

**O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A PROTEÇÃO DA
PESSOA HUMANA: EVOLUÇÃO DO MÉTODO CONFLITUAL E A
OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

NADIA DE ARAUJO *

* Professora de Direito Internacional Privado, PUC-Rio, Doutora em Direito Internacional, USP e Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Decorridas quatro décadas e meia de experiência acumulada na proteção internacional da pessoa humana, adentramo-nos, hoje, enfim, na era dos direitos humanos, os quais se mostram presentes em todos os domínios da atividade humana. Podemos hoje testemunhar um notável reconhecimento generalizado da identidade dos objetivos do direito público interno e do direito internacional no tocante à proteção do ser humano. Em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo como operacional, acarretam os direitos humanos obrigações erga omnes.

*Antonio Augusto Cançado Trindade*¹

“Abordons, maintenant, le droit international privé, destiné à devenir l’une des matières clés pour la protection de la personne humaine, ce but étant la raison d’être même du droit privé, d’autant plus que les solutions des conflits de lois présupposent un dialogue interculturel qui respecte la diversité des individus. Nous devons nous demander quelle est et quelle devrait être la réaction du droit international privé face à la globalisation, surtout en ce qui concerne l’individu ».

Erik Jayme²

¹ TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, A apresentação, in ALVES, J.A. Lindgren, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1994, p. 1.

² JAYME, Erik, *Le droit international privé du nouveau millénaire: La protection de la personne humaine face à la globalisation*, in Recueil de Cours, tomo 282, 2000, p. 21.

Sumário

Introdução	465
1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – a proteção a pessoa humana	477
2. O Direito Internacional Privado atual: Os sujeitos e seu contéudo nuclear	482
3. Métodos de escolha da lei aplicável	485
Surgimento do Método de DIPR - Breves considerações históricas	486
O Método conflitual clássico	489
O sistema unilateral – A revolução americana	493
4. As modificações no DIPR Europeu	497
A convergência com princípios do direito americano	497
A codificação internacional e as convenções de Haia	498
A codificação comunitária	501
A codificação nacional	504
5. A situação na América Latina e no Brasil	506
A codificação internacional - As CIDIPs	506
A Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais	510
A codificação do Mercosul	514
A codificação Nacional na América Latina	518
O exemplo brasileiro - Codificação do DIPR no Brasil	519
6. Os limites à aplicação da lei estrangeira	522
Ordem pública e regras de caráter imperativo	522
Aplicação da ordem pública no DIPR e os direitos fundamentais	526
Breves notas sobre a argumentação jurídica	528
A aplicação da nova concepção de ordem pública no DIPR atual	531
Conclusão	535
Bibliografia	537

Introdução

As palavras do Prof. Antonio Augusto Cançado Trindade refletem uma realidade que transbordou os limites do Direito Internacional Público e se espalhou por vários outros ramos jurídicos. Nesse sentido, uma reflexão acerca do Direito Internacional Privado – DIPR, não poderia continuar imune à universalidade dos direitos humanos, protegidos por uma plêiade de tratados internacionais e já incorporados ao direito interno dos Estados, seja pela incorporação desses tratados, seja na esteira das modificações e reformas constitucionais ocorridas em diversos países nos últimos vinte anos³. Isso é particularmente relevante na América Latina,⁴ cuja redemocratização, após período marcado por governos ditatoriais em vários países, assimilou esses princípios quando cuidou dos direitos e garantias fundamentais nas reformas legais efetuadas nesse processo.⁵ Reconhecidos os direitos humanos como princípios fundamentais, cabe assegurar a efetividade da sua adoção e aplicação nos ordenamentos positivos, inclusive com repercussão no DIPR.

A citação seguinte, do Prof. Erik Jayme, é testemunho de que essa preocupação já ultrapassou as fronteiras iniciais do direito público, passando a proteção da pessoa humana a ser objetivo precípua de todo o ordenamento jurídico, integrando os princípios norteadores do direito constitucional,⁶ em patamar superior às normas jurídicas, e conseqüentemente influenciando também a sistemática do DIPR. E

³ Apenas para citar alguns exemplos, temos a Constituição Espanhola, a Portuguesa, a Brasileira, a Constituição Argentina reformada, entre outras. Ver PINHEIRO, Carla, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Editora Atlas, 2001, p. 71. Nesse sentido, veja-se a afirmação de DERANI Cristiane, *Direitos Fundamentais e Democracia* in *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. I, dir. Celso Albuquerque MELLO e Ricardo Lobo TORRES, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 57: “defendo a tese de que a faticidade das normas de direitos fundamentais guarda estreita relação de dependência com o desdobramento da democracia de um país”. E mais adiante: “em síntese, a democracia depende da efetivação de normas de direitos fundamentais; e as normas de direitos fundamentais dependem da existência de uma efetiva democracia.” (p. 62)

⁴ Explica Diego Fernandez Arroyo, o termo “américa latina” aparece na Segunda metade do século XIX, com conotações políticas para distinguir os estados do sul dos estados poderosos do norte. Esclarece que na Espanha, o termo preferido é Ibero-americano, pois América Latina seria impreciso. ARROYO, Diego D., in *Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y perspectivas*, XXVI Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA, 1999, p. 157.

⁵ Nesse sentido, veja-se o comentário de PINHEIRO, Carla, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Ed. Atlas, 2000, p. 71. Cita o exemplo da Constituição Portuguesa, de 1976 e na América Latina, a da Guatemala, Chile, Colômbia. Além disso, temos a Constituição Brasileira e a reforma da Constituição da Argentina.

⁶ GANNAGÉ, Lena, *La Hiérarchie de norms et les methods du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001, p. 48: “Les droits fondamentaux ont rejoint la catégorie des principes généraux du droit... On assiste alors à une éviction des méthodes de réglementation au profit des normes fondamentales.”

não poderia ser de outra forma. Assume cada dia mais relevância a interpretação e utilização que se dá à questão da proteção da pessoa humana e de sua dignidade, em todas as áreas do direito, em especial no direito privado, antes fortemente marcado pelas doutrinas individualistas dos séculos XVIII e XIX, e que foi aos poucos invadido pela ótica constitucionalista.⁷ Assim, a temática proposta pela OEA para o seu XXVIII Curso de Direito Internacional⁸, sob o título “*A pessoa humana no Direito Internacional Contemporâneo*”, atestando sua atualidade e pertinência. Os temas escolhidos pelos palestrantes demonstram a preocupação dos internacionalistas com diversas vertentes do problema, como, *v.g.*, no âmbito do direito

⁷ Sobre essas mudanças, ver TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, 2a. ed. Rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2001. Dois estudos cuidam especificamente dessa questão. No primeiro, Premissas Metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil o autor ao justificar a nova adjetivação atribuída ao direito civil [direito civil constitucionalizado] diz: “*Trata-se, em um palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da constituição, de maneira a privilegiar, insista-se, ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.*” E no estudo Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas, posterior ao primeiro cronologicamente, volta a cuidar do tema e afirmar: “*...verifica-se igualmente a insuficiência das técnicas de proteção da pessoa humana elaboradas pelo direito privado... mostra-se inteiramente aquém das inúmeras e crescentes demandas da pessoa humana..*”p. 58. Conclui afirmando que a tutela dos direitos humanos nas relações privadas consolida a interpenetração dos espaços públicos e privados. P. 70.

Veja-se também, CAMARGO, Margarida Lacombe, in *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*, mimeo com a autora, que assevera: “*Durante muito tempo, as relações privadas - civis e comerciais -, formaram o eixo da vida social. A composição dos interesses individuais era vista como prioritária, e o Estado (Moderno) foi criado justamente com esse fim: de garantir a ordem pública, assegurando as relações privadas, livres de qualquer tipo de interferência que pudesse prejudicar o natural correr dos acontecimentos. A individualidade ganha assento, assim como os interesses fazem vigorar a lei do mercado: da oferta e da procura. A conduta correta é aquela que visa o bem estar, garantido pelo poder econômico; logo, a ética do mercado, ou a ética do lucro, é que passa a gerir as relações sociais. A pura e simples busca do lucro leva à desigualdade social, no sentido mais elementar da teoria marxista, e as injustiças daí advindas agridem qualquer ser humano dotado de um mínimo de sensibilidade e respeito para com o próximo. Não é por menos que a Constituição brasileira de 1988, ao tentar conciliar a iniciativa privada aos valores sociais do trabalho num espírito de solidariedade, à semelhança de várias outras que lhe são contemporâneas, toma como fundamento primeiro da ordem jurídica a dignidade da pessoa, no melhor sentido do antigo Direito Natural. No entanto, não é mais o indivíduo indiscriminado que se procura proteger, mas a pessoa, naquilo que ela tem de próprio e que a distingue dos demais membros da sociedade.*”

⁸ O Curso de Direito Internacional promovido pela OEA - e que ocorre anualmente em agosto no Rio de Janeiro -, possui larga tradição nos estudos de direito internacional público e privado. As palestras dos cursos anteriores estão publicadas pela Secretaria Jurídica da OEA.

internacional, da arbitragem, dos direitos humanos, do consumidor, etc.

Nossa proposta é estudar a influência da moderna concepção de direitos humanos - e direitos fundamentais no plano interno-,⁹ na aplicação do Direito Internacional Privado.¹⁰ Isso porque continuar com o sistema do século XIX, que não se preocupa com os resultados obtidos, é correr o risco de ignorar os anseios da sociedade, dando-lhe as costas com a utilização de uma técnica sofisticada, mas cega às necessidades do indivíduo.¹¹ Também o Direito Internacional Privado, a nosso ver, não prescinde mais dessa ótica, e adota os preceitos constitucionais na sua metodologia operacional e interpretativa.¹²

⁹ Veja-se a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais proposta por Margarida Lacombe CAMARGO, op. cit., em nota de rodapé que ora se reproduz para melhor compreensão dos termos: “A expressão *Direitos Humanos surge, historicamente, nos tratados e convenções internacionais, particularmente no segundo pós-guerra, dando origem ao moderno “Direito Internacional dos Direitos Humanos.”. Nesse sentido, cabe conferir o trabalho de Flávia Piovesan, Direitos humanos e o direito. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 131 e segs.*

Já a expressão *Direitos Fundamentais, segundo Bonavides, tem origem no direito alemão, mais especificamente no texto constitucional, cujo primeiro capítulo é inaugurado com a expressão “Direitos Fundamentais”. Daí Konrad Hesse considerar que direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais. Cf. Paulo Bonavides, ob. cit., p. 514, e Konrad Hesse, Elementos de direitos constitucional da República Federal da Alemanha, [trad. Luís Afonso Heck]. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998, p.225.*

Tal distinção, de cunho conceitual, tem sido adotada em nossa tratadística, conforme anota Ingo Wolfgang Sarlet, com base nos ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho e Jorge Miranda: “Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termos “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” Cf. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 31.

¹⁰ Vamos analisar o DIPR a partir do método clássico, chamado de método conflitual, e das recentes tendências de modificação do método em questão nos últimos anos, na Europa e nos Estados Unidos.

¹¹ Gustavo Tepedino, op. cit., prega o retorno do foco de estudos do Direito Civil aos valores da pessoa humana, nas esteira dos ensinamentos de Erik Jayme, adiante citado. Alinhamo-nos à sua reflexão no âmbito do direito civil, e à necessidade de um viés de cunho constitucional na análise daquela disciplina.

¹² Nesse sentido, o mesmo processo envolve o Direito Civil, cada vez mais sob uma ótica constitucional. Para um resumo do debate acerca do direito civil constitucional no Brasil, veja-se TEPEDINO, Gustavo, O Código Civil, os chamados micro-sistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, p. 15.* Sobre a influência dos princípios no atual direito brasileiro, veja o livro *Os Princípios da Constituição de 1988*,

Aliás, já o Código Bustamante trazia essa concepção em suas regras gerais, ao estabelecer, no seu artigo 4º. serem os preceitos constitucionais de ordem pública internacional.¹³ E nos últimos anos essa tendência pode ser observada no DIPR de países europeus - como na Alemanha, na França, em Portugal, entre outros-, especialmente informados pelas peculiaridades da construção europeia e pela atuação da regulamentação regional específica dos direitos humanos.¹⁴

A questão foi bem colocada por Erik Jayme, em seu curso da Haia, quando ao falar de ordem pública explícita que são os princípios gerais de base de um sistema jurídico que se apresentam como um obstáculo à aplicação da lei estrangeira, figurando, entre eles, os direitos fundamentais do indivíduo protegidos constitucionalmente.¹⁵ No mesmo

org. Manoel Messias Peixinho, Isabella Franco Guerra e Firly Nascimento Filho, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001, obra coletiva que espelha, nesse sentido, as recentes pesquisas do Departamento de Direito da PUC-Rio. Na obra em questão, veja-se especialmente: PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, A estrutura normativa das normas constitucionais, notas sobre a distinção entre princípios e regras; CIOTOLA, Marcelo, Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais; MAIA, Antonio Cavalcanti, e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Princípios Constitucionais e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy; CITADINO, Gisele, Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História; VIEIRA, José Ribas, A noção dos princípios no Direito Público do Estado democrático, entre outros.

¹³ Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos – Código Bustamante, Havana, 1928. Promulgado pelo Brasil em 13/8/29, Dec. 18.871. São também partícipes Bolívia, Chile, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, Guatemala, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Salvador e Venezuela. Para o texto integral, ver DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, Ed. Univ. , Rio de Janeiro, Renovar, 1996, p.262 e seguintes. Para uma maior reflexão sobre o Código Bustamante, ver o completo estudo de SAMTELEBEN, Jürgen, *Derecho internacional privado en américa latina – teoria e práctica del código Bustamante*, vol. I, parte geral, tradução de Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, DePalma, 1983. Esclarece Samtleben que o Código Bustamante é muito usado na América Latina não só entre os países contratantes, mas como fonte de doutrina jurídica, por seu caráter universalista, op. cit., p.177/178. Isso amplia sobremaneira sua utilização e importância como autêntica lei de Direito Internacional Privado, na falta de regras específicas da legislação interna em temas por ele tratados. Finalmente, aponta Samtleben para a importância prática do Código Bustamante, pois é um instrumento de argumentação jurídica, como se vê na sua utilização por juristas e pareceristas em casos envolvendo o Direito Internacional Privado. Também no Brasil o Código de Bustamante é fonte doutrinária e é utilizado na jurisprudência como fonte, mesmo em relação a países não signatários.

¹⁴ Veja-se, neste sentido, o prefácio de Yves Lequette, à obra de Léna Gannagé, *La Hiérarchie de norms et les methods du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001. Na sua apresentação, Lequette afirma: “Constitutionnalisation, internationalization, européanisation, ces trois mots résumant l’essentiel des bouleversements qui ont affecté les sources du droit international privé depuis une trentaine d’années. p. VI.

¹⁵ JAYME, Erik, *Identité culturelle...*, p. 228. Explica o autor que na Alemanha os direitos fundamentais são expressamente mencionados na disposição legal que cuida da ordem pública no direito internacional privado.

sentido, Léna Gannagé¹⁶ nos dá o exemplo do que ocorre na França com o DIPR, pois a autorização dada pelo Conselho Constitucional, desde 1971, de que a apreciação da conformidade de uma lei se dá não só com relação ao texto da Constituição, como também ao seu preâmbulo, à declaração de direitos do Homem e aos princípios fundamentais reconhecidos pelas leis da República, conjunto chamado por ela de “bloco constitucional”, abriu a porta para a hegemonia dos direitos fundamentais.

A partir do marco estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 - com referência expressa à proteção da dignidade do indivíduo-, introduziu-se a concepção contemporânea de que esses direitos são caracterizados por sua universalidade e indivisibilidade,¹⁷ espalhando-se esta noção de proteção para outras áreas do direito, em especial no Direito Público, mas também no Direito Civil, e no Direito Internacional Privado.¹⁸ Aliás, Erik Jayme afirma terem os direitos humanos um papel primordial na atual cultura jurídica contemporânea, também pela sua função de aproximar o Direito Internacional Público do Direito Internacional Privado, pois ambos, ao invés de continuarem seu caminho em dois círculos separados, com temáticas distintas - o primeiro a cuidar das relações entre os Estados e o segundo, daquelas das pessoas privadas -, encontraram-se em um novo espaço, no qual ao centro está a preocupação com pessoa humana.¹⁹

¹⁶ GANNAGÉ, Léna, *La Hiérarchie de norms et les methods du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001, p.5.

¹⁷ PIOVESAN, Flavia, in *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*, Arquivos de Direitos vol I, org. Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 75. Segundo a autora: “ a Declaração Universal introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a dignidade e titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é a condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Quando um deles é violado, os demais também o são. Os direitos humanos compõe assim uma unidade indivisível, interdependente e interrelacionada.”

¹⁸ No Brasil, o debate sobre a constitucionalização do direito civil tem encontrado campo fértil. A esse respeito, veja-se, entre outros, os estudos da pós-graduação da UERJ, publicados in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, coord. Gustavo TEPEDINO, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

¹⁹ JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 37. O autor faz esta explanação ao justificar o título e a linha de estudos empregada para o curso geral da Academia de Direito Internacional, pois acredita que o direito é parte integrante da cultura e, portanto, a categoria pós-moderna, utilizadas nas artes e na arquitetura, se aplicaria também ao direito. Em seguida, descreve as características do fenômeno, que divide em quatro: pluralismo, comunicação, narração e o retorno aos sentimentos. Ao longo do curso, e em particular na síntese feita na conclusão, o autor exemplifica cada uma dessas características do pós-modernismo em uma situação ligada ao DIPR. Veja-se, expandindo a noção de pós-

E o eixo axiológico dos direitos humanos é sem dúvida o da dignidade da pessoa humana, alçada ao patamar de um valor, tanto internacionalmente, nos tratados de direitos humanos, quanto no plano interno - em diversas constituições, em especial a brasileira, que a eleva a princípio fundamental logo no artigo 1º, III, passando a ser núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico brasileiro.²⁰

Assumem, portanto, os direitos do homem a cada dia, maior relevância para o DIPR, no seu regramento do conflito de leis.²¹ A proteção à dignidade da pessoa humana, e os princípios daí decorrentes, passam também a informar as condições de aplicação do direito estrangeiro, levada a cabo pela utilização da metodologia própria do direito internacional privado²². As regras de DIPR, aí

modernidade no direito, MARQUES, Claudia Lima, A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, in Rumos da Pesquisa, múltiplas trajetórias, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFRGS, 1998, pp. 95/108. Em resumo, explica a autora que nesses tempos pós-modernos, o desafio para o direito é no sentido de propor uma nova jurisprudência dos valores, uma nova visão dos princípios do direito civil, agora mais influenciada pelo direito público e pelo respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos. No caos da sociedade pós-moderna, onde imperam os microssistemas, a diversidade de fontes legislativas, de origem nacional e internacional, voltada ao individual no plural, pelo respeito ao outro e sua dignidade, traz uma visão mais contextual e global para a sobrevivência do ser humano, o que só pode ser obtido com o respeito aos direitos humanos. Ainda Claudia Lima Marques, no curso para a OEA, volta ao tema da pós-modernidade no DIPR e a aplica, concretamente, quando sugere uma Convenção Interamericana de Proteção ao Consumidor, informada pelos postulados pós-modernos citados por Erik Jayme. MARQUES, Claudia Lima, A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral, in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000.

²⁰ PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 34-35. Acrescenta ainda a autora que: “a dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro.” Como bem apontou Carlos Roberto Siqueira Castro, o princípio da dignidade da pessoa humana “tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.” In O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas, 10 anos de Constituição, org. Margarida Maria Lacombe Camargo), Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 104. E ainda acrescenta, finalizando sua exposição: “Por esse conjunto apreciável de razões, é justo reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário.” p. 114.

²¹ JAYME, Erik, *Identité culturelle*, p. 49

²² Para a diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, ver Carla p. 23. Os primeiros seriam, em seu aspecto formal, nada mais do que os direitos humanos positivados pela Constituição, na visão de Stern e Schmitt, citados por PINHEIRO, Carla, op. cit., p. 63. Portanto, para o nosso estudo, os direitos fundamentais garantidos pela constituição brasileira, inspirados nos Direitos Humanos protegidos internacionalmente, e ainda complementados pelas convenções específicas internalizadas, são a base para

incluindo-se tanto o método conflitual clássico como os novos princípios - regras mais flexíveis, regras alternativas, normas narrativas e cláusulas de exceção-, não podem prescindir do que Erik Jayme chama de “*double coding*” um senso duplo da norma em questão, pois estas não são mais intrinsecamente neutras, mas trazem em si, sempre, além de sua finalidade precípua, a proteção dos valores constitucionais, especialmente os direitos humanos reconhecidos na ordem jurídica.²³ Por exemplo, veja-se a Convenção da Haia sobre adoção, que quer proteger o menor, não só do ponto de vista econômico, mas também do ponto de vista de sua identidade cultural.²⁴

As novas construções teóricas passam a encarar o DIPR não como uma disciplina que regula em abstrato o alcance pessoal e territorial das leis, obedecendo a princípios próprios, mas antes um ramo do Direito, que como os demais, ainda que por formas e com intensidade diversas, participa igualmente da tarefa de modelação da sociedade.²⁵ Assim, mister acentuar-se a permeabilidade e a abertura do DIPR a valores ou princípios do Direito Público (interno ou internacional).²⁶ Daí também o surgimento, no DIPR, de “normas narrativas”, que não obrigam diretamente, mas ao contrário, descrevem valores, prescrevem um processo para ser seguido na solução dos conflitos de leis.²⁷

O DIPR reduzido a um direito de conexão, nos dizeres de José Carlos Fernandez Rozas²⁸, fruto de um excessivo formalismo que presidia a norma de conflito por um jogo predeterminado e caprichoso

informar a noção de proteção da pessoa humana e sua dignidade, que será levada em conta na análise do DIPR.

²³ Exemplifica com a Diretiva da União Européia sobre o contrato de time-sharing, que por um lado quer dar maior proteção ao comprador, parte mais fraca, mas por outro quer com isso garantir o bom funcionamento do mercado, evitando distorções no mercado concorrencial. JAYME, Erik, *Identité culturelle...*, p. 249. Veja-se, também, MARQUES, Claudia Lima, A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral, in *XXXVII Curso de Direito Internacional*, Washington, OEA, 2000, quando a autora filia-se ao posicionamento de Erik Jayme, e utiliza a metodologia proposta na sugestão de projeto de convenção sobre o direito do consumidor. p. 684 e seguintes.

²⁴ A Convenção da Haia sobre adoção já está em vigor no Brasil.

²⁵ RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 2a. reimpressão, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, p. 100-101.

²⁶ RAMOS, op. cit. p. 104

²⁷ JAYME, Erik, *Identité Culturelle...*, p. 260. O autor dá como exemplo o art. 190 do Tratado das Comunidades Européias, que prevê: “Os regulamentos, as diretivas e as decisões do Conselho serão motivadas e visarão as proposições ou opiniões obrigatoriamente utilizadas na execução do presente tratado”. E esses considerando aparecerem na diretiva 94/47 CE, sobre o contrato time-sharing, dando uma descrição da finalidade da regra de conflito. Esta é uma norma narrativa porque deve ser levada em consideração pelos juízes na interpretação das normas comunitárias em questão.

²⁸ ROZAS, José Carlos Fernández, Orientaciones del Derecho Internacional Privado em el umbral des siglo XXI, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000, p. 7

das conexões, vem sendo superado pelos novos *topoi* criados, e pelas soluções substanciais e flexíveis da jurisprudência e doutrina americana. A nova orientação metodológica esta comprometida com uma jurisprudência de interesses e valores, em favor de decisões que ao solucionar o conflito de leis não ignorem as conseqüências do caminho encontrado. Ainda segundo Rozas,²⁹ o maior problema é colocar em prática essa jurisprudência de valores, pois o intérprete deve orientar seu labor interpretativo e criativo dentro dos valores existentes, inseridas no sistema jurídico, ou seja, baseando-se nos princípios constitucionais e materiais extraídos das fontes legais.

No início deste século XXI, essa nova jurisprudência está se construindo da perspectiva de um sistema nacional tendo como vértice a Constituição, mas partindo da universalização dos direitos fundamentais. Assim, o papel do Estado, na aplicação do DIPR está condicionado não só às leis internas, mas também aos direitos humanos, protegidos no plano interno - pelas regras constantes do bloco constitucional, pois também aí se incluem os princípios -, e no plano internacional -, em sua dimensão global e regional. Para sua aplicação, Somente através de um pensamento jurídico argumentativo e retórico, e não mais lógico-sistemático ou formalista - próprio das concepções positivistas, é que se pode chegar as soluções desejadas para o DIPR: uma ressurreição do pensamento tópico e casuístico, que está nas origens do DIPR da escola italiana.³⁰ Por isso, as regras de DIPR precisam obedecer ao sistema de regra/exceção, tendo os direitos humanos como baliza das soluções encontradas pelo método conflitual, agora não mais vista a lei encontrada como a única solução possível para um problema plurilocalizado.

Esta metodologia não quer dizer a total ausência de normas de conflitos, mas sim uma flexibilização do sistema, através de técnicas novas, a saber: na própria norma, introduzindo-se o princípio de proximidade - como se vê agora em recentes leis européias;³¹ através de cláusulas de exceção; através de regras materiais de DIPR, que se orientam para a solução global do problema, comprometidas com os valores e despojando-se de sua função localizadora.³²

Outra mudança relevante para a compreensão dessa nova postura do DIPR diz respeito ao aumento de indivíduos atingidos por problemas legais decorrentes de situações plurilocalizadas. Enquanto no passado seu número era limitado, pois na sua maioria apenas as elites podiam viajar ou ter relações privadas com caráter internacional, hoje a situação modificou-se completamente.³³ Com efeito, as

²⁹ ROZAS, op. cit., p. 9

³⁰ ROZAS, op. cit., p. 11.

³¹ ROZAS, op.cit., p. 21 .

³² ROZAS, op. cit., p. 23

³³ Nas palavras de GANNAGÉ, op. cit., p. 1, “ *por muito tempo conhecido como um processo entre ricos, o direito internacional privado interessa nos de hoje a todos os que*

expansões das situações privadas internacionais se deu através da globalização da economia, que com a abertura de novos mercados possibilitou um maior movimento de trabalhadores no plano internacional, com suas correntes migratórias de cunho econômico; as novas questões advindas do turismo de massas; as migrações ocasionadas por motivos políticos, com grandes grupos de refugiados deslocados para novas comunidades, mas levando consigo seus valores culturais, que precisam ser respeitados, inclusive no que diz respeito à lei aplicável.³⁴

Por isso, os princípios protetivos dos direitos humanos interferem na operacionalização do método de solução de conflitos do Direito Internacional Privado de duas formas: na sua *aplicação positiva e negativa*.³⁵

Aplicação positiva porque a manutenção do método garante os direitos individuais de respeito ao patrimônio jurídico que os indivíduos carregam consigo.³⁶ Ou seja, a não aplicação das regras de DIPR, com a inaplicabilidade da lei estrangeira em favor da lei local – sem justificativa aparente dentro das exceções já previstas no método conflitual (leis imperativas e ordem pública), implicaria em um territorialismo exacerbado e um desrespeito aos direitos do indivíduo, com relação ao seu estatuto pessoal, em uma sociedade pluralista. Portanto, aplicar a um indivíduo a lei designada pela regra de conflito preserva sua identidade cultural, em um mundo ameaçado pela crescente mundialização do comércio e das relações privadas. Daí

vêm aos tribunais”. Observação de cunho sociológico da pesquisa nas obras de compilação da jurisprudência francesa, pois no começo do século a maioria dos processos era de príncipes, barões, etc, e hoje é composta de nomes comuns.

³⁴ Nesse sentido, veja-se que o Estatuto dos Refugiados, de 1951, não ficou insensível a essa problemática, contando com artigo específico a cuidar da temática, no seu artigo 12, que determina seja regido o estatuto pessoal pela lei do domicílio do refugiado.

³⁵ Segundo BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 596: “A reserva da ordem pública, quer na sua função negativa e positiva, significa sempre uma imposição das concepções jurídicas fundamentais do Estado do foro na regulamentação de uma situação internacional submetida, pelas normas de conflitos do sistema do foro, a uma ordem jurídica estrangeira.”

³⁶ Veja-se, recentemente, DOLINGER, Jacob, *In Defense of the “general part” principles*, in *International Conflicts of Laws for the third millenium*, New York, Transnational Publishers, 2001, p. 31, em que o autor, ao esclarecer o princípio de ordem pública justifica a aplicação do método: “*As different people from different countries, nationalities, cultures and mentalities relate between themselves in matters ruled differently by each State, the maintenance of transnational legal order demmands that we apply one legal system to each relationship, to each situation, and so we establish a set of rules that will indicate the applicable law for every situation.... We accept a foreign law out of a philosophy of tolerance, of understanding that transnational situations ask for solutions that are above each State’s idea of sovereignty, of peculiarity, of individualism, of parochialism. But, of course, this philosophy has to respect certain basic values that are dear and important to the jurisdiction and the people that live therein, and therefore no foreign law that stands in antagonism to these values can be accepted.*”

porque a manutenção do método conflitual, dentro da nova perspectiva mais flexível, representa uma maneira positiva de respeito aos direitos humanos, pois há uma ligação efetiva entre a regra a ser utilizada e o indivíduo. É o respeito ao direito à diferença, porque como bem acentua Erik Jayme³⁷ a civilização pós-moderna se caracteriza por um pluralismo de estilos e de valores, desconhecidos anteriormente. O método conflitual garante, melhor que outros, os direitos à diferença no que tange à proteção da identidade cultural do indivíduo.³⁸

No entanto, para evitar que essa escolha seja meramente mecânica, “cega” aos valores de justiça material, “neutra” ou indiferente ao conteúdo das normas materiais encontradas, serve o conceito de direitos humanos de baliza também no seu aspecto negativo, ou seja, quando a aplicação da lei estrangeira tem efeito negativo, e a aplicação da lei estrangeira implica em violação dos direitos humanos.³⁹ Assim, o resultado obtido pela aplicação do método conflitual precisa ser limitado pela aplicação do princípio da ordem pública, evitando-se, deste modo, contrariar com a aplicação da regra de DIPR os direitos humanos constitucionalmente protegidos.⁴⁰

Portanto, só através de uma concepção valorativa da aplicação do DIPR, respeitar-se-á os direitos fundamentais constitucionalmente protegidos na consecução dos objetivos da disciplina. Isso porque, quando se utiliza o método conflitual, ou mesmo as novas regras, na situação multiconectada, e chega-se à lei estrangeira, antes de aplicá-la é necessário verificar se seu resultado não ultrapassou determinados limites da ordem pública do foro, para garantir a plena proteção ao indivíduo. Assim, o método de conflito continua adequado para resolver os conflitos plurilocalizados, porque a exceção da ordem pública pode ser usada para garantir o respeito aos direitos fundamentais, no plano interno, e o respeito aos direitos humanos, no plano internacional. Promove-se, desta forma, harmonia e segurança jurídica no plano internacional, pois a solução será a mais justa, depois de proceder-se a valoração do caso concreto.⁴¹ Desta forma, para o perfeito funcionamento do sistema descrito, é preciso usar o conceito de ordem pública como válvula de escape para as situações potencialmente explosivas do ponto de vista da justiça material. Isso

³⁷ JAYME, Erik, *Identité culturelle...*, p. 251.

³⁸ JAYME, Erik, *op.cit.*, p. 252.

³⁹ Alerta JAYME, Erik, *Le droit international prive du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation*, Recueil de Cours, Tomo 282, 2000, para a questão do divórcio no direito comunitário europeu.

⁴⁰ Veja-se o comentário sobre o desenvolvimento do DIPR Argentino de KLOR, Adriana Dreysin, *Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado em el próximo siglo em Argentina*, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000 p. 64, sobre a necessidade de incorporar o labor criativo do juiz em uma jurisprudência de valores como fator determinante do próprio objeto do DIPR.

⁴¹ Não se nega a necessidade, em algumas situações de regras unilaterais, mas as exceções complementam o sistema.

ocorre com a aplicação da ordem pública informada pelos direitos fundamentais, constitucionalmente protegidos e pelos direitos humanos, descritos nos tratados internacionais. Também quando uma decisão estrangeira precise ter eficácia no território de outro Estado a sua análise, ainda que superficial, não prescinde da valoração de sua compatibilidade com a ordem pública local.

A ordem pública, de caráter indeterminado, mutante e de difícil definição, precisa ser vista pela ótica dos direitos humanos, pois não se pode mais conceber que seu embasamento diga respeito, apenas, às conveniências legislativas do Estado. Segundo Moura Ramos, o que pode levar um tribunal a recusar a aplicação da lei estrangeira não é qualquer imperativo que se ancore no interesse estadual, mas sim quando em jogo um princípio de ordem constitucional.⁴²

Outro aspecto limitador, e impeditivo da aplicação do método, preliminar a qualquer ato, são o das leis de aplicação imediata, as chamadas *lois de police*. Quando determinada situação merece do direito local proteção que não permite a aplicação da lei estrangeira, o método não é sequer utilizado, pois essa modalidade de norma se impõe a todos os que estão no território do Estado do foro, tendo efeito imediato.⁴³ É o caso de normas para correção de desequilíbrios. Assim, v.g., as regras de direito do consumidor,⁴⁴ que podem se sobrepor àquela que seria aplicável em função da regra de conexão.

Enfim, para a disciplina do DIPR a proteção da pessoa humana é sua finalidade primeira, e ao continuar utilizando o método multilateral como forma de solucionar os conflitos de lei, seus limites devem ser informados pelos direitos humanos. Esse processo de publicização do DIPR, na esteira do que vem ocorrendo com o direito civil, leva o intérprete da correta aplicação do direito a fazê-lo tendo como referência primordial e imediata às normas constitucionais, em especial aquelas garantidoras de direitos fundamentais.⁴⁵

Nesse sentido, aponta François Rigaux,⁴⁶ ao dizer que os instrumentos internacionais de proteção a todas as pessoas humanas implicam no reconhecimento da qualidade de sujeito aos estrangeiros e as demais pessoas. Isso vem explicitado em diversas convenções internacionais. Ora, embora esses diplomas protetivos não contenham expressamente nenhuma regra para o conflito de leis ou de jurisdição, suas disposições têm influência considerável na aplicação do direito

⁴² RAMOS, Rui Manoel de Moura, op. cit., p. 239.

⁴³ JAYME, Erik, *Identité Culturelle...*, p. 224.

⁴⁴ Sobre o tema do consumidor no plano internacional, veja-se o excelente curso de MARQUES, Claudia Lima, A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral, in *XXXVII Curso de Direito Internacional*, Washington, OEA, 2000

⁴⁵ Nesse sentido, veja-se recentemente PINHEIRO, Carla, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Ed. Atlas, 2001, defendendo a autora esta linha de idéias.

⁴⁶ RIGAUX, François, *Cours de Droit International Privé*, Recueil de Cours, tomo 213, 1989, p. 95.

internacional privado interno.

O plano desse trabalho foi dividido em seis capítulos. Em primeiro lugar, procedeu-se à análise, ainda que sucinta, dos princípios de proteção da pessoa humana no plano internacional e interno. Depois, determinou-se o conteúdo da disciplina, o método do direito internacional privado - com breves considerações sobre sua história, passando-se à situação atual na Europa, nos Estados Unidos e na América Latina-, para finalizar com as limitações impostas pela ordem pública.

Esse estudo procura - através da reflexão sobre as modificações ocorridas na aplicação atual do sistema conflitual clássico, tendo como baliza os direitos fundamentais do indivíduo-, apontar para uma nova vertente interpretativa das regras de DIPR para os países da América Latina em geral, e para o Brasil, em particular. O exemplo o Brasil é paradigmático porque as regras de DIPR precisam se adequar não só a realidade constitucional iniciada com a nova constituição de 1988, como também aos cânones do novo Código Civil Brasileiro, sancionado em janeiro de 2002. A principal fonte normativa do DIPR - a Lei de Introdução ao Código Civil, datada de 1942-, não sofreu qualquer modificação e continua a espelhar a metodologia clássica do DIPR, inspirada nos modelos do século XIX-, mostrando-se, conseqüentemente, inadequada à complexidade e diversidade do momento atual.

Com o desenvolvimento dos direitos fundamentais no último quartel do século XX, cuja universalização encontrou eco nos planos internos e internacionais, também a metodologia do DIPR não pode ficar alheia a essa contaminação, sendo preciso adequar sua utilização ao paradigma dos direitos humanos. E para isso, a ordem pública tem papel fundamental para equilibrar a aplicação do método conflitual, especialmente se for dado ao aplicador da lei parâmetros para fazê-lo, o que acreditamos possível quando se utiliza o método retórico-argumentativo, cujo desirato maior é encontrar a solução justa, a partir da lógica do razoável, e não mais a lógica das razões de estado.

The Rights of man, supposedly inalienable, proved to be unenforceable - even in countries whose constitutions were based upon them - whenever people appeared who were no longer citizens of any sovereign state. To this fact disturbing enough in itself, one must add the confusion created by many recent attempts to frame a new Bill of Human Rights, which have demonstrated that no one seems able to define with any assurance what these general human rights, as distinguished from the rights of citizen, really are. Although everyone seems to agree that the plight of these people consists precisely in the loss of the Rights of Man, no one seems to know which rights they lost when they lost these human rights”.

Hannah Arendt⁴⁷

1. Direitos Humanos e Direitos Fundamentais - a proteção a pessoa humana

Não é fácil definir “direitos humanos”⁴⁸ senão através da análise de sua conceituação histórica. Sem querer aqui iniciar uma digressão já feita por outros autores⁴⁹ é preciso estabelecer como marco as declarações inseridas em textos constitucionais, a partir do século XVIII, pois através delas se procurou contemplar esses direitos com uma dimensão permanente e segura.⁵⁰ A partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1948, as iniciativas globais posteriores foram mais longe do que o programa de intenções até então imaginado e passou-se a ter um catálogo não só de direitos, mas formas específicas para sua operacionalização. Uma nova disciplina nasce com a finalidade precípua de proteger a pessoa humana e sua dignidade: o Direito Internacional dos Direitos Humanos.⁵¹ Nas palavras de Cançado Trindade trata-se de um direito de proteção,

⁴⁷ ARENDT, Hannah, *Portable Hannah Arendt*, editado por Peter Bacha, New York, Penguin books, p. 34

⁴⁸ Veja-se a definição de André Ramos, sintética, mas oportuna: *por direitos humanos entendo um conjunto mínimo de direitos necessário para assegurar uma vida do ser humano baseada na liberdade e na dignidade.*”in RAMOS, André de Carvalho, *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 11. Continua o autor apontando a necessidade de contextualizar o conceito, entendendo-o sempre como fluido e aberto, características necessárias para manter sua não-tipicidade, pois assim são fixadas margens móveis para esse conjunto, que tem sido alargado pelas novas necessidades do ser humano nos homens recentes, incluindo-se, assim, v.g.a proteção ao meio-ambiente. Op. cit., p. 12/13.

⁴⁹ LAFER, Celso, *A reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988.

⁵⁰ LAFER, Celso, op. cit., p. 123

⁵¹ Cf. sobre o tema, entre outros: MELLO, Celso D. Albuquerque, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994; PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4^a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2000; SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1998; BICUDO, Hélio, *Direitos Humanos e sua proteção*, São Paulo, FTD, 1997.

marcado por uma lógica própria, e voltado à salvaguarda dos direitos dos seres humanos e não dos Estados.⁵²

Assim o valor da pessoa humana encontrou sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem. Sobre essa tutela, e ênfase primordial na pessoa, pronuncia-se Norberto Bobbio⁵³:

“Concepção individualista significa que antes vem o indivíduo, notem, o indivíduo isolado, que tem valor em si mesmo, e depois vem o Estado e não o contrário; que o Estado é feito pelo indivíduo e não o indivíduo pelo Estado; aliás, para citar o famoso artigo da 2o da Declaração de 89, a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem é ‘o objetivo de qualquer associação política’.

...

“ O caminho da paz e da liberdade certamente passa pelo reconhecimento e pela proteção dos direitos do homem, a começar pelo direito à liberdade de culto e de consciência, que foi o primeiro a ser proclamado durante as guerras religiosas que ensangüentaram a Europa durante um século, até os novos direitos (como o direito à privacidade e à tutela da própria imagem – grifo nosso) que vão surgindo contra novas formas de opressão e desumanização tornadas possíveis pelo vertiginoso crescimento do poder manipulador do homem sobre si mesmo e sobre a natureza.”

Nos últimos anos, o princípio da dignidade da pessoa humana tornou-se o epicentro do extenso catálogo de direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, que as constituições e os instrumentos internacionais em vigor ofertam solenemente aos indivíduos e às coletividades.⁵⁴ Há uma indissociável vinculação entre a dignidade da

⁵² CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, Fabris, 1997, p. 20. Sobre a disciplina, veja-se ainda: RAMOS, André de Carvalho, *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002; ALMEIDA, Guilherme Assis de, *Direitos Humanos e não-violência*, São Paulo, Atlas, 2001; PIOVESAN, Flávia, *Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 4a. edição, São Paulo, Max Limonad, 2000. André Ramos assim define o DIDH: “é entendido como o conjunto de direitos e faculdades que garante a dignidade da pessoa humana e beneficia-se de garantias internacionais institucionalizadas”.

⁵³ BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos* Organização de Michelangelo Bovero; Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000. Pág.480

⁵⁴ CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas, in *10 anos de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo), Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 104. Continua o autor: “Por esse conjunto apreciável de razões, é justo reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos sublimados pelas constituições abertas e democráticas, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário. Sua operância dirigente constitui verdadeiro e indispensável barômetro na interpretação e aplicação das normas jurídicas, a guiar os intérpretes da constituição e operadores do direito nas sociedades atuais...; Nesse contexto de novas

pessoa humana e os direitos fundamentais, sendo um dos postulados nos quais se assenta o direito constitucional contemporâneo.⁵⁵

Para Ingo Sarlet, à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana continua a estar conduzida à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação de cada pessoa.⁵⁶ Isso a faz merecedora de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que lhe assegurem proteção contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável.⁵⁷

Hoje o sistema internacional de proteção possui ações de caráter global - sistema ONU-, e regional - sistema OEA, Europeu e Africano. Esses instrumentos - primeiro o da ONU, e depois os demais-, surgiram a partir dos horrores cometidos contra os indivíduos na 2ª. Guerra Mundial, pois ao seu final constatou-se ser necessário reconstruir os direitos humanos, já que havia a certeza de que sua transgressão não poderia mais ser concebida como uma questão apenas de jurisdição doméstica do Estado, sobressaindo, ao contrário, sua relevância universal. Como conseqüência, a soberania estatal deixou de ser considerada como princípio absoluto e os indivíduos passaram a apresentar, ao lado dos Estados, o status de sujeitos de Direito Internacional. Multiplicaram-se, assim, os instrumentos internacionais relativos aos direitos do homem, a partir do marco estabelecido pela Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.

O processo de universalização dos direitos humanos permitiu a formação de um sistema normativo internacional de proteção aos direitos humanos, tanto no plano regional - sistema da OEA-, quanto no plano global - sistema da ONU-, no qual o Brasil tem participado ativamente, iniciando a incorporação desses atos internacionais a partir da Constituição de 1988.⁵⁸

Ressalta, ainda, Flávia Piovesan, que os instrumentos

ordens e novas desordens, os princípios e os valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era."p. 114

⁵⁵ SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p.26.

⁵⁶ SARLET, Ingo, op. cit., p. 44.

⁵⁷ *Ib.id.*, p. 60.

⁵⁸ Sobre o impacto dos direitos humanos no Brasil, especialmente a partir da incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no Brasil, confira-se a análise de Flávia Piovesan, *Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil*, in *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. I, org. Celso D. de Albuquerque Mello e Ricardo Lobo Torres, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 85 e seguintes.

internacionais de proteção aos direitos humanos apresentam natureza subsidiária, atuando como garantia adicional de proteção quando falharem os sistemas nacionais. É dizer, a responsabilidade primária pela tutela dos direitos fundamentais continua no âmbito do Estado, mas pode ser transferida à comunidade internacional quando sua interferência se mostrar necessária para suprir omissões ou deficiências.

E para a utilização desses instrumentos de caráter internacional no plano interno, é preciso proceder à sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tal questão remete a uma velha discussão da doutrina e da jurisprudência acerca do status que assumem os tratados internacionais no ordenamento jurídico brasileiro. É uma área em que a Constituição não possui normas claras sobre sua incorporação ou posição hierárquica, tendo esta lacuna sido suprido pela jurisprudência. Atualmente, no Brasil, os tratados internacionais entram em vigor após a aprovação congressual e promulgação do Presidente da República, situando-se no mesmo plano hierárquico que as leis ordinárias.⁵⁹

Mas voltando ao tema dos direitos humanos como tema global, estes são, nas palavras de Celso Lafer “um limite à subjetividade discricionária das soberanias”.⁶⁰ Representam ainda, na visão do autor, a constituição e institucionalização do comum de um auditório universal perante o qual argumenta-se a legitimidade das condutas internas e internacionais das soberanias.

O início dessa nova *vis directiva* do campo dos valores no plano internacional, alçando à proteção dos direitos humanos à condição de tema global da humanidade, surge a partir da urgência da comunidade internacional em dar uma resposta aos horrores ocorridos na 2ª. guerra em razão da ruptura ocasionada pela ação do Estado totalitário. Como bem assinala Hannah Arendt, a ruptura do estado totalitário com os demais, consistiu em criar um novo grupo no cenário internacional, os *sem-direitos* [*rightless*], pois desprovidos de nacionalidade ou qualquer vínculo a um estado nacional, perderam esses indivíduos a sua condição humana. Passaram a viver em um estágio de invisibilidade para todos os setores existentes, seja o estado de sua proveniência, seja para aquele ao qual se dirigem. Ademais, as instituições internacionais dão-se conta da sua incapacidade de

⁵⁹ O tema em questão não é pacífico. Há muitos autores, entre eles Antonio Augusto Cançado Trindade e Flávia Piovesan que alçam os tratados relativos à proteção dos direitos humanos ao nível constitucional. Todavia, até o presente momento, o STF se declarou contrário à tese, apesar de recentes abrandamentos nesse sentido, pois em voto do Min. Sepúlveda Pertence declarou que se não forem contrários a normas constitucionais, estes princípios alçam ao patamar constitucional. Veja-se, ainda, ARAUJO, Nadia, A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional, in *Plurima*, vol. 3, 1999.

⁶⁰ Lafer, no prefácio ao livro de Lindgren Alves, *Os direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Ed. Perspectiva, p. XXIII

prover-lhes qualquer tipo de proteção. Assim, a declaração universal serve de resposta a esses novos tempos, consubstanciando, o direito a uma hospitalidade universal propugnada por Kant em sua paz perpétua, com o fito de impedir, em larga escala, o surgimento de apátridas.⁶¹

Só neste sentido pode o DIPR - ao utilizar o método conflitual para determinar a lei aplicável a uma situação plurilocalizada-, legitimar suas escolhas, seus preceitos e suas soluções. A inexaurabilidade dos direitos humanos como vetor de conduta tem aparecido cada vez mais no dia-a-dia dos *hard cases*⁶² de DIPR.

A aplicação desses princípios ao DIPR segue, a nosso ver, uma lógica de aceitação e respeito à diferença dos sistemas jurídicos. Nos dizeres de Lafer, “a construção da tolerância passa pela afirmação da indivisibilidade dos direitos humanos, e neste sentido, sua agenda é um dos ingredientes de governabilidade do sistema internacional dos nossos dias”.⁶³ Fazendo um paralelo com o DIPR, a utilização dos direitos humanos como balizador da aplicação do método conflitual também é um dos ingredientes fundamentais para a adaptação da metodologia da disciplina aos dias atuais, sem necessidade de recorrer a novas teorizações ou criar novas exceções à utilização do sistema conflitual baseados somente no interesse da *lex fori* ou de uma pretensa justiça material.

O Direito Internacional privado é o ramo da ciência jurídica onde se definem os princípios, se formulam os critérios, se estabelecem às normas a que deve obedecer a pesquisa de soluções adequadas para os problemas emergentes das relações privadas de caráter internacional. São essas relações (ou situações) aquelas que entram em contato, através dos seus elementos, com diferentes sistemas de direito. Não pertencem a um só domínio ou espaço legislativo: são relações “plurilocalizadas”.

*Ferrer Correa*⁶⁴

⁶¹ LAFER, Celso, *Reconstrução...* p. 155.

⁶² Sobre o tema, veja-se STRUCHINER, Noel, Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista, in *Revista Direito Estado e Sociedade*, PUC-Rio, vol. 9, 2000. Sobre o tema, diz o autor: “A discussão sobre os chamados “hard cases” do direito, os “casos difíceis ou insólitos” que ocorrem no âmbito jurídico, surge a partir das investigações de Herbert Lionel Adolphus Hart e Ronald Dworkin [juristas americanos] acerca da objetividade do direito, isto é, sobre a capacidade do direito de determinar uma única solução correta para cada caso que surge ou passa surgir sob a égide de seu domínio”. Na concepção utilizada por esses autores, e que está sendo usada neste trabalho, “casos difíceis”, como os define STRUCHINER, são aqueles casos de direito para os quais não é possível encontrar uma solução trivial, ou uma única solução correta, e que portanto deixam a comunidade jurídica perplexa sobre a maneira pela qual eles devem ser resolvidos. P.84

⁶³ LAFER, Celso, *Prefácio*, op. cit.

⁶⁴ CORREA, A.Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000, p.11.

Le droit international privé trouve ça raison d'être dans la diversité des lois des Etats, d'une part, e la nécessité de trouver les solutions justes dans la communauté internationale.

Erik Jayme⁶⁵

2. O Direito Internacional Privado atual: Os sujeitos e seu conteúdo nuclear

O mundo de hoje caracteriza-se por ser um mundo globalizado e instantâneo. As pessoas físicas e jurídicas não mais se circunscrevem as suas relações às fronteiras de um só estado. Aliás, do ponto de vista das atividades comerciais e pessoais essas fronteiras são, por vezes, irrelevantes. E assim, a maioria dos indivíduos, sem mesmo se dar conta, vêm-se envolvidos em situações jurídicas transnacionais. Pode ocorrer sem se sair do país, quando, v.g., se compra um objeto de um site sediado no estrangeiro, ou fora dele, quando os negócios são fechados em outros países. Também no plano pessoal surgem várias situações de caráter internacional: quando famílias inteiras passam a viver no exterior, de forma temporária, através de uma viagem de turismo, ou definitiva, por força de migração voluntária ou forçada.⁶⁶ Assim, é preciso disciplinar toda a situação jurídica provenientes da experiência acima citada. Isso porque a diferença entre uma situação jurídica interna, e uma outra, similar, que contenha algum elemento internacional, em que mais de um sistema jurídico seja afetado será a utilização, nesta última, de regras de DIPR. Esta a finalidade precípua do DIPR: auxiliar a solução dos problemas advindos das relações privados individuais com uma conexão internacional.⁶⁷ Nesses casos há necessidade de uma via especial para resolver o problema e até uma regulamentação própria. E o Direito Internacional Privado - DIPR, é a disciplina jurídica que trata da regulamentação das situações privadas internacionais.⁶⁸ Cada Estado possui, inserido em seu ordenamento jurídico, um conjunto de regras para resolver as questões atinentes a essas situações internacionais e que por isso serão consideradas como multiconectadas.⁶⁹ E a

⁶⁵ JAYME, Erik, *Identité Culturelle...*, p. 39

⁶⁶ Veja-se os problemas gerados pelas questões relativas ao estatuto pessoal no caso de refugiados. O Estatuto dos Refugiados, de 1951 e em vigor no Brasil, não ficou alheio a essa problemática e regula a matéria em seu artigo 12.

⁶⁷ TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11a. ed., rev. e atualizada por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976. Afirma o autor: "sem o elemento estrangeiro não ocorre conflito de legislações". P. 11

⁶⁸ CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, e GONZALEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares, 1999, p.5. Acrescentam os autores, que enquanto no século XIX o DIPR era visto como uma disciplina de aristocratas, de minorias elitistas, hoje a situação é bem diferente, pois a sociedade atual é fortemente internalizada, e marcada pelos deslocamentos das massas. (p. 11)

⁶⁹ Na idade média, antes mesmo do surgimento dos estados nacionais, o problema surgiu por que os comerciantes em suas relações podiam ser regidos pela lei de diferentes

aplicação de leis estrangeiras, por força dessas regras especiais, é hoje um princípio de direito comum às nações. Todos os países possuem, de uma forma ou de outra, regras que permitem, nas relações privadas internacionais, a aplicação do direito alienígena no caso concreto, excluindo-se nesse momento as normas internas sobre a matéria, por se tratar de situações mais próximas do sistema estrangeiro do que do nacional.⁷⁰

Assim, cabe ao DIPR, diante dessas situações, determinar a lei sob o império da qual a relação jurídica será regida, que deverá ser reconhecida pelo estado estrangeiro responsável por sua aplicação. Com isso, pugna-se pela harmonia jurídica internacional, de modo a assegurar a continuidade e uniformidade de valoração das situações plurilocalizadas,⁷¹ além do interesse da boa administração da justiça. Cada vez mais está subjacente ao conflito de leis à questão do conflito de civilizações.

A determinação dos sujeitos do DIPR serve para distinguir o objeto da disciplina da do Direito Internacional Público, que na sua forma clássica se dedica às relações entre os Estados. O DIPR se destina às pessoas físicas ou jurídicas, quando, no curso de determinada relação privada, estão ligadas a mais de um sistema jurídico. A diferença em relação ao direito interno, é, tão somente, a existência de um elemento de estraneidade na relação, ou seja, por alguma razão há um elo com o direito material de um estado estrangeiro, além daquele no qual a questão esta sendo julgada. Assim, diante da pluralidade de sistemas jurídicos envolvidos, e da existência desse elo, a situação jurídica acaba sendo regulada por mais de um ordenamento, pois o sistema nacional se mostra insuficiente para resolver todos os aspectos da questão transnacional. Daí porque as situações multiconectadas possuem características próprias e distintas das situações meramente internas, necessitando de regulamentação específica. Distinguem-nas das demais situações o seu caráter privado da e sua internacionalidade.⁷²

Sua importância aumenta a cada dia, voltando a assumir a importância que tinha em seus primórdios, na idade média e em relação às grandes massas migratórias do final do século XIX e início

idades, dando origem a escola estatutária.

⁷⁰ CORREA, A. Ferrer, op. cit., p. 18.

⁷¹ CORREA, Ferrer, op. cit.p. 33.

⁷² CARAVACA, op. cit., p. 6, explica que o elemento estrangeiro é qualquer dado que não aparece conectado com o país cujos tribunais cuidam do assunto. E uma vez comprovada a presença desse elemento, a situação privada é internacional, passando assim a ser regulada pelas regras próprias do DIPR do direito interno. Qualquer elemento estrangeiro converte a situação em internacional, tendo assim uma função identificadora. François RIGAUX, *Cours de Droit International Privé, Recueil de Cours*, tomo 213, 1989, utiliza a expressão “relação transfronteiriça”, explicando que esta se distingue da relação homogênea em que todos os elementos estão concentrados sob o território de um só estado, p. 84-85.

do século XX, e não mais dirigido a uma elite que podia, no passado, se permitir uma vida pontilhada de situações internacionais. Atinge hoje a segmentos populacionais cada dia maior, em face da interdependência da economia mundial, provocadora dos grandes fluxos migratórios.⁷³

E como disciplina jurídica autônoma, desde logo, deve-se advertir que sua denominação, apesar de imperfeita, está consagrada.⁷⁴ Isso porque não é internacional, nem privada, sendo, na verdade, um ramo do direito público interno.⁷⁵ Suas regras são destinadas a determinar quando as normas do direito nacional aplicam-se fora das fronteiras nacionais e quando o direito estrangeiro será aplicável dentro do território nacional.⁷⁶ Os manuais da disciplina sempre se preocupam em delimitar o seu âmbito de aplicação, pois o conflito de leis não é o único tema tratado.⁷⁷

⁷³ CARAVACA, op. cit. p. 33 relata como causas dessa expansão do DIPR no século XX, o incremento do movimento internacional de trabalhadores; os deslocamentos mais freqüentes decorrentes da expansão da indústria do turismo de massas; o incremento das relações econômicas internacionais e processos de integração, v.g. a Comunidade Européia, o Mercosul e o Nafta.

⁷⁴ Sobre a origem da denominação, veja-se MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol.I, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1935 p.24. A expressão “Direito Internacional Privado” surge com Story, em 1934, reaparece com Foelix, em 1843 e com Schäffner, em 1851, generalizando-se durante o século XIX.

⁷⁵ TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol.I, 11^a. Ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976, p. 16 já se preocupava com a denominação da disciplina ao dizer que os termos “internacional” e “privado” não se acomodavam, pois o DIPR é um direito nacional, em razão da ausência da solução de seus conflitos por um tribunal internacional.No Brasil, nos seus primórdios, seu estudo foi muito influenciado pela escola francesa, que dividia a disciplina em quatro campos: a nacionalidade, a condição jurídica do estrangeiro, o conflito das leis e o conflito de jurisdições. Jacob Dolinger, op. cit., relatando a experiência brasileira alude a discordância dos autores a esse respeito, pois para alguns, como Eduardo Espínola, a questão dever-se-ia circunscrever ao conflito de leis, aceitando-se a questão da nacionalidade e condição jurídica do estrangeiro tão somente para fins didáticos. (citação do novo livro, antiga p. 2) Mas a verdade é que a partir de 1942, com a mudança de critério para determinação do estatuto pessoal, de nacionalidade para domicílio, diminuiu sobremaneira a necessidade da inclusão dos dois tópicos no curso da disciplina, já que são objeto de estudo no direito constitucional. Atualmente, ao menos na PUC-Rio, os dois pontos acima não fazem mais parte da disciplina, pois adota-se a divisão tripartite acima. Para RIGAUX, op.cit. p. 85, o DIPR é um ramo do direito estatal que submete as relações transfronteiriças ao regramento do Estado apropriado.

⁷⁶ MIRANDA, Pontes, op. cit., p. 17.

⁷⁷ Segundo Ferrer Correa, destacam-se, entre as diversas orientações da disciplina: a escola alemã, adotada também na Itália, que cuida somente dos conflitos de leis; a escola anglo-saxônica, na qual se estudam os problemas relativos ao conflito de jurisdição, ao conflito de leis e ao reconhecimento das sentenças estrangeiras, (também adotado na Espanha), e a escola francesa, no qual se adicionam ao conflito de jurisdição e de leis, à nacionalidade e a condição jurídica do estrangeiro. (p. 62/63) Veja-se, DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional*...p. 1 e seguintes. Para um panorama da disciplina em Portugal, Espanha, França, Suíça, Itália, Bélgica e Alemanha, veja-se SANTOS, Antonio Marques dos, *Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Revista da

Embora o ensino do DIPR na América Latina tenha sido fortemente influenciado pela escola francesa – pelo que ainda fazem parte do currículo de vários cursos as questões relativas à nacionalidade e à condição jurídica do estrangeiro —, filiamo-nos à corrente anglo-saxônica, cada vez mais adotada em países europeus, que procura responder a três perguntas nucleares da disciplina:

- 1) **Em que local acionar** – que remete às questões do direito processual civil internacional, especialmente às questões relativas à competência internacional, também chamado de conflito de jurisdição;
- 2) **Qual lei utilizar** – que remete à utilização do método conflitual e suas regras, o clássico conflito de leis, bem como suas novas tendências;
- 3) **Como executar atos e decisões estrangeiras** - que remete à cooperação interjurisdicional entre os poderes judiciários de estados diferentes, especialmente no que tange ao reconhecimento das decisões proferidas pela justiça alienígena.

Essa divisão, de cunho didático, é sempre pontuada também: pelo desenvolvimento histórico da disciplina além de informações de caráter comparado; pelos movimentos de codificação hoje em andamento no DIPR, especialmente na Europa, no Mercosul e através das CIDIPs; pelos novos problemas surgidos na disciplina e sua aplicação pelos tribunais, através da análise de casos da jurisprudência.

Quelle que soit la défiance de beaucoup d'esprits à l'égard du mot certitude en droit, il serait difficile de récuser la recherche d'un minimum de prévisibilité; il serait paradoxal que les discussions actuelles, nées pour partie d'un reproche de complication adresse au droit international privé qu'on commence aujourd'hui à appeler classique, aboutissent à une incertitude beaucoup plus radicale parce que touchant à la méthode même de la discipline. C'est d'ailleurs et au surplus l'objet même de cette discipline qui se trouverait mise (en) question, donc son existence comme telle.

*Henri Battifol*⁷⁸

3. Métodos de escolha da lei aplicável

A especificidade do Direito Internacional Privado consiste em sua característica de ser um "direito sobre o direito", ou seja, sobre a aplicação de um determinado direito, que regulamenta a vida social das pessoas privadas implicadas na ordem internacional.⁷⁹ Assim, em todos

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento, 1998, pp.140 e seguintes.

⁷⁸ BATTIFFOL, Henri, *Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé, Recueil des Cours, Tome 139, 1973, II*, p. 84.

⁷⁹ MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. I, Rio de Janeiro,

os sistemas jurídicos há regras próprias criadas expressamente para determinadas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico, que são chamadas de *regras de conexão* ou *normas indiretas*. Todavia, esse sistema consolidado no século XIX, está passando por grandes mudanças, em face da flexibilização da tradicional regra de conflito.⁸⁰

Surgimento do Método de DIPR - Breves considerações históricas

Esse método surgiu na idade média,⁸¹ por obra dos professores de Bolonha, ao resolverem os conflitos surgidos da colisão de regras diversas dos estatutos das cidades italianas, ocorridos por força das relações comerciais entre os mercadores locais e os provenientes de outras cidades, ficando conhecido como escola estatutária italiana.⁸² Posteriormente desenvolveu-se a escola francesa – com Dumoulin, formulador do princípio da autonomia da vontade, e D’Argentré, precursor do territorialismo posteriormente seguido pela escola holandesa.⁸³ Esta última teve Huber como um de seus maiores expoentes, desenvolvendo o territorialismo, através do qual assegurou à lei um efeito extraterritorial, por conta da *comitas gentium* (*cortesia*) que deveria reger as relações entre entes soberanos, desde

José Olympio Ed., 1935, p. 10. Na expressão alemã: *Recht über Recht*.

⁸⁰ DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, *O DIPR no Brasil no século XXI*, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, 2000 p. 81. : “A inovação relativa às regras de conexão, que de rígidas passam a ser flexíveis, constitui uma verdadeira revolução no DIPR contemporâneo.”

⁸¹ Da antiguidade ao feudalismo, houve manifestações que não são consideradas como parte do nascimento da disciplina como hoje é entendida. Isso porque o *ius gentium* constituía, nas palavras de Antonio Marques dos Santos, um subsistema de direito material especial, destinado a regular as relações entre cidadãos e estrangeiros., por oposição ao *ius civilis* só para os cidadãos romanos, tendo sido uma criação do pretor peregrino.

⁸² A primeira regra de DIPR foi elaborada por Aldricus, no século XII ao responder a indagação: “Pergunta-se: se os homens de diversas províncias, que tem diversos costumes, litigarem perante um mesmo juiz, qual deles deve seguir o juiz encarregado de julgar? Respondo que é aquele que parecer melhor e mais útil. Deve portanto julgar segundo aquilo que se lhe afigurara melhor. Segundo Aldricus.” In SANTOS, Antonio Marques, *Direito Internacional Privado*, Introdução, I volume, Lisboa, 2000, p.73.

⁸³ Para maiores informações sobre a parte histórica do DIPR, veja-se CORREA, Ferrer, *Direito Internacional...*p. 103 e seguintes; ...; no Brasil, VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol.I, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 2ª. ed., 1977. A questão da aplicação espacial da lei, na célebre glosa de Acúrsio, tida como pontapé inicial da disciplina é citada por Ferrer Correa, op. cit., e Jacob Dolinger, *Direito Internacional...* Para a situação do Uruguai, também ao final do século XIX, ver RAMIREZ, Gonzalo, *Ley aplicable a los actos jurídicos del punto de vista del Derecho Internacional Privado*, in *Anales de la UniversidadI*, ano II, Tomo III, 1892, p. 296/325.

que sem prejuízo para os soberanos ou terceiros.⁸⁴ A doutrina holandesa teve grande sucesso na Inglaterra e nos Estados Unidos, através da obra de Joseph Story.

O século XIX inaugura o DIPR positivo, através das regras inseridas no bojo das grandes codificações, e o desenvolvimento das teorias de Savigny e Mancini. O primeiro desenvolve a noção de que estamos em uma comunidade de direito internacional, em cujo âmbito é possível resolver os conflitos de leis de caráter internacional através da paridade de tratamento entre a lei do foro e a lei estrangeira, através da noção de sede da relação jurídica, que é imposta pela natureza das coisas. Mancini - cujas teorias em prol da nacionalidade como lei reguladora do estatuto pessoal tinham por objetivo promover a unificação do então nascente estado italiano, foi também um dos grandes impulsionadores do movimento de codificação internacional do DIPR.⁸⁵ Posteriormente, Pillet - que como Mancini entendia que a lei pessoal deveria ser a lei nacional do indivíduo-, acrescentou ainda noções a respeito da ordem pública, e acerca da proteção aos direitos adquiridos.

As doutrinas do século XIX são todas de caráter universalista, ou seja, o DIPR deveria ser o mesmo em todos os estados, o que seria mais vantajoso para as pessoas privadas, destinatárias dessas regras. Foi a tendência dominante até a primeira guerra mundial.⁸⁶ Outra característica do século XIX é encarar o problema do DIPR como um problema de delimitação das competências legislativas, de coordenação de soberanias, que enquanto não resolvido no plano internacional, é suprido pela ação individual dos estados. Já para os particularistas, como os chamava Batiffol, a diversidade de sistemas nacionais era uma realidade legítima em razão da diversidade

⁸⁴ Segundo SANTOS, Antonio Marques dos, *Direito Internacional...* p. 97, a doutrina de Huber pode ser resumida nos três axiomas a seguir transcritos, da tradução portuguesa: “I – as leis de cada império tem força dentro dos limites da respectiva república, e obrigam a todos os seus súditos – e não além...; II – por súdito do império devem ser considerados todos os que se encontram dentro de seus limites, permanente ou temporariamente...; III – as autoridades supremas dos impérios procedem “comiter” [por cortesia], de forma que o direito de cada povo, aplicado dentro de suas fronteiras, tenha eficácia em toda a parte, desde que em nada prejudique ao direito ou ao poder de outro imperante, ou dos respectivos súditos.”

⁸⁵ Quando Ministro das Relações Exteriores, conclamou os demais países a promoverem uma conferência para uniformizar o DIPR. Seu aluno no Peru, Pradier Foderé conseguiu tornar realidade o chamado de Mancini na América Latina, com a Conferência de Lima, de 1877. Foi ainda um dos fundadores do Instituto de Direito Internacional, em 1873.

⁸⁶ BATIFFOL, *Les pluralisme des méthodes...* p. 79. Com mais detalhes sobre a história do DIPR, veja-se SANTOS, Antonio Marques, *Direito Internacional...* O autor elenca ainda no século XIX as escolas nacionalistas, dos quais os maiores expoentes foram Kahn, na Alemanha, Martin, e Niboyet, na França e Anzilotti e Ago, na Itália. Esses autores tinham um visão particularista do DIPR, ou seja, viam nele apenas uma parte integrante da ordem jurídica nacional de cada país, o que foi consubstanciado nas grandes codificações, como se verá a seguir.

estrutural dos estados, especialmente no que dizia respeito às suas normas de direito privado, indissociáveis daquelas destinadas ao conflito de leis.⁸⁷ Essa postura resultou em grandes diferenças entre as normas, ao arrepio da uniformidade que o DIPR necessitava. Um exemplo clássico dessa situação dizia respeito à regulamentação do estatuto pessoal, que na Europa seguia o critério da nacionalidade (e no Brasil também até o advento da Lei de Introdução ao Código Civil de 1942) e nos países da América Latina e Estados Unidos, o critério do domicílio.

O entre-guerras viu o declínio da tendência universalista, pois os ressentimentos deixados pela primeira guerra e o aumento das relações comerciais internacionais, resultaram em um maior particularismo, e mesmo um certo nacionalismo. Mas no início do século XX houve também grande reação ao particularismo positivista, agora com a idéia de que DIPR deve inspirar-se fundamentalmente no interesse dos indivíduos, a maior utilização de uma jurisprudência de interesses, de uma investigação comparativa e ênfase em soluções codificadoras de caráter internacional, como o que ocorreu na América Latina - Código Bustamante, Tratados de Montevideu, mais recentemente, CIDIPs - e na Europa através do labor da Conferência Permanente de Direito Internacional da Haia, e no plano do direito material, através da UNCITRAL e do UNIDROIT.⁸⁸

Aliás, o papel da América Latina no desenvolvimento do DIPR não pode ser negligenciado. Foi no continente americano que pela primeira vez se promoveu a codificação internacional da matéria, com as grandes codificações do século XIX e início do século XX, continuando este labor sob os auspícios da OEA, com a realização das Conferências Especializadas, CIDIPs.⁸⁹

Após a segunda guerra mundial, com a multiplicação de situações internacionais que exigiam a utilização das regras de conflitos, um maior número de países envolvidos, em decorrência da descolonização, e uma maior intervenção do estado, ocasionaram mudanças paulatinas no DIPR, que fazia face então a problemas novos e de difícil solução.

⁸⁷ BATIFFOL, op. cit., p. 79. Cabe por fim mencionar a corrente considerada como uma terceira escola, que cultuava a utilização do direito comparado para resolver os conflitos de leis, e que teve em Rabel um de seus maiores expoentes. SANTOS, Antonio Marques dos *Direito Internacional*, p. 151 e seguintes.

⁸⁸ MATTEUCCI, Mario, Unification of Conflicts rules in relation to international unification of private law, in *Conflicts of Law and International Contracts*, 1949.

⁸⁹ VIEIRA, Manuel, La codificación del derecho internacional privado em el continente americano – evolución histórico-jurídica, in *Revista da Faculdade de Direito e Ciências Sociais, Montevideu*, ano XXXII, 1991, p.67. Sobre a codificação do DIPR na América Latina, veja-se, também, ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000, parte II, capítulo II. Sobre a proeminência do papel da América Latina, veja-se também LORENZEN, Ernest, Uniformity between Latin América and the United States in the rules of private international law relating to commercial contracts, in *Tulane Law Review*, vol. XV, 1941, p. 165.

Assim, surgem cada vez mais regras de DIPR materiais, ou seja, regras que atuam diretamente na situação jurídica, ao invés de buscar-se a lei aplicável pela regra indireta, mediadora entre os sistemas jurídicos envolvidos. Também a questão relativa ao conflito de jurisdições, a busca do juiz competente para o feito de certa forma enfraquece a noção de conflito de leis, predominando a primeira sobre a segunda.⁹⁰

Além disso, em função da proeminência e ingerência da ação estatal na vida privada, começam a surgir leis cujo campo de aplicação é determinado de forma imperativa, e, portanto, desdenha-se o surgimento de situações em que haja o conflito de leis. São as chamadas normas imperativas ou leis de aplicação imediata, ou ainda *lois de police*, para os franceses.

O Método conflitual clássico

O método conflitual clássico, elaborado no século XIX e ainda utilizado pelo Direito Internacional Privado dos países da Europa e da América Latina - com as modificações que a seguir serão comentadas-, tem como particularidade a existência de uma regra de DIPR - a regra de conflito-, que dá a solução de um questão de direito contendo um conflito de leis, através da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta.⁹¹ Não compete ao DIPR fornecer por si próprio a norma material aplicável ao caso concreto, mas unicamente designar o ordenamento jurídico ao qual a norma aplicável

⁹⁰ BATIFFOL, op. cit., p. 83.

⁹¹ Essas regras que determinam a lei aplicável são normas que podem ser classificadas segundo sua fonte, natureza e estrutura. A fonte pode ser de origem legislativa, doutrinária ou jurisprudencial. Uma norma de origem doutrinária pode ser considerada como sendo o *Restatement* americano, uma compilação feita pelo Instituto de Direito Americano, que contém as regras de direito vigentes em uma determinada área jurídica. Ver *Black's Law Dictionary*, (5ed., St. Paul, West, 1979). *Restatement of Law. A series of volumes authored by the American Law Institute that tell what the law in a general area is, how it is changing, and what direction the authors think this change should take; for example, Restatement of the Law of Contracts*. Também pode ser interna, quando criada pelo Legislativo de um determinado país, ou internacional, quando criada em coordenação com outros Estados ou no âmbito de organizações internacionais. Quanto à sua natureza, a característica da norma de Direito Internacional Privado é ser indireta. Isto porque não soluciona a questão jurídica em si, mas indica o direito interno a ser aplicável na solução da questão. Para Vincent Heuzé, essas regras de conflito são parte de um direito material especial feito para regular situações uniformemente identificadas por um elemento de estraneidade que as afeta. In HEUZÉ, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GNL, 1990, pp.102/103. Veja-se, ainda, a síntese apresentada por JAYME, Erik, *Identité culturelle...*, p. 44: “*Le droit international privé classique, élaboré au XIXème siècle, formula donc des objectifs plus ou moins formels: l'égalité du traitement des personnes, l'harmonie des décisions concernant le même rapport, la prévisibilité des solutions, les rapports juridiques universels. Il trouva son expression dans la technique de la règle bilatérale de conflits.*”

deverá ser requerida.⁹² Isso porque para a concepção clássica do DIPR, é através de normas de conflitos que o DIPR cumpre a sua missão de prover à regulamentação da vida jurídica internacional.⁹³ São normas próprias existentes em todos os sistemas jurídicos para cuidar dessas situações multinacionais.

Um problema de DIPR não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito. O seu objetivo primordial consiste em promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da uniformidade da respectiva valoração por parte dos diversos sistemas interessados, a fim de evitar a frustração que com base nelas foram concebidas pelas partes e terceiros.⁹⁴ Esse sistema não se atém à utilização de suas normas, mas sim daquelas de fato conectadas à questão.⁹⁵ Ainda segundo Ferrer Correa,⁹⁶ não se trata de escolher a *melhor lei*, mas a *melhor colocada* para intervir – em razão da *localização dos fatos*, ou da *relação dela com as pessoas* a que estes respeitam. Os valores predominantes são os da segurança e certeza jurídica, cuidando de atingir uma justiça formal, pois seu objetivo é garantir a continuidade e estabilidade das situações jurídicas, baseadas nas expectativas já

⁹² CORREA, A. Ferrer, *Direito Internacional Privado, Alguns Problemas*, Coimbra, 1985, p.22. Ver também a definição de STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, 2a. ed., vol. 1., São Paulo, RT, 1991, p. 44: “DIPR é um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais.”

⁹³ CORREIA, Ferrer, *Direito Internacional Privado – alguns problemas*, Coimbra, 1985, p.21.

⁹⁴ STRENGER, Irineu, *A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, RT, 1968, p. 24.

⁹⁵ OTÁVIO, Rodrigo, *Pandectas brasileiras*, vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1927, pp.421/422, no início do século, explicava: “A função do Direito Internacional Privado não é determinar de modo direto como, de que forma, em que proporção se defere a herança, mas justamente, no caso visado, como nos casos em que se possa cogitar da aplicabilidade de mais de uma lei, qual a lei que deva ser aplicada. Não afeta, assim, aquela disciplina de qualquer modo as distintas legislações nacionais, que continuarão dominando soberanamente os casos para que foram editadas. E assim ela, não visando modificar ou alterar de qualquer forma, qualquer lei nacional, não era de esperar, em tal conformidade, que surgissem dificuldades maiores para um acordo quanto à recíproca aplicabilidade das leis estrangeiras, nas diversas hipóteses em que se reconhecer que possa ser dispensada a aplicação da própria lei nacional.”

E Amílcar de CASTRO, in *Direito Internacional Privado*, vol I. Rio de Janeiro, Ed.Forense, 1956, acrescenta: “Afinal, ao resolver questões de direito internacional privado, não deve o jurista estar preocupado com a superioridade do direito nacional, ou do direito estrangeiro. O direito indígena não é bem que se proteja, mas meio de que se serve para atingir um fim, que somente importa: a boa administração da justiça.

⁹⁶ CORREIA, op. cit. p. 23.

existentes quanto à solução atingida pela utilização do método.

Assim, Erik Jayme bem define os objetivos do DIPR clássico como sendo: a igualdade do tratamento das pessoas; a harmonia das decisões sobre uma mesma relação jurídica; a previsibilidade das soluções encontradas; as relações jurídicas universais. Sua expressão técnica era através da regra bilateral de conflito de leis.⁹⁷

Os problemas da aplicação do método acima são de três ordens, todos ameaçando o objetivo da disciplina de promover a segurança jurídica. Na primeira, como cada Estado possui regras próprias para o DIPR, e que estas são aplicadas com exclusividade por sua justiça, temos que a mesma situação poderá ser resolvida de forma diferente conforme o Estado em que seja julgada. Na segunda, dependendo do sistema de cada país, uma decisão válida em um, não será no outro, por conta dessas diferenças. Finalmente, as partes podem beneficiar-se dessas diferenças e promover um verdadeiro *forum shopping*, em busca de soluções adequadas.

No entanto, nos últimos anos, essa metodologia tem sido muito criticada por sua indiferença com o resultado concreto obtido através do método indireto.⁹⁸ Em frontal ataque à metodologia acima, temos o sistema americano, primando pela escolha das normas a partir do resultado final, sem se basear nas normas bilaterais acima descritas, e na Europa, a aceitação do pluralismo de métodos e a flexibilização das normas de conflitos, através da elaboração de regras materiais de DIPR, em convenções internacionais, da possibilidade de regras alternativas, da cláusula de exceção, da utilização da autonomia da vontade em outras áreas do direito, e de princípios mais flexíveis, como o da proximidade.⁹⁹

Outra maneira de enfrentar essas diferenças entre as regras conflituais, pela sua diversidade de país a país, foi à harmonização através da criação de normas conflituais internacionais uniformes. Para Dolinger, esse seria um DIPR uniformizado, em oposição àquele já existente quando se trata de uma determinada área de direito substantivo, resultante do esforço comum de dois ou mais Estados por causa da natureza internacional de um instituto.¹⁰⁰ Há também

⁹⁷ JAYME, *Identité Culturelle...*, p. 44

⁹⁸ JAYME, *Identité Culturelle...*, p. 42/43

⁹⁹ Segundo DOLINGER, *Direito Internacional...*, p. 146, o princípio em questão é do tipo flexível, determinando a aplicação da lei mais próxima, mais intimamente vinculada com as partes ou a questão jurídica, que faculta aos tribunais maior poder discricionário na escolha da lei aplicável. Esse novo approach se baseia na idéia da intensidade maior de ligação, e é conhecido como princípio da proximidade. O princípio aparece no *Restatement 2nd on the Conflicts of Law*, e a partir daí é encontrado também na Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e na Convenção do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, quando estas determinam, se as partes não tiverem escolhido a lei aplicável ao contrato, que esta será aquela com a qual o contrato possui vínculos mais estreitos.

¹⁰⁰ DOLINGER, Jacob, *op. cit.*, p. 37.

iniciativas que visam uniformizar regras substantivas, como, v.g., a Convenção sobre a Compra e Venda Internacional, da UNCITRAL - ao contrário da acima descrita com relação às normas conflituais uniformes, eliminam o conflito de lei ao promover a modificação e unificação de uma parcela do Direito Privado Material-, e os Princípios para os contratos comerciais internacionais, do UNIDROIT.¹⁰¹

Atualmente o objetivo do DIPR, não é mais apenas promover a segurança jurídica, com a utilização matemática de um método que vem sendo criticado por estar dissociado da realidade de seu resultado em casos concretos. Há consciência em diversos países de que é preciso adequar essa metodologia aos conceitos de proteção garantidos pelos direitos fundamentais. De um lado, esses direitos passaram a integrar novos diplomas internacionais - parte integrante da nova disciplina Direito Internacional dos Direitos Humanos-, que ao serem incorporados, passam a integrar, ao lado das modernas Constituições o chamado “bloco constitucional” dos estados-partícipes. Esse conjunto de direitos, que reflete a existência de um patrimônio comum de valores jurídicos, passa a ter aplicação não só vertical, ou diretamente, mas também horizontal, influenciando na aplicação do DIPR, pois em caso de colisão com a solução obtida através da norma de conflito, prevalecerão sobre esta. Vários tribunais têm

¹⁰¹ Em nível internacional, é de se ressaltar especialmente o papel desempenhado por dois organismos internacionais: a Conferência de Direito Internacional da Haia e o Instituto para a Unificação do Direito Privado – UNIDROIT. A Conferência, estabelecida na Haia desde o século XIX, prepara convenções internacionais sobre regras conflituais, muitas delas já em vigor, e o Instituto, criado em 1928, trabalha pela unificação de normas materiais de Direito Privado, tendo elaborado também diversas convenções. Veja-se, especialmente, os *Princípios para os Contratos Comerciais Internacionais*, Roma, UNIDROIT, 1994. Sua metodologia é interessante porque além de regras, contém comentários e exemplos, sendo que o conjunto integra os princípios. É um exemplo de uma nova *lex mercatoria* para os contratos internacionais, e pode ser utilizado nos países em que a Convenção do México sobre o Direito Aplicável aos contratos internacionais, de 1994, for ratificada, pois o artigo 10 da mesma expressamente previu a utilização dos princípios do direito do comércio internacional. Cf. CRÉPEAU, Paul-A, *The Unidroit principles and the Civil Code of Québec: shared values?*, Ontario, Carwell, 1998.

No que diz respeito ao Direito do Comércio Internacional, várias instituições trabalham ativamente para atingir a uniformização e unificação de regras substantivas do Direito Contratual. Nas Nações Unidas, o trabalho desenvolvido pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional – UNCITRAL, é de suma importância para o movimento uniformizador em andamento. Para citar alguns exemplos, a UNCITRAL elaborou a Convenção sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias, assinada em Viena, em 1980, e em vigor a partir de 1988 em 27 países. Para uma análise da Convenção de Compra e Venda Internacional, ver GREBLER, Eduardo, O contrato de venda internacional de mercadorias, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 319, 1992, pp. 310/317, e ZERBINI, Eugênia Cristina de Jesus, A Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, in *Contratos Internacionais*, São Paulo, Ed. RT, 1985, pp. 76/93, e em Portugal, BENTO SOARES, Maria Angela e MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Contratos Internacionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

adotado essa metodologia na expressão de sua jurisprudência, como se verá a seguir.

O sistema unilateral - A revolução americana

Um outro sistema é chamado de *unilateral*, no qual a norma que soluciona o problema de uma relação multiconectada propõe-se apenas a delimitar o domínio de aplicação das leis materiais do ordenamento jurídico onde vigora, preconizando o primado da lei do foro. Nos Estados Unidos, Cavers¹⁰² contestou o método conflitual clássico que era utilizado, a partir dos princípios introduzidos por Joseph Story, em seus comentários, e posteriormente por Joseph Beale, redator do *Restatement on the Conflicts of Law*, 1934.¹⁰³ Em sua opinião, os tribunais não faziam escolhas cegas e livres de valoração quando determinavam a lei aplicável a uma relação jurídica com matizes internacionais, pois sempre tinha em conta o resultado final que a escolha acarretaria. Por essa razão, advogava uma metodologia unilateralista pela qual procurava-se determinar por um lado o alcance espacial das regras, e por outro uma análise orientada pelo resultado final substantivo. Para isso, sugeria como *modus operandi* que se fizesse uma análise pormenorizada da situação *sub judice*, a comparação dos resultados obtidos pela aplicação em concreto das leis em contato com a situação, e afinal a avaliação dos resultados, em função das considerações de justiça social, para então se decidir qual das leis em contato aplicar à situação concreta.¹⁰⁴ Muito empregado, desde então, na doutrina e na jurisprudência americana.

Continuando na linha de pensamento de Cavers, Brainerd Currie criou uma teoria intitulada *interest analysis*. Currie acreditava que os Estados tinham um *interesse* na implementação dos propósitos das leis que os governavam, não só para os casos locais, como também para os multiconectados.¹⁰⁵ Para ele, o sistema conflitual não levava esses fatores em consideração e subvertia a importância dos interesses do

¹⁰² CAVERS, David, A Critique of the Choice of law Problem, in *Harvard Law Review*, vol 47, 1933, p. 173.

¹⁰³ GARRO, Alejandro M. El Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos: balance y perspectivas, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000, p. 101. Para maiores informações sobre a história do DIPR nos Estados Unidos, ver YNTEMA, Hessel, The Historic Bases of Private International Law, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, 1953, pp. 297/317.

Restatement é uma compilação de normas jurídicas com comentários e casos hipotéticos ilustrativos das regras e sua aplicação, feitas pela *American Law Institute*, organização de caráter privado, mas muito respeitada nos meios jurídicos americanos. GARRO, op. cit., p. 102. O *Restatement Ist*, adotou para o DIPR, regras bilaterais fixas, baseados nos critérios de conexão já conhecidos na Europa.

¹⁰⁴ SANTOS, Antonio Marques, *Direito Internacional...*p.163.

¹⁰⁵ JUENGER, Friedrich, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 98.

foro, ao aplicar a lei de um outro Estado. Ainda segundo Currie, ferrenho defensor da supremacia da aplicação da lei local, os limites de aplicação espacial das leis materiais eram determinados a partir da análise das políticas legislativas das quais resultavam.

Leflar era outro expoente da doutrina americana para quem a aplicação da regra de DIPR depende de uma análise teleológica do problema, levando-se em conta uma série de considerações em busca da proteção mais adequada à vítima de um fato ilícito, *the better law approach*.¹⁰⁶ E Ehrenzweig defendia a aplicação da lei do foro como regra básica, e a aplicação da lei estrangeira apenas em casos excepcionais. Ainda é preciso dar ciência das idéias de Artur Von Mehren, que propugnava pela elaboração de regras materiais especiais para regular as situações de DIPR. Willis Reese, principal responsável pelo *Restatement 2nd on Conflicts of Law*, e que consagrou a noção dos vínculos mais estreitos.¹⁰⁷

Juenger classifica essa fórmula de *mos americanus*, explicando que a maior parte dos tribunais proclama seguir a “análise de interesses”, considerando principalmente o alcance territorial das normas jurídicas, com ênfase no resultado e não no método utilizado, ao contrário dos europeus, para os quais o método multilateral é mais valorizado do que o seu resultado concreto.¹⁰⁸

Assim, no sistema utilizado nos Estados Unidos o que importa não é a escolha da lei mais adaptada, pois a questão deve ser vista do ponto de vista de seu resultado, devendo a seleção ser feita de acordo com o conteúdo do problema em questão, procurando-se a melhor norma material para solucioná-lo.

Todavia, ao mesmo tempo, os tribunais americanos citam o Restatement 2nd e falam de “relacionamento mais significativo”, o que para Juenger faz com que as decisões judiciais americanas sejam internamente inconsistentes, pois os vários enfoques de que se valem são simplesmente incompatíveis. Mas para o autor, há método nesta loucura, pois a maior parte dos casos em que os tribunais americanos aplicaram o novo método foram ações de responsabilidade civil por ato ilícito [tort actions] que apresentavam um padrão estereotipado, em que o agente do dano introduz uma defesa importada de outra jurisdição, usualmente a lei estrangeira ou uma limitação legal ao ressarcimento. O advogado da vítima apresenta então à corte uma série de razões para não se dar guarida à monstruosidade estrangeira. É “extremamente surpreendente que a maioria destas decisões

¹⁰⁶ GARRO, op. cit., p. 106

¹⁰⁷ SANTOS, Marques dos, *Direito Internacional...*p. 193 e seguintes.

¹⁰⁸ A discussão sobre o sistema americano aparece em mais detalhe na Parte I, Capítulo 1, Seção 1.2. O único texto de Juenger traduzido para o português, existente no Brasil é JUENGER, Friedrich K., Conflitos de Leis na América e na Europa, tradução Ricardo Almeida, coordenação e revisão de Araujo, Nadia et al., *Cadernos - Direito Internacional Privado*, Departamento de Direito PUC – Rio, Ano I, no. 1, 1995.

resultem na aplicação da lei favorável ao autor”.¹⁰⁹

O caso *Babcock* é o paradigma do novo sistema americano e foi o primeiro a utilizar as teorias preconizadas por Currie e seus seguidores. Nele, o Tribunal de Nova York deixou de aplicar a regra clássica da *lex loci delictii*, para aplicar a lei de Nova York a um acidente de trânsito ocorrido em Ontário, Canadá. Em sua fundamentação, o tribunal argumentou que aplicar a lei de Ontário somente porque o acidente lá ocorreu, enquanto todos os outros pontos de contato levavam a Nova York, seria injusto e anômalo.¹¹⁰ Isto porque o carro era registrado em Nova York, o motorista morava em Nova York, a passageira que se machucou morava em Nova York e o seguro do carro era de Nova York. Ressalte-se que se fosse aplicada a lei de Ontário, a passageira carona não teria direito a qualquer indenização, enquanto a lei nova-iorquina dispunha de forma oposta, e previa a indenização desejada.

Juenger, comentando sobre a chamada *revolução americana*, observa que, ao fugirem do sistema clássico e aplicarem o novo método – muitas vezes sem uma metodologia visível e sem garantir a certeza jurídica do método conflitual clássico –, os tribunais americanos tinham como objetivo proteger as vítimas de situações multiconectadas, em que se apurava a responsabilidade civil (*torts*) dos autores, a expensas da clareza e da certeza que o método clássico trazia com seus resultados muitas vezes injustos.¹¹¹

A união das opiniões doutrinárias com a jurisprudência, todas no sentido de dar soluções adequadas aos casos concretos, desembocou na revisão do *Restatement*, criando, em 1971 com a publicação do *Restatement 2nd on the Conflicts of Law*, que adotou um sistema eclético para a resolução do conflito de leis. O estabelecimento do princípio dos “vínculos mais estreitos” aliou-se a uma série de guias para sua descoberta no caso concreto. Assim, firmou-se um compromisso entre as antigas regras bilaterais e a necessidade de buscar soluções substanciais para os problemas de DIPR. Um exemplo da nova metodologia é o artigo 6 parágrafo 2º. que enumera os fatores que devem ser levados em consideração para a determinação da lei aplicável a uma relação jurídica.¹¹²

¹⁰⁹ JUENGER, op. cit., acima.

¹¹⁰ JUENGER, id., ib., p. 107. Ver também WEINTRAUB, Russel, *International Litigation and Forum non Conveniens*, *Texas International Law Journal*, vol. 29, 1994, pp.321/352, no qual o autor explica por que os Estados Unidos são um ímã para diversas ações sobre fatos que muitas vezes ocorreram em outro país. As razões são custos menores e julgamento cível pelo júri, que facilmente estipula indenizações milionárias.

¹¹¹ JUENGER, id., ib., p. 150. Note-se que a “*revolução nos conflitos americana*” ocorreu para resolver conflitos, na sua maior parte, interestaduais, pois existem diversas situações multiconectadas a vários Estados da federação. Por outro lado, o sistema conflitual clássico é utilizado para os casos em que haja lei de mais de um país envolvido.

¹¹² GARRO, Alejandro, op. Cit., p. 108. A seguir, o texto da seção 6, do Restatemente: (1) A Court subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state

Sobre as divergências entre americanos e europeus, a análise de Juenger, apesar de ser dos anos oitenta, demonstra a argúcia e sensibilidade do autor aos conflitos dos dois continentes:

*Por que então nosso direito conflitual parece tão estranha para observadores europeus? Como nós, eles deveriam estar acostumados ao ecletismo judicial e à coexistência de opiniões doutrinárias divergentes. As seguintes razões podem explicar sua perplexidade: primeiro, nossa revolução dos conflitos aconteceu no campo da responsabilidade civil por ato ilícito [tort law], enquanto na Europa as pressões para a mudança são sentidas primordialmente no campo do direito de família [domestic relations]. Segundo: o grande volume de decisões americanas divulgadas, em conjunto com um número sem precedentes de obras doutrinárias sobre conflitos, é esmagador. Terceiro: muitos de nossos autores americanos de direito internacional privado publicam deliberadamente em um jargão profissional prolixo e incoerente. Quarto: os europeus ficam perturbados com a falta de cerimônia com que a maior parte dos tribunais e autores americanos parecem descartar todas as regras para engajar-se em uma análise de estilo livre. Finalmente, a rapidez da transição de um rígido conservadorismo para um aparente anarquismo pode ser recebida como um choque para o observador externo.*¹¹³

Também Alejandro Garro destaca que o famoso *mos americanos* teve maior repercussão no campo da responsabilidade civil, no qual a solução da regra bilateral era altamente insatisfatória, e na área contratual, com o desenvolvimento do princípio de proximidade. Outras áreas não sofreram modificação desta ordem, continuando o direito real - através da *lex rei sitae* - e o direito de família e sucessório a serem regidos pela lei do domicílio.

on choice of law. (2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include: (a) the needs of the interstate and international systems, (b) the relevant policies of the fórum, (c) the relevant policies of other interested and the relative interests of those states in the determination of the particular issue, (d) the protection of justified expectations, (e) the basic policies underlying the particular field of law, (f) certainty, predictability and uniformity of result, and (g) ease in the determination and application of the law to be applied. Também o Código Civil da Louisiana adota critérios flexíveis para a solução do conflito de leis no seu artigo 3515: Determination of the applicable law. General and residual rule: except as otherwise provided in this book (on the conflicts of law) an issue in a case having contacts with other states is governed by the law of the state whose policies would be most seriously impaired if its law were not applied to that issue. That state is determined by evaluating the strength and pertinence of the relevant policies of all involved states in the light of (1) the relationship of each state to the parties and the dispute, and (2) the policies and the needs of the interstate and international systems, including the policies of upholding the justified expectations of the parties and of minimising the adverse consequences that might follow subjecting a party to the law of more than one state.”

¹¹³ JUENGER, op. cit.

Ces inflexions de la méthode bilatéraliste montrent que l'on est passé d'une conception réparatrice automatique et mécanique des lois dans l'espace à une conception régulatrice des rapports juridiques internationaux.

*George Droz*¹¹⁴

4. As modificações no DIPR Europeu

A convergência com princípios do direito americano

Há movimentos importantes em andamento na Europa e que dizem respeito ao DIPR.¹¹⁵ Berço da teoria do conflito de leis, com os estatutários e depois da tese savigniana, encampada pelas grandes codificações, a Europa encontra-se novamente na liderança do movimento precursor de uma nova era no DIPR. Ao invés de considerar o DIPR somente como um instrumento técnico, um mero direito de remissão, agora a nova concepção o tem como um verdadeiro direito de decisão, pois seu objetivo maior é promover a regulamentação conflitualmente mais adequada e materialmente mais justa da questão plurilocalizada.¹¹⁶ Assim, não mais se atém à disciplina à designação formal de uma lei, mas insere-se sua preocupação com a justiça material na própria formulação das normas de conflitos, agora de um novo matiz, como se verá a seguir.

Esse desenvolvimento fez surgir novos tipos de regras — as normas materiais de DIPR e as de aplicação imediata—, o que importa não no abandono do método conflitual clássico, mas em um maior ecletismo para se obter a solução do problema, tornando o *pluralismo de métodos*¹¹⁷ uma das características da disciplina.¹¹⁸ Enquanto no passado as regras conflituais tinham como objetivo apenas localizar a relação jurídica, desenvolveram-se novos tipos, que na definição de Paul Lagarde são aquelas cujo objetivo é designar a ordem jurídica que permite obter o resultado desejado pelo autor da regra de conflito.¹¹⁹

¹¹⁴ DROZ, Georges, *Regards sur le droit international privé compare*, Recueil de Cours, tomo 229, 1991, p. 39.

¹¹⁵ Para maiores detalhes do ensino do DIPR e seu conteúdo na Espanha, Itália, França, Portugal, Suíça, Alemanha e Bélgica, veja-se SANTOS, Antonio Marques, *Defesa e Ilustração...* p. 140 e seguintes.

¹¹⁶ SANTOS, Antonio Marques, *Defesa e Ilustração...*, p. 165.

¹¹⁷ Veja-se a palestra de BATIFFOL, Henri, *Le pluralisme des méthodes em droit international privé*, in *Recueil de Cours*, tomo 139, 1973.

¹¹⁸ SANTOS, Antonio Marques, *Defesa e Ilustração...*, p. 167.

¹¹⁹ *apud* GAUDEMET-TALLON, Hélène, L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales, in *Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994 p. 181.

Ressalte-se que atualmente há notícias de convergência entre os sistemas europeu e americano, atenuando-se as diferenças antes existentes entre eles. Não há mais um repúdio às regras conflituais nos Estados Unidos nem tampouco aversão completa dos europeus à utilização de critérios de justiça material. O surgimento de regras de conflitos materiais ou substanciais, em diversas convenções internacionais e códigos de países europeus atesta essa tendência, considerada como um dos traços dominantes do atual DIPR.

O aparecimento dessas novas regras se deu em diversos fóruns. Em primeiro lugar, temos o labor da Conferência da Haia, com soluções de direito convencional dentro de uma nova visão sobre a solução para os conflitos de leis. Em segundo lugar, no plano regional, temos a codificação de caráter comunitário que está se alastrando em todas as áreas do direito, não podendo o DIPR ficar de fora deste processo unificador. Apenas exemplificando, há as soluções da Convenção de Bruxelas sobre competência internacional e reconhecimento de decisões estrangeiras, a Convenção de Roma sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, e a recente Convenção sobre a competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial, de 1998 e que está sendo transformada em regulamento comunitário.¹²⁰ E finalmente, no plano interno, temos as modificações das codificações nacionais, também afinadas com os novos tempos e influenciadas pelo movimento iniciado nos Estados Unidos e pelas soluções adotadas no plano internacional dão maior flexibilidade às regras bilaterais, como no caso da Lei Alemã e da Lei suíça.

De notar que esses processos não estão caminhando isoladamente, sendo importante à influência da regulamentação da EU e de Haia nas modificações efetuadas no direito nacional e vice-versa. A seguir, vamos cuidar, resumidamente, das três vertentes, dando alguns exemplos sem a pretensão de promover um estudo exaustivo do tema, pois isto deveria ser objeto de um outro trabalho.

A codificação internacional e as convenções de Haia

A Conferência Permanente de Direito Internacional Privado, sediada em Haia na Holanda, é hoje instituição dedicada exclusivamente ao estudo e desenvolvimento da codificação uniforme

¹²⁰ Ambas as Convenções, de Roma e Bruxelas, estão em vias de se transformar em Regulamentos da EU, uma vez que o DIPR e o Processo Civil Internacional passaram a ser considerados matérias de competência subsidiária da EU, com o Tratado de Amsterdã. Cf. MARQUES, Claudia Lima, *A proteção...*, p. 723/4. Há, ainda, o conflito entre as normas dessas convenções, específicas para o DIPR e algumas normas de conflitos *ad hoc* que integram diretivas européias. Cf. SANTOS, Antonio Marques, *Defesa e Ilustração...*, p. 170 e seguintes, inclusive com extensa bibliografia sobre o estudo do Direito Comunitário e do DIPR.

do Direito Internacional Privado.¹²¹ Faz seu trabalho através da elaboração de convenções sobre matérias específicas, tendo aprovado 33 convenções de 1951 a 2000.¹²²

Na esteira do desenvolvimento que as regras bilaterais tem sofrido, por conta das inúmeras críticas recebidas a seu caráter rígido, algumas Convenções da Haia adotaram regras de conflito de caráter substancial, através de diversas técnicas – estabelecendo regras com vínculos alternativos, subsidiários ou cumulativos.¹²³

O marco dessa nova fase é a Convenção sobre os conflitos de leis em matéria de forma das disposições testamentárias, de 1961, cujo objetivo era, primordialmente, garantir a validade dos testamentos, empregando, para atingir esse fim, uma série de regras alternativas. Também a Convenção sobre restituição de menores,¹²⁴ inaugura um novo estilo, ao desenhar soluções cuja finalidade maior é a devolução do menor ao país de seu *status quo ante*, e dá ênfase à maior cooperação entre os juízes da causa.

Outra convenção que possui objetivos claros é a de alimentos, de 1973, francamente em favor dos que devem receber alimentos, independente do direito aplicável às relações de família, o que causa inúmeros problemas na sua aplicação, como alerta Yves Lequette.¹²⁵

E mais recentemente, remarca-se as disposições da Convenção da Haia sobre adoção internacional como um exemplo significativo das mudanças que estão ocorrendo no DIPR,¹²⁶ pois suas normas partem do objetivo maior que é o de estabelecer garantias para que a adoção sirva ao interesse superior da criança, moralizando o instituto da adoção e prevenindo o tráfico de menores.¹²⁷ Assim, a Convenção possui um rol extenso de normas estabelecendo um sistema de

¹²¹ Para informação geral e atualizada sobre o trabalho da Conferência da Haia, ver OVERBECK, Alfred E. Von, La contribution de la Conférence de la Haye au Développement du Droit International Privé, *Recueil de Cours*, tomo 233, 1992, II, pp. 9/98. Cf., ainda, JAYME, Erik, *Identité Culturelle...*, p. 63 e seguintes.

¹²² DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional...* p. 83.

¹²³ GAUDEMET-TALLON, Hélène, L'utilisation de règles de conflit à caractère substancial dans les conventions internationales, in *Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994, p.183. Como exemplo de vínculo alternativo, veja-se, entre outras, a Convenção sobre a forma das disposições testamentárias, 1961, art. 1o; Convenção sobre a celebração e reconhecimento de validade dos casamentos, 1978, art. 3o. Como exemplo de vínculos subsidiários, veja-se a Convenção sobre prestação alimentícia, art. 1 e 3 da de 1956 e art. 3,4, e 5 da de 1973.

¹²⁴ Esta Convenção já está em vigor no Brasil.

¹²⁵ LEQUETTE, Yves, De L'utilitarisme dans le droit international prive conventionnel de famille, in *L'internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994. Cf., em mais detalhes, LEQUETTE, Yves, *Les droit international prive de la famille à l'épreuve des conventions internationales*, in *Recueil des Cours*, t. 246, 1994.

¹²⁶ ZAPATER, Mônica Guzman, Adopción internacional: cuanto queda del derecho internacional privado clásico?, in *Mundialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001, p.86.

¹²⁷ GANNAGÉ, Lena, op. cit. P. 136/137. A autora analisa as conseqüências da convenção, considerando-a um recuo no sistema conflitual clássico.

cooperação entre autoridades judiciárias, para que se possa assegurar a constituição e o reconhecimento da decisão de adoção em conformidade com os fins colimados pela Convenção. Monica Zapater mostra como característica da convenção sua *desconflitualização*, ou seja, o abandono de normas conflituais clássicas e sua substituição por normas materiais e normas abertas (flexíveis) que permitem resolver os casos concretos levando em conta considerações concretas, sejam elas de ordem jurídica ou extrajurídicas.¹²⁸ Desta forma, a Convenção sobre adoção internacional aponta para um DIPR mais pragmático, voltado para a solução das questões que preocupam esta nova conformação de sociedade internacional, mais “globalizada”, e na qual a confrontação de concepções jurídicas está se tornando, a cada dia, mais patente.¹²⁹

As novidades das recentes convenções da Haia tem estimulado inúmeros juristas a debruçar-se sobre suas conseqüências para o DIPR, especialmente com a edição de regras distantes do conceito de norma conflitual clássica, gerando conclusões positivas e negativas. Hélène Gaudemet-Tallon¹³⁰, em sua análise da nova metodologia - a utilização de normas de conflito de caráter substancial, com vínculos alternativos, subsidiários ou cumulativos-, elenca vantagens e desvantagens da utilização, posicionando-se, ao final, contrariamente ao seu uso nas convenções internacionais, por não as novas normas de caráter neutro no encontro da solução desejada. No seu entender, se há necessidade de um acordo sobre a substância de um problema, melhor seria redigir uma regra material de DIPR.

Mas não deixa de ver as vantagens do sistema. A primeira diz respeito ao eterno conflito entre o vínculo baseado na nacionalidade ou no domicílio, que ainda divide diversos países. Usando-se a técnica da regra com vínculos alternativos, pode-se incluir ambos os critérios e chegar-se a um consenso. Em segundo lugar, a regra alternativa é uma solução contra o reenvio. A terceira vantagem é a limitação das possibilidades de utilização da exceção da ordem pública, em face da existência de mais de uma solução para o conflito de leis. Por fim, quando o vínculo se der em razão da nacionalidade, e o sujeito for nacional de mais de um país, pode-se escolher uma das nacionalidades existentes, como fez a Convenção de 1961 sobre testamentos, já citada, ao designar como lei aplicável *uma* entre aquelas das nacionalidades possuídas pelo testador.

Já entre as desvantagens da nova metodologia estão, a seu ver: a dificuldade de um maior desenvolvimento de convenções especializadas em DIPR, por falta de consenso entre os estados, tornando-se um obstáculo à feitura de fontes de DIPR de caráter internacional, constituindo, assim um obstáculo à finalidade de uma

¹²⁸ ZAPATER, Monica Guzman, op. cit., p. 88.

¹²⁹ Ib.id., p. 120.

¹³⁰ GAUDEMET-TALLON, Hélène, op. cit., p. 184/186.

coordenação internacional do DIPR, e a segurança jurídica desejável pela internacionalização das normas de DIPR, pois não há como saber qual será a lei aplicável à relação jurídica. Outro problema diz respeito à discriminação em relação a uma das partes da relação jurídica que a regra pode trazer, ao estabelecer, *v.g.*, o princípio da *favor validitatis* do testamento, da Convenção de 1961, com relação aos direitos dos herdeiros *ab intestato*. Também Erik Jayme alerta para os problemas provenientes dessas iniciativas de uniformização, pois sua interpretação pelos tribunais não é uniforme, muitas vezes são desconhecidas pelos juízes, e envelhecem com o tempo, mas são difíceis de modificar. Sugere, como solução, a formação de juristas voltadas para os problemas da internacionalização dos litígios.¹³¹

A codificação comunitária

François Rigaux, em sua homenagem ao Prof. Yvon Loussouarn,¹³² perguntou-se justamente a respeito do papel e lugar do DIPR na União Européia. Sua reflexão o levou a concluir que longe de ser eliminado pela nova ordem jurídica comunitária, o DIPR se instalou em diversas instâncias do novo direito.

Vários são os exemplos de temas tratados pela União Européia ligados ao DIPR. No plano convencional clássico há duas convenções que foram redigidas na forma tradicional e posteriormente um protocolo adicional as colocou sob a égide interpretativa da Corte Européia: A Convenção de Bruxelas, de 1968, sobre competência e reconhecimento de decisões estrangeiras, e a Convenção de Roma, de 1980, sobre a lei aplicável às obrigações internacionais.

A Convenção de Roma é um exemplo da influência da metodologia americana, quando determina como conexão para os contratos internacionais o princípio dos “vínculos mais estreitos”.¹³³ Representa um passo importante na modificação do direito conflitual dos países signatários no que concerne aos contratos internacionais. Em muitos países, além do seu papel entre os signatários, substituiu as regras internas que regulavam a lei aplicável aos contratos internacionais. Conseqüentemente, a Convenção passou a ser aplicável não só nos casos de contratos dos países signatários, mas também naqueles em que a regra de conexão aplicável a um contrato internacional indique a lei de um dos países signatários como sendo a lei aplicável à espécie. Serviu, ainda, de base para a reforma de várias regras de DIPR nacionais quando da sua reforma, como é o caso da Finlândia e da Áustria, que a adotaram como lei interna, e da Itália, cuja lei de DIPR

¹³¹ JAYME, Erik, *Identité culturelle...*, p. 68 e seguintes.

¹³² RIGAUX, François, Droit International Privé et Droit Communautaire, in *Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994, in *Internalisation du Droit*, Paris, Dalloz, 1994. p. 341.

¹³³ Posteriormente, a regra também foi adotada na Convenção sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, na conferência da CIDIP, V, realizada no México, 1994.

remete à Convenção a solução dos problemas relativos aos contratos internacionais.

Na convenção, a vontade tem por objeto determinar a lei aplicável e não somente localizar o contrato. Assim, essa escolha é uma escolha de DIPR, pois o direito escolhido vai regê-lo. Por isso, também não se pode falar de escolha de uma lei não estatal, como regras de *lex mercatoria* ou os Princípios do UNIDROIT.¹³⁴

Possui três formas para se determinar à lei aplicável. Na primeira, tem-se a liberdade das partes em escolher a lei aplicável, consagrando, definitivamente, o princípio da autonomia da vontade – sendo desnecessária ser expressa a escolha, podendo inferir-se tal desejo da intenção demonstrada no corpo do contrato. No entanto, deixa claro que a escolha precisa ser entre leis (ou seja, o sistema jurídico de um Estado), o que impossibilitaria a utilização da *lex mercatoria*, como por exemplo, os recém-concluídos princípios sobre contratos comerciais internacionais da UNIDROIT.¹³⁵

Elege, em seguida, o princípio da proximidade, a lei mais proximamente conectada com o contrato, para quando as partes não tiverem efetuado a escolha da lei aplicável. Aqui, considerando que a conexão mais estreita é princípio de difícil aplicação, sendo mesmo considerado uma “não-regra” por alguns autores,¹³⁶ a Convenção adotou algumas presunções com base na teoria da prestação característica, pela qual o contrato é mais proximamente conectado com aquela lei do país onde deverá ser prestada a parcela da obrigação mais característica daquele contrato. A fórmula para determinar a prestação característica tem sido criticada por ser difícil encontrar uma solução na medida em que o contrato se mostra mais complexo, mas apresenta vantagens no que diz respeito à sua objetividade.

No artigo 10, a Convenção lista algumas questões que devem ser tratadas pela lei aplicável, mas não a considera exaustiva. Como limitação a essa liberdade, tão-somente os casos em que a escolha

¹³⁴ LAGARDE, Paul, Le nouveau Droit Internationale Privé des Contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, in *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, n. 80, 1991, p. 300. Na opinião de Lagarde, a escolha das partes de excluir uma lei aplicável não seria válido pelos termos da convenção, aplicando-se a regra subsidiária dos vínculos mais estreitos. Também co-responsável pelo relatório oficial, publicado no *Journal Officiel des Communautés Européennes*, n. C 282, 1980. No relatório, coloca a autonomia como regra universalmente aceita na Europa. Dá exemplos também da utilização da regra na decisão da Corte Internacional de Justiça, no caso dos empréstimos sérvio-brasileiros e em laudos arbitrais famosos, como Aramco e Aminoil, op. cit., p. 16.

¹³⁵ Para Juenger tal dispositivo do artigo 1.1 representa um anacronismo e um retrocesso na evolução da atual prática jurisprudencial, que tem reiteradamente aceito a liberdade das partes em escolher regras que não integrem este ou aquele sistema jurídico. JUENGER, The Inter-American Convention on the Law applicable to International Contrats: Some highlights and comparisons, *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, p. 384.

¹³⁶ Id., ib., p.384.

ferir a ordem pública ou quando as regras do foro de caráter imperativo impedirem a aplicação da norma encontrada através da escolha feita pelas partes. Além disso, permite que o tribunal leve em consideração regras imperativas de um terceiro país com o qual a transação possua uma conexão próxima, bem como protege a parte mais fraca em contratos especiais como os dos consumidores e os de trabalho.

Por seu turno, a Convenção de Bruxelas diz respeito ao famoso conflito de jurisdições, tema importante do DIPR, em virtude do que determina o artigo 220 do Tratado de Roma, estabelecendo regras diretas de competência, e agora em fase de mudanças para se tornar um regulamento comunitário.¹³⁷

Além das duas convenções acima, o próprio Tratado de Roma, em seu artigo 58, possui uma regra implícita de conflito de leis com relação às sociedades, porque seu estatuto deve respeitar o direito nacional do país de constituição. Também no plano das diretivas, a que cuida dos consumidores possui regras de DIPR, de caráter material, pois tem por objetivo proteger o consumidor. A regra estabelece a aplicação imperativa da lei do local de celebração do contrato de adesão, descartando a autonomia da vontade. Aliás, expressamente prevista a exceção dos contratos com os consumidores no campo de aplicação da Convenção de Roma.¹³⁸

Recentemente temos a Convenção sobre a competência, reconhecimento e execução de decisões em matéria matrimonial, de 1998, que está se transformando em um regulamento comunitário, favorecendo francamente à parte que deseja divorciar-se, pois fixa a competência a partir da residência habitual do autor da ação, desde que esteja naquele país a pelo menos um ano. Além disso, o reconhecimento de uma decisão de divórcio não pode ser impugnado sob o pálio de que o país requerido não reconhece o divórcio, tampouco as restrições sobre a lei aplicável são impeditivas do reconhecimento da sentença de divórcio. Assim, para garantir a livre circulação de pessoas, as novas regras sobrepõe ao DIPR clássico a

¹³⁷ A bibliografia sobre o tema é por demais extensa, mas cf.: Convenção, ver, entre outros: GONZALEZ CAMPOS, Julio D. y FERNANDEZ ROZAS, José Carlos *Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales, Derecho Judicial Internacional*, 2a. ed., Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, págs. 136- 164; GOTHOT, Pierre y HOLLEAUX, Dominique *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Buenos Aires, La Ley, 1986, traducción de la edición francesa de 1985; BOGDAN, Michael, *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention*, The Hague, Kluwer, 1996; CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis, *Comentario ao Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidade Carlos III, 1994; NOODT TAQUELA, Maria Blanca, *Mercosur-União Europeia - Questões de Direito Internacional Privado*, conferência apresentada na XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 7ª “Derecho Internacional Privado”, realizadas em Buenos Aires, 1997, mimeo com a autora.

¹³⁸ RIGAUX, op. cit., p. 346.

velocidade e ubiqüidade do divórcio mais fácil. Para Erik Jayme, o efeito integrativo obtido com a presente convenção acaba por se sobrepor aos valores de estabilidade e continuidade das famílias, que o DIPR clássico procurava preservar.¹³⁹

A codificação nacional

Antes das modificações ocorridas nas leis de DIPR dos países europeus, os tribunais locais tomavam a frente da legislação ao decidirem diversas questões plurilocalizadas fora do método conflitual clássico. A idéia de norma material de DIPR surge na decisão da justiça francesa dos anos 50, no caso *Messageries Maritimes*,¹⁴⁰ no qual afirma serem todos os contratos, necessariamente, conectados à lei de um Estado. Com isso, não se pode admitir a existência do contrato internacional destituído de lei, e a ausência de direito no espaço internacional - no qual a liberdade das partes expandiu-se de forma soberana, introduzindo uma maior relatividade no conceito de autonomia da vontade. Ali se define o caráter internacional do contrato e a admissibilidade no direito francês da cláusula-ouro nos contratos internacionais.¹⁴¹

E depois disso, várias leis nacionais de DIPR foram modificadas nos últimos 30 anos e levou em conta a nova metodologia conflitual,

¹³⁹ JAYME, Erik, Le droit international privé du nouveau millénaire: La protection de la personne humaine face à la globalisation, in *Recueil de Cours*, tomo 282, 2000, p. 23/24. Também sobre as consequências da nova diretiva, veja-se ARRILLAGA, Maria Pilar Canedo, La propuesta de la directiva comunitária sobre reagrupacion familiar: algunos comentarios desde el derecho internacional privado, in in *Mundialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001. O tema da diretiva está intrinsecamente relacionado com o da imigração, reconhecendo-se o direito à reagrupação familiar como um dos elementos chaves da nova política europeia. Veja-se, ainda, GONZALEZ, Javier Carrascoza, Questiones polémicas en el reglamento 1347/2000, in *Mundialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001. Aponta o autor para a dificuldade que foi alcançar-se uma regulamentação uniforme para a EU nesta matéria, tendo em vista que os diversos direitos nacionais apresentam grande disparidade legislativa, como reflexo de seus diferentes modelos de vida. Como vantagens, aponta a aplicação direta da norma, e texto unificado. Como desvantagem, uma perda de soberania dos estados no que pertine ao DIPR, agora em mãos comunitárias [por força da nova disposição do art. 65 do Tratado de Amsterdã, em vigor a partir de 1999, que dá a EU competência exclusiva nessa matéria] e uma vez objeto da legislação comunitária, não podem mais os estados altera-la, por suas próprias normas. P. 215. Por fim, elenca várias questões que são modificação direta do regulamento, das quais destacamos: o incremento do reconhecimento de divórcios proferidos por autoridades administrativas, na esteira da forte contratualização do casamento e o incentivo a litigiosidade internacional na matéria de divórcio, por conta das possibilidade de foros alternativas para a propositura da ação, em uma clara adoção do *favor divortii*.

¹⁴⁰ ANCEL, B. e LEQUETTE, Y., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*, Paris, Sirey, 1987, p. 159 e seguintes.

¹⁴¹ SANTOS, Antonio Marques, *Direito Internacional...*p. 232 e seguintes.

não mais reduzida a normas bilaterais clássicas. Esse novo tipo de regra tem em conta o resultado a ser obtido com a aplicação da norma indireta, seja dando alternativo, seja colocando uma outra regra de salvaguarda. Por exemplo, o artigo 311-17 do Código Civil Francês, diz que o reconhecimento da paternidade ou maternidade é válida se em conformidade seja com a lei pessoal do autor ou a lei pessoal do menor. Neste caso, estamos diante de uma regra alternativa.¹⁴²

Um exemplo de regra com cláusula de salvaguarda é o artigo 15-1 da Lei Suíça, que prevê: “O direito designado pela presente lei não será, excepcionalmente, aplicado se da análise das circunstâncias do caso apareça que a lei designada pela regra acima tem uma relação fraca com o caso e que a situação se encontre mais ligada por vínculos estreitos a uma outra lei.”¹⁴³ Por se encontrar no bojo das disposições gerais, esse princípio se aplica a todos as áreas reguladas pelo DIPR suíço. Assim, cria-se uma válvula de escape ao funcionamento regular da norma de conflito, mas que indica a aplicação de outro direito estrangeiro, por seus vínculos com a situação que se apresenta. Isso nada tem a ver com a exceção de ordem pública, que a par de suas regulamentação no artigo 17, e as normas de aplicação imediata, art. 18 e 19, que continuam a existir e serem utilizadas em outras circunstâncias.¹⁴⁴ Sua atuação é de natureza conflitual e destina-se a corrigir a norma de conflitos que conduziu à lei estrangeira, indicando outra lei estrangeira, porque mais pertinente ao caso concreto. Depende da análise dos fatos pelo aplicador da lei, que tem como guia ser a inadequação da primeira lei aplicável e os pontos de contato existentes com a segunda lei.

Na Grécia, o artigo 11 do Código Civil grego designa como aplicável à forma dos atos jurídicos alternativamente três normas: a *lex causae*, a *lex loci actus* e a *lex patriae* das partes, bastando que a forma esteja em conformidade com uma delas, introduzindo no domínio das regras conflituais a *favor negotii*, que em princípio rege o direito material.¹⁴⁵ Ainda na Grécia, um outro exemplo é a extensão da regra dos vínculos mais estreitos além da área contratual para a área de família, ao se permitir que quando os esposos tenham lei nacional diversa, ou domicílio diverso, que seja aplicável aquela com a qual possuam os vínculos mais estreitos.¹⁴⁶

A reforma da Lei Italiana também assimilou soluções provenientes

¹⁴² MONÉGER, François, *Droit International Privé*, Paris, Litec, 2001, p. 22.

¹⁴³ MONÉGER, François, op. cit., p. 22.

¹⁴⁴ SANTOS, Antonio Marques dos, op. cit. P. 404/5. No mesmo sentido o Código do Quebec, art. 3082, que entrou em vigor em 1994.

¹⁴⁵ VREILLIS, Spyridon, Le droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?, *Revue Hellénique de Droit International*, vol. 51, p. 103/122, p. 105.

¹⁴⁶ VREILLIS, Spyridon, Le droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?, *RHDI*, vol. 51, p. 103/122, p. 109.

de tratados internacionais em relação a diversas matérias, como por exemplo, a extensão da Convenção de Roma para os demais países não contratantes, e a Convenção de Bruxelas.¹⁴⁷

Os esforços para a codificação do DIPR nas Américas por meio de convenções têm duas raízes históricas diferentes. Uma remonta aos primeiros congressos da América espanhola que visaram à defesa da independência frente às potências européias e à consolidação dos princípios do direito internacional destinados a regular as relações mútuas entre as novas repúblicas. A outra tem sua origem na tradição européia e nos pensamentos dos grandes internacionalistas do velho mundo que projetaram uma codificação global do direito internacional para regular o convívio pacífico das nações.

Jürgen Samtleben¹⁴⁸

5. A situação na América Latina e no Brasil

No que concerne à América Latina, vamos nos concentrar em três pontos, tal como fizemos com a Europa: nas modificações ocorridas pela atividade internacional promovida pela OEA, através do labor das CIDIPS — cuja 6^a conferência realiza-se em 2002 e as principais convenções estão em vigor em vários países, especialmente no Brasil, a partir de 1996,¹⁴⁹ em algumas iniciativas do Mercosul com repercussão no DIPR; e na situação do DIPR nos países da América Latina cuja legislação sofreu modificação recente, além do Brasil, que continua com a mesma lei de 1942.

A codificação internacional - As CIDIPs

A América Latina sempre esteve envolvida com o movimento codificador do DIPR, a par das iniciativas do século passado - Congressos de Lima e Montevidéu, e do início deste século - Conferências Pan-americanas, com ênfase na de n. 6, que aprovou o Código Bustamante, além da revisão dos Tratados de Montevidéu, na

¹⁴⁷ JAYME, Erik, Direito Internacional Privado e Integração: as convenções européias, in Integração Jurídica Interamericana, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998, p. 112.

¹⁴⁸ SAMTLEBEN, Jürgen, A Codificação Interamericana do DIPR e o Brasil, in Integração Jurídica Interamericana, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araújo, São Paulo, LTr, 1998, p. 25.

¹⁴⁹ É possível ver a situação atualizada das convenções no site da OEA. Para maiores informações sobre as Cidips, veja-se a obra coletiva Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. Org. CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nadia de. São Paulo: Editora LTr, 1998; para a história do DIPR na América Latina, cf SAMTLEBEN, Jürgen, “A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil”, in Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nadia de. São Paulo: Editora LTr, 1998.

década de quarenta. E a OEA retomou este labor em 1975, através da realização de conferências especializadas em direito internacional privado, as CIDIPS.¹⁵⁰

Preferiu-se utilizar, como método de trabalho, o mesmo empregado pela Conferência da Haia de Direito Internacional Privado, optando-se pela elaboração de convenções sobre temas específicos, em vez da organização de um código contendo todos os assuntos ou mesmo de uma reforma do Código Bustamante.¹⁵¹ Assim, as conferências

¹⁵⁰ A análise das convenções será superficial, pois o foco do trabalho é tão somente mostrar aquelas que apresentam regras em consonância com os recentes movimentos ocorridos na Europa e nos Estados Unidos.

¹⁵¹ O Brasil participou de todas as cinco Conferências realizadas: Panamá, 1975; Montevidéu, 1979; La Paz, 1984; Montevidéu, 1989 e Cidade do México, 1994, assinando a maioria das convenções, mas só a partir de 1992 as enviou ao Congresso Nacional. A próxima, a de número seis, realizou-se em Washington, em fevereiro de 2002.. O labor das CIDIPs teve influência, notadamente, na reforma do DIPR de alguns países latino-americanos, como o Peru, o México e recentemente a Venezuela. Para maiores informações, veja-se CASTRO, Leonel Pereznieta, "La codificación interamericana en Derecho Internacional Privado es todavía una opción?" *In* Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, vol. I, 1996, pp. 71-88. . Do grupo de 22, treze já estão em vigor no Brasil, como se vê da lista a seguir: Na CIDIP I (Panamá, 1975): 1. Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgada pelo Decreto n° 1.899/96, de 9/5/96, publicado no DOU de 10/5/96; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Letra de Câmbio, Notas Promissórias e Faturas, rejeitada pelo Congresso nacional, tendo sido comunicada a rejeição ao Presidente da República pela Mensagem n° 212/95, arquivada em 28/8/95; 3. Convenção sobre Conflito de Leis em Matéria de Cheques, assinada pelo Brasil, não foi enviada ao Congresso Nacional em face da existência de uma convenção posterior na CIDIP II, sobre o mesmo tema; 4. Convenção sobre Obtenção de Provas no Exterior , assinada pelo Brasil, e enviada ao Congresso Nacional conjuntamente ao Protocolo da CIDIP II; 5. Convenção Interamericana sobre o Regime Legal das Procurações a serem utilizadas no Exterior, promulgada pelo Decreto n° 1.213/94, de 3/8/94, publicado no DOU de 4/8/94; Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, promulgada pelo Decreto n° 1.902, de 9/5/96. Na CIDIP II (Montevidéu, 1979): 1. Convenção Interamericana sobre o Cumprimento de Medidas Cautelares, não foi assinada pelo Brasil; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Cheques, promulgada pelo Decreto n° 1.240/94, de 15/9/94, publicado no DOU de 16/9/94; 3. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, promulgado pelo Decreto n° 2.022/96, de 7/10/96; 4. Convenção Interamericana sobre o Domicílio de Pessoas Físicas no Direito Internacional Privado, assinada pelo Brasil; 5. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Sociedades Mercantis, promulgada pelo Decreto n° 2.400/97, de 21/11/97; 6. Convenção sobre a Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, promulgada pelo Decreto n° 2.411/97, de 2/12/97; 7. Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado, promulgada pelo Decreto n° 1.979/96, de 9/8/96, publicado no DOU de 12/8/96; 8. Convenção Interamericana sobre Prova e Informação do Direito Estrangeiro, promulgada pelo Decreto n° 1.925/96, de 10/6/96, publicado no DOU de 11/6/96. Na CIDIP III (La Paz, 1984): 1. Convenção Interamericana sobre a Personalidade e Capacidade das Pessoas Jurídicas no Direito Internacional Privado, promulgada pelo Decreto n° 2.427/97, de 17/12/97; 2. Convenção Interamericana sobre Conflito de Leis em Matéria de Adoção de Menores, promulgada pelo Decreto n° 2.429/97, de 17/12/97; 3. Convenção Interamericana

especializadas interamericanas promoveram a uniformização do DIPR em diversas áreas, através da elaboração de convenções sobre tópicos específicos.

Os temas para o futuro da codificação interamericana ainda estão indefinidos, mas uma área que se ressentiu de proteção especial é a do consumidor. Nesse sentido, Claudia Lima Marques¹⁵² propôs, em suas conferências no XXVII Curso da OEA, a elaboração de uma convenção especial para a proteção dos consumidores, no âmbito da OEA, uma vez que o consumo, antes restrito ao âmbito do direito interno, extrapolou as fronteiras nacionais, em face das movimentações turísticas, negócios realizados na Internet, além de outras formas de relações privadas deste tipo internacional. Este tópico interessa sobremaneira ao DIPR, pois tem vocação internacional¹⁵³, e as normas internas, mormente serem do tipo *lois de police*, imperativas, raramente trazem em suas regras de DIPR especiais. Além do mais, em paralelo com o que ocorre na Europa, enquanto a autonomia da vontade faz parte das respectivas convenções - a da Europa de Roma e a da CIDIP, do México -, a Convenção de Roma expressamente excepciona os contratos com os

sobre Competência na esfera Internacional e Eficácia Extraterritorial de Sentenças Estrangeiras, ainda não foi aprovada pelo Congresso Nacional; 4. Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Recepção de Provas no Estrangeiro, assinado pelo Brasil, e enviado ao Congresso Nacional em conjunto com a Convenção Interamericana sobre o mesmo tema. Na CIDIP IV (Montevideu, 1989): 1. Convenção Interamericana sobre Restituição Internacional de Menores, promulgada pelo Decreto nº 1.212/94, de 3/8/94, publicado no DOU de 4/8/94; 2. Convenção sobre Obrigação Alimentar, promulgada pelo Decreto nº 2.428/97, de 17/12/97, publicado no DOU de 18/12/97; 3. Convenção Interamericana sobre o Contrato de Transporte Internacional de Mercadorias, não foi assinada pelo Brasil. Na CIDIP V (Cidade do México, 1994): 1. Convenção Interamericana sobre a Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, assinada pelo Brasil e ainda não remetida ao Congresso Nacional; 2. Convenção Interamericana sobre o Tráfico Internacional de Menores, em tramitação na Câmara dos Deputados. Veja-se, sobre o tema, Maekelt, Tatiana B., *Resultados de la 2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado - CIDIP II*, in Comitê Jurídico Interamericano, Sexto Curso de Derecho Internacional, Washington, OEA/Serv.Q./V.C.-6, CJI-40, 1979, p. 111. Importante anotar a volta do Brasil à Conferência da Haia, tendo promulgado seu estatuto pelo Decreto nº 3.832/01, de 01/06/01.

¹⁵² MARQUES, Claudia Lima, A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral, in XXXVII Curso de Direito Internacional, Washington, OEA, 2000, p. 657.

¹⁵³ Ressalte-se que esta área é uma das que foram harmonizadas com sucesso na União Européia e encontram-se em um impasse no Mercosul, até o presente momento, pois os protocolos elaborados não entraram em vigor, e são do desagrado do Brasil, país que possui o maior nível de proteção ao consumidor do bloco. Um aspecto positivo é que os demais integrantes do Mercosul, Argentina, Uruguai e Paraguai, antes da integração não tinham leis especiais protetivas do consumidor, como era o caso do Brasil, situação essa que foi se modificando e hoje todos tem leis especiais, na sua maioria inspiradas na lei brasileira. Para maiores esclarecimentos, ver MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 733, em que traz as informações referentes as leis desses países.

consumidores, matéria regulada por diretiva específica, de seu âmbito de aplicação, o que não ocorreu na Convenção do México, que nada alude a esse respeito, deixando-os sem proteção especial.

De uma análise sucinta das Convenções Interamericanas verificam-se exemplos diversos do novo formato de codificação: normas de DIPR materiais; normas flexíveis; normas alternativas e normas narrativas, demonstrando que o desiderato regulamentador das CIDIPs pode auxiliar os países envolvidos no avanço das modernas tendências do DIPR.

Um exemplo de norma material encontra-se na Convenção sobre o regime lega das procurações para serem utilizadas no exterior, art. 6 e 7, pois se criam formalidades próprias às procurações internacionais.¹⁵⁴ Também a Convenção sobre conflitos de leis em matéria de sociedades mercantis possui normas materiais, em especial quando define o que seja “lei do lugar de sua constituição”, no art. 2.

Por seu turno, a Convenção Interamericana sobre conflito de leis em matéria de adoção, no artigo 4º. possui norma de caráter alternativo, porque embora a lei do domicílio do adotante seja aplicável a determinados fatos, como sua capacidade para ser adotante, e demais requisitos a seu respeito, enquanto a lei da residência habitual do menor rege os demais requisitos para a adoção e para a capacidade do adotado, se os requisitos da lei do adotante forem manifestamente menos restritos do que os da residência habitual do adotado, [naquilo que seria regido por esta lei, todavia] prevalecerá à lei do adotado. Ou seja, a proteção do menor é o fim colimado, exigindo-se mais [pela lei do adotado] se os requisitos da lei aplicável [para o adotante] forem menos restritivos.

Já na Convenção Interamericana sobre restituição de menores, logo no artigo 1 apresenta uma regra de caráter eminentemente narrativa, pois esclarece ser o objetivo maior da Convenção assegurar a pronta restituição dos menores ao país de sua residência habitual, que hajam sido transportados ilegalmente para outro país. Também há normas de caráter material que definem o que seja o direito de custódia e o direito de visita (art. 3).

Um outro exemplo de norma narrativa é o da Convenção sobre obrigações alimentares, ao determinar, no seu artigo 4º. “toda pessoa tem direito a receber alimentos sem distinção de nacionalidade, raça, sexo, religião, filiação, origem, situação migratória ou qualquer outro tipo de discriminação”. No seu artigo 6º. esta convenção possui uma regra de lei aplicável alternativa, deixando-se à ordem jurídica for mais favorável ao credor, sempre seguindo o objetivo maior que é o de

¹⁵⁴ Para uma análise detalhada da Convenção, veja-se MADRUGA, Antenor, A Convenção Interamericana sobre Procuração Internacional, in Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro., org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araújo, São Paulo, Editora LTr, 1998

assegurar a efetivação da obrigação alimentar. Ainda no campo das normas narrativas, temos o artigo primeiro da Convenção sobre o tráfico internacional de menores, que estabelece como seu objetivo a proteção dos direitos fundamentais e dos interesses superiores do menor, devendo os estados garantir a proteção do menor, sempre levando em conta seus interesses superiores, e assegurar sua pronta restituição. Além disso, a Convenção possui uma série de definições, do que seja menor, do que seja tráfico internacional de menores, do que sejam propósitos ilícitos e do que sejam meios ilícitos.

As normas narrativas existentes nas Convenções acima são um importante avanço na codificação interamericana. Seu valor reside, para Erik Jayme,¹⁵⁵ na influência que exercem sobre a decisão em questões conflituais ainda não solucionadas pelo direito autônomo. Isso porque essas normas, inseridas nos tratados internacionais possuem função dupla: regulamentam determinados casos e permitem a criação de uma ordem de valores, na qual podem ser medidas pelas jurisdições nacionais. É o caso da proteção dos menores, cujo objetivo precípuo é sempre cuidar de seu bem-estar, de seu retorno ao *status quo*.

Dessa pequena análise, nota-se que algumas convenções possuem normas já alinhadas às recentes modificações ocorridas na Europa e nos Estados Unidos, adotando as novas técnicas, como se viu acima. A seguir, vamos nos deter um pouco mais sobre a Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais, por ser a mesma um exemplo da adoção, pela OEA, das últimas tendências do DIPR.

A Convenção Interamericana sobre o direito aplicável aos contratos internacionais

Um aspecto interessante da Convenção diz respeito ao campo de sua aplicação, pois está circunscrita, expressamente, aos contratos internacionais, contendo uma qualificação autônoma restritiva, declinando, a seguir, uma lista de situações concretas às quais não se aplica.¹⁵⁶ Também inova ao estabelecer uma definição para o seu campo de aplicação espacial, o que modificará as legislações internas dos países americanos nesse sentido, quando entrar em vigor, possuindo um caráter uniformizador importante, na linha de regras materiais de DIPR. Trata-se de uma regra substantiva,¹⁵⁷ e que

¹⁵⁵ JAYME, Erik, Direito Internacional privado e integração: as convenções européias in *Integração Jurídica Interamericana*, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998, p. 110

¹⁵⁶ De ressaltar, novamente, que não excepciona os contratos com o consumidor. Veja MARQUES, Claudia Lima, *op. cit.*, p. 696.

¹⁵⁷ Note-se que nem mesmo os *Princípios...* do UNIDROIT contêm uma definição como esta, nem tampouco a Convenção de Roma, como se vê abaixo:.

substituirá a norma de direito positivo interno, com relação aos co-contratantes, ou mesmo definirá o contrato internacional nas legislações desprovidas de tal norma, como é o caso da brasileira, que tem se valido até esta data da definição negativa a partir da análise do artigo 2º do Decreto nº 857/67.

A Convenção do México estabelece dois critérios para a definição de um contrato internacional. O primeiro, geográfico, quando a residência habitual ou estabelecimento comercial das partes for localizado em países-membros distintos. O segundo, quando o contrato tiver pontos de contatos objetivos com mais de um Estado-Parte. Também contém uma norma de âmbito espacial, consagrada no artigo 2º, definindo seu caráter como universal, pois estabelece que o direito designado pela convenção será aplicável, mesmo que se trate do direito de um Estado não parte.

No que diz respeito à lei aplicável, a regra geral é a autonomia da vontade, quase na mesma forma estabelecida pela Convenção de Roma, aceitando, inclusive, o *dépeçage* voluntário, a escolha de uma lei sem vínculo com o contrato, a possibilidade de sua modificação posterior, e a admissão da escolha tácita, quando evidente.¹⁵⁸ A expressão *evidente* foi preferida a *notório* ou *inequívoco*, para que com isso ficasse claro o caráter realista da vontade, além de excluir a faculdade de escolha de qualquer outra pessoa que não as partes.¹⁵⁹

Permite, ainda, além da escolha de um direito estatal, a escolha de um conjunto de princípios (como os do UNIDROIT) ou da *lex mercatoria* para reger um contrato, possibilidade não contemplada pela Convenção de Roma.¹⁶⁰ Assim é perfeitamente válida a escolha pelas partes de uma lei neutra, sem qualquer conexão com o contrato.¹⁶¹ Ronald Herbert também esclarece que tal amplitude de opção deveu-se ao temor de que qualquer limitação permitisse aos juízes de um caso concreto desvirtuar o sentido original da faculdade das partes.¹⁶² Traz ainda, como consequência, a possibilidade de as partes escolherem uma lei de regência mais moderna e adequada à problemática do contrato em questão.

Artigo 1º- Esta Convenção determina o direito aplicável aos contratos internacionais.

Entende-se que um contrato é internacional quando as partes do mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados-Partes ou quando o contrato tiver vinculação com mais de um Estado-Parte.

¹⁵⁸ ARROYO, op. cit., p. 182.

¹⁵⁹ HERBERT, Ronald, La Convencion Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in *Revista Uruguia de Derecho Internacional Privado*, ano 1, n. 1, 1994, p. 53.

¹⁶⁰ ARROYO, Diego, op. cit., p. 182.

¹⁶¹ CASTRO, Leonel Pereznieta, Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, ano XXX, no. 4, 1994, p.772. Também nesse sentido o relato de Maria Blanca Nood Taquela, op. cit., p. 9.

¹⁶² HERBERT, Ronald., op. cit., p.53

Certamente os comentaristas têm vislumbrado a inclusão da *lex mercatoria* como fonte jurídica, um dos maiores avanços obtidos pela convenção, e um exemplo de normativa material, proposta pela delegação americana, a partir da intervenção ativa do Prof. Juenger na redação do dispositivo. Em recente artigo, comentando sobre a convenção, o Prof. Juenger expressa seu ponto de vista sobre o produto final do artigo 9(1), que certamente não agrada os puristas, mas conseguiu chegar a um meio termo, misturando o princípio da *proper law* com uma abordagem substantiva do tema.¹⁶³ Isso permitirá aos aplicadores da convenção utilizarem-se, por exemplo, dos princípios do UNIDROIT, permissão que a Convenção de Roma não contemplou. A seguir, o artigo 9(2) continua com princípios de *lex mercatoria* que deverão servir como guia. Também nesse sentido o artigo 10, quando agrega à lei aplicável de um determinado direito às normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, nos casos pertinentes. A finalidade de tal dispositivo é assegurar à solução do caso concreto as exigências impostas pela justiça e pela equidade. Aqui, mais uma vez a convenção inovou e procurou somar à utilização do direito tradicional as experiências dos tribunais arbitrais, responsáveis por decisões baseadas em critérios mistos, sempre com o objetivo maior de realizar a justiça no seu sentido mais amplo.¹⁶⁴ Essas disposições são criações originais da conferência e distinguem claramente a Convenção do México da Convenção de Roma.

Por outro lado, a escolha do foro não significa a escolha da lei, como expressamente previu a convenção, ao estabelecer na segunda parte do artigo 7º que a eleição de determinado foro pelas partes não implicava necessariamente a escolha do direito aplicável, recusando-se, assim, os idealizadores da convenção a estabelecer a eleição de foro como uma modalidade de escolha tácita da lei aplicável. Tal entendimento estava presente desde a redação do Projeto da CJI, e das discussões em Tucson, tendo sido objeto de diversas manifestações durante a conferência, no que resultou a norma da exclusão da lei do foro quando não houvesse escolha direta.¹⁶⁵

Com relação à regra de conexão quando a possibilidade de eleição não tiver sido exercida pelas partes, a norma adotada foi a dos “vínculos mais estreitos”. Expressão nascida no direito americano, consagrada na Europa com a Convenção de Roma, é uma norma do tipo flexível, utilizada pela primeira vez em uma convenção

¹⁶³ JUENGER, op. cit., p. 391.

¹⁶⁴ Sobre os princípios e o papel da *Lex Mercatoria*, ver OSMAN, Filali, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992; FONTAINE, Michel, *Droit des Contrats Internationaux*, Paris, FEC, 1989, e LY, Filip de, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland, 1992.

¹⁶⁵ Utilizou-se um esboço da transcrição da conferência, pois estava em fase de edição pela OEA, mimeo com a autora, e doravante citado como *CIDIP V, Comissão I*. Ver p.44 e seguintes para manifestações das delegações sobre o assunto.

interamericana. Também chamado de princípio da proximidade é um exemplo claro da circulação de idéias mais abertas e voltadas para o objetivo final de aplicação de uma lei que indique o resultado mais adequado ao contrato, e não meramente a utilização de uma norma de conexão fixa e sem qualquer vinculação com a solução final.¹⁶⁶

O conceito dos vínculos mais estreitos, que na Convenção de Roma era acompanhado de uma lista de presunções típicas - pois pretendiam indicar a prestação característica de determinados contratos-, evoluíram na Convenção do México para uma aceção mais genérica.¹⁶⁷ Com isso, cabe ao juiz analisar os elementos objetivos e subjetivos existentes no contrato para determinar quais seriam esses vínculos mais estreitos.

Ressalta-se a importância de sua adoção para os países latino-americanos, o que representa, na opinião de Nood Taquela,¹⁶⁸ uma mudança importante de mentalidade, em face da tradição anterior de regras de conexão do tipo clássico, como local da execução e local da constituição, reconhecendo as dificuldades iniciais para sua aplicação, pois a flexibilidade pode parecer aos juízes e às partes por demais indeterminada, gerando temor e insegurança.

A adoção da regra dos vínculos mais estreitos no artigo 9º, com a recomendação de que o juiz leve em consideração todos os elementos subjetivos e objetivos que se depreendam do contrato para a determinação do direito aplicável - regra de evidente caráter narrativo-, representou um avanço com relação à interpretação do mesmo tópico na Convenção de Roma, e é sem dúvida uma das grandes inovações da Convenção do México. Incorpora nesse artigo a *lex mercatoria* em uma convenção internacional definindo-a como sendo os princípios gerais do direito comercial internacional aceito por organismos internacionais.

No que diz respeito aos limites da autonomia da vontade estabelece a convenção o já tradicional princípio da ordem pública e o das leis

¹⁶⁶ Cf. MAEKELT, Tatiana, La flexibilization del contrato internacional em la Convencion Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in *Dimensão Internacional do Direito*, org. Paulo Borba Casella, São Paulo, 2000. Veja-se, ainda, sobre o desenvolvimento do princípio da proximidade no DIPR, DOLINGER, *Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts*, in *Recueil de Cours*, tomo 283, 2000.

¹⁶⁷ A teoria da prestação característica, que fora objeto de discussão na Reunião de Especialistas, em Tucson, fazia parte do documento de trabalho da conferência. No entanto, o delegado do México propôs sua supressão, pois entendia que era uma regra de conexão que desfavorecia os países em desenvolvimento. O Brasil acompanhou a formulação mexicana. Com efeito, desde a reunião de Tucson, Dolinger já se alinhava pela retirada das presunções voltando a manifestar-se nesse sentido na conferência, ressaltando a falta de praticidade das presunções, sendo sua tese desta vez vitoriosa. Veja Tucson OAS e seguintes. Aliás, esse tema já fora amplamente criticado em outras oportunidades pelo Prof. Juenger.

¹⁶⁸ NOOD TAQUELA, Maria Blanca, op. cit., p. 11.

imperativas. Pelo que consta da redação final, temos que as normas imperativas aplicar-se-ão necessariamente quando existentes no foro, não impedindo com isso a aplicação da lei designada de acordo com as normas dos artigos 7º ou 9º. Por outro lado, a exceção da ordem pública, consagrada no artigo 18, tem o condão de excluir o direito designado pela convenção.¹⁶⁹

A codificação do Mercosul

O Mercosul é uma organização inter-governamental, e ao contrário da União Européia, não possui instituições dotadas de supranacionalidade, tendo até a presente data atingido a condição de união aduaneira imperfeita. Daí resulta que todas as decisões tomadas no seio de seus órgãos precisam valer-se do processo tradicional do Direito Internacional Público de cada um dos países de incorporação de tratados internacionais. Por conta dessa peculiaridade, o Protocolo de Ouro Preto¹⁷⁰ possui norma expressa para assegurar a vigência simultânea dos protocolos do Mercosul: a Secretaria Administrativa aguarda a chegada dos documentos de ratificação, e só então comunica a todos os países que o documento entrará em vigor em 30 dias.¹⁷¹

¹⁶⁹ O delegado do México ressaltou serem as normas imperativas aquelas que resultam aplicáveis em razão da ordem pública tradicional interna e por isso derogatórias no que correspondia à autonomia da vontade das partes. Não eliminavam a autonomia, tão somente a derogavam em alguns aspectos. *CIDIP V, Comissão I* p. 73. Dolinger, um dos delegados do Brasil na conferência e especialista em Tucson, discordou desse ponto desde a reunião de Tucson. Para ele, ordem pública e norma imperativa integravam a mesma categoria. A ordem pública se distinguiria em interna e internacional, sendo que a segunda englobava as normas imperativas para os efeitos da Convenção. Por sua vez, o delegado venezuelano entendia que as normas de aplicação imediata impediam o funcionamento da norma de conflito, e que diante desse impedimento não funcionaria a autonomia da vontade. Somente quando não houvesse normas imperativas, começaria a funcionar a norma de conflito, e por conseguinte, seguir-se-ia a aplicação da lei determinada pelas partes. Escolhida esta, poderia ainda seu conteúdo ser contrário aos princípios básicos e fundamentais da lei do juiz, quando então intervinha a exceção de ordem pública. Op. cit., p.73.

O delegado do México era o Prof. Leonel Pereznieta Castro. Do autor, ver artigo já citado, e *Derecho Internacional Privado*, 6ª ed., Mexico, Harla, 1995. Naquela obra, o autor distingue entre leis de aplicação imediata e ordem pública. As primeiras são aquelas normas do sistema que por terem determinadas características devem aplicar-se necessariamente, pois representam o desejo do legislador de que sejam invariavelmente aplicadas em seu território. Já a ordem pública é o meio de que se vale o juiz para impedir a aplicação no foro da norma jurídica estrangeira normalmente competente. Possui uma base mais ampla, o que dificulta sua determinação, p. 135 e seguintes.

¹⁷⁰ Para os textos jurídicos do Mercosul, ver *Código do Mercosul*, org. por Nadia de Araujo, Frederico do Valle Magalhães Marques e Márcio Monteiro Reis, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

¹⁷¹ Sobre os tipos de normas do Mercosul, veja-se Magalhães Marques, Frederico V.; “O MERCOSUL e o Direito da Concorrência”; Rio de Janeiro; 2000; UERJ; Dissertação de

Na área específica do DIPR, embora haja uma série de documentos em vigor que possuam regras sobre a disciplina, tendo, inclusive, sido utilizado corriqueiramente pelos tribunais brasileiros, seu processo de incorporação continua a seguir os ditames das normas internas brasileiras, bem como a dos outros países. E a solução de controvérsias no MERCOSUL é um tema complexo. Isso porque há três maneiras distintas de fazê-lo, todas elas acessíveis de forma simultânea pelos interessados: a via institucional, quando o litígio é entre os Estados, através da arbitragem regulada pelo Protocolo de Brasília; a via judicial, quando está em questão a utilização e interpretação de uma norma do MERCOSUL já incorporada, mas os interesses são privados, e a via arbitral, quando os interesses privados são resolvidos pela arbitragem comercial. Assim, com relação ao DIPR, no que tange à aplicação das regras oriundas do MERCOSUL, cada país poderá dar-lhes interpretação diferente, pois não há como proceder à uniformização da interpretação.

A maioria dos Protocolos que podem ser ligados ao DIPR fazem parte do chamado Direito Processual Civil Internacional, mas que

Mestrado; p. 70: “Em relação a vigência das normas emanadas pelos órgãos do MERCOSUL no Brasil, podemos dizer que existem 3 grandes grupos de normas:

(i) **Normas que não são auto-aplicáveis** – são aquelas que passam a vigor após o cumprimento do procedimento de internalização de cada Estado-Membro, como exemplo podemos citar: MERCOSUL/CMC/DEC. N. 01/91 - Protocolo de Brasília, MERCOSUL/CMC/DEC. N. 18/96 - Protocolo de Defesa da Concorrência, etc.;

(ii) **Normas parcialmente auto-aplicáveis** – aquelas que passam a vigor após a internalização através de simples ato do Poder Executivo; são exemplos dessa espécie de normas: MERCOSUL/GMC/RES. N. 43/93 – Aprova o Regulamento Técnico do MERCOSUL sobre Especificações Gerais de Interfaces de Transmissão Digital para Sistemas de Hierarquia Plessiócrona (No Brasil incorporada ao ordenamento jurídico interno através da Portaria nº 216 do Ministério das Comunicações DOU de 13.04.1995), MERCOSUL/GMC/110/94 – Define “Produtos Cosméticos” (No Brasil incorporada ao ordenamento jurídico interno através da Portaria nº 31/95, de 26.04.1995, da Secretaria de Vigilância Sanitária, do Ministério da Saúde - DOU de 28.04.1995), etc.;

(iii) **Normas auto-aplicáveis** – normas que não ensejam a adoção de qualquer medida por parte dos Estados-Membros para entrarem em vigor, as quais podem ser divididas em: (a) Normas Administrativas: aquelas que por sua natureza regulamentam as atividades dos órgãos do MERCOSUL, repartindo competência, definindo diretrizes de atuação etc. Dentre essas normas podemos citar: MERCOSUL/CMC/DEC. N. 28/94 – Define que os Tribunais *Ad Hoc*, previstos no Protocolo de Brasília sobre Solução de Controvérsias, terão sede na cidade de Assunção; MERCOSUL/CCM/DIR. N. 1/95 – Estabelece os Comitês Técnicos (1 – 10) e define as respectivas áreas de atuação; e (b) Normas Recomendatórias ou de Mero Aconselhamento: são aquelas que por sua natureza estabelecem linhas gerais de atuação dos órgãos do MERCOSUL, seja propondo “caminhos” para a convergência de entendimento sobre uma determinada matéria, seja definindo regras gerais e critérios comuns. Dentre essas normas podemos destacar: MERCOSUL/GMC/RES. N. 10/93 – Harmonização dos aspectos relacionados a “Segurança Física dos Sistemas de Telecomunicações; MERCOSUL/CMC/DIR. N. 13/95 – Determina os procedimentos a serem seguidos para o encaminhamento à CCM de consultas formuladas pelos países-membros.”

segundo a ótica da disciplina adotada, incluem-se na parte relativa ao conflito de jurisdições e à cooperação internacional, estudada pelo DIPR.¹⁷² Muitos desses documentos foram diretamente influenciados pelo labor das CIDIPS. Por exemplo, o Protocolo de Las Leñas sobre cooperação interjurisdicional possui inúmeras regras similares à Convenção sobre Cartas Rogatórias, seguindo ainda seus passos no que diz respeito ao estabelecimento de autoridades centrais.¹⁷³

Todavia, neste trabalho, cuida-se de dar exemplos de regras destinadas a resolver conflitos de leis, pelo que apenas aqueles protocolos que contém normas dessa natureza serão analisados: o Protocolo de São Luiz; Protocolo de Buenos Aires; o Protocolo de Santa Maria, sobre a jurisdição internacional em matéria de consumo; e, o Regulamento sobre a Arbitragem Comercial.

O Protocolo de São Luiz em matéria de responsabilidade civil de acidentes de trânsito possui normas de DIPR mais flexíveis que as atuais em vigor nos países membros, pois além da regra geral da *lex loci delictii commissi*, elenca exceções a esta regra geral em determinadas casos, utilizando-se do princípio de proximidade.¹⁷⁴ Assim, há uma alternativa à regra geral.

Já no caso do Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria contratual, privilegia-se a autonomia das partes em escolher o foro da causa. Por seu turno, o artigo 5º, que cuida da lei aplicável ao acordo, possui norma alternativa, que dá ao juiz a diretriz a ser seguida quando diante do problema: a aplicação do direito mais favorável à validade do acordo. Também no artigo 8º, há uma norma substantiva, pois define o que seja “lugar de cumprimento da obrigação” e ainda explícita em certos contratos específicos, qual será este lugar, de acordo com as características do contrato em questão.

¹⁷² Veja-se os Protocolos de Las Leñas sobre a Cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; Protocolo de assistência mutua em assuntos penais; Protocolo de Medidas Cautelares; Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição internacional em matéria comercial; Protocolo de São Luís em matéria de responsabilidade civil em acidentes de trânsito; Protocolo de Santa Maria sobre jurisdição internacional em matéria de consumo, e o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional. Por seu turno, autores argentinos vêm estes protocolos como parte de um DIPR do Mercosul. KLOR, Adriana Dreysin, *El Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 1997, que chama essas novas fontes de *Direito Internacional Privado Institucional*, p.236 ; ARROYO, Diego P. Fernandez, *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Advocatus, 1998.

¹⁷³ Para uma comparação do Protocolo de Las Leñas com as Convenções Interamericanas respectivas, ver ARAUJO, Nadia, ALMEIDA, Ricardo Ramalho, SALLES, Carlos Alberto, Cooperação Interjurisdicional no Mercosul, in *Mercosul*, org. Maristela Basso, 2a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998. A bibliografia sobre Mercosul também é muito extensa para ser aqui listada. Entretanto, cf. a obra coletiva coordenada por CASELLA, Paulo Borba, *Mercosul- Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

¹⁷⁴ Ver MARQUES, Claudia Lima, op. cit., p. 757.

Para contrapor à autonomia da vontade permitida na escolha do foro pelo Protocolo de Buenos Aires - que expressamente exclui de seu âmbito as relações obrigacionais de consumo-, uma proteção específica para o consumidor foi desenhada pelo Protocolo de Santa Maria (ainda não em vigor) que prevê um regime especial de jurisdição mais protetivos dos consumidores nas suas relações contratuais no Mercosul - afastando-se aqui a autonomia da vontade na eleição de foro dos demais contratos.¹⁷⁵

Por fim, o Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul - Decisão CMC 3/98 (assim como o equivalente entre Mercosul, Chile e Bolívia - Decisão CMC 4/98) foi negociado no âmbito da Reunião de Ministros de Justiça do Mercosul e aprovado na Reunião do Conselho do Mercado Comum em julho de 1998, em Buenos Aires, estando em fase de tramitação nos países signatários.

Trata-se de uma verdadeira convenção internacional de arbitragem¹⁷⁶ que, de maneira detalhada, estabelece regras e princípios para as arbitragens processadas em seu âmbito, sendo útil, principalmente em um ambiente de multiplicação dos intercâmbios comerciais na região. Ressalte-se, ainda, a liberdade deixada às partes quanto à determinação das normas de procedimento e à lei aplicável à substância do litígio.¹⁷⁷

Transcreve-se o seu artigo art. 10, que adota a autonomia da vontade como norma de DIPR: “*As partes poderão eleger o direito que se aplicará para solucionar a controvérsia com base no*

¹⁷⁵ Para maiores comentários sobre o Protocolo de Santa Maria, suas vantagens e desvantagens, ver MARQUES, Claudia Lima, op. cit, p. 760 e seguintes. Veja-se também, TAQUELA, Maria Blanca Noodt, La contratación mercantil em el Mercosur, in *Mercosul-Integração Regional e Globalização*, org. CASELLA, Paulo Borba, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

¹⁷⁶ A arbitragem representa alternativa à justiça estatal, adaptada ao ritmo do mundo atual. Entre suas vantagens, temos a sua flexibilidade, informalidade e custo menor, além da celeridade. Sobre o tema da arbitragem internacional, veja-se a obra coletiva organizada por Paulo Borba CASELLA, *Arbitragem, a nova lei brasileira e a praxe internacional*, 2ª. edição, São Paulo, LTr, 2000, em especial os trabalhos de GAMA E SOUZA JR, Lauro, Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, pp. 309/324, e RAMOS, André de Carvalho, O reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e a cooperação jurisdicional no Mercosul, pp.281/308.

¹⁷⁷ No caso específico do Brasil, alguns artigos do Acordo de Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, contudo, apresentam, aparentemente, caráter problemático e indicariam a possibilidade de conflito com a Lei Marco Maciel (9307/96). Entre outros, merecem menção os artigos sobre lei aplicável (art. 10) e sobre o âmbito de aplicação (art. 3º). A incompatibilidade pode surgir diante do sistema brasileiro de recepção dos tratados, pois ante a ausência de normativa específica, tem decidido a jurisprudência que o conflito entre tratado e lei, rege o princípio de que “tratado posterior afasta a aplicabilidade de lei anterior”. Neste caso, considerando que a lei anterior é a Lei Marco Maciel, atualmente buscando ainda afirmar-se como forma alternativa e eficaz de solução de litígios no Brasil, poderia haver o entendimento de que o Acordo a substituiria e causaria danos à sua aplicabilidade.

direito internacional privado e seus princípios, assim como no direito do comércio internacional. Se as partes nada dispuserem sobre esta matéria, os árbitros decidirão conforme as mesmas fontes”.

Esta a tendência moderna: uniformizar as normas de conflitos de lei para promover a certeza jurídica necessária ao bom andamento dos negócios no comércio internacional. Aliás, a autonomia da vontade nos contratos internacionais tem sido considerada, nas palavras abalizadas de Ole Lando, como um princípio geral do direito, reconhecido pelos países civilizados,¹⁷⁸ mostrando-se, portanto, o alinhamento do MERCOSUL às modernas tendências em vigor no resto do mundo acerca dos contratos internacionais.

A codificação Nacional na América Latina

A codificação editada pela OEA, através das CIDIPS tem servido também de guia para as recentes modificações relativas ao DIPR em países da América Latina, como o México e a Venezuela.¹⁷⁹ Aliás, apenas esses dois países já ratificaram a Convenção sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais, de 1994.

A Lei Venezuelana pode ser vista como um bom exemplo da modernização das teorias clássicas do século XIX, porque a par de várias normas de DIPR tradicionais, permite a flexibilização do clássico método conflitual, ao outorgar ao juiz a faculdade de perseguir, em suas decisões, a justiça material de cada caso. Utiliza, ainda, a equidade e a adaptação da lei aplicável, para se chegar ao resultado mais justo. Na área de família, usa a regra do domicílio comum dos cônjuges, e na sua falta, a lei do último domicílio comum, o que responde as modificações em prol da igualdade da mulher. Para os contratos internacionais, adota o princípio da autonomia da vontade, além do princípio da proximidade, para quando a opção não tiver sido feita pelas partes.

No caso do México, depois de mais de sessenta anos de arraigado territorialismo, abre-se para o mundo, incorporando ao seu direito interno inúmeras convenções internacionais, especialmente aquelas da OEA, além de outras modificações.

A Argentina está em processo de revisão de seu Código Civil e o

¹⁷⁸ Jayme, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le Droit Internationale Privé Posmoderne*, in *Recueil de Cours*, t.251,1995

¹⁷⁹ Para um panorama da situação do DIPR na Argentina, veja-se KLOR, Adriana Dreyzin, Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado em el próximo siglo em Argentina, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n. especial, 2000. Na mesma publicação, veja-se MAEKELT, Tatiana B., *El futuro del nuevo Derecho Internacional Privado Venezolano em el próximo siglo*; GAISMAN, Laura Tribueiros, *La proyección interna del Derecho Internacional Privado en México hacia el año 2000*; CASTRO, Leonel Pereznieto, *El panorama del Derecho Internacional Privado em matéria comercial en México em los umbrales del siglo XXI*.

projeto inclui uma parte relativa ao DIPR, concebida a partir do modelo das CIDIPs, em especial no que diz respeito aos contratos internacionais. Enquanto isso, embora não tenham modificado suas regras, registra tendências no sentido de um pluralismo metodológico, com a utilização de soluções materiais e regras de aplicação imediata.¹⁸⁰

O exemplo brasileiro - Codificação do DIPR no Brasil

Quando o Brasil iniciou sua trajetória codificadora, ainda no Império, a par da elaboração de uma Constituição e de um Código Comercial - no qual se estabeleceram normas de conflito de leis para os contratos -, as normas de DIPR constantes nas Ordenações de Portugal continuaram vigentes.

Somente com a introdução ao Código Civil de 1917, já na era republicana, teve o país um conjunto de regras específicas, fortemente influenciadas pela técnica europeia de então, que as colocavam no bojo dos códigos civis, fosse no começo, como uma introdução ou ao final. Mas as deficiências da introdução, apontadas desde cedo, especialmente a utilização da nacionalidade como norma definidora do estatuto pessoal, só foram corrigidas com a mudança ocorrida com a Lei de Introdução ao Código Civil, de 1942 - LICC, vigente até hoje.

Sem dúvida a maior modificação trazida pela LICC foi a substituição do critério da nacionalidade para o estatuto pessoal pelo critério domiciliar, alinhando-nos com os demais países da América Latina.¹⁸¹ Depois disso, apesar dos projetos apresentados, nenhum deles logrou sucesso no congresso brasileiro, mantendo-se a LICC. Tampouco a recente aprovação do novo Código Civil Brasileiro.¹⁸²

Assim o DIPR positivo brasileiro continua regulada pelas noções clássicas do século XIX, utilizando o sistema de regras de conexão bilatérias rígidas. Somente através das decisões judiciais essa situação e a apreensão de novas teorias pode ser feita, enquanto uma mudança de cunho legislativo não é implementada, ressentindo-se o DIPR brasileiro se ressentir da contaminação das novas teorias.

O único exemplo de uma norma material de DIPR no direito brasileiro, cuja finalidade é a proteção do nacional, ocorre na sucessão internacional. Esta norma brasileira, alçada à condição de princípio porque regulada em sede constitucional, é uma regra que se preocupa com o resultado obtido pelo DIPR.

¹⁸⁰ KLOR, op. cit., p. 74.

¹⁸¹ RODAS, João Grandino, *Direito Internacional Privado Brasileiro*, São Paulo, RT, 1993, p. 10.

¹⁸² Nos últimos anos deve-se mencionar dois projetos de mudança da LICC. O primeiro, de autoria do Prof. Haroldo Valladão, e o segundo, de uma lei de aplicação das normas jurídicas, de 1994, de autoria dos Profs. Limongi França, João Grandino Rodas e Jacob Dolinger.

A família moderna enseja inúmeras repercussões de caráter internacional. No limiar deste novo milênio, no qual a comunicação global é um dos traços característicos da sociedade, tende a aumentar as ocorrências de famílias transnacionais, e, por conseguinte, as conseqüências desses fatos para o DIPR. Embora tenha deixado de ser regra no direito brasileiro a utilização do critério da nacionalidade como regente do estatuto pessoal e do direito de família - mormente a partir da modificação da introdução do Código Civil e adoção da Lei de Introdução, em 1942- restou como exceção o § 1o. ao artigo 10 da supracitada lei, que protege o brasileiro na sucessão internacional, que já integrava a normativa constitucional, a partir da Constituição de 1934¹⁸³, e continua na Constituição de 1988.¹⁸⁴

A regra constitucional enfocada é de caráter unilateral, pois na sua primeira parte privilegia, de forma expressa, a norma brasileira. Uma interpretação mais açodada da norma poderia indicar não ser cabível a análise da norma estrangeira. No entanto, uma leitura mais atenta da segunda parte do artigo demonstra que antes de ser aplicada à lei brasileira, é necessário efetuar uma análise detida da lei estrangeira para que se possa avaliar se é ou não mais benéfica do que nossa lei, pois a opção de utilização do direito brasileiro só ocorre se a norma estrangeira for menos benéfica que a nossa.

A que se considerar o princípio constitucional estabelecido no item XXXI do art. 5º, como um exemplo precursor da tendência constitucionalizante de inúmeras categorias do direito privado, que se inserem no conjunto de normas e princípios constitucionais nos dias de hoje do direito brasileiro.

No mais, o DIPR brasileiro continua regulado pelas normas conflituais clássicas da LICC. Essa situação está sofrendo processo de mudança de fora para dentro. É porque nos últimos anos o país ratificou inúmeras convenções interamericanas, como consta deste trabalho, e recentemente as da Haia sobre restituição de menores e adoção. Sem dúvida não faz sentido aplicar-se uma convenção, que tem caráter genérico, a um grupo determinado de países e continuar com os princípios da lei antiga para os demais. Nesse sentido, veja-se o papel do Código Bustamante, que já foi considerado pela jurisprudência como fonte de DIPR, mesmo entre países não signatários.¹⁸⁵ De notar que o STF tem utilizado diuturnamente os

¹⁸³ Para o texto das Constituições anteriores, ver CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil*, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984.

¹⁸⁴ Artigo 5º, inciso XXXI - A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus.

¹⁸⁵ Veja-se Sentença Estrangeira n. 933, in *Revista dos Tribunais* vol. 136, p. 824: “Competência - Direito Internacional Privado - Ação contra residente no Brasil perante a justiça de país diverso - Inexistência de atentado à soberania nacional - Aplicação dos artigos 318 a 322 do Código de Bustamante” e no

Protocolos do Mercosul, e a Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias, demonstrando facilidade no manejo dessas convenções internacionais.¹⁸⁶

Assim, informados pela nova metodologia que tem por finalidade a proteção dos direitos humanos com fim precípua também da aplicação do DIPR, acreditamos que nos casos relativos aos problemas dos menores, poder-se-ia utilizar as convenções ratificadas como fonte de DIPR, para os demais casos. Em substituição às regras da LICC.

Por outro lado, nota-se nos casos da jurisprudência do DIPR brasileiro, mormente na produção do Supremo Tribunal Federal - por ter competência originária para pronunciar-se em *exequatur* de cartas rogatórias e homologação de sentenças estrangeiras-, a utilização sem maiores especulações teóricas da exceção de ordem pública.¹⁸⁷

Talvez um exemplo que espelhe o novo caminho a ser seguido na questão da ordem pública seja no caso ocorrido em pedido de exequatur de uma Carta Rogatória proveniente da Argentina, para que fosse ouvida uma testemunha no Brasil, mas perante o juiz argentino, que aqui compareceria para a realização da diligência. O Ministro Celso de Mello entendeu ser nociva à soberania nacional a autorização requerida porque feria disposição constitucional de publicidade, instituída em prol das testemunhas, constituindo-se, portanto, em

corpo do acórdão se lê “Observou-se, algures, aplicar-se no Brasil o Código de Bustamante exclusivamente aos súditos dos países que o adotaram. Não parece apoiado em boa razão e acerto: os tratados, sim, apenas obrigam as partes contratantes, mas um Código, seja qual for a sua origem, é lei do país que o promulgou, rege o direito por ele regulado, qualquer que seja a nacionalidade das pessoas que naquele território o invoquem. O professor Clovis Bevilacqua, ao comentar o Código Civil, ensinou aplicar-se a lei pessoal do marido para determinar o regime dos bens entre os cônjuges. Sobrevindo o Código de Bustamante, entendeu o mestre estar eliminada a exegese por ele proferida, no artigo 8o da Introdução ao Código, em virtude da regra geral do art. 187 do repositório de normas civis adotado em Havana... É este, hoje, o direito internacional vigente no Brasil. Não opôs exceção alguma; não o restringiu aos súditos de países que participavam da Conferência de Havana.

¹⁸⁶ Para maiores detalhes sobre a regra em questão, veja-se ARAUJO, Nadia, O princípio constitucional de proteção à família brasileira e o DIPR: sucessão internacional e a aplicação da lei mais benéfica, in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

¹⁸⁷ Para maiores informações sobre a posição da jurisprudência brasileira em relação às cartas rogatórias, especialmente no que tange à ordem pública, veja ARAUJO, Nadia, e BASTOS, CARLOS EDUARDO CAPUTO, *A Convenção Interamericana de Cartas Rogatórias e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal*, em livro recentemente publicado em homenagem ao Pesquisador Jürgen Samtleben; Sobre a jurisprudência acerca de eleição de foro, veja-se ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, anexo II.

direito fundamental do indivíduo.¹⁸⁸

Le rôle primaire de la clause d'ordre public consiste en la sauvegarde des valeurs essentielles de justice, qui sont à la base de l'ordre juridique. Ces valeurs sont consacrées dans des principes sur lesquels repose la loi interne de l'Etat du for. Les règles de droit interne offrent, certes, l'expression normative des principes fondamentaux du droit du for, mais elles ne fixent pas nécessairement, en tant que telles, le seuil d'incompatibilité à l'égard de l'application de lois étrangères. Ce seuil n'est souvent pas représenté, en effet, par les règles, de fond, de forme et de procédure, par lesquelles l'Etat du for met en œuvre les principes essentiels de son ordre juridique: l'ordre public est limité aux principes.

*Andreas Bucher*¹⁸⁹

6. Os limites à aplicação da lei estrangeira

Ordem pública e regras de caráter imperativo

Do exame realizado até aqui, constatou-se a existência, em todos os sistemas jurídicos nacionais, de algum tipo de previsão legal para a solução do conflito de leis, quando está em julgamento uma situação jurídica multiconectada. Assim, diante de tal situação, o juiz responsável pela causa precisa escolher qual a lei aplicável à questão em litígio, utilizando o arsenal legislativo que tem em mãos - seja ele composto somente da lei interna, que adotou o método conflitual clássico ou o pluralismo de métodos já descrito, ou ainda integrado também por convenções internacionais, de origem multilateral ou do

¹⁸⁸ Carta Rogatória n. 8577, julgada em 1999, e disponível em www.stf.gov.br: "Revela-se lesiva à soberania brasileira, e transgride o texto da Lei Fundamental da República, qualquer autorização, que, solicitada mediante comissão rogatória emanada de órgão judiciário de outro País, tenha por finalidade permitir, em território nacional, a inquirição, por magistrados estrangeiros, de testemunha aqui domiciliada, especialmente se se pretender (como no caso ocorre) que esse depoimento testemunhal - que deve ser prestado perante magistrado federal brasileiro (CF, art. 109, X) - seja realizado em Missão Diplomática mantida pelo Estado rogante junto ao Governo do Brasil. Na realidade, essa exigência de publicidade - excepcionalmente restringível quando a defesa da intimidade ou o interesse social o impuserem (CF, art. 5º, LX) - qualifica-se como pressuposto legitimador das decisões e dos atos a serem praticados por magistrados e Tribunais em geral, que devem agir coram populo, sempre com absoluta transparência, para que se torne possível, num Estado fundado em bases democráticas, como o Brasil (CF, art. 1º, caput), a permanente fiscalização, pelo corpo social, do comportamento institucional do aparelho judiciário.

¹⁸⁹ BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social des lois em Droit International Prive*, Recueil de Cours, tomo 239, 1993.

direito comunitário.

No entanto há de existir também uma exceção ao funcionamento geral das normas de conflito. Esta é a exceção da *ordem pública*, pois há situações em que, escolhida uma lei estrangeira não será esta aplicável em face do impedimento determinado pela ordem pública¹⁹⁰ do foro.

Assim, o efeito da intervenção da ordem pública internacional consiste no afastamento da lei designada, ocasionando seu *efeito negativo*. Isso não significa ser contrário à lei do foro estrangeiro, mas tão somente impedir sua aplicação no caso concreto porque sua utilização importaria em um resultado incompatível com a ordem pública do foro. Sua utilização deveria ser mínima, dado ao seu caráter de excepcionalidade, tendo sido criticada a visão estreitamente nacionalista de instâncias aplicadoras do direito quando direcionadas à aplicação indiscriminada da exceção de ordem pública, pois isto acarreta, na maior parte dos casos, o uso da lei do foro, em detrimento do sistema de DIPR. Battifol mostra que na França isso era freqüente antes da 2^a. Guerra mundial e que posteriormente, os tribunais se tornaram mais tolerantes e compreensivos.¹⁹¹

¹⁹⁰ Segundo DOLINGER, Jacob, op. cit., , p. 329 “A *Ordem Pública no DIPR impede a aplicação de leis estrangeiras, o reconhecimento de atos realizados no exterior e a execução de sentenças proferidas por tribunais de outros países, constituindo-se no mais importante dos princípios da disciplina.*” Não é passível de definição, pois reflete a filosofia sócio-política-jurídica de toda a legislação, aferindo-se pela mentalidade e pela sensibilidade média de determinada sociedade em determinada época (p.330). Apurada quando necessário para aplicação ao caso concreto, tem por característica ser relativa, instável e contemporânea, cabendo sempre ao juiz decidir o que seja contrário ou não a esse conjunto de princípios. O mesmo autor, em outro artigo sobre o tema, traz as palavras do Juiz Cardozo, da Suprema Corte Americana, de que os princípios de ordem pública rejeitam a aplicação da lei estrangeira quando contrários a “*some fundamental principle of Justice, some prevalent conception of morals, or some deepseated tradition of the commonwealth*”, in DOLINGER, Jacob, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, *Texas International Law Journal*, vol. 17, 1982, pp. 167/193. Certamente não é fácil sua aplicação, mas nas palavras de RIGAUX, François, *Droit International Privé*, tomo I, Bruxelas, Maison Larcier, 1987, p. 342, “*il est vain de tenter définir l’ordre public ou les bonnes moeurs. Toutes les essais de définition sont des tautologies dont la formulation n’échappe pas toujours au ridicule.*”

No direito interno, ordem pública é o conjunto de princípios, tidos como fundamentais e integrantes do sistema jurídico que não podem ser derogados. A doutrina estrangeira faz uma distinção entre regras imperativas e ordem pública. As primeiras são normas que impõem ao particular um comportamento determinado, não obstante qualquer manifestação contrária de sua vontade, e cujo desrespeito será objeto de sanção, e são consideradas como de ordem pública, enquanto o contrário não se aplica necessariamente. Definição do *Glossaire de Droit International Privé*, op. cit., p. 236.

Ver, especialmente, DOLINGER, Jacob, *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979, e CALIXTO, Negi, *Ordem Pública*, Curitiba, Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

¹⁹¹ Comentário de SANTOS, Antonio Marques, *Normas de aplicação...*, vol. I, p. 175.

Todavia, como veremos a seguir, embora seja criticada sua utilização reiterada, é válvula de escape que pode auxiliar a dar ao sistema a flexibilidade necessária à própria sua manutenção, especialmente porque o sistema conflitual, nos moldes tradicionais, não mais atende aos reclames das situações modernas. Como em geral não há definição das cláusulas de ordem pública, aí reside a dificuldade em defini-las no momento de sua aplicação no caso concreto. É, todavia, uma noção própria do DIPR.¹⁹²

Aqui cabe a indagação a respeito do *efeito positivo* do sistema. Andreas Boucher afirma que a evicção da lei estrangeira pela ordem pública não implica, necessariamente, na aplicação da *lex fori*, podendo haver uma regra material especial para ocupar o seu lugar, e que à não aplicação do direito estrangeiro determinado pela regra de conexão - *efeito negativo* -, sucede como consequência um *efeito positivo*, a utilização da regra adequada à situação.¹⁹³

Mas não é essa a única maneira de se impedir a utilização da norma estrangeira designada pela regra de conexão. Há situações em que o interesse de proteção estatal é de tal ordem que há uma norma imperativa ou ditas de aplicação imediata - *lois de police* - que impede a aplicação em questão. São normas que se caracterizam por serem imperativas, reclamando sua aplicação mesmo às situações internacionais sujeitas a um direito estrangeiro, sendo controvertido seu sentido, alcance e limites de sua intromissão.¹⁹⁴ Portanto, independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis, serão estas utilizadas diretamente.¹⁹⁵

A diferença entre ordem pública e norma de aplicação imediata¹⁹⁶ foi bastante discutida pela doutrina francesa, que influenciou os juristas de outros países, bem como as convenções internacionais sobre conflitos de lei - destacando-se a Convenção de Roma sobre a

¹⁹² Por isso, não se deve confundir sua noção no DIPR com a sua utilização em outras acepções, em outros ramos do direito. BUCHER, Andreas, op. cit., p. 23. Também DOLINGER, Jacob, em seu curso da Haia, classifica a ordem pública como o principal princípio de DIPR, sendo sua função fiscalizar e assegurar que a leis estrangeira não será aplicada no foro quando estiver em posição antagônica aos princípios filosófico-legais do foro. P. 275. Ainda Andreas Bucher adverte que para os realistas é impossível determinar o conteúdo da ordem pública, mesmo no quadro de um só sistema de DIPR. A doutrina e a jurisprudência se limitam a evocar os “princípios essenciais”, as “regras fundamentais” ou conceitos similares. P. 25. Dá como exemplo, o princípio de proteção do interesse do menor, que já vimos informar a Convenção da Haia sobre adoção internacional.

¹⁹³ BUCHER, Andreas, op. cit. P. 30.

¹⁹⁴ BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais*, Coimbra, Almedina, 1999, p. 602.

¹⁹⁵ Sobre o tema, veja-se a completa tese de SANTOS, Antonio Marques dos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, vol. I e II, Coimbra, Almedina, 1991. Esclarece o autor que a expressão surgiu na obra de Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi*, de 1958 e vem sendo utilizada comumente por autores não franceses. P. 7.

¹⁹⁶ SANTOS, Antonio Marques dos, op.cit., p. 6.

Lei Aplicável aos Contratos Internacionais, quando excepciona de seu campo de aplicação os contratos com consumidores e os contratos de trabalho, pois são um reflexo da necessidade de proteger esses grupos, dando-se caráter imperativo às disposições internas acerca dessa matéria nos países envolvidos, já que essas regras internas ficariam sem efeito prático se a Convenção permitisse o seu afastamento pela lei designada. Sendo assim constituem um limite ao âmbito de eficácia do direito designado, e mesmo da autonomia da vontade, permitida por aquele diploma internacional.

Assim, para os franceses, a ordem pública é considerada como uma exceção quando, após a determinação da lei aplicável pela regra de conexão, esta deixa de ser considerada pelo juiz para solucionar a questão porque contrária à concepção do foro a esse respeito e, portanto, inaplicável. Por outro lado, as regras consideradas como de aplicação imediata (*lois de police*) são aquelas cujo conjunto é considerado como do domínio de regulamentação estatal e que por todos deve ser seguido, para salvaguardar a organização política, social ou econômica do país.¹⁹⁷ Desta forma dispensa a *mediação* normal da norma de conflitos geral, por definirem elas próprias seu âmbito de aplicação no espaço.

A distinção entre ambas é tênue, e para Kassis¹⁹⁸ reside no mecanismo que as coloca em movimento, ou seja, no modo de intervenção pelo qual concretamente operam uma e outra. Enquanto a ordem pública opera em forma de exceção *a posteriori* da regra de conflito, as normas de aplicação imediata o são preliminarmente e sem que o método conflitual seja utilizado, pela constatação do juiz de que os interesses em causa são de tal importância que a *lex fori* deve ser aplicada, e o conflito de leis nem mesmo considerado.¹⁹⁹

Já Belandro²⁰⁰ aponta para a dificuldade de conceituar uma lei imperativa como um dos grandes problemas que cercam a temática. Com efeito, não são todas as leis que possuem um caráter de imperatividade de maneira a estendê-las às relações multiconectadas, de cunho internacional, pois se assim fosse, a utilização das normas de conflito nunca ocorreria. Por isso, o que distingue as regras de conflito clássicas das normas imperativas, é que as primeiras atendem aos ditames de uma civilização comum, enquanto as segundas procuram preservar a coerência do ordenamento jurídico interno.²⁰¹ Assim, a utilização de normas imperativas deve ser circunscrita àquelas

¹⁹⁷ KASSIS, Antoine, *Le nouveau droit européen des contrats internationaux*, Paris, LGDJ, 1993, p. 180.

¹⁹⁸ KASSIS, Antoine, op. cit., p. 181.

¹⁹⁹ No Brasil, a LICC fala tão somente de ordem pública, razão pela qual a distinção não faz parte do dia-a-dia dos tribunais, ao menos nos casos pesquisados.

²⁰⁰ BELANDRO, Rubem, *Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1995, p.25/108.

²⁰¹ *Ib. id.*, p. 45.

situações em que a disposição é imprescindível à coerência do sistema, devendo essas normas intervir pontualmente e não a toda hora.

A pergunta que se faz é a respeito dos motivos que levariam à aplicação direta da lei do foro, no caso de sua imperatividade, em vez da consulta à lei estrangeira competente pela regra de conexão, para a qual Belandro não tem uma resposta precisa, senão indicações dos caminhos que devem ser seguidos pelo Juiz para tomar tal decisão, tomando sempre por base a essencialidade da norma para a salvaguarda da ordem jurídica interna.²⁰² Evidentemente concordam os internacionalistas que ao Juiz cabe aqui um poder discricionário de grande alcance, sobre o qual é difícil estabelecer um padrão de previsibilidade para as partes envolvidas no comércio internacional.²⁰³ Quando se usa uma regra de conexão, o ponto de contato está estabelecido previamente, enquanto nas normas de aplicação imediata, o fator que autoriza a sua utilização à relação de caráter internacional é a necessidade da preservação de uma legislação de cunho imperativo. Não sendo possível caracterizar de antemão os critérios que dão à norma a sua imperatividade e a alçam ao patamar de uso imediato, a questão continua controversa, seja na doutrina, seja na jurisprudência, estando sempre ao sabor das mudanças temporais e espaciais por que passam os sistemas jurídicos.²⁰⁴

Aplicação da ordem pública no DIPR e os direitos fundamentais

No nosso entender, a dificuldade acima apontada precisa ser enfocada a partir da idéia de que tanto a ordem pública, quanto às normas de caráter imperativo, estão subordinadas aos critérios de proteção garantidos pelos direitos fundamentais, tendo-se em contra, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana. Sua valoração não prescinde de uma hermenêutica ligada à eficácia dos princípios²⁰⁵,

²⁰² *Ib. id.*, p. 46.

²⁰³ Nesse sentido, ver GUEDJ, Thomas G., *The Theory of the Lois de Police, A functional trend in continental Private International Law, a comparative analysis with modern american theories*, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 39, 1991, pp. 661/697. O autor aponta como um dos inconvenientes da aplicação das *policies* americanas, a dificuldade da tarefa deixada ao juiz, que precisa identificar as diferentes políticas e dar-lhes o peso desejado pelo legislador para a sua correta aplicação. A lista de fatores do *Restatement* é numerosa e estes são potencialmente conflitantes, o que deixa no ar a pergunta sobre como, afinal, o juiz decide o problema de conflito de leis em vista do grande número de indicações do *Restatement*. Pp. 690/691.

²⁰⁴ Belandro, *ib. id.*, p. 47/48, faz um esforço para demonstrar alguns critérios para a identificação das normas de aplicação imediata, sem no entanto, lograr estabelecer fórmulas definitivas, senão guias interpretativas. Por isso, a subjetividade de tal determinação está sempre presente nessa matéria.

²⁰⁵ Sobre a discussão a respeito da eficácia de princípios e sua distinção em relação às normas jurídicas, veja-se, recentemente, publicação sobre o tema, com diversas abordagens, a obra *Princípios Constituições*, realizada por professores do Departamento

que encontra proteção em tratados internacionais e na Constituição dos Estados. As normas de DIPR tornam-se, assim, baluartes de defesa desses valores. Por exemplo, o princípio da igualdade contrapõe-se à regra de conflito que determinava, no passado, a aplicação ao casal da lei da nacionalidade ou domicílio do marido, como se verá a seguir.

A valoração da ordem pública tendo em mira os direitos fundamentais assegurados pela constituição quer, na verdade, prevenir resultados inconstitucionais na aplicação da lei estrangeira, aliás, tal como ocorre com a aplicação das leis em geral no plano interno.²⁰⁶

A dificuldade surge no momento de por em prática essa nova visão, pois isso não quer dizer que o juiz decidirá como bem lhe aprouver a situação fática e jurídica que se lhe apresenta. Mister ter parâmetros para a aplicação do DIPR, sendo preciso aliar sua interpretação às questões de metodologia jurídica e da hermenêutica.²⁰⁷

A perspectiva retórico-argumentativa de apreciação do fenômeno jurídico é a que melhor se adequa a esta análise, assistindo-se, ainda, à sua vinculação estreita entre o âmbito da metodologia jurídica e o pensamento constitucional.²⁰⁸ Também o DIPR não fica imune a essas mudanças, aproveitando-se dos novos cânones da metodologia jurídica, na medida em que se relaciona sua compreensão e aplicação com a dos direitos fundamentais. Isso porque a generalidade das normas de DIPR, converte a disciplina em um setor particularmente necessitado de um labor interpretativo baseado na argumentação,²⁰⁹ pois dificilmente se pode ter em conta todas as circunstâncias que deveriam ser reguladas, havendo muitas lacunas e pontos obscuros, que só a discussão tópica pode resolver. Quando o intérprete se depara com um problema plurilocalizado, haverá necessidade - pelas características do caso, que certamente está impregnado de vazios, e pontos intedeterminados-, da realização de um trabalho criativo de interpretação, informado mais pelos princípios - cuja determinação do conteúdo não se dá de forma tão direta -, do que por normas incontroversas com a solução. Por isso, entendem alguns que a especialização das respostas, pela via interpretativa é uma das chaves do DIPR.²¹⁰

de Direito da PUC-Rio, e já citada neste trabalho.

²⁰⁶ Nesse sentido, MOURA RAMOS, op. cit. p. 228.

²⁰⁷ Sendo de ressaltar que o problema metodológico no campo da *praxis* jurídica, nas últimas décadas, tem sido uma das áreas na qual se observa o maior desenvolvimento doutrinário.

²⁰⁸ A ótica de análise retórico-argumentativa do direito, abordagem iniciada por Chaï m Perelman, e Theodor de Viefweg já nos anos cinquenta, recebeu, nos últimos vinte anos, grandes aportes, a partir, principalmente, das obras de Ronald Dworkin, Robert Alexy, e Manuel Atienza.

²⁰⁹ ROZAS, op. cit. P. 11

²¹⁰ ROZAS, p. 11

Breves notas sobre a argumentação jurídica

As mais recentes concepções da Filosofia do Direito, com destaque para o trabalho de Ronald Dworkin, nos Estados Unidos, atuam como um divisor de águas no debate da teoria do direito, religando as cogitações da filosofia do direito às do campo da filosofia política.²¹¹ Etribado em uma teoria hermenêutica do direito, aberta à sua dimensão histórica, Dworkin sublinha a importância do papel dos princípios - como elemento possibilitador da articulação entre direito e moral, capaz de fundamentar uma crítica contundente à concepção hegemônica do positivismo analítico de H. Hart, a partir, fundamentalmente, dos chamados *hard cases*.²¹²

E também o DIPR está impregnado de *hard cases*, clamando por uma solução metodológica que fuja às concepções anteriormente utilizadas na sua interpretação. Desta forma, também na solução dos novos casos de DIPR, há que se utilizar o método tópico-argumentativo para promover uma nova leitura do DIPR, e conseqüentemente, interpretar a noção de ordem pública à luz dos princípios constitucionais e de proteção à pessoa humana.

Em oposição à concepção hegemônica do positivismo, oriunda do século XIX, e que impregnou a produção legislativa deste século até pelo menos os anos setenta, surgiu todo um campo de estudos que salientam a utilização da argumentação para uma melhor compreensão do direito.²¹³ E a importância da dimensão retórica e argumentativa no tratamento metodológico do Direito tem sido destacada, nos últimos anos, por vários juristas.²¹⁴

²¹¹ Ver *passim* MAIA, Antonio Cavalcanti, e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Princípios Constitucionais e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy, in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

²¹² MAIA, *ib. id.*

²¹³ ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000. Segundo o autor, o que se entende por teoria da argumentação jurídica tem sua origem numa série de obras dos anos 50 que compartilham entre si a rejeição da lógica formal como instrumento para analisar os raciocínios jurídicos, dos quais ressalta como mais importantes a tópica, de Viehweg, a nova retórica de Chaim Perelman, e a lógica informal de Toulmin. P. 59. No Brasil, veja-se sobre esse assunto, Tércio Sampaio Ferraz, além de Margarida Maria Camargo Lacombe e Antonio C. Maia, já citados nesse trabalho.

²¹⁴ Para Miguel Reale: "Se há bem poucos anos alguém se referisse à arte ou técnica da argumentação, como um dos requisitos essenciais à formação do jurista, suscitaria sorrisos irônicos e até mordazes. Tão forte e generalizado se tornara o propósito positivista de uma Ciência do Direito isenta da riqueza verbal, apenas adstrita à fria lógica das formas ou fórmulas jurídicas (...). De uns tempos para cá, todavia, a Teoria da Argumentação volta a merecer a atenção de filósofos e juristas, reatando-se, desse modo, uma antiga e alta tradição, pois não devemos esquecer que os jovens patrícios romanos preparavam-se para as nobres artes da Política e da Jurisprudência nas escolas de Retórica." REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*, São Paulo, Ed. José Bushatsky, 1973, p. 109 apud MAIA,

Mas a pergunta a respeito do que seja “argumentação jurídica”, muito bem colocada por Manuel Atienza,²¹⁵ não é de fácil resposta, especialmente no exame limitado que aqui se pretende.

Para Atienza, a teoria da argumentação jurídica atinge três campos: o da produção de normas; o da aplicação de normas, e o da dogmática jurídica.²¹⁶ Enquanto o primeiro se dedica à fase legislativa das normas, o segundo pretende decidir os chamados “*casos difíceis*” relativos à interpretação e aplicação do direito. Por seu turno, o terceiro quer oferecer aos órgãos jurídicos responsáveis pela atividade da segunda, critérios, argumentos, para ajudar-lhes no processo de tomada de decisão, quando uma norma deva ser aplicada ao caso concreto. Assim, todas as idéias nesse sentido, esposadas pelos diversos teóricos da argumentação - teorias estas resumidas em sua obra-, partem do fato de que as decisões jurídicas devem e podem ser justificadas da melhor maneira possível. Desta forma, a obrigação de motivar as decisões judiciais contribui para torná-las aceitáveis,²¹⁷ e “justificar uma decisão” significa algo mais do que efetuar uma operação dedutiva que consiste em extrair uma conclusão a partir de premissas normativas e fáticas”.

O papel dos princípios na solução dos casos concretos, utilizando-se das técnicas argumentativas²¹⁸ nos levam a uma reflexão acerca da hermenêutica jurídica, em especial segundo o pensamento de dois jus-filósofos: Dworkin, nos Estados Unidos, e Perelman, propulsor das novas tendências na Europa dos anos cinquenta., que encabeçam a escola de pensamento hoje denominada de pós-positivismo. Nessa perspectiva de análise, Perelman considera os princípios como *topoi*, aos quais o juiz poderá recorrer como pontos de partida na fundamentação da decisão, sendo necessário esclarecer que as regras não manterão com estes qualquer relação de primazia necessária, pondendo ser utilizados os princípios ou as regras na fundamentação das pretensões normativas, de acordo com o seu potencial persuasivo.²¹⁹ Margarida Camargo, explica que Perelman procurou

Antonio C., op. cit.

²¹⁵ ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

²¹⁶ ATIENZA, Manuel, op. cit., p. 18/19.

²¹⁷ *Ib.id.*, p. 25.

²¹⁸ MAIA, Antonio C., op. cit.

²¹⁹ Ainda PERELMAN, Chaim, *A teoria pura do direito e a argumentação*, in *Cadernos Pet-Jur*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 1997.

“Uma análise sistemática das relações entre as normas do direito positivo, os princípios gerais do direito, as regras da moral, e as técnicas usadas pelos legisladores e juizes para fundamentar suas afirmações e decisões, possibilita a enumeração, classificação, e sistematização dos modelos de argumentos empregados pelos advogados quando lhes é necessário raciocinar em termos de justiça. Se, então, à luz do resultado de tais investigações, os filósofos da moral refletissem sobre a função que deles se espera desempenhem, perceberiam que não deveriam limitar-se ao estabelecimento de

alertar sobre a existência de uma lógica própria ao direito, que não é a lógica formal que orienta o pensamento matemático, mas a lógica do razoável. Para ele, lógico é aquilo que não é arbitrário. E como o homem decide com base na razão e não aleatoriamente, suas escolhas não podem ser tidas como puramente irracionais. As preferências humanas conseguem ser traduzidas por fundamentos e razões bem formuladas (o que significa deliberar). O mesmo ocorre com o direito, na medida em que tão melhor será a interpretação dada pelo juiz quanto melhor fundamentação presente.²²⁰ Nessa perspectiva, para Viehweg, as regras jurídicas positivas não manterão com os princípios qualquer relação de primazia necessária. Tanto tais normas quanto os princípios serão utilizados na fundamentação das pretensões normativas de acordo com o seu potencial persuasivo. A perspectiva tópico-retórica enfatizará o problema e não a norma ou o sistema.²²¹

Já a aplicação dos “princípios” e seu papel na normatização constitucional, no sentido que lhe emprestou Ronald Dworkin, foi o de fornecer as diretrizes usadas para fundamentar as decisões jurídicas. Para Dworkin a distinção entre princípios e normas jurídicas é baseada em uma lógica. Enquanto as segundas seguem a regra do tudo ou nada, ou seja, aplicam-se ou não a situação concreta, os princípios possuem uma dimensão de seu peso e importância, à qual a regra acima não se aplica. Isso faz com que no caso da utilização dos princípios seja necessário pesá-las, em relação à situação, para determinar se seu conteúdo é aplicável ou não ao caso concreto.²²² Já o jurista alemão Robert Alexy, em sua obra *Teoria dos Direitos Fundamentais*, posicionando-se muito próximo às idéias de Dworkin, enfrentou a distinção entre regras e princípios, concluindo que ambos tem natureza normativa, sendo sua distinção a de que constituem dois tipos de normas. No entanto, acrescenta que os princípios são dotados de um alto grau de generalidade, sendo superiores às normas, em grau e em qualidade.²²³

princípios gerais, que os levaria a uma multiplicidade de interpretações. Eles não devem evitar o estudo de situações concretas ou desconsiderar técnicas de argumentação as quais se deve necessariamente recorrer caso se pretenda que a razão prática tenha sucesso em conduzir os homens de bem e limitar, em alguma medida, o recurso irrestrito à arbitrariedade e a violência.”

²²⁰ *Ib. id.*

²²¹ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979. *passim*, sobretudo, p. 38. *apud* MAIA, Antonio C. *op. cit.*

²²² DWORKIN, Ronald, *Is Law a system of rules?* in *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 45 e seguintes.

²²³ “As regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem apenas ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer exatamente o que ela ordena, nem mais nem menos. As regras contém determinações no campo do que é fática e juridicamente possível. Os princípios, contudo, são normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, relativamente às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandados de otimização que se

A aplicação da nova concepção de ordem pública no DIPR atual

Quando se procura uma solução para uma situação plurilocalizada, mister proceder-se a uma interpretação que leve em conta a ótica da metodologia tópica-argumentativa, especialmente quando em jogo a aplicação de normas flexíveis, materiais, narrativas, ou seja, não rígidas, e do princípio da ordem pública. Nas considerações a respeito de sua definição, para o caso concreto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fatores principais a informarem sua concepção.

Por isso, a valoração da aplicação da lei estrangeira ordenada pela regra de conexão deve ser analisada pelo magistrado à luz do princípio da dignidade humana, eixo axiológico dos direitos humanos, no plano internacional e dos direitos fundamentais, no plano interno. Assume primazia sob a aplicação do direito estrangeiro a questão da violação ou não à dignidade humana, e assim, nesses casos, a regra estrangeira se em colisão com estes, será considerada como contrária à ordem pública.²²⁴ Um primeiro exemplo que se poderia dar da aplicação da nova metodologia jurídica no DIPr diz respeito ao controle de constitucionalidade na aplicação de uma norma de conflito de leis, em julgamento ocorrido na Alemanha, em 1971.²²⁵ Trata-se de um caso

caracterizam por poder ser cumpridos em diversos graus.” *Apud* ATIENZA, Manoel Atienza, *As razões do Direito*, São Paulo, ed. Landy, 2000, p.267.”

²²⁴ MAIA, Antonio Cavalcanti, Notas sobre direito, argumentação e democracia, in 1988-1998, in *Uma década de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 395/430. Segundo o autor: “A tópica se organizou como uma técnica de pensar por problemas, desenvolvida pela retórica antiga. Uma das maiores criações da cultura greco-romana, a retórica, constitui elemento crucial do processo formativo intelectual dos juristas romanos. Afinada à perspectiva eminentemente casuística do procedimento judicial romano, serviu como arcabouço teórico que permitiu a progressiva elaboração lógico-doutrinária da paradigmática experiência jurídica romana. Tanto Perelman quanto Viehweg fazem questão de ressaltar a presença do pensamento tópico orientado para problemas na atividade jurídica da tradição.”

²²⁵ Para um resumo do caso e da discussão, veja-se RAMOS, Rui M. de Moura, *DIPR e constituição*, Coimbra, Coimbra Ed., 1991, p. 204 e seguintes. Afirma o autor que se a escolha dos elementos de conexão não se pode dizer serem constitucionalmente indiferentes, e urge eliminar aqueles que se revelam incompatíveis com ela. A questão é se a Constituição quer eliminá-los ou não, já que deles não tratou diretamente. É que ao ser utilizada o princípio da igualdade conflitual, chega-se a uma desigualdade material, pois a regra de conexão indica como aplicável uma lei que conduz a uma atitude discriminatória, esta proibida pela Constituição. Para o autor, estribado em outros, não resta dúvida de que o que visa a Constituição é assegurar, quando fala em igualdade jurídica, é um comportamento idêntico em matéria de fundo, sendo inaplicável, portanto, a regra de conexão que levou à desigualdade. É o caso de aplicação da lei do marido, que causa prejuízo à mulher, quando o fator de conexão é o da nacionalidade, reconhecendo parte da doutrina a inconstitucionalidade da regra em questão, naquele caso. Por isso, o autor não vê qualquer razão válida para pretender excluir do jogo de controle de constitucionalidade as regras de conflito, tomando em consideração os preceitos constitucionais que se referem aos direitos fundamentais. P. 204-210.

em que um cidadão espanhol, solteiro, pretendia casar-se com uma cidadã alemã, divorciada. Para o direito alemão de então, considerando que a capacidade era regida pelo direito nacional de cada um, mister fosse trazido à habilitação de casamento - que se processava na Alemanha-, a comprovação da capacidade das partes, segundo a lei de seu país de origem. Não obteve o espanhol tal certificado porque o casamento não podia ser realizado, segundo a lei espanhola, em virtude do impedimento de ser uma das partes divorciada - pois o divórcio era proibido na Espanha àquela época. Requereu-se a dispensa do cumprimento dessa formalidade, o que foi negado pelo tribunal, ao argumento de que não fora violada a ordem pública internacional alemã. Recorreu-se, então, ao Tribunal Constitucional, sob o argumento de que o caso era de violação de um direito constitucional do indivíduo - o de contrair livremente casamento. Decidiu positivamente o Tribunal Constitucional ao entender que a violação ocorrera também por conta da proteção da Convenção Européia de Direitos Humanos, artigo 12, e ainda do preâmbulo da Convenção das Nações Unidas, de 1962, anulando a decisão e concedendo a licença para a realização do casamento.

Ao justificar sua decisão, o Tribunal Constitucional fez questão de frisar que a aplicação do direito estrangeiro designado pela regra de conflitos também estava sujeito à Constituição, impedindo assim que o sentido da decisão pudesse ser subestimado com a alegação da sua exclusiva incidência ao caso que a motivava.²²⁶ A decisão aponta como núcleo da ordem pública os valores constitucionais protegidos pela lei maior, pois não se pode permitir que a aplicação da lei designada pela regra de conflito importe em um resultado flagrantemente inconstitucional, à semelhança do que ocorre com as regras do direito interno. Por isso, entendeu o tribunal que há uma interferência direta da Constituição no momento da aplicação da norma escolhida pela regra de conflitos.

Ao nosso ver, no caso acima citado estabeleceu-se uma decisão fundada na análise principiológica entre o direito fundamental ao casamento, que a Constituição quer proteger, *vis à vis* a norma espanhola designada pelo DIPR do foro. Se fosse utilizada a concepção tradicional do DIPR - de que a regra de conflito indica a lei aplicável e não por ser esta diferente da regra local que se deveria impedir a sua utilização-, o pedido deveria ter sido negado, como aliás o fora em casos anteriores. No entanto, tal raciocínio, embora correto dogmaticamente, não conduz a um resultado que observe o direito maior de contrair matrimônio, considerado como um princípio integrador da liberdade individual. Quando a constituição alemã protege a liberdade de casar, este princípio é uma proteção genérica e não há como predeterminar todas as situações que o mesmo engloba.

²²⁶ RAMOS, Rui M. Moura, op.cit., p. 213.

Portanto, somente com o surgimento do *hard case* apropriado pôde uma das possíveis situações relevantes ser esclarecida. E a análise feita a partir de uma lógica argumentativa ²²⁷, leva em conta, em primeiro lugar, os valores que se quer proteger, para então chegar-se a uma conclusão. Ora, *in casu*, foi justamente o que fez a Corte Constitucional, ao sopesar o valor maior da liberdade em relação à regra que indicava como aplicável a lei espanhola.²²⁸ Por essa ótica, sempre que se estiver decidindo uma hipótese, mister verificar o sentido da lei face ao caso concreto, dando-se prevalência aos valores que esta protege. Essa valoração impõe uma escolha, baseada em uma ética justa, dando primazia aos valores protegidos, o que nem sempre é evidente à primeira vista. Incorporou-se, desta forma, à análise jurídica a valoração de princípios, agora aplicados diretamente ao caso concreto.²²⁹

A hermenêutica, em geral, privilegia a busca do conhecimento de algo que não se apresenta de forma clara. No caso da hermenêutica jurídica, em particular, necessita-se de todo um processo de interpretação e aplicação da lei que implique na compreensão total do fenômeno que se está analisando. E no curso desse processo, ganham os princípios em normatividade e passam a presidir a racionalidade jurídica, pois permitem a sobrevivência do direito diante das transformações sociais que ocorrem diuturnamente. Por tudo isso, fica patente a relevância de tal metodologia à inteligência também dos casos de DIPR, como no caso em questão. Graças à utilização de uma nova maneira de interpretar os mandamentos constitucionais, em especial aqueles decorrentes dos princípios, foram estes considerados superiores à norma mandamental do DIPR.²³⁰

Mais recentemente essa visão espalhou-se pela Europa também através da compreensão de que a Convenção Européia de Direitos Humanos possui caráter de verdadeira instituidora de uma ordem pública européia, consistindo em pauta interpretativa dos direitos fundamentais dos países signatários.²³¹ Amplia-se a noção de ordem

²²⁷ Citação do texto de Michel Meyer, em sua análise sobre Perelman, do verbete publicado no *Dictionnaire des Philosophes*, Paris, PUF, cuja tradução foi efetuada por Felix Faria, PET-JUR, PUC-Rio, e publicado in *Cadernos Pet-Jur*, n. 1, 1997, Departamento de Direito, PUC-Rio.

²²⁸ Nas palavras de Michel Meyer, também publicado nos *Cadernos PET-Jur*, Perelman defende que uma lógica da argumentação é sempre uma lógica dos valores, uma lógica do razoável, do preferível, e não uma lógica do tipo matemático ou, como é dito geralmente, da necessidade constringente. Op. cit. P. 14.

²²⁹ Interpretação Constitucional, na coletânea já citada acima, pp.431/438)

²³⁰ Veja-se comentário de GANNAGÉ, Lena, op. cit, p.36, para quem a partir da influência de suas Cortes Constitucionais, a maioria dos países europeus modificaram seus sistemas de DIPR para conforma-los aos direitos fundamentais protegidos pelas constituições. Para exemplos dessas modificações, veja-se pp.44/45.

²³¹ CASAS, Pilar Maestre, op. cit., p. 201, ao explicar que no sistema espanhol as normas protetivas de direitos fundamentais se interpretam também segundo a Declaração de

pública internacional, integrando seu conjunto de direitos fundamentais protegidos também pela Convenção Européia de Direitos Humanos. Esta não possui nenhuma norma específica de DIPR, mas opera como um limite à formulação destas. Deve, um juiz, portanto, ao ser chamado a aplicar o direito estrangeiro - mormente nos casos que afetam a personalidade jurídica da pessoa e os direitos de família-, ter em conta os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, e pelas Convenções Internacionais, operando a ordem pública como uma barreira à penetração de regras estrangeiras, ainda que indicadas pela regra de conexão, mas em flagrante oposição aos valores fundamentais que o Direito quer garantir. Embora não haja notícia de casos de DIPR no seio da jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, a jurisprudência de diversos países atestam a existência dessa ordem pública européia em casos nacionais.²³² Cita Frédéric Sudre, um julgado da Corte de Cassação francesa, na qual foi considerada inaplicável a lei suíça, que ao impor uma discriminação a um dos esposos na liquidação de bens da união conjugal, contrariando o artigo 5 do Protocolo n.7 da Convenção Européia, que impõe o princípio da igualdade de direitos aplicável a um casal.²³³ Esta interpretação da Convenção faz parte do que se convencionou chamar “efeito horizontal” da Convenção Européia sobre direitos humanos, pela qual se considera como extensão de sua compreensão a oposição desses direitos também às relações interindividuais, pois a noção de “efeito vertical” diz respeito à proteção das liberdades públicas em relação ao Estado.²³⁴

Por todo o exposto, verifica-se que a aplicação da exceção da ordem pública tem como base os princípios gerais de um sistema jurídico, nos quais estão incluídos os direitos fundamentais enunciados pelo que - na acepção de Lena Gannagé - se chama de “bloco constitucional”, integrado pela constituição e também pelos direitos humanos garantidos através de tratados internacionais. E essa aplicação pode ser mais eficazmente feita através da utilização da teoria da argumentação jurídica, como metodologia adequada ao direito pós-positivista.

Direitos do Homem e os tratados internacionais sobre a matéria ratificados pela Espanha, entre os quais se inclui a Convenção Européia. Assim, a inspiração constitucional que permeia todo o ordenamento jurídico e a interpretação internacional que se exige dos princípios e valores que integram o sistema, também no DIPR estes valores são empregados.

²³² Veja-se SUDRE, Frédéric, L'ordre public européen, in REDOR, Marie-Joelle, L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux, Bruxelas, Bruylant, 2001, p. 129.

²³³ Ib.id., p. 129/130.

²³⁴ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, *CEDH et droit privé*, Paris, La Documentation Française, 2001. Capítulo sobre o efeito horizontal da CEDH, por Hélène Pauliat e Virginie Saint-James, p. 75 e seguintes.

Conclusão

Para Jacob Dolinger, o DIPR sempre se valeu de regras e princípios, em um diálogo constante na utilização da técnica do método conflitual—localizando a regra aplicável à relação jurídica plurilocalizada através da regra de conexão —, e de um *approach* mais filosófico, orientado por valores modificadores da regra de conexão. Apesar da dificuldade do sistema, em vista do conflito permanente entre essas duas correntes, é isso que sempre tornou o DIPR interessante e instigante.²³⁵

Do exame feito sobre as novas tendências do DIPR, fica claro que não ser mais possível utilizar somente as regras de conexão clássicas. E a par dessas dificuldades, tanto no plano internacional - codificações especializadas - como no plano interno - legislação de países europeus, e latino-americanos, inclusive os Estados Unidos e o Canadá -, já se promoveram modificações no sentido de flexibilizar o sistema clássico, como se viu nos exemplos trazidos ao longo do trabalho.

Atualmente, a convivência cada dia maior, em um mesmo território, de comunidades culturalmente diferenciadas, leva ao que se convencionou chamar de conflito de civilizações, provocando tensões entre os direitos individuais de caráter constitucional e os direitos coletivos correspondentes aos grupos de uma determinada “identidade cultural”. Essas questões aparecem amiúde em casos judiciais nos quais deve-se determinar qual a lei aplicável, e quando o emprego das técnicas de DIPR para a solução desses conflitos está no centro do debate sobre o multiculturalismo.

Na nova sociedade internacional, em que a cultura se converte em um elemento de solidariedade política, o DIPR assume o papel de canal de comunicação intercultural e se converte em um instrumento de salvaguarda da paz mediante o estabelecimento de técnicas que permitem a comunicação de culturas diferentes com valores diversos.²³⁶

Somente através da compreensão do conceito de ordem pública, aliado à noção de que o integram os princípios de proteção dos direitos fundamentais - tanto em seara constitucional, como internacional-, poder-se-á chegar a uma solução aceitável para o problema acima. Essas situações, por seu dinamismo e mudanças constantes, exigem agilidade nas soluções, não permitindo o estabelecimento prévio de regras fixas. Assim, somente a utilização do método retórico-argumentativo, para elucidar os problemas dali advindos -- pois ao aplicá-lo ao caso concreto poder-se-á chegar a uma solução adequada através das *guias* para orientação dadas ao intérprete--, poderá

²³⁵ DOLINGER, *Evolution...*, p. 200.

²³⁶ CASAS, Pilar Maestre, *Multiculturalidad e internacionalzcion de valores: incidência em el sistema espanol de derecho internacional privado*, in *Mundializacion y familia*, op. cit., p. 197.

justificar suas decisões. Essa discussão, cuja fundamentação teórica se ampliou sobremaneira em sede de teoria do direito e direito constitucional, tem como eixo axiológico a proteção dos direitos fundamentais. É pelo uso dos princípios para a solução dos problemas de DIPR que se vai encontrar uma solução adequada aos novos tempos.

A maior ênfase à questão da ordem pública - agora encarada como uma exceção útil à atualização do DIPR clássico, e informada pela ótica de proteção dos direitos constantes do bloco constitucional-, tem papel preponderante no novo sistema. Nesse sentido, a jurisprudência também prepondera entre as fontes sobre a correta aplicação do método conflitual, tendo sempre em linha a verificação da ordem pública: *aplicação positiva* quando se tratar de garantir a preservação do acervo cultural da pessoa, em respeito à sua dignidade humana; e *aplicação negativa*, quando o resultado obtido pela designação da lei aplicável representar justamente o contrário, o desrespeito a esses valores.

Le message pour l'enseignement et pour la science du droit international privé, c'est l'information sur les conflits de lois et de juridictions sur la base d'une comparaison mondiale des solutions. Et c'est surtout, à La Haye, siège de la Conférence de droit international privé, qu'il faut garder la vocation d'élaborer et de réviser des solutions globales.

*Erik Jayme*²³⁷

²³⁷ JAYME, Erik, Haia, 2000.

Bibliografia

ALMEIDA, Guilherme Assis, *Direitos Humanos e não-violência*, São Paulo, Atlas, 2001.

ALMEIDA, Ricardo Ramalho, A Convenção sobre obtenção de provas no exterior e a convenção interamericana sobre prova e informação do direito estrangeiro in *Integração Jurídica Interamericana*, org. por ARAUJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba, São Paulo, LTr, 1998.

ANCEL, B. e LEQUETTE, Y., *Les Grands Arrêts de la Jurisprudence Française de Droit International Privé*, Paris, Sirey, 1987.

ARAUJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba, org., *Integração Jurídica Interamericana*, São Paulo, LTr, 1998.

ARAUJO, Nadia, A internalização dos tratados internacionais no direito brasileiro e a ausência de regulamentação constitucional, in *Plurima*, vol. 3, 1999.

ARAUJO, Nadia, A Convenção Interamericana sobre cartas rogatórias e as conseqüências de sua adoção para o Brasil in *Integração Jurídica Interamericana*, org. por ARAUJO, Nadia e CASELLA, Paulo Borba, São Paulo, LTr, 1998.

ARAUJO, Nadia, ALMEIDA, Ricardo Ramalho, SALLES, Carlos Alberto, Cooperação Interjurisdicional no Mercosul, in *Mercosul*, org. Maristela Basso, 2a. ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.

ARAUJO, Nadia, *Contratos Internacionais*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

ARAUJO, Nadia, MAGALHÃES MARQUES, Frederico do Valle, REIS, Márcio Monteiro, *Código do Mercosul*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1998.

ARAUJO, Nadia, O princípio constitucional de proteção à família brasileira e o DIPR: sucessão internacional e a aplicação da lei mais benéfica, in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

ARRILLAGA, Maria Pilar Canedo, La propuesta de la directiva comunitária sobre reagrupacion familiar: algunos comentarios desde el derecho internacional privado, in *Mondialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001.

ARROYO, Diego P. Fernandez, *Derecho Internacional Privado*, Córdoba, Advocatus, 1998.

ARROYO, Diego P. Fernandez, *La codificación del Derecho Internacional Privado en América Latina*, Madrid, Ed. Beramar, 1994.

ARROYO, Diego, in Derecho Internacional Privado Interamericano: Evolución y perspectivas, XXVI Curso de Derecho Internacional, OEA, 1999.

ATIENZA, Manuel, *As razões do direito*, trad. Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo, Landy, 2000.

BATTIFFOL, Henri, *Le pluralisme des méthodes en Droit International Privé*, Recueil des Cours, Tome 139, 1973, II.

BATTIFOL, Henri, *Aspects Philosophiques du Droit International Privé*, Paris, Dalloz, 1956.

BELANDRO, Rubem, *Las normas de aplicación inmediata en la doctrina y en el derecho positivo*, in *Revista de la Facultad de Derecho*, nº 8, 1995.

BELLIARD, Géraldine et alii, *Glossaire de Droit International Privé*, Bruxelas, Bruylant, 1992.

BENTO SOARES, Maria Angela e MOURA RAMOS, Rui Manuel, *Contratos Internacionais*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986.

BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4ª. ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.

BICUDO, Hélio, *Direitos Humanos e sua proteção*, São Paulo, FTD, 1997.

Black's Law Dictionary, 5ed., St. Paul, West, 1979.

BOBBIO, Norberto, *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos* Organização de Michelangelo Bovero; Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. – Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOGDAN, Michael, *The Brussels Jurisdiction and Enforcement Convention*, The Hague, Kluwer, 1996.

BRITO, Maria Helena, *A representação nos contratos internacionais*, Coimbra, Almedina, 1999.

BUCHER, Andreas, *L'ordre public et le but social des lois em Droit International Prive*, Recueil de Cours, tomo 239, 1993.

CALIXTO, Negi, *Ordem Pública*, Curitiba, Editora Universidade Federal do Paraná, 1987.

CAMARGO, Margarida Lacombe, in *Eficácia Constitucional: uma questão hermenêutica*, mimeo com a autora.

CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil*, 7a. ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 4a. ed, Coimbra, Almedina, 2000.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, *Comentario ao Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, Universidade Carlos III, 1994.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo, e GONZALEZ, Javier Carrascosa, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Ed. Comares, 1999.

CASAS, Pilar Maestre, *Multiculturalidad e internacionalzcion de valores: incidência em el sistema espanol de derecho internacional privado*, in *Mondialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e

J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001.

CASELLA, Paulo B. e ARAÚJO, Nadia de. Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro. Editora LTr, 1998; para a história do DIPR na América Latina.

CASELLA, Paulo Borba, *Arbitragem, a nova lei brasileira e a praxe internacional*, 2ª. edição, São Paulo, LTr, 2000.

CASELLA, Paulo Borba, *Mercosul- Integração Regional e Globalização*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

CASELLA, Paulo, Borba, Pax Perpetua - a review of the concept from the perspective of economic integration, in *Dimensão Internacional do Direito*, São Paulo, LTr, 2000.

CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, vol I. Rio de Janeiro, Ed.Forense, 1956.

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira, O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas, in *10 anos de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

CASTRO, Leonel Pereznieto, “La codificación interamericana en Derecho Internacional Privado es todavía una opción?” In *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. I, 1996.

CASTRO, Leonel Pereznieto, *El panorama del Derecho Internacional Privado em matéria comercial em México em los umbrales del siglo XXI*.

CASTRO, Leonel Pereznieto, Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, ano XXX, no. 4, 1994.

CAVERS, David, A Critique of the Choice of law Problem, in *Harvard Law Review*, vol 47, 1933.

CIOTOLA, Marcelo, Princípios Gerais de Direito e Princípios Constitucionais in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

CITADINO, Gisele, Princípios Constitucionais, Direitos Fundamentais e História in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

COHEN-JONATHAN, Gerard, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1999.

CORREA, A. Ferrer, *Direito Internacional Privado, Alguns Problemas*, Coimbra, 1985.

CORREA, A. Ferrer, *Lições de Direito Internacional Privado*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2000.

CRÉPEAU, Paul-A, *The Unidroit principles and the Civil Code*

of Québec: shared values?, Ontario, Carwell, 1998.

DE BOER, TH.M., *Facultative Choice of Law*, Recueil de Cours, tomo 257, 1996.

DERANI, Cristiane, Direitos Fundamentais e Democracia, in *Arquivos de Direitos Humanos*, vol. I, direção Celso Albuquerque MELLO e Ricardo Lobo TORRES, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999.

DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, O DIPR no Brasil no século XXI, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, número especial, 2000.

DOLINGER, Jacob e TIBURCIO, Carmen, *Vade-Mécum de Direito Internacional Privado*, Ed. Univ. , Rio de Janeiro, Renovar, 1996.

DOLINGER, Jacob, *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979.

DOLINGER, Jacob, *Direito Internacional Privado*, Parte Geral, 6a. ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

DOLINGER, Jacob, *In Defense of the “general part” principles*, in *International Conflicts of Laws for the third millenium*, New York, Transnational Publishers, 2001.

DOLINGER, Jacob, World Public Policy: Real International Public Policy in the Conflict of Laws, *Texas International Law Journal*, vol. 17, 1982.

DOLINGER, Jacob, *Evolution of principles for resolving conflicts in the filed of contracts and torts* Recueil de Cours, tomo 283, 2000.

DROZ, Georges, *Regards sur le droit international prive compare*, Recueil de Cours, tomo 229, 1991.

DWORKIN, Ronald, Is Law a system of rules? in *Philosophy of Law*, Oxford University Press, 1977, p. 45 e seguintes.

FALLON, Marc, *Les conflicts de lois et des juridictions*, Recueil de Cours, tomo 253, 1996.

GAISMAN, Laura Tribueiros, La proyeccion interna del Derecho Internacional Privado em México hacia el ano 2000, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000.

GANNAGÉ, Léna *La Hiérarchie de normes et les methodes du droit international privé*, Paris, LGDJ, 2001.

GARLAND, Paul Griffith, *American-Braziliann Private International Law*, New York, Oceana Publications, 1959.

GARRO, Alejandro M. El Derecho Internacional Privado en los Estados Unidos: balance y perspectivas, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000.

GAUDEMET-TALLON, Hélène, L’utilization de régles de conflit à caractère substantial dans les conventions internationales, in *Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994.

GONZALEZ CAMPOS, Julio D. y FERNANDEZ ROZAS, José Carlos *Derecho Internacional Privado Español. Textos y materiales, Derecho Judicial Internacional*, 2a. ed., Madrid, Universidad

Complutense de Madrid, 1992.

GONZALEZ, Javier Carrascoza, Questiones polémicas en el reglamento 1347/2000, in *Mondialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001

GOTHOT, Pierre y HOLLEAUX, Dominique *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968*, Buenos Aires, La Ley, 1986, traducción de la edición francesa de 1985.

GREBLER, Eduardo, O contrato de venda internacional de mercadorias, Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 319, 1992.

GUEDJ, Thomas G., The Theory of the Lois de Police, A functional trend in continental Private International Law, a comparative analysis with modern american theories, The American Journal of Comparative Law, vol. 39, 1991.

HERBERT, Ronald, La Convencion Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, in Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, ano 1, n. 1, 1994.

HEUZÉ, Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux*, Paris, GNL, 1990.

JAYME, Erik, Direito Internacional privado e integração; as convenções européias in *Integração Jurídica Interamericana*, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, in Recueil de Cours, tomo 251, 1995.

JAYME, Erik, Le droit international privé du nouveau millénaire: La protection de la personne humaine face à la globalisation, in *Recueil de Cours*, tomo 282, 2000.

JUENGER, Friedrich K., American Jurisdiction: A Story of Comparative Neglect, *University of Colorado Law Review*, vo.. 65, n.1., 1993.

JUENGER, Friedrich K., Conflitos de Leis na América e na Europa, tradução Ricardo Almeida, coordenação e revisão de Araujo, Nadia et al., *Cadernos - Direito Internacional Privado*, Departamento de Direito PUC – Rio, Ano I, no. 1, 1995.

JUENGER, Friedrich, A Page of History, in *Mercer Law Review*, vol. 35, 1984.

JUENGER, Friedrich, *Choice of Law and Multistate Justice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.

JUENGER, Friedrich, The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some critical observations, *Virigina Journal of International Law*, vol. 22, 1981

JUENGER, Friedrich, The Inter-American Convention on the law applicable to International Contracts: Some highlights and comparisons, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 42, 1994.

JUENGER, Friedrich, The Inter-American Convention on the Law applicable to International Contrats: Some highlights and comparisons,

N. ARAUJO

American Journal of Comparative Law, vol. 42.

KASSIS, Antoine, *Le nouveau Droit des Contrats Internationaux*, Paris, LGDJ, 1993.

KLOR, Adriana Dreysin, *El Mercosur*, Buenos Aires, Zavalia, 1997.

KLOR, Adriana Dreyzin, Los principales desarrollos dentro del Derecho Internacional Privado em el próximo siglo em Argentina, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, n. especial, 2000.

LAFER, Celso, *A reconstrução dos Direitos Humanos*, São Paulo, Cia. Das Letras, 1988.

LAGARDE, Paul, Le nouveau Droit Internationale Privé des Contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980, in *Revue Critique de Droit Internationale Privé*, n. 80, 1991.

LANDO, Ole, *European Contract Law*, in *International Contracts and Conflicts of Laws*, London, Martinus Nijhoff, 1990.

LEQUETTE, Yves, De L'utilitarisme dans le droit international prive conventionnel de famille, in *L'internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994.

LORENZEN, Ernest, Uniformity between Latin América and the United States in the rules of private international law relating to commercial contracts, in *Tulane Law Review*, vol. XV, 1941.

LY, Filip de, *International Business Law and Lex Mercatoria*, Amsterdam, North-Holland, 1992.

MADRUGA, Antenor, A Convenção Interamericana sobre Procuração Internacional, in *Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro.*, org. Paulo Borba Casella e Nadia de Araújo, São Paulo, Editora LTr, 1998.

MAEKELT, Tatiana B., El futuro del nuevo Derecho Internacional Privado Venezolano em el próximo siglo, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000.

MAEKELT, Tatiana B., *Resultados de la 2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado - CIDIP II*, in *Comitê Jurídico Interamericano, Sexto Curso de Derecho Internacional*, Washington, OEA.

MAEKELT, Tatiana, La flexibilization del contrato internacional em la Convencion Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales, in *Dimensão Internacional do Direito*, org. Paulo Borba Casella, São Paulo, 2000.

MAEKELT, Tatiana, *Normas Generales de Derecho Internacional Privado*, Caracas, Univerdad Central de Venezuela, 1984.

MAIA, Antonio Cavalcanti, e SOUZA NETO, Cláudio Pereira, Princípios Constitucionais e as perspectivas de Perelman, Dworkin e Alexy, in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella

Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

MAIA, Antonio Cavalcanti, Notas sobre direito, argumentação e democracia, in 1988-1998, in *Uma década de Constituição*, org. Margarida Maria Lacombe Camargo, Renovar, Rio de Janeiro, 1999.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre, CEDH et droit prive, Paris, La Documentation Française, 2001.

MARQUES, Claudia Lima, A crise científica do direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa, in *Rumos da Pesquisa, múltiplas trajetórias*, org. Maria da Graça Krieger e Marininha Aranha Rocha, Porto Alegre, Pró-Reitoria de Pesquisa, UFRGS, 1998.

MARQUES, Claudia Lima, A proteção do consumidor: Aspectos de direito privado regional e geral, in *XXXVII Curso de Direito Internacional*, Washington, OEA, 2000.

MARQUES, Frederico Magalhães, “O MERCOSUL e o Direito da Concorrência”; Rio de Janeiro; 2000; UERJ; Dissertação de Mestrado, UERJ, 2000, mimeo com a autora.

MATTEUCCI, Mario, Unification of Conflicts rules in relation to international unification of private law, in *Conflicts of Law and International Contracts.*, 1949.

MELLO, Celso D. Albuquerque, *Direito Constitucional Internacional*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994.

MIRANDA, Pontes, *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. I, Rio de Janeiro, José Olympio Ed., 1935.

MONÉGER, François, *Droit International Privé*, Paris, Litec, 2001.

NODT TAQUELA, Maria Blanca, *Mercosur-União Europeia – Questiones de Derecho Internacional Privado*, conferência apresentada na XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 7ª “Derecho Internacional Privado”, realizadas em Buenos Aires, 1997, mimeo com a autora.

OPPETIT, Bruno, *Droit Commun et Droit Européen, in Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994.

OSMAN, Filali, *Les Principes Généraux de la Lex Mercatoria*, Paris, L.G.D.J., 1992; FONTAINE, Michel, *Droit des Contrats Internationaux*, Paris, FEC, 1989.

OTÁVIO, Rodrigo, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Livraria Ed. Freitas Bastos, 1942.

OTÁVIO, Rodrigo, *Pandectas brasileiras*, vol. II, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1927.

OVERBECK, Alfred E. Von, La contribution de la Conférence de la Haye au Développement du Droit International Privé, *Recueil de Cours*, tomo 233, 1992, II, pp. 9/98.

PARRA-ARANGUREN, La Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, *Revista de al Fundación Procuraduría General de la República*, n. 11, 1994,

N. ARAUJO

p.179/247.

PARRA-ARANGUREN, Recent Developments of Conflict of Law Conventions in Latin America, *Recueil de Cours*, vol. 164 (1979-III).

PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves e SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas, A estrutura normativa das normas constitucionais, notas sobre a distinção entre princípios e regras in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

PERELMAN, Chaim, A teoria pura do direito e a argumentação, in *Cadernos Pet-Jur*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, 1997.

PINHEIRO, Carla, *Direito Internacional e Direitos Fundamentais*, São Paulo, Editora Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 4^a. ed., São Paulo, Max Limonad, 2000.

PIOVESAN, Flávia, *Direitos humanos e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia, Direitos Humanos Globais, Justiça Internacional e o Brasil, in *Arquivos de Direitos* vol I, org. Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

PIOVESAN, Flávia, *Temas de Direitos Humanos*, São Paulo, Max Limonad, 1998.

POCAR, Fausto, *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milão, Giuffrè Editore, 1997

Principles of International Commercial Contracts, Roma, UNIDROIT, 1994.

RABEL, Ernst, *The Conflict of Laws*, vol. II, Chicago, Callaghan Co., 1947.

RAMIREZ, Gonzalo, Ley aplicable a los actos jurídicos del punto de vista del Derecho Internacional Privado, in *Anales de la Universidad* ano II, Tomo III, 1892.

RAMOS, André de Carvalho, O reconhecimento de sentença arbitral estrangeira e a cooperação jurisdicional no Mercosul, pp.281/308.

RAMOS, André de Carvalho, *Processo Internacional de Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

RAMOS, Rui M. Moura, *Da Lei Aplicável ao Contrato Internacional de Trabalho*, Coimbra, Livraria Almedina, 1990.

RAMOS, Rui M. Moura, *Das relações privadas internacionais*, Coimbra, Coimbra Ed., 1995.

RAMOS, Rui Manoel Gens de Moura, *Direito Internacional Privado e Constituição*, 2a. reimpressão, Coimbra, Coimbra Ed., 1991.

Recueil des Conventions, (1951-1988), Conférence de la Haye de Droit International Privé.

REDOR, Marie-Joelle, *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

REESE, Willis, Contracts and the Restatement of Conflict of Law, 2nd, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 9, 1960, pp. 531/541.

REESE, Willis, *International contracts: Choice of law and contracts*, Parker School of Foreign and Comparative Law, Columbia University, New York and Oceana Publications, 1962.

RESTATEMENT SECOND CONFLICT OF LAWS, vol. I, St. Paul, American Institute Pub., 1971.

RIGAUX, François, *Cours de Droit International Privé*, Recueil de Cours, tomo 213, 1989.

RIGAUX, François, Droit International Privé et Droit Communautaire, in *Internalisation du droit*, Paris, Dalloz, 1994.

RIGAUX, François, *Droit International Privé*, tomo I, Bruxelles, Maison Larcier, 1987.

RODAS, João Grandino, *Direito Internacional Privado Brasileiro*, São Paulo, RT, 1993.

ROUSSEAU, Dominique, *Libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*, Paris, Montchrestien, 1998

ROZAS, José Carlos Fernández e LORENZO, Sixto Sánchez, *Curso de Direito Internacional Privado*, 2^a. ed., Madrid, Editorial Civitas, 1993.

ROZAS, José Carlos Fernández, Orientaciones del Derecho Internacional Privado em el umbral des siglo XXI, in *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, especial 2000.

SAMTELEBEN, Jürgen, *Derecho internacional privado en américa latina – teoria e práctica del código Bustamante*, vol. I, parte geral, tradução de Carlos Bueno-Guzmán, Buenos Aires, DePalma, 1983.

SAMTLEBEN, Jürgen, “A codificação interamericana do direito internacional privado e o Brasil”, in Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

SAMTLEBEN, Jürgen, —A reforma do Direito Internacional Privado na República Federal da Alemanha, in *Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, no. 9, 1983, pp. 251/271.

SANTOS, Antonio Marques dos, *As normas de aplicação imediata no Direito Internacional Privado*, vol. I e II, Coimbra,

Almedina, 1991.

SANTOS, Antonio Marques dos, *Defesa e ilustração do Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Suplemento, 1998.

SANTOS, Antonio Marques, *Direito Internacional Privado*, Introdução, I volume, Lisboa, 2000.

SARLET, Ingo, *A Constituição Concretizada*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre, Ed. Livraria do Advogado, 1998.

SARLET, Ingo, *Dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001.

SOUZA JR, Lauro Gama, Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, Integração Jurídica Interamericana, as Convenções Interamericanas de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, org. CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, São Paulo, LTr, 1998.

STRENGER, Irineu, *A autonomia da vontade em Direito Internacional Privado*, São Paulo, RT, 1968.

STRENGER, Irineu, *Direito Internacional Privado*, 2a. ed., vol. 1., São Paulo, RT, 1991.

STRUCHINER, Noel, Uma análise da noção de casos difíceis do direito em um contexto positivista, in *Revista Direito Estado e Sociedade*, PUC-Rio, vol. 9, 2000.

SUDRE, Frédéric, *L'ordre public européen*, in REDOR, Marie-Joelle, *L'ordre public: ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruxelas, Bruylant, 2001, p. 129.

TAQUELA, Maria Blanca Noodt, La contratación mercantil em el Mercosur, in *Mercosul- Integração Regional e Globalização*, org. CASELLA, Paulo Borba, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

TAQUELA, Maria Blanca Noodt, *Mercosur-União Europeia – Questiones de Derecho Internacional Privado*, conferência apresentada na XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, comisión 7ª “Derecho Internacional Privado”, realizadas em Buenos Aires, 1997, mimeo com a autora

TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol. I, 11a. ed., rev. e atualizada por Jacob Dolinger, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1976.

TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsai, 1955.

TEPEDINO, Gustavo, O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa, in *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo, *Temas de Direito Civil*, 2a. ed. Rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Renovar, 2001.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, Apresentação, in ALVES, J.A. Lindgren, *Os Direitos Humanos como tema global*, São Paulo, Ed. Perspectiva, 1994.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, Fabris, 1997.

VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol.I, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 2^a. ed., 1977.

VALLADÃO, Haroldo, The Influence of Joseph Story on Latin-American Rules of Conflict of Laws, *American Journal of Comparative Law*, v. 3, 1954, pp. 27/41.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima, *A ordem jurídica do Mercosul*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1996.

VIEIRA, José Ribas, A noção dos princípios no Direito Público do Estado democrático, in PEIXINHO, Manoel Messias Peixinho, GUERRA., Isabella Franco, e NASCIMENTO FILHO, Firly, *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iuris, 2001.

VIEIRA, Manuel, La codificación del derecho internacional privado en el continente americano – evolución histórico-jurídica, in *Revista da Faculdade de Direito e Ciências Sociais*, Montevideu, ano XXXII, 1991.

VREILLIS, Spyridon, Le droit international privé vers la fin du vingtième siècle: avancement ou recul?, *RHDI*, vol. 51.

WEINTRAUB, Russel, International Litigation and Forum non Conveniens, *Texas International Law Journal*, vol. 29, 1994.

YEPES, J. M. *Contribution de l'amerique latine au développement du droit international public e privé*, *Recueil de Cours*, t. 32, 1930.

YNTEMA, Hessel, The Historic Bases of Private International Law, in *American Journal of Comparative Law*, vol. 2, 1953, pp. 297/317.

ZAPATER, Mônica Guzman, Adopción internacional: cuanto queda del derecho internacional privado clásico?, in *Mundialización y familia*, org. Alfonso Calvo Caravaca e J.L. Iriarte Angel, Madrid, Colex, 2001.

ZERBINI, Eugênia Cristina de Jesus, A Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias, in *Contratos Internacionais*, São Paulo, Ed. RT, 1985.

N. ARAUJO