoria do reenvio

É já um truismo, no domínio da crítica ao reenvio, dizer-se que com tal sistema se confundem as leis estrangeiras, que são do domínio do direito internacional privado, com aquelas que pertencem ao direito interno de um país, pois que, entendendo-se na sua totalidade

(1) «Revue de droit international privé», XXVII, 1932, pág. 60.



a referência que se faça ao direito estrangeiro, se aplicam as normas de direito internacional, quando deviam aplicar-se as normas internas de direito material.

Isto é, procura-se fazer a distinção entre direito internacional privado e direito interno.

Entendemos, porém, que não colhe este argumento, porque falar assim é pensar que o direito internacional privado tem leis suas próprias, quando é certo apenas encontrarmos nele contidas normas, princípios de orientação, conforme os quais e por força dos quais aplicamos a *lex fori*, a *lex loci*, etc. E quando dizemos *lex loci* ou *lex fori* é mais que evidente estarmos em face do direito interno que interessa a certo e determinado país. Por conseguinte, de toda a vez que se faça uma referência ao direito estrangeiro, devemos entender este no seu conjunto, pois que o direito internacional privado tem de pronunciar-se, indicando, por intermédio dos seus princípios ou normas de orientação, que lei interna é de aplicar: a *lex fori*? a *lex loci*? a *lex rei sitae*?

É que se não deve esquecer que estamos no domínio do direito internacional privado e, por isso mesmo, num domínio em que não topamos com leis próprias para regular as relações jurídicas; carecemos de consultar o direito internacional privado, já que a relação a regular é justamente de carácter internacional.

De contrário, negamos o próprio direito internacional privado.

Se, perante uma hipótese concreta, verificamos que a relação cai no âmbito do direito internacional privado, não sofre dúvida que, sendo remetidas pela *lex fori* para um direito estrangeiro, havemos de entender este na sua totalidade, já porque a relação é justamente de carácter internacional (e assim o entendeu o direito internacional privado da *lex fori*), já porque, de contrário, fariamos uma aplicação exclusiva do direito internacional privado da *lex fori*, o que para nós significa um abuso que fere a soberania de outros Estados.

E aqui deixamos já entrevista a escusa que fazemos àquele outro argumento que é de uso empregar-se: a prática do reenvio levamos a um motu-contínuo, a um *circulus inextricabilis*, ou, no dizer vivo de BARTIN, faz lembrar «une balle que le premier joueur adresse à son voisin, le second au troisième et ainsi de suite».

Parece-nos que os adversários do reenvio laboram num erro,

se é que se não tenham excedido mesmo na vivacidade com que atacam tal teoria.

Vejamos o caso com atenção. Perante o tribunal de um país discute-se a capacidade de um cidadão estrangeiro. O direito da *lex fori* investiga qual a lei a aplicar e decide que seja a lei nacional daquele indivíduo. Ou esta lei nacional do referido cidadão remete a regulamentação da capacidade do seu súbdito para o próprio direito da *lex fori*, ou aceita a referência que esta fez para ela.

Neste segundo caso, se a *lex fori* remete a competência para regular a capacidade daquele indivíduo à sua *lex patriae* e esta se aplica, não nos parece que possa pôr-se aqui qualquer dificuldade.

No primeiro caso, a *lex fori* vai ser aplicada com toda a propriedade, porque obedeceu ela própria ao seu direito interno remetendo a competência para a lei nacional do cidadão estrangeiro, e ainda porque, conforme decisão da lei primeiramente competente — lei nacional do cidadão referido, a capacidade daquele indivíduo tem de regular-se pelo direito da *lex fori*.

Isto parece-nos transparentemente claro e só a confusão ou precipitação com que os autores trataram esta teoria do reenvio é que permitia imaginar ainda o que não passa de imaginário.

É que os autores não buscaram a aplicação correcta e precisa de dois princípios fundamentais do direito internacional privado: o princípio da extraterritorialidade da lei referente aos indivíduos seus adstritos, e o princípio de que os bens estão sujeitos à lei do lugar da sua situação.

E para nós é tão evidente esta realidade, que não receamos afirmar que não há, no nosso parecer, motivo para falar-se mais em reenvio.

O reenvio não existe; não passa de imaginação.

É que não faz mais sentido que se entenda que é o Estado estrangeiro o competente para regular a capacidade das pessoas que lhe são estranhas. Só quando assim se entendesse (e estava-se entendendo mal), é que poderíamos assistir ao estranho e misterioso fenómeno do reenvio.

Quer dizer, se um cidadão do Estado A estivesse domiciliado em território do Estado B, só quando o direito internacional deste Estado entendesse, e abusivamente, ser ele o competente para aplicar-se àquele cidadão e, por efeito da sua norma de conflito, reme-

tesse para a lei nacional do aludido indivíduo, cidadão do Estado A, só nessa hipótese, sim, é que poderíamos falar de reenvio, pois é certo que, então, a lei do Estado A, de que aquele indivíduo é nacional, remeteria, reenviaria a competência para a lei do domicílio do seu súbdito, isto é, a lei do Estado B.

Então, sim, mas com evidente erro e abuso, de que se consentiu partir, é que poderíamos falar em reenvio.

\*  
\*       \*  
\*

E que pensar da solução proposta por FRANKENSTEIN ?

Quanto a nós não receamos segui-la, enquanto solução para o problema do reenvio. Não vemos nela o vício do *circulus inextricabilis*, pois que uma aplicação rigorosa do seu sistema necessariamente nos leva a um resultado de todo estranho ao reenvio.

É que a teoria de FRANKENSTEIN só tem, para nós, a possibilidade de uma crítica procedente, naquele ponto em que ele procura *justificar* a linha donde partiu, isto é, o seu conceito de direito, de direito de limites, etc., pois em tudo o resto ele se limitou a dar-nos a conhecer uma verdade científica em que se não quisera reparar.

É lógica e evidente a solução por ele proposta.

Só aqueles que, para o criticarem, se afastam, quando o não deviam fazer, do seu ponto de vista, é que encontram possibilidade de uma crítica viável, de um círculo vicioso nela imanente.

Dos escritos que pudemos ler a propósito, HANS LEWALD foi um dos que apreciou, expressamente, o problema do reenvio no sistema de FRANKENSTEIN.

Porventura procedente a crítica desse autor ?

De modo nenhum. Diz H. LEWALD (1) : «C'est donc la gradation de ces deux éléments de rattachement qui conduit nécessairement à la disparition des difficultés, qui ont fait surgir le problème du renvoi. Partant, l'opinion émise par FRANKENSTEIN ne pourrait être considérée comme une véritable solution du problème que si cette gradation des éléments de rattachement, qui est à la base

---

(1) H. LEWALD, loc. cit., pág.s 613-614.

de toute sa doctrine, était justifiée. L'auteur en a-t-il vraiment fourni la preuve? Est-il vrai que chaque État ne peut légiférer que pour ses nationaux?»?

Como se vê, é muito pouco. Além do mais, o próprio **FRANKENSTEIN** respondeu a esta observação, e muito acertadamente, dizendo que «le point de départ de ma doctrine n'est que la relation entre l'homme et l'ordre juridique, le rattachement primaire. Savoir si ce rattachement est la nationalité ou la loi du domicile ou une autre loi, c'est pour moi une question tout à fait secondaire» (1). E mais disse ainda: «il n'en serait pas non plus autrement si un examen des rapports entre l'homme et l'ordre juridique conduisait à un résultat, selon lequel une autre relation naturelle, par exemple celle entre l'homme et la loi du domicile, devrait être déduite de la constitution du droit. Car, alors, cette autre relation fournirait le rattachement primaire; la nationalité serait dégradée et deviendrait un rattachement secondaire. Le principe resterait toujours le même. Le point de départ, c'est toujours uniquement le rattachement primaire. Il n'y a que le statut primaire qui puisse décider à propos des rattachements dérivés, d'autres statuts ne le peuvent pas» (2).

E bem nos parece até que **HANS LEWALD**, ao perguntar: «est-il vrai que chaque État ne peut légiférer que pour ses nationaux?» , se esqueceu, francamente, da existência do conceito de pseudo-conexão, que o mesmo **FRANKENSTEIN** nos forneceu e sobre o que nos esclareceu dizendo: «Wenn das englische Recht einen in England lebenden Deutschen englischem Recht unterwirft, das deutsche Recht einen in Deutschland lebenden Franzosen nach deutschem Recht entmündigt, so greifen beide Rechtsordnungen in die Rechtsverhältnisse von Personen ein, die durch primäre Anknüpfung einer anderen Rechtsordnung angehören und ihnen auch nicht sekundär unterworfen sind» (3).

Reparemos numa das críticas que é de uso fazer-se à teoria de **FRANKENSTEIN**, através de um exemplo.

(1) **FRANKENSTEIN**, «Recueil», 1930, III, 33, pág. 293, nota.

(2) **FRANKENSTEIN**, «Recueil», 1930, III, 33, pág. 293 e ainda págs. 298-299 e «Revue de droit international privé», XXVII, 1932, pág. 59.

(3) **FRANKENSTEIN**, Intern., vol. I, pág. 130.

Trata-se da capacidade negocial de um inglês domiciliado na Itália. Em Portugal se procura, através dos órgãos judiciais, conhecê-la.

Na técnica de FRANKENSTEIN, como é evidente, aplicar-se-ia a lei do lugar do domicílio, isto é, a lei italiana.

Ora, como objecção, lê-se algures: «o legislador inglês é livre de disciplinar, como quiser, as relações dos súbditos ingleses. É livre de os sujeitar, quando domiciliados no estrangeiro, ao direito do domicílio — e não importam as razões desta referência à lei do domicílio. Logo, é livre também de ordenar uma sujeição *condicionada* dos seus nacionais a este direito: uma sujeição condicionada à atitude do ordenamento jurídico do país do domicílio perante os estrangeiros. Aos ingleses domiciliados no estrangeiro será concedido o tratamento jurídico que no país do domicílio lhes for assinalado. Mas qual é o tratamento jurídico dado na Itália aos ingleses lá domiciliados? Actualmente, esse tratamento consiste — o que é um abuso do ponto de vista de FRANKENSTEIN — em aplicar-lhes o direito material inglês.

«Mas podia consistir — como queria ANZILOTTI — em aplicar-lhes o direito material determinado pelo legislador inglês (e assim teria de ser, do ponto de vista de FRANKENSTEIN). E que direito material é o determinado pelo legislador inglês? O que for determinado pelo italiano — O círculo fechou-se».

Que pensar desta objecção? Não a tomamos por procedente. Entendemos que se foge do sistema de FRANKENSTEIN, pois se diz, afoitamente, «mas podia consistir em aplicar-lhes o direito material determinado pelo legislador inglês (e assim teria de ser do ponto de vista de FRANKENSTEIN)». E que direito material? Aquele que, de harmonia com a determinação do direito inglês, for determinado pelo legislador italiano.

Mas alguma vez FRANKENSTEIN teria proposto que naquela hipótese o legislador inglês perguntasse ao legislador italiano qual direito material iria aplicar ao seu súbdito? Cremos que não. De resto, citando o próprio FRANKENSTEIN, verificamos que não: «Wenn es etwa, wie das englische Recht, seine Angehörigen dem Rechte des Wohnsitzes unterwirft, so ist es selbstverständlich, dass das Gebietsrecht, wenn es dem englischen Recht überhaupt Spielraum lässt, es unverändert anwendet, den englischen Staatsan-

gehörigen also nach dem Rechte des Wohnsitzes beurteilt. Das aber lehnen die meisten ab und wenden auf den Engländer, dem man erlauben will, nach seinem Recht zu leben, entgegen seiner eigenen Rechtsordnung nicht das am Wohnsitz geltende, sondern englisches Recht an. Man muss sich diese Absurdität klarmachen: man verzichtet auf polizeiliches Eingreifen in die Rechtsverhältnisse der Fremden, lässt ihnen die Freiheit, nach ihrem eigenen Recht zu leben, und schreibt ihnen dann zwangsweise vor, wie ihr Recht auszusuchen habe!» (1).

Quer dizer, nunca no ponto de vista de FRANKENSTEIN se poderia afirmar que o legislador inglês, ao determinar que a um seu nacional, domiciliado no estrangeiro, se deveria aplicar a lei do lugar do seu domicílio, pretendia com isso significar que seria de aplicar ou o direito material inglês ou o direito material que o legislador do lugar do domicílio, por intermédio de uma sua norma de conflito, entendesse dever aplicar-se agora.

Digamos outra vez: se o legislador de um país, de que um indivíduo *A* é nacional, nos diz que é competente para regular as relações pessoais de *A* a lei do lugar do seu domicílio, somente devemos entender que esta referência não pode significar, como se tem pretendido, que atenderemos à *lex domicilii*, mas sim à própria lei nacional de *A*. E por quê? Porque, tratando-se de uma relação jurídica internacional, a lei que se busca é a lei nacional. E que diz a *lex patriae*? Que a lei competente para o caso é a *lex domicilii*. E é tudo e de mais nada se precisa. Porventura teria cabimento agora dizer-se que se torna ainda necessário perguntar à norma de conflito da *lex domicilii* qual a lei regular a capacidade daquele estrangeiro aí domiciliado? Torna-se evidente que não. O contrário disto seria deferir à lei do domicílio uma competência que ela própria não chama a si.

Não podia deixar de ser assim, já que a noção da nacionalidade é exclusiva de direito público, pois que o ramo de direito que estuda a nacionalidade é público. Se me é lícito afirmá-lo, a base jurídica em que assenta o conceito da nacionalidade é uma espécie de contrato bilateral sinalagmático (e estou ainda dentro do ponto de vista de FRANKENSTEIN) entre o Estado e o cidadão, não esquecendo,

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 48.

por isso, que há direitos e deveres recíprocos (1). A nacionalidade comporta-se até como a própria condição jurídica do indivíduo cidadão de um Estado em suas relações com o Estado, e este, em razão do seu poder de soberania, determina quais as condições para a aquisição e perda da nacionalidade. E nunca ninguém contestou que a eficácia das leis nacionais vai mesmo até o estrangeiro, isto é, manifesta-se sobre os seus nacionais até mesmo quando eles se encontrem no estrangeiro. E que cada Estado reconhece as leis dos outros Estados em matéria de nacionalidade, é um facto incontroverso que cai dentro dos domínios do direito das gentes. E aqui é de justiça fazer notar o grande alcance da doutrina de FRANKENSTEIN ao falar-nos das suas conexões. Talvez até nem se devesse falar em «lei nacional», para dizer antes «lei (de certo Estado) a que pertence uma pessoa».

Quer dizer, dentro do sistema de FRANKENSTEIN de maneira nenhuma nos poderemos encontrar em face de um problema de referência à lei estrangeira, isto é, não haverá reenvio e «das Problem der Verweisung und Ruckverweisung enthüllt sich als ein neues Kapitel in der langen Geschichte sprachlicher Missverständnisse» (2).

\*  
\*   \*  
\*

E que pensar do problema do reenvio em direito português?

Este problema foi tratado, entre outros, por MACHADO VILELA (3), CUNHA GONÇALVES (4), CAEIRO DA MATA (5), ALBERTO DOS REIS (6), etc.

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 38: «dass der Bürger, der seinem Staate als Träger der Staatsgewalt angehört und ihn Treue schuedet nun auch umgekehrt Anspruch darauf hat, dass der Staat ihm die Treue wahrt und ihn beschützt».

(2) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 48.

(3) MACHADO VILELA, «Tratado elementar teórico e prático de direito internacional privado», vol. I.

(4) CUNHA GONÇALVES, «Tratado de direito civil», vols. I e XIV.

(5) CAEIRO DA MATA, «A herança Davidson e o problema da devolução», in «Questões forenses, miscelânea», 1909.

(6) ALBERTO DOS REIS, «Das sucessões no direito internacional privado».

Sobre o ponto de vista de **FRANKENSTEIN** nenhum destes autores pôde pronunciar-se (excepção feita para o segundo), pois que se trata de um sistema recente.

Foram unânimes no repúdio à tal teoria do reenvio e os seus argumentos afinam todos, com excepção para **CUNHA GONÇALVES**, pelo mesmo diapasão.

Mas será de receber, no nosso direito, tal teoria? Não nos propomos referir aqui a série de argumentos formulados a favor, não esquecendo mesmo a opinião jurisprudencial aqui e ali manifestada. Bastará para isso consultarem-se os livros de **MACHADO VILELA** e **CUNHA GONÇALVES**.

Em matéria respeitante ao direito convencional e ao direito uniforme, que posição tomar?

Tem-se revelado, no que se refere ao direito convencional, certa simpatia, senão mesmo a opinião convicta de que é de receber, no nosso direito internacional convencional, o princípio do reenvio.

É em face do Regulamento consular de 1920 e da Convenção de Haia, sobre casamento, de 12 de Junho de 1902, que a questão se levanta.

Dizem os partidários do reenvio, neste assunto, que ao menos em matéria de casamento (sobre as condições de sua formação e não já quanto aos efeitos do mesmo, pois aquela referida Convenção não tratou disso) está consagrado o princípio do reenvio, não obstante a dificuldade que o Regulamento Consular de 1920 possa oferecer, pois é certo que num seu artigo se formula uma regra que francamente afasta tal possibilidade do reenvio.

E está consagrado, dizem, porque não faria sentido que o Estado português, em compromisso tão solenemente tomado numa convenção, viesse posteriormente, em legislação interna, revogar o que aceitara em circunstância da maior solenidade. Por isso, sempre guiados pelo princípio de que «pacta sunt servanda», afirmam ter de considerar-se exacta a afirmação conforme a qual o reenvio está consagrado, ao menos naquela matéria, no nosso direito.

Como dissemos atrás, a Convenção de Haia de 12 de Junho de 1902, apenas se ocupou das condições de formação do casamento e não dos efeitos do mesmo. Estabeleceu o princípio de que será de acordo com a lei nacional dos nubentes (artigo 1.º) que serão regu-



ladas as condições de fundo para a celebração do casamento, sancionou o princípio do reenvio.

Os Estados signatários desta Convenção foram: França, Alemanha, Áustria, Hungria, Bélgica, Espanha, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Roménia, Portugal, Suécia e Suíça.

A França, muito embora ratificasse esta Convenção em 1904, denunciou-a, posteriormente, em 1913. A Espanha, Portugal e a Áustria-Hungria recusaram a sua ratificação (1).

Ora, sendo assim, não pode nunca pretender-se ver aceita a opinião segundo a qual o princípio do reenvio está consagrado em direito internacional convencional português.

Quanto ao direito uniforme, foi consentido o reenvio em matéria de direito cambiário, por motivo de aproximação do princípio da nacionalidade e do princípio do domicílio.



Fizemos, na medida do possível, uma exposição imparcial da matéria. Quisemos assim usar de objectividade, a fim de que possamos ver claro agora no vasto horizonte destes problemas.

Assiste-se, no desenrolar das diversas teses das dezenas de partidários do reenvio, a um amontoar de construções, sem que o escritor mais recente mostre sinal de atenção para com o resultado ou construção anterior imediatamente formulada. Falta, pois, neste capítulo da ciência do direito internacional privado, umnexo, um laço de união entre tantos autores de conceito que se pronunciaram a propósito. Representa isso, sem dúvida, a pouca segurança, a nenhuma tranquilidade que se frui neste ramo de direito. Não falamos em desordem, em anarquia, mas FRANKESTEIN sublinha este estado de coisas como o de um verdadeiro caos. Não surpreenderá isso, talvez, se atentarmos na relativa maturidade de uma ciência há pouco nascida e na quase impossibilidade de a delimitarmos devidamente, sem esquecer mesmo a própria designação em uso.

---

(1) TITO FULGÊNCIO, «Synthesis de Direito Internacional privado», pág. 96.

Desta forma parece-nos, pois, que cada jurisconsulto se tem limitado a expor o seu ponto de vista, sem o intuito de ver de alto o problema e a surpreendê-lo na sua verdadeira essência.

Com a preocupação de alguns de descobrir qual o parentesco entre o direito internacional e o direito internacional privado, ou somente a filiação legítima deste, têm-se ganho, sem dúvida, nomes curiosos como «Recht über Recht», «Über-Recht», «Welt-Recht», «Urrecht», etc., etc., mas o sentido verdadeiro do problema do reencontro escapa-nos, para apenas se colher o fruto de uma erudição, que se não nega, é certo, porém, muito à quem do escopo de uma solução, em harmonia, do conflito, melhor, da concorrência de mui diversas legislações, na peugada da mesma relação jurídica a regular. É que a ciência do direito internacional privado é muito especial, *sui generis*, delicada, quase queríamos dizer, como LEA MERIGGI, só permitido o seu cultivo a espíritos aristocráticos. Na verdade, a complexidade de seus problemas, todos eles entrelaçados numa gama extensa de matizes, o mesmo é que dizer de subtilezas e distinções, obriga-nos a usar toda uma teoria do direito civil transportada a um plano superior de uma preparação técnico-jurídica, de cultura psicológica, sociológica, histórica, filológica e filosófica.

Trata-se, parece, de uma ciência *toda nova* e para trabalhar a qual cada um deve reparar, como bom operário, «ob sein Handwerkszeug in Ordnung ist», no dizer de FRANKENSTEIN. E os conceitos carecem, pois, de ser refundidos e passados pelo crivo da utilidade que a nova ciência lhes pode emprestar. Com razão escreveu FRANKENSTEIN: «Dieses Werkzeug, die Begriffe und die Technik der Begriffsbildung, haben die Fachleute, die sich dem Grenzrecht widmen, von anderen Disziplinen übernommen, ohne sie weiter auf ihre Brauchbarkeit zu untersuchen» (1).

Na verdade, conceitos como o de ordem pública e de soberania, entre tantos outros, para aqui trazidos de outros ramos de direito, apenas permitiram que juristas servidos de brilhante inteligência dessem largas à sua incontestada capacidade. Tome-se o nome de ANTOINE PILLET, esse que sobressai entre os primeiros internacionalistas franceses do século XIX. Que beleza de forma a sua, quando expõe o seu famigerado sistema, revelando-se agudo de

---

(1) FRANKENSTEIN, Intern., vol. I, pág. 1.

penetração com o seu conceito do «but social de la loi». É sugestivo, sem dúvida. Não negamos a influência enorme que tal teoria exerceu, mas não nos deixa margem a outra apreciação que não esta: uma bela visão descritiva... Faz-nos até lembrar a teoria da «sede da relação jurídica» de Savigny. E o nome de PILLET tomamo-lo como um exemplo entre tantos.

O sistema deste internacionalista, como o de tantos outros, nada de positivo nos trouxe, nenhum passo seguro nos permitiu dar nesta senda saibrosa que é a ciência do direito internacional privado.

E sem que se faça um exaustivo estudo de sistematização de toda a secção da ciência jurídica, levando-a ao domínio das correntes jurídicas contemporâneas, não nos será nunca possível achar uma solução, uma chave de solução dos problemas do direito internacional privado.

É necessário descer até à essência do problema, e o problema fundamental não é nem o reenvio nem o conflito de normas de conflito, nem a concorrência de qualificações sobre a mesma relação jurídica. O problema é todo ele de conceitualização do próprio direito internacional privado, estudar-lhe a sua origem histórica, o seu percurso de evolução, o seu impulso íntimo, interior de buscar a satisfação das necessidades dos grupos humanos espacialmente distribuídos.

Mas, com ser assim, não esqueçamos nunca que este direito internacional privado não pode fugir, como é natural, ao ambiente da sua formação, reflectindo por isso todo um «clima» espiritual, moral, económico, político e social a que fica devendo a sua génese.

Em matéria do reenvio, justamente porque as soluções são isoladas, porque cada jurista se serve do seu critério particular de apreciação da matéria, vemos bem claramente que todo o resultado a que se chegue se estrutura antes numa concepção própria de cada autor sobre a natureza da essência do direito internacional privado (1).

É que o fulcro do problema do reenvio assenta, para muitos, neste primeiro ponto; qual a natureza do direito internacional privado? Qual a força de obrigatoriedade de seus preceitos? E é a *vexata quaestio* da distribuição de competências legislativas, a questão da recepção operada em cada ordem jurídica interna dos

---

(1) ROBERTO AGO, loc. cit., págs. 383-286.

preceitos de direito internacional privado (recepção formal? recepção material?), a questão do limite espacial de suas injunções jurídicas, etc.

Não é, porém, só aqui que se ficam os diversos autores: também reputam essencial que se possa preferir (ou que se deva) um dos dois decantados princípios: o da nacionalidade e o do domicílio.

Sem uma solução previamente buscada para estas duas questões preliminares, julgam totalmente impossível a solução do problema do reenvio. É justamente por motivo desta eterna disputa, a par de uma impiedosa incompreensão, que os diversos jurisconsultos se permitem mofar dos argumentos deste e daqueloutro, sem se darem conta do ponto de partida de cada um.

Quem é que, colocado no ponto de vista de ANDRÉ WEISS, lhe não dará razão quando afirmara: «...dès qu'elle s'en remet à la loi du domicile, comme à la plus convenable au litige, dès qu'elle consent à ne pas protéger elle-même son national, le rôle du législateur local n'est pas d'imposer à celui-ci, en vertu d'une autorité qui lui fait défaut, une protection que son propre pays lui refuse» ? (1).

Quem é que, colocado no sistema de BENTWICH, lhe não reconhecerá razão e justiça quando diz enfaticamente: «Hence it may be said to-day, with even more justification than it could have been said thirty years ago, that the Renvoi doctrine has at its back the *consensus gentium*, which is required to make a new rule part of the law of nations» ? (2).

Por certo não faltará quem, fora do ponto de vista deste mesmo BENTWICH, não tome por ingénua a opinião sua tão singela: «...then the unity of the system of the succession will be preserved, and the French or the English Court will apply its own law with the consent, or rather by the invitation, of the foreign law to which it desired to defer» (3).

¿ E quem não estranharia o «ar sério» com que WESTLAKE nos diz: «The result will coincide with that given by the *renvoi*, properly limited so as to avoid an endless series of references to

(1) ANDRÉ WEISS, «Traité de droit intern. privé», tomo III, págs. 86-87.

(2) N. BENTWICH, op. cit., pág. 179.

(3) N. BENTWICH, op. cit., pág. 182.

and fro, but its real baselies, not in the doctrine of *renvoi*, but in the duty of considering the essential nature of the legal relation in question in any concrete case, and the essential meaning of the rules of private international law adopted in the different countries concerned» ? (1).

A ciência do direito internacional privado está pletórica de problemas a resolver, de soluções a buscar e de aproximações a fazer.

Na verdade, é aqui onde, a todo o momento, tropeçamos com enorme divergência de doutrinas, que se arrasta, desde há um século, em meio de intransigente discussão, o problema da determinação da natureza jurídica do direito internacional privado, sem que para tal se tenha achado um resultado em harmonia.

Também para o problema da qualificações se procura uma solução que não se encontrou ainda, não obstante a sua importância prática e o número notável de eminentes juristas que a ele se têm devotado. O conflito a propósito da retroactividade de leis é outro problema que busca a sua solução, apesar do labor de internacionalistas como ANZILOTTI, DIENA, NIEDNER, etc. E que solução para um conflito de instituições? Que solução escolher para o problema da autonomia da vontade das partes?

Como se vê, um ror de problemas e inquietações em demanda de uma solução à luz da harmonia.

E, quanto a nós, não se encontraram já esses resultados queridos, porque os internacionalistas cuidam menos de solucionar o problema do direito internacional privado do que de descobrir apoio para esta ou aquela tentativa, em ordem a determinado problema. E esta teoria de reenvio é uma das tantas que encontraria para si a solução devida, a todo o tempo que ela fosse olhada como contida no próprio bojo do direito internacional privado.

Urge que prestemos mais atenção às relações entre o direito uniforme e o direito internacional privado (2).

---

(1) WESTLAKE, *op. cit.*, 4.<sup>a</sup> ed., pág. 33.

(2) Não desprezamos também as relações em que se encontram o direito uniforme e o direito comparado, nem tão pouco as grandes relações entre o direito comparado e o direito internacional privado. A escassez do espaço e o carácter deste trabalho não permitem mais. Sobre esta matéria consulte-se, porém: JITTA, «La méthode du droit international privé»; LAINÉ RÔLE, «Fonc-

Na verdade, o direito uniforme, do qual se disse já ser a solução omnímota para dirimir, directamente, os conflitos provocados pela diversidade de leis, é o remédio directo, a solução imediata para as dificuldades criadas pelo antagonismo dos diferentes sistemas legislativos, enquanto o direito internacional privado tem de recorrer a caminhos diferentes na sua função de indicar que lei deve ser aplicada na solução de certo conflito.

Ao dizer assim, não está na nossa mente a pretensão de um direito civil uniforme, mas apenas a uniformidade onde a universalidade impera. Disto temos na história exemplo com o *jus gentium* dos romanos, que, com o ser um autêntico direito uniforme, nunca, porém, chegou a ser direito internacional privado. E na doutrina aparece-nos o nome excelso de MANCINI, com a sua doutrina na base da qual assenta o princípio de que a humanidade é uma grande sociedade.

Se é exacto que, já no direito marítimo, já no direito cambiário (e aqui se fez notar a maior tentativa de fixação do direito uniforme) e noutros domínios jurídicos, o direito uniforme se afirmou, não desconhecemos as objecções tremendas que contra ele foram formuladas (1), nem tão pouco pretendemos a promulgação de um direito uniforme obrigatório para todo o mundo, incluindo mesmo os Estados que não queiram reconhecê-lo. Não.

Desejamos apenas fazer notar quais as características, quais as funções deste direito e do direito internacional privado, para daí ser possível uma aproximação que nos permita melhor solução aos problemas candentes.

Assim, fazemos reparar em que o direito internacional privado é um conjunto de normas pelas quais devem ser julgados os conflitos das leis privadas dos Estados, ao passo que o direito uniforme vai além, ele é um conjunto de regras que põem termo, de forma definitiva, aos conflitos dessas leis diferentes dos diversos Estados. O direito uniforme oferece-nos soluções imediatas e, por que não dizer, uniformes.

---

tion et méthode du droit comparé dans le domaine du Droit international privé»; «Bulletin de la Société de législation comparée», Abril-Junho, 1932.

(1) BOLAFFIO, «Rivista di politica economica», 1932, VI; ROCCO, «Rivista di diritto commerciale», 1926, I, pág. 486; FEDOZZI, «Rivista italiana di diritto internazionale privato e processuale», págs. 417, 419, 420, 423 e 424.

Daqui resulta, pois, que, tendo ambos os direitos o mesmo objectivo, a mesma natureza de direitos privados, ambos o mesmo carácter extra-nacional, contudo, onde um existir, terá o outro que desaparecer. É que, propondo-se o direito uniforme suprimir os conflitos de leis, derogando, assim, a razão de ser do direito internacional privado, este tende a desaparecer, não jamais ser invocado, uma vez destruídos os conflitos de leis.

E tenderá, efectivamente, a desaparecer o direito internacional privado?

Sem dúvida. Cada dia de evolução da humanidade, o direito internacional privado perde uma partícula de vida, de possibilidade de existência. É que tal direito e um estado de desenvolvimento da civilização humana são incompatíveis. A função específica deste direito é a solução dos conflitos espaciais, por isso, só num ambiente social de atraso é que o direito internacional privado se torna imprescindível, uma vez que os conflitos se repetirão e abundarão.

Ora, porque acreditamos que a humanidade progredirá (em cultura e progresso), à medida que os anos forem passando, isto é, aproximando-se a humanidade do ponto da perfectibilidade, é de crer, seguramente, que o desaparecimento do direito internacional privado não se evitará. Este direito tenderá a reduzir-se a direito interno, que os códigos civis hão-de conter apenas com o propósito de prevenir eventuais choques com outras legislações.

Isto é, um desenvolvimento gradual do direito uniforme traz consigo o desaparecimento do direito internacional privado e promessas seguras de um risonho e florido direito das gentes.

O direito das gentes será, de futuro, a disciplina do cidadão internacional.