A realização do direito internacional privado na história moderna: um panorama evolutivo dos métodos de determinação da lei aplicável.

La realización del derecho internacional privado en la historia moderna: un panorama general evolutivo de los métodos para la determinación de la ley aplicable.

Cristiano Starling Erse[1]

RESUMO: O presente estudo tem como tema central a realização do direito internacional privado na história moderna. Busca-se traçar o panorama evolutivo dos métodos de determinação da lei aplicável em situações transnacionais, levantando-se as dificuldades e os desafios da disciplina em tempos de globalização. Metodologicamente, realizou-se um estudo teórico quanto ao enfoque; bibliográfico e documental, quanto à forma de coleta de dados; de natureza investigativa, quanto à natureza do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva. A formatação do texto e as referências seguem o padrão estabelecido pelas Normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Palavras-chave: Direito Internacional Privado. Métodos de determinação da lei aplicável. Evolução Histórica.

RESUMEN: El presente estudio tiene como tema principal la realización del derecho internacional privado en la historia moderna. Procura trazar el panorama general evolutivo de los métodos de determinación de la ley aplicable en los casos transnacionales, teniendo en cuenta las dificultades y los desafíos de la disciplina en tiempos de globalización. Metodológicamente, se realizó un estudio teórico con respecto al enfoque; bibliográfico y documental, relativamente a la recogida los datos; de naturaleza investigativa, con respecto a la naturaleza del producto final. El formato del texto y las referencias siguen el patrón establecido por los estándares de la Asociación Brasileña de Normas Técnicas (ABNT).

Palabras clave: Derecho Internacional Privado. Métodos para la determinación de la ley aplicable. Evolución Histórica.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A realização do Direito Internacional e os métodos de determinação da lei aplicável. 3 Multilateralismo. 4. A revolução norte-americana. 5 Pluralidade metodológica e a convergência entre sistemas. 5. Considerações finais. Resumen. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O movimento de globalização, iniciado após a Segunda Guerra Mundial e acelerado, em grande medida, pelo fim da chamada "Guerra Fria", acarretou inúmeras mudanças nos

[1] Mestre e Doutorando em Direito Empresarial pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

textos e nos contextos. Relevantes alterações aconteceram nos mercados financeiros e de capitais, bem como na estrutura do comércio internacional que passou a ter, a partir de então, um crescimento estrondoso, ocupando o papel de protagonista na economia em substituição aos antigos paradigmas. (SOTO, 2009).

Tais modificações foram marcadas pela ampla relativização das fronteiras entre os países, tanto quanto à produção e comércio, quanto àquelas relacionadas à mobilidade do capital especulativo, de investimento e de pessoas. (LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, 2005, p.20 e segs).

A formação e o desenvolvimento de blocos econômicos de articulação política, principalmente o da União Europeia, corroborou, de igual modo, para o intercambio acentuado entre estrangeiros nas mais diversas situações.

A confrontação direta entre sistemas jurídicos, em geral, e de gestão empresarial, em particular, tornou-se, dessa forma, inevitável[2]. O Direito Internacional Privado passou a representar, assim, uma das áreas jurídicas mais ativas hodiernamente, pois, além dos povos no mundo interagirem de modo intenso, as relações individuais de caráter privado são cada vez mais importantes e misturadas a elementos estrangeiros.

Nesse contexto, nossa escolha recaiu na produção de um estudo que versasse sobre os métodos de determinação da lei aplicável presentes no Direito Internacional moderno, objetivando: a) identificar as principais correntes; b) levantar as virtudes e fragilidades dos métodos estudados; c) apontar as tendências contemporâneas.

Contudo, uma ressalva quanto à dimensão deste estudo precisa ser feita. A questão dos conflitos de lei no espaço e seus métodos será trabalhada a partir das doutrinas modernas de direito internacional privado, considerando como marcos os trabalhos de Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny e Pasquale Mancini[3]. (VALADÃO, 1968, P.119).

Metodologicamente, realizou-se um estudo teórico quanto ao enfoque; bibliográfico e documental, quanto à forma de coleta de dados; de natureza investigativa, quanto à natureza do produto final. A técnica utilizada para análise dos dados colhidos foi a dedutiva.

2 A REALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL E OS MÉTODOS DE DETERMINAÇÃO DA LEI APLICÁVEL.

As relações humanas não estão circunscritas às fronteiras dos Estados-nações. Muitos são os acontecimentos da vida cotidiana que possuem uma conexão internacional, sejam relacionadas às partes envolvidas, às circunstâncias dos negócios, à localização dos bens, aos direitos adquiridos alhures ou por outros elementos de vinculação similares que envolvam mais de um país. (RECHSTEINER, 2013, p.26).

O contato entre diferentes ordenamentos jurídicos, fundados em valores culturais diversos e sedimentados em sistemas de direito distintos, causam, potencial e efetivamente, uma infinidade de problemas jurídicos relacionados à convivência humana. (BASSO, 2011, p.10).

[3]O chamado direito internacional moderno deve muito de seu desenvolvimento, principalmente, a três grandes juristas: Joseph Story, Friedrich Carl von Savigny e Pasquale Stanislau Mancini. As teorias modernas, a que nos referimos e que serão consideradas o marco inicial para este estudo, surgem no século XIX, paralelas à eclosão dos textos de direito internacional privado nas grandes codificações. Afastam-se, todavia, das teorias estatutárias principalmente no método de tratamento das questões e na fundamentação das regras que estabelecem.

O direito positivo dos Estados apresenta divergências importantes na resolução dos conflitos de interesse. Diante da pluralidade de regulação jurídica, é comum, por exemplo, que um sistema nacional proíba conduta que outro permite, ou que um país atribua um direito ou um dever não contemplado por outro, ou que os requisitos de validade para determinados atos sejam mais rígidos e exigentes, etc. (PINHEIRO, 2013, p.24).

A escolha da legislação aplicável aos acontecimentos internacionais traz, portanto, consequências relevantes para a sociedade. Daí a necessidade de se disciplinar tais situações, apresentando soluções adequadas às dúvidas que possam surgir. (ARAÚJO, 2006, p.30).

O direito internacional privado é o ramo da ciência jurídica que se ocupa em estabelecer um conjunto de normas e princípios destinados a auxiliar os juristas na determinação da lei aplicável aos casos com elementos estrangeiros, atrelados a uma multiplicidade de ordens jurídicas. (STRENGER, 2003, p.37).

Desse modo, o direito internacional privado realiza-se quando apresenta respostas às relações jurídicas que geram efeitos em dois ou mais ordenamentos, ocupando-se em estabelecer os limites materiais e espaciais das competências dos Estados. Suas regras são adotadas para regular a vida internacional das pessoas, permitindo a determinação do direito aplicável às demandas submetidas ao juiz nacional. (BASSO, 2011, p.13).

A delimitação sobre o objeto do direito internacional não é, porém, pacífica, existindo concepções variadas. A mais ampla, de origem francesa, liderada por Antoine Pillet, entende que a disciplina abrange cinco matérias distintas: a) nacionalidade; b) condição jurídica de estrangeiro; c) conflito de leis no espaço; d) conflito de jurisdições; e) direitos adquiridos na sua dimensão internacional. A doutrina alemã restringe o objeto da ciência ao conflito das leis, enquanto a dos países anglo-saxões, especialmente Estados Unidos da América do Norte e Grã-Bretanha, estudam o conflito das leis e o conflito das jurisdições, inclusive o reconhecimento de sentenças estrangeiras. (CORREA, 2000, p.11; DOLINGER, 2012, p. 20 e segs).

Filiamo-nos à corrente anglo-saxônica por entender que, não obstante a importância de questões satélites, o escopo precípuo da disciplina deva responder a três perguntas nucleares: a) qual a lei aplicável; b) qual o local adequado para acionar a justiça; c) como executar atos e decisões estrangeiras.

Para que seus objetivos sejam alcançados, o direito internacional privado utiliza-se de métodos (ou técnicas) para a escolha das leis aplicáveis aos casos concretos. Esses métodos estão normalmente previstos no direito positivo de cada nação, mas variam, contudo, de acordo com a herança cultural de cada país e do momento histórico da sociedade.

Duas grandes abordagens são o ponto de partida sobre a forma como devem ser encarados os conflitos de leis no espaço.

A primeira delas compara leis de diversos sistemas, divergentes entre si. Nessa ótica, busca-se resolver a questão que indaga “até onde vai o alcance da minha lei?” Esse enfoque leva-nos ao método costumeiramente conhecido por unilateralismo, que procura decidir a respeito da extensão da norma legal interna, delineando, com base em seus objetivos, o raio de ação pretendido para as leis em questão. (DOLINGER, 2012, p.31).

Por outro lado, o conflito de leis no espaço pode ser visto de maneira completamente diferente, através da análise multilateral. Ao invés de indagar sobre a extensão do alcance da lei, procura-se determinar a lei aplicável conforme a proximidade desta com os fatos. O método multilateral classifica as relações jurídicas em categorias preestabelecidas,

emprestadas do direito interno, para atribuir, em seguida, cada uma dessas relações a uma ordem jurídica. O enfoque principal encontra-se na relação jurídica e sua conexão territorial ou de outra natureza com determinado Estado. (DOLINGER, 2012, p.31)

As duas grandes linhas direcionadoras do direito internacional em sua história moderna e seus respectivos métodos sofreram, ao longo do tempo, mutações, gerando vertentes diferenciadas, críticas e elogios, o que será exposto mais detalhadamente nos próximos itens.

3 MULTILATERALISMO

O método multilateralista consiste na busca da lei aplicável consonante a proximidade desta com os fatos. Através de regras de conexão - dispositivos indiretos que apontam o elemento de vinculação a ser observado – e com o auxílio de princípios, determina-se o ordenamento jurídico mais apto a reger a questão, partindo-se dos dados do caso concreto. (REIS, 2012, p.59).

Em outros termos, a estrutura das regras de conexão multilaterais se molda pela qualificação da relação jurídica em questão, seguida pela localização por meio de um fator de conexão, a qual conduz à lei aplicável que, tanto pode ser uma lei estrangeira, como a lei do foro. (AUDIT, 2001, p. 214).

O desenvolvimento do multilateralismo é atribuído, em grande medida, ao ilustre doutrinador alemão Friedrich Carl von Savigny e contribuiu para a mudança de rumo do direito internacional privado a caminho da modernidade. (RECHSTEINER, 2013, p.235).

O método pressupõe a existência de uma regra de conflito que, por meio da designação da lei aplicável pela utilização da norma indireta, solucione questão jurídica multinacional. (ARAÚJO, 2006, p.38).

A. Ferrer Correia o resume assim:

> O método tradicionalmente adoptado em DIP, a que (já o dissemos) se convencional chamar de método de conexão ou método conflitual, caracteriza-se (como também se referiu) pela utilização de normas, as chamadas regras de conflito em DIP. A função dessas regras é indicar o elemento da factualidade concreta, por intermédio do qual se há de determinar a lei aplicável às várias situações da vida. Na feição clássica, as regras de conflitos são normas de conteúdo rígido, *hard-and-fast Rules*, isto é, normas que vinculam o juiz a utilizar um elemento de conexão pré-determinado, ou determinável a partir de critérios enunciados pela própria norma, sempre que se lhe apresente uma questão jurídica do tipo correspondente à respectiva precisão: - obrigações contratuais, obrigações "ex delicto", relações entre cônjuges, forma e validade intrínseca dos negócios jurídicos, e assim por diante. (...). (CORREA, 2013, p.142).

Nessa perspectiva, compete ao direito internacional privado apenas designar o ordenamento jurídico cuja norma aplicável deverá ser requerida, sem discutir o mérito da norma material atinente ao caso concreto. Não se trataria de escolher a melhor lei e sim aquela melhor colocada em função da localização dos fatos, ou da relação dela com as pessoas a que estes respeitam. (CORREA, 1985 p.23).

A maior parte das codificações adotadas na Europa e América Latina, a partir do século XIX, expressam regras de conexão multilaterais, sendo que, até os anos 1960, os dispositivos

escritos de direito internacional privado permaneceram, quase sempre, isolados dentro dos Códigos Civis dos diferentes países. (AUDIT, 2001, p.219).

O pensamento de Savigny apresentou também um caráter universalista. Segundo o jurista alemão, o objetivo do direito internacional privado deveria ser a harmonização internacional das decisões, sendo, portanto, irrelevante se uma sentença é proferida pelo juiz de um ou outro Estado. Assim, a disciplina direito internacional privado não deveria ser vista exclusivamente sob o ponto de vista nacional e sim orientar-se de acordo com as exigências da comunidade dos povos. A aproximação dos diversos direitos nacionais poderia ser alcançada pelo trabalho científico da academia jurídica e pela prática dos tribunais. De igual modo, acreditava que esse fim poderia ser atingido por uma lei comum universal sobre o direito aplicável. (SAVIGNY, 2004).

Apesar do inegável progresso que a teoria de Savigny proporcionou, dificuldades consistentes surgiram com o transcorrer do tempo.

No fim do século XIX, percebeu-se o problema dos conflitos de sistemas, subjacente ao método multilateralista, pois, sendo as regras de conexão, predominantemente, internas, os critérios para sua aplicação, assim como a opção por um ou outro elemento de conexão, variam de um país para outro, desembocando em dificuldades de coordenação. (REIS, 2012, p. 62).

Igualmente, foram apontadas outras dificuldades. O problema do conflito de qualificações, resultante da divergência entre conceitos ou entre os conteúdos normativos dos conceitos, nas diversas ordens jurídicas. (RIBEIRO, 2009, p.38 e segs). O problema do reenvio, presente quando ocorre divergência de critérios de competência entre ordens jurídicas. (RIBEIRO, 2009, p.43). O problema da questão prévia, quando entre duas questões jurídicas pende um nexo de prejudicialidade e uma delas, a principal, está sujeita a um direito estrangeiro, aparecendo dúvida de como conectar a questão prejudicial: se de acordo com o sistema de conflitos do foro ou segundo o sistema de conflitos da *lex causae*. (CORREA, 2013, p.321). O problema da prática da desarticulação (*dépeçade*), onde se debate a possibilidade de uma disputa poder ser decidida, em seus diferentes aspectos, por mais de um direito. (REIS, 2012, p.62). O problema da fraude à lei, consistente na utilização das normas de conflito para evitar a aplicação de uma lei, entre outros. (RIBEIRO, 2009, p.62)

Sobre as dificuldades do método tradicional, Nádia Araújo discorre que:

> Os problemas de aplicação desse método são de três ordens, todos ameaçando o objetivo da disciplina de promover a segurança jurídica. Na primeira, possuindo cada Estado regras próprias para o DIPr, que são aplicadas internamente, há possibilidade da mesma situação ser resolvida de forma diferente em cada Estado na qual for julgada. Na segunda, dependendo do sistema adotado, uma decisão válida em um, não o será no outro. Na terceira, as partes podem procurar beneficiar-se das diferenças entre os sistemas e promover um verdadeiro *fórum shopping*, em busca da solução que lhes pareça mais favorável. (ARAÚJO, 2006, p.40).

As críticas mais contundentes, porém, dizem respeito ao formalismo exacerbado do método conflitual em sua origem, o que desembocaria em esquemas puramente automáticos de fixação do direito aplicável. As regras inflexíveis do direito internacional tradicional, abstratas e protocolares, não levariam em consideração o aspecto da justiça material, indo, muitas vezes, de encontro com as necessidades sociais. (CORDEIRO, 2011, p. 257 e segs).

Menezes Cordeiro aponta ainda para o irrealismo da pretensão da correta aplicação, por um tribunal, da lei estrangeira, como um dos fatores que colocaram em xeque o sistema tradicional. Nesse sentido, completa ao afirmar que:

> IV. Acrescente-se, ainda, que não se joga apenas um problema de conhecimento material do direito estrangeiro a aplicar – conhecimento esse que exige, muitas vezes, uma vida de estudo e de prática e que não se pode improvisar. Há, candente, um problema de legitimidade: como pode um tribunal estrangeiro estatuir perante querelas de jurisprudência e de doutrina, providenciar viragens jurisprudenciais, integrar lacunas ou, até, providenciar a concretização de conceitos indeterminados? Não pode. A aplicação do Direito é viva e exige um compartilhar de valores sociais que apenas cada tribunal, dentro do seu próprio ordenamento pode pôr em prática. (CORDEIRO, 2011, p. 257 e segs)

A metodologia clássica do direito internacional privado europeu sofreu, portanto, ataques sólidos por sua indiferença com o resultado concreto. Em decorrência disso, o direito norte-americano afastou-se das normas bilaterais, primando pela escolha de acordo com seu resultado final, enquanto, na Europa, caminhou-se pela aceitação do pluralismo metodológico e flexibilização das normas de conflito, questões que serão trabalhadas à frente.

4. A REVOLUÇÃO NORTE-AMERICANA

As críticas mais agudas a respeito do sistema tradicional do direito internacional privado foram lançadas pela doutrina norte-americana, inicialmente por influência da escola realista de Yale[4]. Esse movimento, conhecido como "revolução americana", propiciou o desenvolvimento do método americano.

A melhor maneira de compreender o movimento e suas vertentes é através de uma síntese dos estudos de autores consagrados como Walter Cook, Ernest G. Lorenzen, David Cavers, Brainerd Currie, Albert Ehrensweig, Robert Leflar e Friedrich Juenger.

Em 1923, em dois artigos relevantes para a disciplina, Walter Cook e Ernest G. Lorenzen estabeleceram pilares importantes. Cook discorreu que os princípios e as regras do conflito de leis deveriam ser observados como ferramentas de trabalho e não pervertidos em um uso aparentemente mecânico que esconde as razões verdadeiras da decisão. (COOK, 1923, p. 457 e segs). Lorenzen, por sua vez, dissertou sobre a necessidade de se reconhecer que a escolha de uma regra de conexão depende, exclusivamente, de considerações políticas do Estado. As soluções pré-determinadas obrigariam o Estado a aceitar um sacrifício de suas políticas locais sem a existência de uma contrapartida em termos de uniformização. Dessa feita, para o autor, o método indutivo seria uma alternativa mais adequada, devendo-se deixar para o juiz a resolução do problema do conflito de leis. (LORENZEN, 1923, p.745).

David Caver foi outro crítico do método tradicional. Sua teoria, denominada *result* ou *rule-selecting approach,* não renunciou completamente às normas indicativas ou indiretas do direito internacional privado, selecionando-as, porém, em princípios de preferência (*principles of preference*). Caver defendia uma metodologia unilateralista pela qual se determinava, por um lado, o alcance espacial das regras, e, por outro, uma apreciação pelo

[4]Sobre a escola realista de YALE recomenda-se NAZO, 1952, p. 50 e segs.

resultado final substantivo. O magistrado, no exercício de sua atividade, deveria proceder à comparação dos resultados obtidos pela aplicação em concreto das leis concorrentes, avaliar os resultados hipotéticos e, só então, decidir a lide, observando os ideais de justiça. (CAVER, 1933, p.173 e segs.; ARAUJO, 2006, p.43; RECHSTEINER, 2013, p.242)[5].

Brainerd Currie deu contornos mais radicais à matéria com a sua teoria dos interesses governamentais (*governamental-interest approuch* ou *interest analysis*). Segundo seu pensamento, normas indicativas fixas e rígidas eram totalmente dispensáveis. O autor considerava que os Estados tinham interesse na execução dos propósitos das leis, tanto para discussões internas, quanto para aquelas multinacionais. O método conflitual tradicional mostrava-se falho justamente por não ponderar esses fatores, subvertendo a importância dos valores do foro, ao justapor a legislação de outro Estado. Caso fosse invocado o direito estrangeiro perante o Estado do foro, o poder judiciário deveria examinar primeiro o interesse do Estado em aplicar a sua lei (*lex fori*). Assim, o juiz ou tribunal somente estaria autorizado a utilizar a regra do outro país quando inexistisse interesse do Estado do foro concomitante com interesse legítimo do Estado estrangeiro. É traço marcante na teoria de Currie a prevalência da aplicação da *lex fori* e o motivo que justifica tal opção é o interesse do Estado[6]. (CURRIE, 1963, p.119. ARAUJO, 2006, p.43 e segs; RECHSTEINER, 2013, p.242).

Albert Ehrenzweig alvitrou a aplicação da *lex fori* como grande regra geral do direito internacional privado, ficando a aplicação da lei estrangeira para casos excepcionais. A autonomia da vontade era vista pelo doutrinador como uma segunda regra essencial, ao passo que os demais elementos de conexão só deveriam ser usados em situações muito específicas. (EHRENZWEIG, 1960, 644 e segs. SANTOS, 1991, p. 294/331).

Robert A. Leflar trouxe inovações significativas. Em sua aclamada teoria do *better-law approach*, o autor indicou cinco fatores a serem averiguados pelo juiz na escolha da lei aplicável: a) previsibilidade de resultados; b) preservação da ordem interestadual e da ordem internacional; c) simplificação da tarefa do juiz; d) perseguição dos interesses governamentais; e) aplicação do melhor direito. A grande novidade de seu pensamento fundamenta-se na preocupação material da decisão, na medida em que envolve uma apreciação, por parte do juiz, a respeito da qualidade intrínseca das leis concorrentes, de maneira a apontar aquela que seja, em sua visão, superior e mais justa. (LEFLAR, 1966, p.1586 e segs; SANTOS, 1991, P.607/619).

Por fim, também adotando uma abordagem materialista, citamos Friedrich Juenger. O autor sugeriu uma abordagem teleológica destinada a resultados. Para ele, os magistrados deveriam direcionar esforços para aplicar as normas que são, a seu ver, de qualidade superior. Juenger aceita que regras de conexão alternativas, materialmente guiadas, possam ajudar o juiz na tarefa. O ativismo judicial seria preferível à utilização de regras de conexão temperadas por aquilo que, em sua opinião, não passaria de mero subterfúgio. (JUENGER, 2005, p.191 e segs).

O movimento doutrinário e a jurisprudência americana foram incorporados no *Restatement Second of the Conflito of Laws*, compilação norte-americana de princípios e parâmetros sobre direito internacional privado, publicado pelo *American Law Institute* em 1971. Sobre a questão, Nádia Araújo aduz:

[5] Para um apanhado geral da obra de Caver sugere-se a leitura de SANTOS, 1991, p. 590/597.
[6] Para aprofundar os estudos sobre Currie ver SANTOS, 1991, p. 332/397.

> A união das opiniões doutrinárias com a jurisprudência, todas no sentido te dar soluções adequadas aos casos concretos, desembocou na revisão do *Restatement,* o que ocorreu em 1971, com o *Restatement 2nd on the Conflits of Law,* que adotou um sistema eclético para resolução do conflito de leis. O estabelecimento do princípio da proximidade, também chamado de dos "vínculos mais estreitos", aliou-se a uma série de guias para a sua descoberta no caso concreto. Firmou-se um compromisso entre as antigas regras bilaterais e a necessidade de buscar soluções substanciais para os problemas de DIPr. No artigo 6º., parágrafo 2º., por exemplo, enumera os fatores que devem ser levados em consideração para determinação da lei aplicável a uma relação jurídica. No sistema americano a questão deve ser vista a partir de seu resultado, sendo a seleção feita de acordo com o conteúdo do problema em questão, procurando-se a melhor norma material para solucioná-lo. (ARAÚJO, 2006, p.46).

O modo americano de encarar os conflitos de leis no espaço suscitou debates acalorados ao redor do mundo, gerando impactos nos mais diversos ordenamentos jurídicos, mas não esteve isento de censuras.

A busca desenfreada pela justiça substancial, ao estilo americano, acarretou, de acordo com os críticos, uma espécie de "provincianismo", visto que houve uma tendência natural em se aplicar, de maneira desmedida, a *lex fori*. Essa preferência quase absoluta se mostraria, contudo, insatisfatória quando uma relação jurídica de direito privado internacional estivesse mais próxima a um ordenamento jurídico estrangeiro do que ao pátrio.

Também, no quesito da segurança jurídica, as teorias norte-americanas apresentam-se frágeis, uma vez que as partes têm pouca possibilidade de prever como o direito será aplicado ao caso concreto. Fora isso, a utilização indiscriminada da lei do foro pode culminar em decisões judiciais contraditórias no plano internacional. (RECHSTEINER, 2013, p. 243).

Convém salientar, ainda, que a escolha de um direito como sendo melhor que o outro é subjetiva e difícil, na prática, de ser executada, assim como a aplicação do direito privado baseado em interesses do próprio Estado é altamente questionável. (RECHSTEINER, 2013, p. 243).

5 PLURALIDADE METODOLÓGICA E A CONVERGÊNCIA ENTRE SISTEMAS

O método tradicional europeu sofreu influências das teorias norte-americanas, originando um maior ecletismo para a solução dos problemas transnacionais. O pluralismo metodológico passou a ser uma de suas características mais marcantes, gerando reflexos no direito convencional, nas codificações de caráter comunitário e nas várias leis nacionais recentes. (SANTOS, 1999, p. 167; ARAÚJO, 2006, p.49 e segs). Rui Manuel Moura Ramos corrobora com essa tendência ao afirmar:

> 7. Se passarmos a atentar agora no universo normativo que compõe o direito internacional privado, uma tendência que se crê continuará a acentuar-se é a que vem provocando a erosão da antiga exclusividade do método conflitual, substituindo-lhe a crescente afirmação de uma pluralidade de procedimentos ou metodologias que concorrem na regulamentação das relações privadas internacionais. Na verdade esta é uma linha que decorre desde logo do reconhecimento da circunstância de que é crescente o círculo de considerações que não podem deixar de ser contempladas na modelação das normas voltadas à resolução dos problemas da nossa disciplina, e que dificilmente se podem

> reconduzir ao estrito jogo da regra de conflitos bilateral que desde Savigny constitui o seu mecanismo central. (...). (RAMOS, 2009, p.136).

Nesse particular, nota-se a emergência do fenômeno da flexibilização das regras de conexão, em virtude da aplicação do princípio da proximidade, no qual se incentiva, em lugar da simples subsunção do caso à regra de conexão do foro, a ponderação dos diversos fatores de conexão do caso concreto em relação às leis potencialmente aplicáveis. (REIS, 2012, p. 76 e segs).

A escolha da lei aplicável, nessa concepção, deve ser realizada, essencialmente, em função do quadro fático como um todo, e não teorizado a partir de um elemento de conexão único, a ser considerado, previamente pela legislação, como mais importante em relação aos outros. Em situações em que os contatos plurinacionais apontam em uma direção e o elemento de conexão para outra, procura-se flexibilizar a regra buscando a proximidade com a realidade contextual, ponderando os diversos contatos concorrentes. (BRILMAYER, 2010, p.1128 e segs).

Bom exemplo de utilização do princípio da proximidade encontrava-se no art.4º., n.1, da Convenção de Roma, de 1990, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais na União Europeia, a qual aduz que, na ausência de eleição pelas partes, o contrato seria regulado pela lei do país que demonstre uma conexão mais estreita. Veja-se:

> Artigo 4º. Lei aplicável na falta de escolha
>
> 1. Quando a lei aplicável ao contrato não tiver sido escolhida nos termos do artigo 3º., o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresente uma conexão mais estreita. Todavia, se uma parte do contrato for separável do resto do contrato e apresentar uma conexão mais estreita com um outro país, a essa parte poderá aplicar-se, a título excepcional, a lei desse outro país.

O Regulamento (CE) n.º 593/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Junho de 2008, sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I), substituiu a Convenção de Roma, transformando-a num instrumento comunitário e modernizando-a ao mesmo tempo. O regulamento manteve, porém, o princípio da proximidade, enquanto exceção:

> Artigo 4º. Lei aplicável na falta de escolha
> (...)
> 3. Caso resulte claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país diferente do indicado nos n. 1 ou 2, é aplicável a lei desse outro país.
> 4. Caso a lei aplicável não possa ser determinada nem em aplicação do n.1 nem do n. 2, o contrato é regulado pela lei do país com o qual apresenta uma conexão mais estreita.

A lei federal suíça de 18 de dezembro de 1987 sobre direito internacional privado é abalizada pela doutrina como um pilar no que se refere a não submeter o magistrado a regras de conflitos rígidas. O dispositivo presente no art.15º. permite ao operador do direito a aplicação de uma lei com ligação mais estreita. Veja-se:

> (...) O direito designado pela presente lei não é excepcionalmente aplicável se, olhando ao conjunto das circunstâncias, for manifesta que a causa não tem senão

> um contato muito frouxo com esse direito, encontrando-se numa relação muito mais estreita com outro. (CORREA, 2013, p. 145).

O princípio da proximidade impõe, assim, ao intérprete, a observação dos elementos objetivos e subjetivos atinentes ao caso concreto, pautando-se na técnica da ponderação e auxiliando na determinação da conexão mais íntima. Todavia, importa dizer que a flexibilidade proporcionada deve ser seguida com consciência e honestidade intelectual, pois a liberdade na apreciação pode causar distorções perigosas. (REIS, 2010, p. 302 e segs).

Gabriel Valente dos Reis argui que o princípio da proximidade evita dois reducionismos: a) o de um nacionalismo metodológico provinciano que aplica a lei do foro automaticamente, sem analisar a intensidade de vínculos do caso em relação às leis concorrentes, típico do sistema norte-americano; b) o das regras de conexão rígidas e formais que engessam a determinação da lei aplicável. (REIS, 2012, p. 82).

Outro fenômeno que se nota em tempos modernos, mesmo nos sistemas de origem romano-germânico, é o emprego de regras de conexão substanciais, ou seja, dispositivos jurídicos de direito internacional privado com preocupações voltadas à justiça material, fato este que demonstra convergência, pelo menos parcial, entre o sistema europeu e norte-americano. (JUENGER, 1995 *apud* ARAÚJO, 2006, p.50).

Tais preceitos – presentes, por exemplo, na Conferência de Haia[7], nas codificações comunitárias e em diversas leis nacionais como a suíça e a alemã – privilegiam a escolha de um direito que conduza a determinado resultado concreto, através da aplicação de elementos de conexão alternativos, sucessivos ou cumulativos. Normalmente, esse tipo de regra está ligada a uma filosofia de proteção de determinadas pessoas ou de certas instituições. (DOLINGER, 2007, p.98 e segs).

Nesse particular, merece atenção algumas Convenções de Haia que propagaram regras de conflito de caráter substancial. A primeira delas, de grande importância histórica, foi a Convenção sobre Conflitos de Leis em Matéria de Forma das Disposições Testamentárias, de 1961, cujo objetivo era garantir, primeiramente, a validade dos testamentos, empregando para isso uma série de regras alternativas. Depois, em 1973, a Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Alimentícias, amplamente favorável a quem deva receber os alimentos, independentemente do direito aplicável às relações de família. Igualmente, a Convenções sobre Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Menores, de 1980, e sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional, de 1993, trouxeram a baila normas de conflito dessa natureza[8].

A título de exemplo, pode-se afirmar que direito alemão assimilou a referida tendência, pelo menos em parte, com a reforma da Lei de Introdução ao Código Civil, em 1994. (GERMANY, 1994). Adota-se no texto conexões alternativas ou subsidiárias atinentes a determinados casos. Nessa seara, o art.18, demonstrava a preocupação do legislador em favorecer o credor de uma prestação alimentícia. A norma citada preconizava que a lei

[7] A Conferência permanente de Direito Internacional Privado da Haia é uma organização intergovernamental cujo escopo é a crescente unificação das normas de direito internacional privado. Originariamente criada em 1893, a Conferência guia-se atualmente pelo Estatuto que entrou em vigor a 15 de Julho de 1955, tendo sido concluídas 37 convenções sob a sua égide. Para aprofundamento acerca da Conferência de Haia sugere-se a leitura de OVERBECK, 1992.

[8] Para maiores detalhes conferir os textos originais: CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 1961; CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 1973; CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 1980; CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 1993.

aplicável às obrigações alimentares é a da residência habitual do credor, mas se não for possível constituir alimentos, seria aplicada, subsidiariamente a lei da nacionalidade comum do credor e devedor, e se, ainda assim, houver impossibilidade, utilizar-se-á a lei alemã.

O art.18 da lei de introdução ao código civil foi suprimido pelo Regulamento (CE) Regulamento (CE) n.º 4/2009, de 18 de dezembro de 2008, relativo à competência, à lei aplicável, ao reconhecimento e à execução das decisões e à cooperação em matéria de obrigações alimentares. O art.15 desse instrumento europeu remete, por sua vez, no que tange à determinação da lei aplicável, ao acordo com o protocolo de Haya, de 23 de novembro de 2007, sobre o assunto, mais precisamente o seu art.8. (CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, 2007). Embora o tratamento da matéria seja diferente, a linha de preocupação com a justiça material na aplicação da lei é, de mesmo modo, seguida.

O direito internacional privado brasileiro, tradicionalmente multilateralista, traz também um interessante exemplo de regra com pluralidade de métodos, envolvendo preocupações materialistas, no artigo 10, § 1º, da Lei de Introdução às Normas jurídicas do Direito Brasileiro. (BRASIL, 1942). Trata-se de dispositivo que se preocupa tanto com a extensão da aplicação da lei do foro, característica unilateralista, quanto com a natureza substantiva da norma, uma vez que o objetivo é a aplicação da lei mais favorável ao cônjuge e filhos brasileiros. Observe-se:

> Art. 10. (...)
> § 1º A sucessão de bens de estrangeiros, situados no País, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, ou de quem os represente, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus. (Redação dada pela Lei nº 9.047, de 1995) (...)

Por fim, vale abordar outra tendência crescente em direito internacional privado: a expansão de comandos que reconhecem e adotam a natureza de normas de aplicação necessária e imediata. (RAMOS, 2009, p.136).

Ao longo do século XX, a distinção entre o direito público e privado perdeu espaço e força. O Estado passou a intervir cada vez mais na sociedade, fenômeno conhecido como publicização do direito. Nos Estados Unidos, essa realidade, somada a outros aspectos, culminou no afastamento das regras bilaterais clássicas. Na Europa e nos locais que seguem o sistema jurídico romano-germânico, o contexto histórico levou à identificação de uma nova categoria de normas de direito internacional privado, chamadas de aplicação imediata ou necessária, cuja aplicação não pode ser afastada pelas regras de conexão multilaterais. (AUDIT, 2001, p.267).

A acepção das normas de aplicação necessária em direito internacional privado foi consagrada na obra de Ph. Francescakis, em 1958, na qual o autor refere-se a normas (ou leis) materiais que se aplicam no espaço independentemente do sistema geral de normas de conflitos de leis. (SANTOS, 1991, p.7).

Sobre essa tendência, Moura Ramos aduz

> (...) A tradicional ideia de equivalência das ordens jurídicas na regulamentação das situações plurilocalizadas, que constitui um corolário da concepção liberal do direito e em particular do direito privado que inspirava o pensamento de Savigny, cede crescentemente o passo à afirmação de valores ou *policies* fundamentais subjecentes às regras de um dado sistema, que não podem consentir, ao menos

> em certas circunstâncias, o afastamento de uma particular normação, mesmo nas relações internacionais, o que tem levado à crescente consagração de comandos a que se tem vindo a reconhecer a natureza de normas de aplicação necessária e imediata. (RAMOS, 2009, p.136).

A utilização de regras desse tipo aproxima, mais uma vez, o sistema europeu e norte-americano. É fácil perceber que as normas de aplicação imediata guardam alguma semelhança com o método dos interesses governamentais do direito americano, pois ambas trazem, em seu escopo, uma força expansionista do direito ao qual pertencem. Há, contudo, uma diferença relevante. Para a teoria americana, o método atua para todos os fins e em qualquer matéria. Em contrapartida, no direito civilista, aplica-se a técnica somente a determinadas situações de interesse público previstas em *lois de police.* (REIS, 2012, p.83; AUDIT, 2001, p.286; DOLINGER, 2007, p.149).

O Regulamento (CE) n.º 593/2008 (ROMA I) dedica o seu o seu art.9º às normas de aplicação imediata o seu art.9º, o que demonstra a importância do assunto nos dias atuais. Note-se:

> Artigo 9º. Normas de aplicação imediata
>
> 1. As normas de aplicação imediata são disposições cujo respeito é considerado fundamental por um país para a salvaguarda do interesse público, designadamente a sua organização política, social ou económica, ao ponto de exigir a sua aplicação em qualquer situação abrangida pelo seu âmbito de aplicação, independentemente da lei que de outro modo seria aplicável ao contrato, por força do presente regulamento.
>
> 2. As disposições do presente regulamento não podem limitar a aplicação das normas de aplicação imediata do país do foro.
>
> 3. Pode ser dada prevalência às normas de aplicação imediata da lei do país em que as obrigações decorrentes do contrato devam ser ou tenham sido executadas, na medida em que, segundo essas normas de aplicação imediata, a execução do contrato seja ilegal. Para decidir se deve ser dada prevalência a essas normas, devem ser tidos em conta a sua natureza e o seu objecto, bem como as consequências da sua aplicação ou não aplicação.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente investigação chegou às seguintes conclusões:

1. O direito internacional privado tem sofrido mutações ao logo da sua história moderna.

2. O método conflitual tradicional, inaugurado por Savigny, representou um grande marco para a realização dos conflitos privados transnacionais. A metodologia multilateralista, caracterizada por elementos de conexão bilaterais, rígidos e previamente estabelecidos, foi amplamente propagada no século XIX, estando presente na maioria das codificações europeias sobre o assunto.

3. Com o passar do tempo e, principalmente, com o aumento da intensidade das relações plurilocalizadas, as regras rígidas de conexão do método clássico europeu sofreram críticas severas. Primeiro, pela constatação de dificuldades advindas da aplicação dele aos casos concretos, como os problemas relativos a(o): coordenação de sistemas, conflito de qualificações, reenvio, questão prévia, prática da desarticulação (*dépeçade*), fraude à lei,

entre outros. Depois, e de forma mais contundente, atinentes ao formalismo exagerado do método tradicional e a sua relativa indiferença com o resultado da decisão.

4. O direito norte-americano, inspirado pela escola realista de YALE, trouxe as maiores críticas à metodologia tradicional. O movimento doutrinário, conhecido como "revolução americana", afastou o direito americano do multilateralismo clássico. As diversas vertentes acadêmicas, consolidadas no *Restatement Second of the Conflito of Laws,* traduzem uma técnica eclética que contempla, por um lado, o unilateralismo, com prevalência da aplicação da *lex fori*, e, por outro, o materialismo, preocupado com a justiça substancial na determinação da lei aplicável.

5. O modelo americano, embora tenha trazido inegáveis contribuições para a disciplina, também foi alvo de críticas. A busca frenética pela justiça substancial gerou, para os seus críticos, uma espécie de "provincianismo", com a aplicação quase absoluta da *lex fori*, o que, nem sempre, atende às necessidades reais de uma relação jurídica internacional. Igualmente, muito se falou a respeito da insegurança jurídica do método e das complicações práticas de sua efetivação.

6. O contexto histórico e a influência das doutrinas norte-americanas desencadearam alterações significativas no direito internacional privado de origem romano-germânica. Não houve uma ruptura completa com o método tradicional de conflitos. Todavia, verifica-se, nos dias atuais, a adoção de múltiplos métodos aplicados concomitantemente.

7. O sistema conflitual europeu assimilou três fenômenos contemporâneos: a) a flexibilização das regras de conexão; b) o aparecimento de normas de integração com conteúdo substancial nos sistemas civilistas; c) a aplicação crescente de normas imediatas ou necessárias de direito internacional privado.

8. As supramencionadas alterações têm se refletido em vários campos, notadamente no direito convencional, nas codificações de caráter comunitário e nas várias leis nacionais recentes.

9. A evolução do direito internacional privado assinala para a diminuição das diferenças entre os sistemas romano-germânico e norte-americano. Em ambos, vislumbra-se uma abertura para a convergência de princípios, resguardando, é claro, as suas peculiaridades.

10. Apesar dos muitos progressos que o direito internacional privado tem ensaiado nos últimos anos, muitos ainda são os desafios pertinentes ao tema.

REFERÊNCIAS

AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement Second of the Conflito of Laws.** Nova York, 1971.

ARAÚJO, Nádia. **Direito internacional privado:** teoria e prática. 3ª.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AUDIT, Bernard. Le droit international privé em quete d'universalité. In: **Recueil des Cours**, vol.305. Leiden/Boston. Martinus Nijhof Publishers, 2001.

BASSO, Maristela. **Curso de Direito Internacional Privado.** 2ª.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL. **Lei de Introdução às Normas jurídicas do Direito Brasileiro.** 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm

BRILMAYER, Lea; ANGLIN, Rachel. Choice of law theory and metaphysics of the stand-alone trigger. In: **Iowa Law Review**, n.95, 2010

CAVER, David F. A critique of the choice of law problem. In: **Havard Law Review**, v.47, n.2, 1933.

CAVER, David F. **The choice of law process.** Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965.

CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention sur les conflits de lois en matière de forme des dispositions testamentaires.** Haye, 1961.

CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention sur la loi aplicable aux obligations alimentaires.** Haye,1973.

CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants.** Haye, 1980.

CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Convention sur la protection des enfants et la coopération en matière d'adoption internationale.** Haye, 1993.

CONFÈRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. **Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires.** Haye, 2007.

COOK, Walter W. The logical and legal bases of the Conflito f Laws. In: **Yale Law Journal**, v.33, n.5, 1923.

CORDEIRO, António Menezes. Decisões arbitrais internacionais e sua revisão. In: **IV Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.** Coimbra: Almedina, 2011.

CORREA, A. Ferrer. **Direito Internacional Privado:** alguns problemas. Coimbra,1985.

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

CORREA, A. Ferrer. **Lições de Direito Internacional Privado**, vol.I. Coimbra: Almedina, 2013.

CURRIE, Brainerd. **Selected essays on the Conflict of Laws.** Durham: Duke University Press, 1963.

DOLINGER, Jacob. **Contratos e obrigações no Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DOLINGER, Jacob. **Direito internacional privado:** parte geral. 10ª.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

EHRENZWEIG, Albert A. The lex fori: basic rule in the Conflict of Laws. In: **Michigan Law Review**, v.58, n.5, 1960.

FRACESCAKIS, Ph. **La theórie du renvoi et les conflits de systemes em droit international privé.** Paris: Sirey, 1958.

GERMANY. **Introductory act to the civil code.** Berlim, 1994.

JUENGER, Friedrich. **Choice of law and multistate justice.** Nova York: Transnational Publishers, 2005.

LEFLAR, Robert A. Conflicts Laws: more on choice-influencing considerations. In: **California Law Review**, vol.54, n.4, 1966.

LAUTENSCHLEGER JÚNIOR, Nilson. **Os desafios propostos pela governança corporativa ao direito empresarial brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2005.

LORENZEN, Ernest G. Territoriality, public policy and the Conflict of Laws. In: **Yale Law Journal**, v.33, n.7, 1923.

NAZO, Nicolau. **Objeto e método do Direito Internacional Privado.** São Paulo: Acervo do Departamento de Direito Internacional da FDUSP, 1952.

OVERBECK, Alfred E. Von. La Contribution de la Conférence de la Haye au Devevelopment du Droit International Privé. In: **Recueil de Cours**, tomo 233, 1992.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Direito Internacional Privado:** introdução e direito de conflitos. Parte Geral. Volume I. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2013.

RAMOS, Rui Manuel de Moura. Perspectiva do Direito Internacional Privado no limiar do novo século. In: **Internacionalização do direito no novo século – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado:** teoria e prática. 16ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

REIS, Gabriel Valente dos. O direito internacional privado e a teoria das qualificações: uma revisão do método conflitual a partir do princípio da proximidade. In: **Revista do Direito do Estado (RDE)**, n.13, 2010.

REIS, Gabriel Valente dos. **Por uma análise cosmopolita da determinação da lei aplicável.** 2012. 128f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

RIBEIRO, Manuel Almeida. **Introdução ao Direito Internacional Privado.** Coimbra: Almedina, 2009, p.38 e segs.

SANTOS, António Marques dos. **As normas de aplicação imediata no direito internacional privado: esboço de uma teoria geral.** V.1. Coimbra: Almedina, 1991

SANTOS, António Marques dos. **Defesa e ilustração do direito internacional privado.** Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **System des Heutigen Romischen Rechts**, volume VIII (tradução: Ciro Mioranza). Ujuí: Editora Unijuí, 2004.

SOTO, Ricardo Alonso. Globalización y derecho comercial. In: **Internacionalização do direito no novo século – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009..

STRENGER, Irineu. **Direito Internacional privado.** 5ª.ed. São Paulo: Ltr, 2003.

UNIÃO EUROPEIA. **Convenção de Roma de 1980 sobre a lei aplicável às obrigações contratuais**. Bruxelas, 1990.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (CE) no. 593.** Bruxelas, 2008.

VALADÃO, Haroldo. **Direito Internacional Privado.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968.